

Derechos Humanos

AÑO II NÚMERO 3

Director: Sebastián Alejandro Rey



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación



AÑO II - NÚMERO 3

Derechos Humanos

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO

DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Dra. María Paula Pontoriero

.....
ISSN: 2314-1603
Derechos Humanos
Año II - N° 3 - Agosto 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Directora: María Paula Pontoriero

Director Editorial: Sebastián Alejandro Rey

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Derechos Humanos y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la Revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Sebastián Alejandro Rey

Director

Fernando Valsangiacomo Blanco

Juan Pablo Vismara

Secretarios de Redacción

Ariel Bernal - María Laura Iseas

Iñaki Regueiro de Giáomi

Colaboradores

Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

Juliana Bravo Valencia

Pablo Ceriani Cernadas

Luciana Díaz Ávila

Guillermo Díaz Martínez

Marcos Ezequiel Filardi

Leonardo Franco

Lila Emilce García

Silvina González Napolitano

Alan Iud

Nicolás Laino

María José Lubertino

Stella Maris Martínez

Rodolfo Mattarollo

Diego Morales

Pedro Mouratian

Marcelo Raffin

Alejo Ramos Padilla

José Ernesto Rey Cantor

Fabián Salvioli

Liliana Tojo

Juan Antonio Travieso

Carolina Varsky

José Luis Zerillo

Silvina Zimmerman



Con Alejandro Turyn, recientemente fallecido, se fue uno de los "buenos" y "valiosos" en todo sentido. Fue una persona íntegra y honesta, gran amigo, docente y profesional. Como Secretario de Redacción de la Revista de Derechos Humanos de Infojus, participó en su armado inicial y juntos comenzamos la tarea de formar el Consejo Académico. Desde su rol como profesor en muchas universidades transmitió la pasión que tenía por la enseñanza del derecho internacional, materia en la que seguramente hubiera alcanzado los mayores logros académicos posibles. Además, fue un apasionado defensor de los intereses nacionales como Asesor Jurídico de la Procuración del Tesoro de la Nación en los juicios ante el CIADI.

En los últimos años también fue un ejemplo de lucha contra la enfermedad que le tocó enfrentar y ayudó a que muchos entendiéramos la importancia de la donación de células madre.

Sirvan estas palabras como sentido homenaje a su memoria.

Sebastián Alejandro Rey

Editorial

Es una gran satisfacción que Infojus haya decidido darle un mayor impulso a la difusión de la Revista de Derechos Humanos marcando con este tercer número el inicio de la distribución en formato papel.

En la sección de "Doctrina" de este volumen, en el artículo "El juicio por el 'Plan Sistemático de Apropiación de Niños', un hito en la lucha contra la impunidad", Alan Iud narra los aspectos más salientes y controvertidos de esta emblemática causa judicial que culminó el año pasado con la condena de nueve imputados por su intervención en la apropiación de 34 hijos de desaparecidos durante la última dictadura militar. Esta sentencia implicó que, simbólicamente, el Poder Judicial reconociese que las apropiaciones de niños configuraron un plan de acción decidido por la cúpula de las Fuerzas Armadas, y además se consideró que aquellos niños apropiados que aún no fueron localizados son desaparecidos en vida. Por su parte, en "El interés público como eje de la abogacía en la era democrática", Camila Blanco reflexiona sobre el desarrollo y los desafíos del interés público en el contexto de la enseñanza y la práctica legal en Argentina, y los modos de fortalecer a los grupos más desventajados de la sociedad.

Asimismo, en la segunda parte, "Dossier sobre Informes Especiales de Organismos Internacionales", se publican los análisis del Informe "Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación" (Fernando Ávila, Mario Juliano y Gustavo Vitale), de las Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad – Argentina (Graciela Fijtman), del Informe "Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos" (Alejandra Lannutti), del Estudio "Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes" (Juliana Bravo Valencia) y de las Observaciones finales del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – Argentina (Diego Morales).

Por otra parte, la sección “Jurisprudencia Anotada” trae comentarios a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictados entre mayo de 2012 y marzo del presente año, así como un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las temáticas examinadas abarcan la complicidad de funcionarios judiciales durante la última dictadura cívico-militar argentina, los derechos del niño y de las personas con discapacidad, las garantías del debido proceso —en procedimientos de expulsión de extranjeros y en causas donde intervienen niños—, la obligación del estado de investigar las violaciones de derechos humanos, el derecho a la intimidad, a la privacidad y la protección de la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad e integridad personal y la prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos —en casos de violencia doméstica—, el derecho de circulación y residencia, el secreto profesional del abogado, el derecho a la educación, la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado y la libertad de religión.

También se publican dos entrevistas. La primera, a Baltasar Garzón Real, actual Coordinador Global de la defensa legal de Julian Assange y WikiLeaks, quien reflexiona sobre los litigios que lo tienen como defensor de Assange que incluye su pedido de asilo diplomático, la investigación de los crímenes cometidos por el franquismo y los alcances del derecho a la libertad de expresión. La segunda entrevista fue realizada a Mario Jaime Kestelboim, Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, quien cuenta sus experiencias en relación con la protección de los derechos humanos en las últimas décadas y se refiere a la garantía del acceso a la justicia y la defensa de los derechos y garantías de los sectores más vulnerables en la Ciudad, en particular los de aquellos vinculados con los problemas habitacionales.

Finalmente, se publican cuatro reseñas bibliográficas de libros de reciente divulgación y diferentes novedades sobre derechos humanos.

El director

Índice General

Doctrina

p. I

El juicio por el “Plan sistemático de apropiación de niños”,
un hito en la lucha contra la impunidad

por ALAN IUD p. 3

El interés público como eje de la abogacía en la era democrática

por CAMILA BLANCO p. 37

Dossier sobre informes especiales de Organismos Internacionales (segunda parte)

p. 53

Violencia contra la mujer como instrumento de represión:
¿otro castigo penal a los pobres?

por FERNANDO ÁVILA, MARIO A. JULIANO y GUSTAVO L. VITALE.....p. 55

Comentarios sobre las Observaciones finales del Comité
sobre los derechos de las personas con discapacidad - Argentina

por GRACIELA M. FUJTMANp. 71

Comentario al Informe “Acceso a la información en materia
reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”

por ALEJANDRA I. LANNUTTIp. 89

Comentario al estudio “Orientación sexual, identidad de género
y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”

por JULIANA BRAVO VALENCIAp. 99

Jurisprudencia anotada

p. II5

Complicidades durante la última dictadura cívico-militar. La actuación
de determinados funcionarios judiciales. CSJN, “Menéndez, Luciano Benjamín
y otros s/ denuncia Las Palomitas - Cabeza de Buey s/ homicidio,
privación ilegítima de la libertad y otros”, 26 de septiembre de 2012

por MARTÍN RICOp. II7

Garantías judiciales de los niños. Derechos en juicio e interés superior del niño.

CSJN, “P., G. M. y P., C. L. S/ protección de persona”, 27 de noviembre de 2012

por GIULIANA DEL ROSARIO MUCCI MIGLIANO.....p. I3I

ÍNDICE GENERAL

- Derechos del niño y de las personas con discapacidad. Corte IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246
por MARÍA EUGENIA CARBONE y NATALIA LUTERSTEIN.....p. 137
- Obligaciones de investigar. Ausencia de responsabilidad del Estado. Corte IDH, “Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador”. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia del 3 de setiembre de 2012. Serie C N° 247
por KATIA ROSENBLATp. 149
- Derecho a la libertad de expresión. Corte IDH “Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de septiembre de 2012. Serie C N° 248
por JULIANA BRAVO VALENCIAp. 153
- Ejecuciones extrajudiciales. Prohibición de la tortura, tratos crueles e inhumanos. Garantías del debido proceso. Corte IDH, “Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela”. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 3 de septiembre de 2012. Serie C N° 249
por MARISOL DORREGOp. 165
- Derecho a la libertad e integridad personal. Derecho de circulación y residencia. Corte IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de setiembre de 2012. Serie C N° 250
por GIULIANA DEL ROSARIO MUCCI MIGLIANO.....p. 177
- Violación a las garantías judiciales. Cumplimiento del Estado. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Rubén Godoy vs. Argentina”, Informe 66/12, Caso 12.324, 29 de marzo de 2013
por LUCIA BELÉN PENSOp. 187
- Debido proceso en trámites de expulsión de extranjeros. TEDH, “Case of H. N. v. Sweden” y “S. F. and others v. Sweden”, 15 de mayo de 2012
por AGUSTÍN MOGANIp. 193
- Secreto Profesional del Abogado. TEDH, “Case of Robathin v. Austria”. 3 de julio de 2012
por RODRIGO ROBLES TRISTÁNp. 201
- Derecho a la libertad de expresión. TEDH, “Björk Eiðsdóttir v. Islandia” y “Erla Hlynsdóttir v. Islandia”, 10 de julio de 2012
por PABLO GONZÁLEZ.....p. 207

ÍNDICE GENERAL

- Prohibición de la tortura y otros tratos degradantes durante la ejecución de la condena. TEDH, “Fülöp c. Rumania”, 24 de julio de 2012
por GERMÁN FELDMAN p. 217
- Libertad de expresión. Restricción. Margen de apreciación de los Estados.
TEDH, “Mouvement Raëlien suizo v. Suiza”, 30 de julio de 2012
por MARINA CHERTCOFF p. 221
- Derecho a la intimidad y libertad de expresión.
TEDH, “Drakšas v. Lithuania”, 31 de julio de 2012
por MARINA CHERTCOFF p. 227
- Protección de la vida privada y familiar. Lucha contra el terrorismo.
TEDH, “Nada v. Suiza”, 12 de septiembre de 2012
por PABLO GONZÁLEZ p. 233
- Libertad de expresión y asociación. Fuerzas armadas y policiales.
TEDH, “Case of Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia”, 25 de septiembre de 2012
por AGUSTÍN MOGNI p. 245
- Derecho a la privacidad. TEDH, “Affaire Alkaya c. Turquie”, 9 de octubre de 2012
por KATIA ROSENBLAT p. 251
- Prohibición de la tortura. Protección contra la violencia doméstica.
TEDH, “Affaire E.M. c. Roumanie”, 30 de octubre de 2012
por MARISOL DORREGO p. 255
- Prohibición de la tortura y tratos crueles e inhumanos. Deber de investigar. Medios probatorios. TEDH, “Affaire Otamendi Egiguren c. España”, 16 de octubre de 2012
por PAULA A. PRADOS p. 263
- Derecho a la educación. Competencia *ratione loci*.
TEDH, “Case of Catánand others v. Moldova and Russia”, 19 de octubre de 2012
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN p. 269
- Derecho a la privacidad. Procedimiento en casos de abortos.
TEDH, “P. y S. v. Polonia”, 30 de Octubre de 2012
por MARINA CHERTCOFF p. 279
- Prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado.
TEDH, “Case of C. N. v. The United Kingdom”, 13 de noviembre de 2012
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN p. 293

ÍNDICE GENERAL

Derecho a la vida privada y familiar. Derechos del niño. TEDH, "Affaire Francesco Lombardo c. Italia", 29 de enero de 2013 por PAULA A. PRADOS	p. 301
Libertad de religión. Discriminación. Ejercicio de la patria potestad. TEDH, "Vojnity v. Hungría", 12 de Febrero de 2013 por MARINA CHERTCOFF	p. 305

Entrevistas p. 311

Entrevista a Baltasar Garzón Real (Coordinador Global de la defensa legal de Julián Assange y Wikileaks)	p. 312
Entrevista a Mario J. Kestelboim (Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)	p. 327

Reseñas bibliográficas p. 331

Derecho Internacional Público por MATÍAS J. BARRIONUEVO y AUGUSTO A. CARZOGLO	p. 333
Juicio y Castigo. Las obligaciones de los Estados americanos y su incidencia en el derecho argentino por NICOLÁS LAINO	p. 345
Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por VALERIA A. MONÓPOLI	p. 351
Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica por ANALÍA I. CASCONE	p. 355

Novedades p. 367**Fuentes citadas** p. 375**Índice temático** p. 379

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

Doctrina



El juicio por el “Plan sistemático de apropiación de niños”, un hito en la lucha contra la impunidad

por ALAN IUD⁽¹⁾

I | Introducción

El 5 de julio de 2012 el Tribunal Oral Federal N° 6 de la Capital Federal condenó a importantes penas de prisión a Jorge Rafael Videla, Santiago Omar Rivero, Reynaldo Benito Bignone, Eduardo Jorge Acosta, Antonio Vañek, por su intervención en la apropiación de 34 hijos de desaparecidos durante la última dictadura militar. También fueron condenados los apropiadores Juan Antonio Azic, Víctor Alejandro Gallo e Inés Susana Colombo, así como el médico Jorge Luis Magnacco. Fueron absueltos el agente de inteligencia Eduardo Ruffo y Rubén Oscar Franco —el último jefe de la Armada durante la dictadura—.

El Tribunal también declaró que los hechos juzgados constituyen

“delitos de lesa humanidad, implementados mediante una práctica sistemática y generalizada de sustracción, retención y ocultamiento de menores de edad, haciendo incierta, alternado o suprimiendo su identidad, en ocasión del secuestro, cautiverio,

(1) Coordinador del Equipo Jurídico de Abuelas de Plaza de Mayo. Los comentarios y opiniones son realizados a título estrictamente personal.

desaparición o muerte de sus madres en el marco de un plan general de aniquilación que se desplegó sobre parte de la población civil con el argumento de combatir la subversión, implementando métodos de terrorismo de Estado durante los años 1976 a 1983 de la última dictadura militar”.

Así, esta sentencia se convirtió en una de las mayores victorias en el campo judicial de la larga lucha de las Abuelas de Plaza de Mayo por la Memoria, Verdad y Justicia. Por primera vez, el Poder Judicial reconoció que las apropiaciones de niños ocurridas durante la dictadura militar no fueron hechos ocasionales o que se debieran simplemente a la ambición egoísta de algunos apropiadores, sino que se tuvo por probado que la cúpula de las Fuerzas Armadas había decidido que estas apropiaciones se llevaran a cabo.

Además, la sentencia contempló otros elementos de alto valor jurídico y simbólico. Así, entre otros, se destaca que se consideró que aquellos niños apropiados que aún no fueron localizados son desaparecidos en vida, respecto de los cuales Videla, Bignone y compañía continúan ocultando su destino. También se condenó a Videla por la apropiación de Macarena Gelman, quien nació y fue apropiada en Uruguay, aplicándose por primera vez en una sentencia de tribunal oral el principio de jurisdicción universal, lo que confirma el liderazgo mundial de nuestro país en el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad.

En este artículo, entonces, se narra el desarrollo de la causa desde su inicio hasta esta histórica sentencia, analizando sus puntos más salientes y controvertidos. Al respecto, razones elementales de ética imponen aclarar que este análisis no es el de un observador externo y desinteresado, sino que quien esto escribe representó —junto a un grupo de ocho abogados—⁽²⁾ a la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo en el juicio oral. Por supuesto, ésta no fue una simple representación profesional, sino que parte de un pleno compromiso con la lucha de las Abuelas. Y, si bien las opiniones y comentarios que aquí realizo son efectuadas a título personal, corresponde dejar en claro que si acaso siempre es discutible que exista la “neutralidad” u “objetividad” a la hora de hablar del derecho, en este caso ni siquiera se pretende escribir desde esa posición. Las mismas razones elementales de

(2) Se trata de María Inés Bedia, Agustín Chit, Mariano Gaitán, Luciano Hazán, Emanuel Lovelli, Florencia Sotelo, Collen Torre y Germán Kexel. También contamos con la inestimable colaboración de Marina Ruiz, María José Lavalle Lemos y Victoria Lozano.

ética también exigen dejar en claro que la mayoría de los argumentos y planteos que aquí se desarrollan fueron discutidos y elaborados colectivamente dentro del ámbito de trabajo de la Asociación.

2 | La sentencia de la causa I3. La impunidad subsiguiente. El inicio de la causa por el “Plan sistemático de apropiación de niños”

Como se sabe, el juzgamiento de los crímenes cometidos por la última dictadura militar atravesó innumerables vaivenes desde el restablecimiento de la democracia, al ritmo de los cambios políticos que fueron sucediendo en el país. Inicialmente, el gobierno de Alfonsín impulsó con mucha decisión el juzgamiento de los máximos responsables de la dictadura, política que alcanzó su máxima expresión con el Juicio a las Juntas Militares celebrado en 1985. Allí, se abordaron los casos de algo más de 600 víctimas de la dictadura, entre los cuales se había incorporado la apropiación de siete niños hijos de desaparecidos (Felipe y María Gatica Caracocha, Claudia Poblete, Simón Gatti Méndez —allí llamado Simón Riquelo—, el hijo de María José Rapela de Magnone, el hijo de Alicia Alfonsín de Cabandié y la hija de Susana Beatriz Pegoraro). En la sentencia, la Cámara Federal la absolió por seis casos, y nada se dijo del séptimo.

El criterio sobre el cual se sustentó esa absolución fue escuetamente indicado por los camaristas en los fundamentos. Allí, en el Capítulo XX (Cuestiones de hecho N° 88, 130, 131, 132, 133, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149 y 150), luego de recordar que los comandantes les otorgaron “a los cuadros inferiores de las fuerzas armadas una gran discrecionalidad para privar de libertad a quienes aparecieran, según la información de inteligencia, como vinculados a la subversión” y que “se concedió, por fin, una gran libertad para apreciar el destino final de cada víctima, el ingreso al sistema legal (Poder Ejecutivo Nacional o justicia), la libertad o, simplemente, la eliminación física”, los camaristas analizaron el robo de bienes y el robo de niños. Dijeron:

“La posibilidad de que el personal a quien se mandaba a domicilios particulares a cometer delitos de la apuntada gravedad, se

apoderara sistemáticamente de bienes en su propio beneficio, fue necesariamente prevista y asentida por quienes dispusieron tal modo de proceder. La enorme proporción de casos en que ello tuvo lugar, y el hecho de que se les otorgara igual tratamiento en cuanto a la impunidad de sus autores, que a los delitos antes descriptos, confirma la inferencia, que a su vez puede comprobarse con el examen de los elementos enumerados en la parte pertinente del capítulo décimo primero. No es posible, en cambio, hacer extensivo este razonamiento a otros delitos, como el despojo de inmuebles, la sustracción de menores y las exigencias de dinero, **cuya comisión se ha demostrado sólo en forma ocasional**. Merece recordarse que únicamente se han verificado despojos de inmuebles que damnificaron a las familias Armelín y Vega, sustracciones de los menores Felipe Martín y María Eugenia Caracoche de Gatica, y las exigencias de dinero relacionadas a los casos de Patricia Astellarra y Rafael Perrota".⁽³⁾

Estos párrafos, obviamente, deben ser analizados tomando en cuenta la valoración de la prueba que hizo la Cámara sobre estos siete casos imputados a Videla. A la fecha de aquel juicio, de esos niños, sólo dos habían recuperado su identidad: los hermanos Gatica Caracoche. La Cámara, además, no consideró probado que María José Rapela hubiera dado a luz. En cambio, sí tuvo por probado que Alicia Alfonsín y Susana Pegoraro habían dado a luz, pero sin mayores fundamentos, entendieron que ello no probaba la sustracción de los niños (quizás, imaginamos, pensando en que esos bebés podrían haber sido asesinados).⁽⁴⁾ En idéntico sentido, no se comprende por qué no se consideró probada la sustracción de Claudia Poblete y Simón Gatti Méndez, pues respecto de ellos sí habían datos concretos del despojo que sufrieran sus madres. Parece ser, entonces, que la Cámara definió la cuestión utilizando un criterio meramente "cuantitativo" y, así, califica como "ocasional" la apropiación de niños.

Poco después, el Congreso Nacional sancionaría las leyes de Punto Final (ley 23.492, del 24/12/1986) y Obediencia Debida (ley 23.521, del 04/06/1987), que cancelaban toda posibilidad de juzgamiento de los mandos medios e

(3) El destacado me pertenece.

(4) Ambos niños fueron localizados y restituidos mucho tiempo después. El hijo de Alicia Alfonsín, Juan Cabandié, en 2004; y la hija de Susana Pegoraro, Evelyn Karina Bauer Pegoraro, en 2008.

inferiores por la comisión de los crímenes cometidos durante la dictadura, excepto aquellos referidos a la apropiación de niños. En aquel momento, algunos vieron en esa exclusión una coherencia con el fallo de la Cámara: si la apropiación de niños sólo había ocurrido ocasionalmente, y Videla no debía responder penalmente por los casos que se le habían imputado, entonces no podía invocarse "obediencia debida" de los oficiales y suboficiales que se hubieran apropiado niños. Para otros, la impunidad de estos crímenes fue un límite que el gobierno radical no estaba dispuesto a cruzar. Lo que nadie imaginó en aquel momento es que ésa sería la llave para que la lucha contra la impunidad siguiera activa en los peores momentos.

Es que las leyes de Obediencia Debida y Punto Final sólo fueron la punta del ovillo de la impunidad. A poco de asumir el gobierno, entre 1989 y 1990, Carlos Menem dictó una serie de indultos que abarcaron a todos aquéllos que habían sido condenados en la Causa 13 y a quienes, sin llegar a ser condenados, aún tenían causas formalmente en marcha, pues no habían sido amparados por aquellas leyes (por ejemplo, generales como Riveros). Parecía que se terminaba definitivamente toda esperanza de justicia.

Mientras tanto, las Abuelas continuaban con su búsqueda y, cada vez, conseguían localizar y restituir más niños apropiados. Poco a poco, surgían nuevas formas de resistencia y lucha: desde informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hasta los escraches de HIJOS. Los organismos de derechos humanos dejaban en claro que no iban a tolerar tanta impunidad. En ese contexto, el 30 de octubre de 1996, las Abuelas⁽⁵⁾ presentaron la denuncia que dio inicio a la causa por el "Plan sistemático de apropiación de niños", con el acompañamiento de prestigiosos letrados como David Baigún y Julio B. J. Maier, así como de históricos abogados de los organismos de derechos humanos (Alberto P. Pedroncini y Ramón Torres Molina). En aquel escrito inicial se dirigía la imputación contra Eduardo Albano Harguindeguy, Carlos Guillermo Suárez Mason, Cristino Nicolaides, Rubén Oscar Franco y Reynaldo Benito Bignone, quienes no habían sido imputados en la Causa 13, "por los delitos de sustracción y ocultación de menor, homicidio, sustitución de estado civil, privación ilegal de la libertad y reducción a servidumbre;

(5) La presentación fue firmada por derecho propio por Estela Carlotto, María Isabel Chorobik de Mariani, Cecilia Pilar Fernández de Viñas, Elsa Pavón, Rosa Roisinblit y Rosaria Ysabella Valenzi.

haciendo extensible dicha presentación a todo otro autor o partícipe que resulte de la investigación". Poco después se ampliaría la denuncia para comprender también a algunos de los militares que habían sido juzgados en la Causa 13, como Videla y Massera, así como a otros que no habían sido señalados en el escrito inicial (Santiago Omar Riveros, Jorge Eduardo Acosta, Héctor Febrés, etc.).

3 | La instrucción. La delimitación del objeto procesal

La causa quedó radicada en el Juzgado Criminal y Correccional N° 7, por entonces a cargo del juez Adolfo Bagnasco. Hubo que esperar dos años para que llegaran las primeras declaraciones indagatorias y detenciones, que generaron una auténtica grieta en la monolítica impunidad de los 90. Con este avance de la causa, lógicamente, también llegaron los esperables planteos de los imputados. Una de las primeras cuestiones a resolver radicó en determinar si se incurría en una violación a la prohibición de doble juzgamiento (*non bis in ídem*), en relación a la sentencia de la Causa 13. Así, luego de que la Cámara Federal precisara que no se les imputaba genéricamente el haber urdido un plan de apropiación de niños, sino que se les endilgaban apropiaciones de niños concretas,⁽⁶⁾ para lo cual aquel plan habría sido un medio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la investigación. Así, en palabras del juez Fayt, quien lideró el acuerdo, "el plan no es la conducta típica, sino que sólo permite la imputación de la conducta prevista en el tipo penal a título de autor mediato" por lo que, luego de remarcar que los casos endilgados a Videla eran distintos de aquéllos que se le habían imputado en la Causa 13, se rechazó la excepción de cosa juzgada.⁽⁷⁾

Así las cosas, finalmente se confirmó el procesamiento de los imputados por 34 casos de apropiación de niños nacidos en centros clandestinos de

(6) Lo que obligó a anular las primeras indagatorias y a volver a tomarlas con una definición más precisa de los hechos.

(7) Ver CSJN, "Videla, Jorge Rafael s/ excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción", rta. 21/08/2003, V. 34. XXXVI. REX. En el mismo fallo se rechazaron los planteos de violación de la garantía de juez natural, pues los imputados pretendían que la causa fuera remitida a la Justicia Militar.

detención o secuestrados junto con sus padres. Se tomaron casos referidos a los circuitos represivos más significados de la Capital Federal y el Gran Buenos Aires: la ESMA, Campo de Mayo, El Atlético, Banco y Olimpo (ABO), el Vesubio, Automotores Orletti, la Comisaría 5^a de La Plata, el Pozo de Banfield y La Cacha. No hubo una definición acerca de por qué el juez resolvió indagar a los imputados por estos casos y no por otros: es claro que la imputación podría haber comprendido al menos, con facilidad, 150 casos más. Seguramente primaron criterios de oportunidad como la disponibilidad de las pruebas, la certeza acerca del efectivo nacimiento del niño apropiado, o el carácter representativo y simbólico de ciertos casos, pero lo cierto es que no hubo ninguna resolución que refleje tal criterio en el expediente. Sin embargo, podemos decir que se imputó una cantidad de casos que resultaba suficiente para dar cuenta del fenómeno criminal desarrollado por la dictadura. Quizás lo más criticable de esa selección es que no se consideraron casos ocurridos en otras lugares del país (como Mendoza, Córdoba, Tucumán, Rosario o Paraná) que hubieran permitido comprender más cabalmente la dimensión nacional de esta práctica de apropiación de niños, y que quedaron fuera del proceso potenciales imputados por hechos análogos a los cometidos por aquéllos que fueron perseguidos penalmente.

En este somero repaso sólo cabe agregar que la imputación dirigida a Jorge Rafael Videla inicialmente se desarrolló en el Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 1 de San Isidro, a instancias del juez que ocupaba ese juzgado entonces, quien actuó de oficio, acumulando cuatro casos de apropiación de niños que habían tramitado en ese tribunal. Por decisión de la Cámara Federal de San Martín y de la Capital Federal, esa causa fue remitida a esta última jurisdicción para acumularse con la iniciada por las Abuelas, por su evidente conexidad objetiva.

Finalmente, once años después de su inicio, en el año 2007, la causa fue elevada a juicio oral y público. En el ínterin, como se sabe, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, y de los decretos de indulto. Así, esta causa pasó a tener otra relevancia: dejar establecido para la historia, con la fuerza simbólica y social de una sentencia judicial, que aquellas apropiaciones de niños no fueron “ocasionales” ni decisiones individuales de algunos oficiales o suboficiales, sino que respondieron a una definición orgánica de las máximas autoridades de las Fuerzas Armadas.

4 | El juicio oral. El valor de los testimonios de los nietos restituidos

El 28 de febrero de 2011 se inició el juicio oral y público. Llegaron como imputados Jorge Rafael Videla (en carácter de Comandante del Ejército hasta el 31 de julio de 1978), Santiago Omar Riveros (en carácter de Comandante de Institutos Militares, con intervención sobre la Zona de Defensa IV —Campo de Mayo—), Antonio Vañek, Jorge Eduardo Acosta (por los nacimientos ocurridos en la ESMA), Reynaldo Benito Bignone (último presidente de facto) y Rubén Oscar Franco (último Comandante en Jefe de la Marina durante la dictadura).⁽⁸⁾ Es de destacar que se agregaron al debate las imputaciones contra algunos apropiadores “de propia mano”, que habían sido instruidas en procesos separados: Juan Antonio Azic (por la apropiación de Victoria Donda Pérez), Víctor Alejandro Gallo e Inés Susana Colombo (por la apropiación de Francisco Madariaga Quintela), el médico Jorge Luis Magnacco (por su intervención en el caso de Javier Gonzalo Penino Viñas) y Eduardo Ruffo (por su intervención en el caso de Simón Gatti Méndez).

Las audiencias de prueba se extendieron hasta los primeros días de marzo de 2012. Declararon más de 200 testigos —20 de ellos, nietos restituidos— y un puñado de peritos genetistas y psicólogos.

Para muchos de los nietos era la primera oportunidad que tenían de declarar ante un tribunal. Algunos de ellos habían sido restituidos cuando eran menores y entonces no estaban en condiciones legales de declarar en los juicios seguidos a sus apropiadores. Otros, restituidos luego de alcanzar la mayoría de edad, se habían mantenido al margen de los procesos penales. También para muchas abuelas y familiares era su primera declaración pública. De este juicio, entonces, no quedará sólo la sentencia sino el invaluable testimonio de todos ellos. En palabras del propio Tribunal,

“Más allá de las conmovedoras, conflictivas, contradictorias y traumáticas experiencias que en todos los casos desencadenó

(8) Otros imputados, de significativa responsabilidad, murieron antes de que la causa fuera elevada a juicio o se les suspendió el proceso por incapacidad sobreviniente (como Cristina Nicolaides, Héctor Febres o Emilio Massera).

en sus vidas el descubrimiento de la verdad sobre su origen e identidad, con la heterogénea cantidad de reacciones generadas a partir de tal suceso, el común denominador que pudo encontrarse en la palabra de esos jóvenes fue que, más tarde o más temprano, se encontraron con un sentimiento de alivio, liberador, provocado, sin dudas, por la libertad que acarrea la verdad. Esa libertad es precisamente la que les fue arrebatada hace décadas al cercenárseles el acceso a su propia historia y que recobraron al conocer su identidad".⁽⁹⁾

Sin perjuicio de la gran de la cantidad de testimonios, el juicio planteaba una dificultad específica para los acusadores: desde el inicio del debate sabíamos que no existía una prueba específica y puntual de la intervención de todos los imputados en la apropiación de niños. Debíamos construir esa evidencia a partir de conclusiones de diversos fragmentos probatorios: declaraciones de sobrevivientes, de nietos, documentos y reglamentos militares, documentos desclasificados e, incluso, notas periodísticas. El objetivo era sencillo de enunciar pero difícil de concretar: reflejar la sistematicidad de las apropiaciones de niños, sus características comunes y regulares. Finalmente, tal como lo refleja la sentencia del Tribunal, se cumplió con creces con ese objetivo.

5 | El alegato de Abuelas de Plaza de Mayo. ¿Práctica o Plan?

Al realizar el alegato de Abuelas de Plaza de Mayo, decidimos hacernos cargo de una discusión que había permanecido subterránea pero latente durante todo el juicio oral, incluso desde el inicio de la causa. ¿Era posible plantear que hubo un "Plan sistemático de apropiación de niños"? ¿O debía hablarse de una "práctica"?

Como ya señalé, el llamado "Plan sistemático de apropiación de niños" no era, en rigor, el objeto del juicio, sino que —en palabras de la propia Corte Suprema— el "plan" era el medio a través del cual se habían ejecutado determinadas apropiaciones puntuales que se trataban en la causa

(9) Página 1012 de la sentencia.

(los 34 casos del juicio). Es decir, que probar la existencia de tal “plan” era el elemento clave para atribuir la responsabilidad penal de la apropiación de niños a quienes estaban en la cúspide del terrorismo de Estado, como Videla, Vañek o Riveros.

Esto planteaba una serie de dificultades. Tradicionalmente, en el ámbito jurídico penal, se entiende que un “plan” presupone una ideación previa al hecho, un acuerdo de voluntades que antecede a la conducta criminal y una definición precisa de cómo ejecutar el crimen. Todos elementos muy difíciles de probar en cualquier delito (¿cómo probamos lo que alguien pensó?) y, mucho más, en un conjunto de crímenes iniciados hace más de 30 años, en la más absoluta clandestinidad y con la posterior destrucción de invaluable evidencia. Además, entre quienes han investigado de cerca las apropiaciones de niños y el terrorismo de Estado, estaba muy presente la idea de que los militares, antes de realizar el golpe de Estado, habían definido cómo iban a desarrollar la represión pero posiblemente no hubieran reparado en la circunstancia de que muchas de las mujeres que iban a secuestrar estarían embarazadas o tendrían consigo hijos muy pequeños. Entonces, se decía, habían resuelto “sobre la marcha” qué hacer con estos niños. Esto debilitaba fuertemente la idea de un “plan sistemático”. En cambio, se hablaba de “práctica sistemática”, haciendo referencia a la ejecución reiterada y común de apropiaciones de niños, pero sin los elementos característicos de un “plan”. Incluso, esta posición había sido asumida expresamente por el Ministerio Público Fiscal al requerir la elevación a juicio.

Por detrás de este debate siempre estuvo presente —como debe hacerse al elaborar toda “teoría del caso”— los argumentos que presentaba la defensa, es decir, los represores. Su estrategia fue clara desde la instrucción: no negaron que haya existido la “apropiación de niños”, sino que se la atribuyeron a oficiales o suboficiales inferiores que se aprovecharon de su posición, aseguraron desconocer su existencia durante la dictadura y, especialmente, negaron enfáticamente haber dado cualquier orden de que se llevaran a cabo. Además, se esforzaron en señalar y documentar casos de niños que podrían haber sido apropiados y no lo fueron, es decir, que fueron devueltos a sus familias legítimas. Llegaron a decir que había más niños “devueltos” que apropiados. Esta estrategia contrasta notablemente con la que asumieron esos mismos altos mandos de la dictadura al ser enjuiciados por los crímenes que sufrieron los padres de esos niños: en ese caso, construyeron un discurso de justificación (“combatir la

subversión", "salvar a la patria", etc.) y, en general, solicitaron "asumir la responsabilidad" y que se exima de la misma a sus inferiores "que sólo siguieron órdenes". En el caso de los niños, en cambio, descartaron el discurso justificador (¿qué "acusación" sería viable sobre esos bebés?) y explícitamente descargaron su responsabilidad en sus inferiores.

A medida que fue avanzando el juicio, pudimos ver que si bien no existía ningún tipo de duda acerca de que hubo una "práctica sistemática" de apropiación de niños, en cierto momento esa "práctica" tuvo un salto cualitativo. Veíamos, entonces, que ya con la dictadura en marcha, existió un perfeccionamiento de esa práctica y que, entonces, podíamos señalar que hubo una "práctica" y, luego, un "plan" de apropiación de niños, sin que fuera contradictorio.

En primer lugar, aclaramos el punto de partida, que no por conocido debe dejar de ser señalado. A nuestro criterio, el punto de partida debe ser comprender cuál fue la tarea que la dictadura se propuso llevar a cabo y, en ese marco, qué decidió hacer con los pequeños hijos de aquellas personas que secuestraban o, especialmente, con aquellos que nacían en cautiverio. Así, aquello que las Fuerzas Armadas planificó detalladamente —incluso, con mucha anterioridad al golpe de Estado— fue la forma en que habría de desarrollarse la persecución a los militantes políticos populares. Fue en la ejecución de esa infame "tarea" que abordaron el "problema" de los hijos de aquellos a quienes desaparecían. Y muy tempranamente, **toman la decisión de que esos niños no fueran devueltos a sus familias**. Esa separación del niño de su familia legítima se produjo de las más diversas formas: principalmente, por medio de su entrega a familias de represores o a allegados de aquéllos, que los anotaron como si fueran sus hijos biológicos, y en algunos casos más excepcionales, entregándolos a familias de las cuales no se conocen vínculos con el terrorismo de Estado, o a través de procedimientos de adopción como mecanismo de "blanqueo".

Sostuvimos, entonces, que la suerte de estos niños estuvo atada a la de sus padres. Así, hubo casos de mujeres que dieron a luz en cautiverio pero que fueron liberadas y no sufrieron la apropiación de sus hijos. En cambio, aquellos niños nacidos en cautiverio, y cuyas madres continúan desaparecidas, no fueron entregados a sus familias. Esto se debe, precisamente, a que la **sustracción sistemática de niños integró el plan sistemático de desaparición de personas**. Esta aberrante práctica perseguía la finalidad

de borrar todo rastro sobre el destino de las madres de esos bebés que se encontraban en situación de desaparición forzada. Dado que la devolución de los niños a sus legítimos familiares implicaba reconocer que sus madres estaban detenidas en algún lugar —circunstancia que era oficialmente negada por todos los medios posibles—, los represores pretendieron asegurarse que esas criaturas jamás llegaran a manos de sus familias. Así, los convirtieron en desaparecidos en vida y, con ello, continuaron perpetrando la desaparición forzada de sus madres.

Señalamos, entonces, a partir de una serie de pruebas muy concretas,⁽¹⁰⁾ que ya en el 1976 la dictadura advirtió el “problema” de los niños”. Y que entonces comenzaron a desarrollarse las primeras apropiaciones de niños, con la aquiescencia de los responsables de cada zona represiva, y que para mediados de 1977 ya se había tomado la decisión en la cúspide de las Fuerzas Armadas de perfeccionar esa práctica estableciendo las llamadas “maternidades clandestinas”, y asignando determinados represores y médicos a la supervisión de las mujeres embarazadas.

Sin embargo, siempre tuvimos claro que el objetivo de apropiarse de esos niños era secundario. Esto se refleja en el hecho de que muchas mujeres que estaban embarazadas al momento de ser secuestradas fueron sometidas a las más crueles sesiones de tortura, sin ningún tipo de contemplaciones. Y esto se explica por la sencilla razón de que, para los represores, lo principal era “combatir la subversión”, continuar con su plan de exterminio. Entonces, estaban interesadas en esas mujeres como “elemento a exterminar” y fuente de información para continuar con sus secuestros. Luego, si sobrevivían y llegaban a parir, entonces sí, se quedaban con sus hijos.⁽¹¹⁾

(10) Especialmente se señaló como elementos de prueba de esta circunstancia: a) el reglamento RE-10-51 “Instrucciones para operaciones de seguridad”, de diciembre de 1976, en el cual los niños aparecen como parte de los grupos de detenidos que se debían clasificar luego de un operativo de secuestro; b) la Orden de Operaciones N° 9/77 de la Zona I dictada por Guillermo Suárez Mason en junio de 1977; c) el registro de la existencia de una orden —materialmente, no localizada y cuyo contenido concreto se desconoce— del Ministerio del Interior de la Nación instruyendo a las fuerzas policiales sobre cómo proceder “con los menores de edad, hijos de integrantes de organizaciones políticos-gremiales cuando sus progenitores son detenidos o se encuentran desaparecidos”. Merece destacarse especialmente el trabajo de Marina Ruiz en el análisis de estos documentos.

(11) Quedó claro en el juicio que en algunos centros clandestinos —como la ESMA— había cierto cuidado “especial” para las mujeres embarazadas —se les brindaba doble ración de comida, por ejemplo—, en tanto que en otros lugares no había ningún elemento o trato diferente al del resto de los secuestrados.

Además, advertimos una diferencia entre los nacimientos en cautiverio y las apropiaciones de niños que estaban con sus padres al momento de ser secuestrados. Mientras en el primer caso se advierte claramente el “salto cualitativo” al que hice referencia antes, en el segundo se mantiene siempre la misma lógica. Entonces, ubicamos el salto de la “práctica” al “plan” en los nacimientos en cautiverio, mientras que las apropiaciones de niños en el marco del secuestro de sus padres, a nuestro entender, se mantienen en el marco de la “práctica”.

6 | El veredicto y su fundamento

El 5 de julio de 2012 el Tribunal dictó su veredicto. Sintéticamente, condenó a todos los imputados, excepto a Rubén Oscar Franco y Eduardo Ruffo.⁽¹²⁾ A Videla le impuso la pena de 50 años de prisión; a Vañek, 40 años; a Acosta, 30 años; a Riveros, 20 años. Todos ellos fueron considerados autores mediatos de sustracción, retención y ocultación de menores de 10 años (art. 146 CP) y de hacer incierto el estado civil de menores de 10 años (art. 138, inc. 2 CP),⁽¹³⁾ variando la cantidad de casos según cada imputado. Bignone fue considerado partícipe necesario de todos los hechos de retención y ocultación de niños y fue condenado a 15 años de prisión. En tanto que, para los apropiadores, las penas fueron: 15 años para Gallo, 14 para Azic y 5 para Colombo. Finalmente, Magnacco fue condenado a 10 años de prisión como partícipe necesario en el caso que se le imputaba.

En relación al fundamento del fallo, indudablemente, su núcleo consiste en la forma en la cual el Tribunal tuvo por acreditada la existencia de la práctica generalizada y sistemática de sustracción de niños y su atribución a los imputados. A continuación, se presenta una prieta síntesis de esa fundamentación, desde el punto de visto argumentativo —he omitido ex-

(12) Ruffo, en rigor, no era un imputado de la causa “Plan sistemático”, sino que estaba imputado en una causa distinta, instruida incluso en otro juzgado, como “entregador” de Simón Gatti Méndez. Como la apropiación de ese niño también se le imputaba a Videla, su causa se acumuló con la de “Plan sistemático” en la etapa de juicio, por obvias razones de economía procesal (así, se evitó que todos los testigos de este caso tengan que declarar dos veces, en dos juicios distintos).

(13) Con la excepción de los casos de Victoria Moyano y Macarena Gelman, en los cuales Videla fue considerado partícipe necesario.

presamente las referencias a las pruebas y/o ejemplos, por obvias razones de espacio—.

Para comenzar, el Tribunal hace explícito su enfoque:

"...corresponde abordar entonces el análisis de los hechos acaecidos desde una visión global, comparativa y conjuntamente analizados, a fin de determinar si puede establecerse algún tipo de patrón común o de vinculación entre ellos o si pueden encontrarse características propias a su modalidad comisiva que puedan ser consideradas generales o sistemáticas o si su comisión puede responder a una política de Estado, teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar acreditadas respecto de cada uno de ellos..."⁽¹⁴⁾.

Y continúa:

"En cuanto a las circunstancias que rodearon esa etapa inicial comisiva podemos concluir que el patrón común consistió en que todas las madres de los niños sustraídos, al igual que casi la totalidad de los padres, fueron víctimas de la acción represiva llevada a cabo por el último gobierno de facto en el marco de procedimientos ilegales desplegados por personal de las fuerzas armadas, policiales, de inteligencia o de seguridad en los que se implementaron métodos de terrorismo de estado y fue a partir de tales hechos que los niños quedaron a merced de las fuerzas intervintentes quienes dispusieron de ellos, sustrayéndolos del poder de sus progenitores, bajo las modalidades que más adelante se detallarán. Respecto de las edades de las víctimas, advertimos que los menores sustraídos fueron en su gran mayoría bebés recién nacidos o niños de hasta un año de vida; y en los casos que se constataron en este juicio de niños que sobrepasaron dicha edad, se acreditó la implementación de modalidades comisivas de carácter excepcional...".⁽¹⁵⁾

"Sin embargo, a pesar de esa característica común, podemos identificar tres grupos de situaciones distintas, a partir de la

(14) P. 937.

(15) Pp. 941/942.

modalidad implementada para llevar a cabo tales sustracciones:

1) Casos en los que las madres, encontrándose embarazadas, fueron trasladadas a diversos centros clandestinos de detención y mientras se encontraban ilegalmente privadas de su libertad dieron a luz a sus hijos en condiciones de absoluta clandestinidad. Luego de ello, sus hijos les fueron arrebatados, en algunos casos, inmediatamente y, en otros, a los pocos días de haber nacido (...)

"2) Casos en los que los menores se encontraban junto a sus madres en sus respectivas viviendas al momento de irrumpir en ellas las fuerzas represivas, produciéndose en tales circunstancias la sustracción de aquéllos por parte del personal interviente. A resultas de tales procedimientos se produjo, además, la muerte, la desaparición o el secuestro de las respectivas madres, según los casos (...)

3) Casos en los que la sustracción de los menores se produjo durante el cautiverio al que éstos fueron sometidos por haber sido conducidos conjuntamente con sus padres a un centro clandestino de detención, donde fueron separados del poder de sus progenitores por agentes del estado que se desempeñaban en tales centros, quienes posteriormente dispusieron de ellos dandoles diversos destinos (...)

Resulta asimismo importante destacar que las madres de los 34 menores sustraídos bajo las circunstancias apuntadas, permanecen desaparecidas o han sido asesinadas, a excepción de Sara Rita Méndez (madre de Aníbal Simón Méndez), quien fue liberada en circunstancias que podrían ser calificadas de excepcionales, ya que a su respecto había sido previsto idéntico destino...".⁽¹⁶⁾

"También permanecen desaparecidos o han sido asesinados la totalidad de los padres que fueron víctimas del accionar represivo detallado y son los padres de 33 de los 34 menores sustraídos (a excepción de Abel Madariaga, padre de Francisco Madariaga, quien no fue secuestrado).

(16) Pp. 947/949.

Asimismo corresponde destacar que en todos los casos precedentemente mencionados las sustracciones de los menores se llevaron a cabo en el marco de situaciones revestidas de la más absoluta clandestinidad, donde esa conducta delictiva se desdibujaba dentro de la ilegalidad general de toda la situación del contexto en que se llevó a cabo (ya sea en procedimientos ilegales o dentro de los mismos centros de detención clandestina). Ello ha determinado que haya podido reconstruirse sólo parcialmente la trama de sucesos que acaecieron desde el momento mismo de la sustracción, hasta el definitivo hallazgo de las víctimas en los casos en que ello sucedió. Tampoco ha sido posible la individualización de la totalidad de las personas que estuvieron en posesión de los niños, en el intervalo temporal transcurrido desde la separación de éstos de manos de sus madres hasta su arribo a manos de los apropiadores, en los supuestos en que aquéllos han sido encontrados, habiéndose constatado muchas veces intervalos temporales variables que ameritan considerar la intervención de un número indeterminado de personas en todo el período del desarrollo de los sucesos delictivos aquí analizados".⁽¹⁷⁾

"Esta observación controvierte la alegada maniobra delictiva individual que sostuvieron las defensas, dado que previo a llegar a los brazos de quienes definitivamente decidieran quedárselos, los niños pasaron a la vista y por la decisión de una indeterminada cantidad de personas que revestían funciones concretas dentro del plan general antes apuntado y que (...) obedecían órdenes emanadas de los más altos niveles de mando que hicieron posible que el destino de esos niños se sellara de un modo clandestino e ilegal, en el que la voluntad del apropiador no hizo más que determinar el lugar final de ese recorrido ilegal que había sido trazado mucho antes de llegar a los hogares donde finalmente fueron criados en la mentira, donde fueron mantenidas las desapariciones de esos niños y niñas encerrándolos en su propia tragedia".⁽¹⁸⁾

(17) P. 950.

(18) P. 951.

A continuación, el Tribunal recuerda que ninguno de esos niños fue entregado a su familia, y que tampoco se le brindó a ésta información sobre su destino. Sobre este último punto, el Tribunal explica los distintos mecanismos de apropiación:

“Volviendo entonces a la etapa posterior a la sustracción, se constataron las siguientes situaciones, en cuanto al destino que tuvieron las criaturas:

- 1) Algunas víctimas permanecen desaparecidas (...)
- 2) En otros casos —que constituyen la mayor cantidad de sucesos aquí probados— los menores fueron apropiados e inscriptos como hijos biológicos, mediante documentación falsa, por matrimonios respecto de los cuales se constató, en casi la totalidad de ellos, algún tipo de vínculo con la fuerza (armada, de seguridad, policial o de inteligencia) que tuvo intervención en los hechos que damnificaron a las víctimas apropiadas o sus padres (...)
- 3) Víctimas que fueron trasladadas a otro país y abandonadas sin ningún tipo de identificación, circunstancia que sumada a la ocultación de la información pertinente que permitiera localizar a sus familiares biológicos, determinó que fueran dados en adopción...”.⁽¹⁹⁾
- 4) Casos en que los menores fueron dados en adopción, a pesar de no haber sido abandonados y de contar con familiares que intensamente los buscaban y reclamaban por ellos...”.⁽²⁰⁾

Luego, el Tribunal desarrolla su conclusión:

“De todo lo hasta aquí expuesto podemos concluir que ninguno de los hechos que aquí se juzgan fueron producto de conductas delictivas aisladas llevadas a cabo en forma individual o por un grupo que pudiera alzarse contra el poder de las fuerzas a las que pertenecían. Tales fuerzas, por su estructura de mandos, no sólo ejercían el control sobre los subordinados sino

(19) Pp. 952/957.

(20) P. 958.

que además tenían el control absoluto de todo el territorio nacional, en el marco del poder general desplegado por el último gobierno de facto, conforme ha sido detallado pormenorizadamente al inicio del presente análisis.

Así pues, dadas las características de modo, tiempo y lugar de los hechos probados y a partir de las modalidades precedentemente apuntadas corresponde concluir que tales sucesos han sido llevados a cabo de un modo generalizado y sistemático, por cuanto ha podido acreditarse la comisión de múltiples actos con características análogas y con una estrecha vinculación entre sí los que, asimismo, fueron ejecutados siguiendo determinados patrones en cuanto a su ejecución y evidenciado una modalidad comisiva común. Ello constituyó una 'práctica' generalizada y sistemática de sustracción, retención y ocultamiento de menores de edad, haciendo incierta, alterando o suprimiendo su identidad, ejecutada en el marco del plan general de aniquilación que se desplegó sobre parte de la población civil, con el argumento de combatir la subversión e implementando métodos de terrorismo de Estado, durante los años 1976 a 1983 de la última dictadura militar.

En efecto, la generalidad de dicha práctica se extrae de las siguientes consideraciones: a) el número de casos acreditados; b) la cantidad de fuerzas (armadas, de seguridad, policiales, de inteligencia o penitenciarias) que tuvieron intervención en los eventos analizados; c) el ámbito territorial en la que se constató la realización de los hechos; d) el ámbito temporal de los sucesos, no sólo en cuanto a la continuidad propia de cada uno de ellos sino también respecto de los diversos momentos en los que tuvieron inicio cada una de las sustracciones llevada a cabo; e) las distintas autoridades que se encontraban al frente del gobierno nacional y en la totalidad de la cadena de mandos que transmitieron, ejecutaron y supervisaron el cumplimiento de tales órdenes, durante todo el desarrollo comisivo de los ilícitos cometidos. Todas esas consideraciones controveieren cualquier aseveración dirigida a sostener que se trató de hechos aislados o que respondieran a motivaciones individuales.

La aludida sistematicidad se concluye a partir de las siguientes consideraciones: a) clandestinidad en la realización de los hechos cometidos; b) el deliberado ocultamiento de información; c) vulneración de la identidad de los menores como modo de ocultamiento de los hechos a perpetuidad.

Las referidas características comisivas han sido verificadas respecto de la totalidad de los sucesos probados en este juicio y ello puede constatarse de la lectura de cada una de las descripciones fácticas configuran la materialidad ilícita de los sucesos cuya que descripción pormenorizada con la pertinente valoración probatoria integra otros considerandos de esta sentencia, al igual que el detalle sobre el funcionamiento y características de los distintos centros clandestinos de detención en los que la mayoría de tales hechos tuvieron lugar”.⁽²¹⁾

El Tribunal continúa su fundamentación desgranando esta explicación punto por punto —explicación ésta que, por razones de espacio, omitimos aquí—. Sólo cabe destacar dos reflexiones de particular relevancia.

Respecto de la primera, en relación a la metodología utilizada por los represores para separar a estos niños de sus familias, el Tribunal señala:

“una circunstancia que resulta medular para comprender su eficacia (...) consiste en una peculiaridad histórica, relativa a que al momento de los hechos no se contaba con las prácticas científicas que existen actualmente a los fines de la identificación de personas. Esta consideración deviene fundamental a fin de ponderar la eficacia de la metodología implementada. Recordemos aquí que tal como señalaran muchas de las abuelas que declararon en este juicio, al igual que las profesionales del Banco Nacional de Datos Genéticos, en la década del 70 era imposible lograr la identificación de un niño con apenas una muestra hemática y en ausencia de los padres, como ocurre hoy en día. Ello, era lisa y llanamente impensado en aquél entonces”.⁽²²⁾

(21) Pp. 959/960.

(22) Pp. 993/994.

La segunda implica descartar la estrategia de la defensa, que buscó cuestionar la existencia del "plan" o "práctica" sistemática de apropiación de niños señalando casos de niños que **pudieron ser apropiados y no lo fueron**, que llamaron "no casos". Al respecto, el Tribunal sostuvo:

"La sistematicidad y generalidad no se debilitan ni desaparecen por el hecho de la ocurrencia de otros destinos posibles para los menores. Ello es así, porque también en los sucesos presentados como contra-casos se advierte que los destinos de esos niños fueron decididos de modo clandestino, ilegal y arbitrario, en el marco del plan general de aniquilación del que resultaron víctimas los padres de esos menores, es decir, del mismo modo que ocurrió en los casos que integran el objeto de este debate. La ilegalidad y clandestinidad de las decisiones ya fue puesta de manifiesto. Su arbitrariedad se deriva necesariamente de aquéllas, puesto que no se esgrimieron fundamentos documentados que pudieran dar razón a una u otra decisión, sea en el caso de los hijos o de sus padres. La arbitrariedad en la toma de decisiones, sobre la vida, la muerte, la libertad o la desaparición de quienes resultaron víctimas del plan general de aniquilamiento, era funcional a los métodos del terrorismo de Estado implementados. Con idéntica arbitrariedad fueron decididos los destinos de los menores".⁽²³⁾

El Tribunal no se pronunció sobre el "salto cualitativo" en la ejecución de la práctica de apropiación que habíamos señalado desde la querella de Abuelas de Plaza de Mayo, y que a nuestro criterio permite considerar que hubo no sólo una práctica sistemática de apropiación de niños, sino también un plan. Sin embargo, esto no empalidece el valor del fallo, pues lo decisivo fue reconocido: que las Fuerzas Armadas decidieron que las apropiaciones de niños se llevaran a cabo.

7 | ¿Genocidio?

Una cuestión que se planteó expresamente a la hora de los alegatos fue el posible encuadre del caso en la figura de genocidio. Una de las querellas pidió expresamente una condena en tal sentido, en tanto que desde la

(23) P. 1006.

querella de Abuelas de Plaza de Mayo solicitamos que se declare "que durante la dictadura cívico militar se llevó adelante un 'Plan sistemático de apropiación de niños' y que ello constituye una violación a la prohibición de genocidio, de acuerdo a reglas *jus cogens* del derecho internacional de los derechos humanos, en su forma de **traslado de niños de un grupo a otro**".

Como se sabe, el tema siempre es espinoso, pues los "grupos políticos" fueron expresamente excluidos del ámbito de protección de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Sin embargo, advertimos que la prohibición del genocidio constituye una norma del *jus cogens*, es decir, una norma obligatoria e inderogable que no puede ser derribada por la voluntad de los Estados. Y, si bien existen muchos debates acerca del contenido de las normas del *jus cogens*, la opinión de los académicos y juristas del derecho internacional es unánime en que la prohibición del genocidio se encuentra comprendida. Así, los mismos redactores de la Convención reconocieron que ellos no estaban creando una nueva prohibición de derecho internacional; por el contrario, en el art. 1 dejaron plasmado que "Los Estados Partes **confirman** que el genocidio es un delito de derecho internacional", reconociendo así que su prohibición era anterior a la estatuida por la Convención. Esto, a su vez, fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva referida a los efectos de las reservas a la Convención contra el Genocidio (28/05/1951), oportunidad en la cual señaló que los principios en los que se basa la Convención "son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional". El punto, entonces, radica en establecer si la prohibición *jus cogens* del genocidio comprende el llamado "genocidio político" o es igual de estrecha que la definición de la Convención.

Vale la pena destacar que, de acuerdo a las reglas del derecho internacional, una norma *jus cogens* tiene jerarquía superior a las normas convencionales. Ello está expresamente reconocido en el art. 53 de la Convención de Viena, en cuanto establece que "Es nulo todo tratado que, **en el momento de su celebración** esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general", aclarándose que una norma imperativa "es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Se destaca también que el derecho internacional tampoco admite que las normas *jus cogens* sean derogadas por las prácticas contrarias de los Estados, pues se entiende que el objeto de estas normas no es satisfacer las necesidades de los Estados sino los intereses más elevados de la comunidad internacional. En esta misma línea, también la Corte Internacional de Justicia, al resolver el caso "Nicaragua vs. EEUU", conocido como el caso de los "Contras", sostuvo que el hecho de que principios del derecho internacional sean codificados o incorporados en las convenciones multilaterales, no quiere decir que cesen de existir y puedan aplicarse como principios de derecho consuetudinario, incluso frente a países que son parte en dichas convenciones.⁽²⁴⁾ Así, sostuvimos que la norma consuetudinaria referida al crimen de genocidio tiene un contenido distinto al que quedó plasmado en la Convención, comprendiendo también a los grupos políticos como uno de los sujetos protegidos en la prohibición del genocidio.

Para extraer esta conclusión, seguimos la propuesta de Beth Van Schaack,⁽²⁵⁾ y nos basamos en la génesis misma de la Convención. En primer lugar, es bien sabido que el término "genocidio" se originó luego de los crímenes del nazismo. Winston Churchill había dicho que éstos eran "crímenes sin un nombre", dado que no había forma de enunciar tamaño horror. Como respuesta, el jurista polaco Raphael Lemkin formuló el término, aceptado por la comunidad internacional. Lemkin también fue el primero en impulsar la promulgación de una Convención referida al genocidio. Iniciando esta tarea, el 11 de diciembre de 1946, por unanimidad, la Asamblea General de Naciones Unidas dictó su resolución 96, donde se declara al genocidio como un delito de derecho internacional, y se señala que "muchos ejemplos de tales crímenes de genocidio han ocurrido cuando grupos raciales, religiosos o **políticos** han sido destruidos total o parcialmente". Por ello, la Asamblea General "afirma que el genocidio es un crimen del Derecho Internacional, que el mundo civilizado condena y por el cual sus autores y sus cómplices deberán ser castigados, ya sean estos individuos particulares, funcionarios públicos o estadistas y el crimen que hayan cometido sea por motivos religiosos, raciales o **políticos**, o de cualquier otra naturaleza". Así, esta decisión del órgano multilateral

(24) Ver párr. 73 de la sentencia de admisibilidad, del 26/04/1984.

(25) Ver VAN SCHAACK, BETH, "The crime of political genocide: repairing the Genocide Convention's Blind Spot", en *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 2259.

por excelencia de la comunidad internacional se constituye en una prueba concreta acerca de la preexistencia de una norma consuetudinaria que comprende el llamado “genocidio político”.

La resolución 96, finalmente, encomendaba al Consejo Económico y Social que emprendiera “los estudios necesarios a fin de preparar un proyecto de convenio sobre el crimen de genocidio”. En consecuencia, el ECOSOC formó un Comité *Ad Hoc* con representación de 7 países miembros de las Naciones Unidas. Este Comité elaboró un borrador de la Convención, para ser remitido al Sexto Comité de la Asamblea General. En ese borrador se establecía que el propósito de la Convención era “prevenir la destrucción de grupos raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos o políticos de seres humanos”. En el Sexto Comité se dio una intensa discusión entre los representantes de los Estados sobre este tema. Por un lado, quienes proponían la exclusión de los grupos políticos, argumentaban que se trataba de grupos que carecían de “homogeneidad y estabilidad” o que los grupos políticos sencillamente no merecían la misma protección que los demás (v. gr. delegado de Brasil). En tanto, los representantes que proponían la inclusión, remarcaban que los nazis habían atacado a muchos alemanes —que no eran judíos— por su pertenencia a los partidos Socialista y Comunista (v. gr. delegado holandés), o que la Convención debía brindar protección a grupos respecto de los cuales sus miembros pudieran decidir en cualquier momento integrarse o abandonarlo libremente —característica del grupo político—, pero también del grupo religioso. Por caso, el representante sueco destacó que profesar una determinada fe no se relaciona sólo con una tradición ancestral, sino que se trata de un asunto sobre el cual cada persona tiene una convicción personal, lo cual “establece una conexión entre los grupos religiosos y los grupos basados en una comunidad de opinión, como los grupos políticos”.⁽²⁶⁾ Finalmente, el Comité sometió el asunto a una primera votación, en la cual se decidió mantener el “genocidio político” con 29 votos a favor, 13 en contra y 9 abstenciones. Pero los representantes de muchos Estados anunciaron que, en esas condiciones, no firmarían el naciente tratado. Entonces, Estados Unidos propuso reabrir la votación, buscando que más Estados firmen el tratado y con el compromiso de “en un futuro, hacer mejoras a la Convención

(26) Todas las citas de este debate se encuentran publicadas por Naciones Unidas (UN GAOR 6th Comm). Pueden encontrarse referencias similares en el artículo de Van Schaack, Beth, *op. cit.*

e incluir a los grupos políticos". La contrapartida de esta eliminación de los grupos políticos fue la inclusión de la referencia a la posibilidad de establecer un tribunal internacional para el juzgamiento de estos crímenes, siempre que los Estados acepten su jurisdicción (art. 6 de la Convención), lo que constituye el germen normativo de la Corte Penal Internacional. Es decir, tampoco se reconoció el principio de jurisdicción universal.

Como señala Van Schaack, analizar los trabajos preparatorios de la Convención contra el genocidio e, incluso, el propósito mismo del instrumento, permite comprender el esfuerzo de los Estados por limitar sus obligaciones bajo el derecho internacional, reduciendo para ello las normas consuetudinarias a normas convencionales más estrechas.

En esta línea, la resolución 96 de la Asamblea General, los trabajos preparatorios de la Convención y la discusión en el Sexto Comité, no son más que la prueba de la existencia de una norma obligatoria del derecho internacional, prohibitiva del delito de "genocidio político", que los Estados trataron de derogar. El punto es que las normas *jus cogens*, justamente, no pueden ser derogadas, ni si quiera por tratados.

Otro elemento a tener en cuenta, que verifica la existencia de esta norma *jus cogens*, es que numerosos Estados —entre los que se destacan los códigos penales de Panamá, Costa Rica, Perú, Portugal, Francia y Rumanía— han dictado leyes penales internas, tipificando el genocidio con definiciones mucho más abarcativas que la de la Convención.

Finalmente, señalamos que no hay ningún argumento razonable para excluir a los grupos políticos de la protección. No resulta coherente con el espíritu protector del derecho internacional que se admita que un grupo sea desprotegido por decisión política y sin ningún justificativo coherente. Por si hiciera falta, recordamos que la discriminación política no es tolerada por el derecho internacional de los derechos humanos. En síntesis, concluimos que puede sostenerse válidamente la vigencia de la norma que prohíbe el genocidio en términos más amplios que los contenidos en el art. 2 de la Convención —y que, ahora, sigue también el Estatuto de Roma—.

Como señala Van Schaak, esta propuesta, además, reconoce un precedente importante en una situación análoga relacionada con la misma Convención. Como vimos, la Convención no reconoce el principio de jurisdicción

universal. Sin embargo, son muchos los Estados signatarios de la Convención que han juzgado hechos cometidos en otros países o han concedido extradiciones sobre la base del principio de jurisdicción universal. Así, sólo por referir uno de los más célebres, en el “caso Eichmann”, la Corte Suprema israelí señaló que la Convención, en tanto no reconocía la jurisdicción universal, era reemplazada por la costumbre internacional. Y en ese mismo sentido, y con estricta aplicación al caso que nos ocupa, se pronunció la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España en la causa que finalmente condenó a Adolfo Francisco Scilingo, el 04/11/1998, por actos de genocidio cometidos contra grupos políticos.

La querella de María Isabel “Chicha” Chorobick de Mariani, por su parte, sostuvo su planteo de la mano del conocido trabajo de Daniel Feierstein en la materia,⁽²⁷⁾ argumentando que podía considerarse que los grupos políticos contra los que se dirigió el ataque generalizado perpetrado por las Juntas Militares pueden ser comprendidos dentro de la categoría “grupo nacional”, y solicitando que se condene a Videla como autor del delito de genocidio y se le imponga la pena prevista en el Código Penal para los delitos que cometió desde el punto de vista del derecho local.

El Tribunal rechazó estos planteos, señalando que, de lo contrario, se violaría el principio de congruencia, pues era la primera vez que se introducían en esta causa. Así, en el voto de mayoría sobre este punto, los jueces Roqueta y Panelo señalaron que:

“...muy distinto es defenderse de toda una serie de imputaciones que eventualmente podrían resultar en sustracción de menores, alteración de su estado civil y otra del desarrollo de un plan de represión que importe actos ‘perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal’, a través del ‘traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo’ del art. 2 de la ‘Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio’”.⁽²⁸⁾

(27) Ver, entre otros, FEIERSTEIN, DANIEL, *El Genocidio como práctica social*, Bs. As., Sudamericana, 2007.

(28) P. 1200.

El juez Domingo Luis Altieri, a pesar de haber acompañado esa decisión, hizo un voto diferente, que merece ser destacado. En primer lugar, recordó las prácticas de apropiación de niños que se dieron en el marco del nazismo y el franquismo. Reseñó los trabajos de Raphael Lemkin y el origen de la Convención, advirtiendo la decisión expresa de excluir de ella a los "grupos políticos", a la cual considera —con Feirstein— violatoria del principio de igualdad ante la ley. Finalmente, concluyó que:

"...la norma convencional debería ser modificada y, aun cuando ello no aconteciera, resultaría posible la admisión ante los Tribunales de Justicia, en base a una interpretación *pro homine* de los términos de la actual Convención, con sustento en las normas *ius cogens* que se impondrían incluso sobre los términos cuya incorporación han sido consentidos por los Estados individuales (ver art. 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969)".

Y en lo que ataña específicamente al caso, indica que la discusión

"...no es indiferente ante la posibilidad de construir una verdad jurídica que coincida con lo realmente ocurrido, a mi juicio, no cabe duda que, en nuestro país, los crímenes perpetrados por los imputados tuvieron lugar en el marco del genocidio de un grupo político, que si bien heterogéneo en cuanto a su composición (edad, sexo, clase social, etc.), se caracterizó por hallarse integrado por militantes políticos, sociales, sindicales y estudiantiles, todos opositores al régimen cívico militar que el 24 de marzo de 1976 usurpó el poder político en la República Argentina, asumiendo 'de facto' la dirección de los destinos de la Nación; sector de la población a los que 'definió' como 'enemigos' o 'subversivos', haciendolos víctima de una empresa criminal que valiéndose del poder del Estado implementó, para eliminarlos físicamente, un plan generalizado y sistemático de exterminio y aniquilación. Es en ese marco que hemos tenido por probada la aberrante práctica generalizada y sistemática de apropiación de niños que nos ha tocado juzgar".⁽²⁹⁾

(29) Pp. 1202/1214.

Sin embargo, también votó por rechazar efectuar la declaración solicitada por la querella de Abuelas de Plaza de Mayo, señalando que “son sólo cuestiones procesales las que me impiden de efectuar tal declaración, todas ellas tendientes a evitar dar lugar a planteos de nulidad que pongan en peligro la validez e integridad de esta sentencia, por la afectación al principio de congruencia, por cuanto, en realidad, es verdad que la conducta recién les fue enrostrada a los encartados en la discusión final del juicio”.⁽³⁰⁾

Así, lamentablemente, se perdió una inmejorable oportunidad para discutir la viabilidad de la calificación como “genocidio” de lo ocurrido en nuestro país. No debe perderse de vista que se estaba juzgado a Jorge Rafael Videla y a algunos de los principales responsables del terrorismo de Estado en un mismo juicio, como no ocurría desde el histórico “Juicio a las Juntas”. Si bien el argumento del Tribunal para evitar pronunciarse es atendible, desde nuestro punto de vista la declaración que pretendíamos se limitaba a establecer la verdad —tal como lo señaló el juez Altieri—, pero sin derivar de ello consecuencias jurídicas para los imputados (de hecho, no había sido invocado como elemento para determinar la pena), por lo que no había afectación al principio de congruencia. De todas formas, el voto de este juez deja abierta la vía para reeditar el intento en otros procesos, con una línea argumental novedosa en esta discusión.

8 | El caso de Macarena Gelman: la aplicación del principio de jurisdicción universal

Uno de los casos incluidos en la imputación a Videla fue la apropiación de Macarena Gelman, emblema de la coordinación entre las fuerzas represivas de Sudamérica. La madre de Macarena, María Claudia García Iruretagoyena, fue secuestrada en Buenos Aires mientras cursaba un embarazo avanzado, y conducida al centro clandestino de detención “Automotores Orletti”. Luego, fue trasladada a Uruguay, donde continuó en cautiverio y dio a luz a Macarena en diciembre de 1976. No se supo más de ninguna de las dos hasta que, en el año 2000, Macarena fue localizada

(30) *Ibid.*

en Montevideo, donde había sido criada por un policía y su esposa. La imputación a Videla, entonces, planteaba dos interrogantes de difícil respuesta: a) ¿es responsable Videla de los hechos ocurridos en Uruguay?; b) ¿es competente la Justicia argentina para juzgarlo?

El Tribunal respondió afirmativamente ambas preguntas. Respecto de la primera, tal como lo habían planteado los acusadores, consideró que

"Videla prestó un aporte esencial para la concreción de los delitos perpetrados en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena. Pues su sustracción, retención y ocultación, así como también la alteración de su estado civil, jamás pudieron haberse cometido si previamente el aparato criminal controlado por Videla no la hubiera secuestrado, mantenido en cautiverio durante parte de su embarazo y entregado a los represores uruguayos antes de su parto".⁽³¹⁾

En consecuencia, consideró a Videla partícipe necesario de la sustracción, retención y ocultamiento de Macarena Gelma, así como de hacer incierto su estado civil.

Respecto de la competencia, el Tribunal comenzó por señalar que "el haberse materializado la sustracción fuera del país, no es óbice para que sea aplicada la ley argentina al caso; porque de conformidad con lo que prescribe el art. 1 en su inciso 1 del Código Penal de la Nación, éste será aplicable por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la Nación Argentina; o en los lugares sometidos a su jurisdicción".⁽³²⁾ Es decir, invocó el principio real o de defensa. Sin embargo, el núcleo de su decisión consistió en asumir la competencia siguiendo el principio de jurisdicción universal para crímenes de lesa humanidad, erigiéndose así en la primera aplicación de tal principio por un tribunal oral nacional.

Así, por mayoría (votos de los Dres. Roqueta y Altieri) el Tribunal fundó su competencia invocando precedentes de la CIDH y disposiciones de la reciente Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

(31) P. 1047.

(32) P. 1047.

Sintéticamente, ésta fue su fundamentación:

"... la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habilita a que, frente a un crimen internacional de lesa humanidad, si el Estado no quisiera o no pudiera cumplir con su obligación de sancionar a los responsables, resulte plenamente aplicable la jurisdicción universal para que cualquier Estado persiga, procese y sancione a quienes aparezcan como responsables de esos ilícitos, aun cuando los mismos hubieran sido cometidos fuera de su jurisdicción territorial o no guardaran relación con la nacionalidad del acusado o de las víctimas, en virtud de que tales hechos afectan a la humanidad entera y quebrantan el orden público de la comunidad mundial (Informe N° 133/99 caso 11.725 Carmelo Soria Espinoza, Chile, 19 de noviembre de 1999, pár. 136 a 149 y punto 2 de las recomendaciones). Por lo cual, si no se ejerce la jurisdicción en función del principio universal se pone en juego la soberanía de la República Argentina (conf. 'Simón', voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 29 (Fallos: 328:2056)(...)

En este sentido, los estados que han suscripto la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, han tenido en miras prevenir y luchar contra la impunidad en lo que a ellas respecta, teniendo especialmente en cuenta no sólo el derecho de toda persona a no ser sometida a una desaparición forzada sino también el derecho de las víctimas a la justicia y la reparación. En ese sentido afirma el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias del crimen y la suerte de la persona desaparecida, así como el derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir información a este fin (ver Preámbulo de la Convención). Por ello, si el otro Estado, en este caso Uruguay no investigó los hechos que damnificaron a María Macarena Gelman Iruretagoyena, por los motivos que fueran, este Estado u otro, en base al principio de persecución universal puede investigar este hecho, ello tal como lo sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo expuesto, hay que tener en cuenta en ambos casos las circunstancias históricas en las que se produjeron los sucesos, su vinculación con la investigación de otros delitos de lesa humanidad acaecidos en nuestro territorio, la circunstancia

de que toda la instrucción del sumario se ha desarrollado en nuestro país, y el estado de avance del juicio, conlleva que declinar la competencia redundaría en perjuicio de la investigación, de la resolución de la causa y de los derechos del imputado a obtener un pronunciamiento que defina su situación frente a la ley respecto del hecho que se le imputa.

A la circunstancia de que éste reside aquí, con lo cual también atendiendo al derecho de defensa en juicio, resulta más conveniente que sea nuestro país el que finalice con el juzgamiento".⁽³³⁾

El Dr. Panelo, por su parte, votó en disidencia y sostuvo que la Justicia argentina no tenía jurisdicción para expedirse sobre el caso. Rechazó recurrir al principio real o de defensa, pues "la mayoría de la doctrina ha sido conteste en señalar que en el caso de este principio el delito tiene que haberse cometido en el extranjero, pero en perjuicio de un bien jurídico de naturaleza pública nacional". Y también descartó aplicar el principio de jurisdicción universal, pues del propio debate había surgido que, por los hechos que damnificaran a María Claudia García Iruretagoyena y a Macarena Gelman, "se encontraban detenidos por orden judicial, desde pocos días atrás, en la República Oriental del Uruguay los militares uruguayos Gavazzo, Arab, Vázquez, Silveira y Medina Blanco" y que, a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el "Caso Gelman vs. Uruguay", dicha causa se habría reactivado. El devenir posterior del juzgamiento de esta clase de crímenes en Uruguay —cercenado por la Corte Suprema de ese país— parece confirmar el acierto de la mayoría del Tribunal en asumir la jurisdicción.

9 | La aplicación de la figura de desaparición forzada de personas

Otro elemento saliente del fallo fue que ratificó el criterio de que la apropiación de niños debe ser calificada como una desaparición forzada de personas, en la cual aquellos niños (y no solamente sus padres) son las víctimas. El Tribunal consideró que dicha figura era aplicable a los hechos del caso de la mano de la costumbre internacional (*jus cogens*). Esta calificación no es meramente simbólica, pues de ella se derivan importantes consecuen-

.....

(33) P. 1049 y ss.

cias en diversos aspectos de la sentencia, tales como la delimitación del cese del delito o la determinación de la pena.

Este criterio había comenzado a instalarse en la jurisprudencia nacional poco tiempo atrás, a partir de otro fallo de este mismo TOCF 6,⁽³⁴⁾ ratificado por la Sala IV de la Casación,⁽³⁵⁾ así como por una destacada sentencia de la Sala II de esa Cámara.⁽³⁶⁾ El Tribunal, entonces, se remitió a la fundamentación que había hecho en aquella oportunidad, destacando que, con posterioridad, la propia Corte IDH coincidió con ese encuadre al abordar precisamente uno de los casos incluidos en el juicio.⁽³⁷⁾

Lógicamente, a partir de esta definición, el caso fue encuadrado sin dificultades como un crimen de lesa humanidad y, en consecuencia, se declaró su imprescriptibilidad. Además, esta definición implicó que el Tribunal expresamente reconociera que aquellos niños que aún no fueron localizados continúan siendo víctimas de desaparición forzada,⁽³⁸⁾ desechando los argumentos de las defensas que pretendían deslindar la responsabilidad de los imputados por ausencia de pruebas sobre su destino.⁽³⁹⁾

(34) Ver sentencia del caso “REI, Víctor Enrique s/sustracción de menor de diez años”, causa N° 1278, fundamentos del 30/04/2009, TOCF 6.

(35) “Rei, Víctor Enrique s/recurso de casación”, Sala IV, causa 10.896 (rta. 10/06/2010).

(36) “Rivas, Osvaldo Arturo s/ recurso de casación”, CNCP, Sala II, causa N° 9659 (rta. 04/11/2009).

(37) Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay”, sentencia de 24/02/2011 (fondo y reparaciones). Ver, en particular, párrs. 117/132.

Para un desarrollo teórico de la calificación de la apropiación de niños como desaparición forzada de personas, ver Piñol SALA, NURIA, “Los delitos del art. 146 del CP a la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, Bs. As., Abuelas de Plaza de Mayo, 2006. También IUD, ALAN, “La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio”, en G.I. Anitua y M. Gaitán (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2012.

(38) Se remitió para ello a conocida jurisprudencia de la Corte IDH. En particular, se destacó el razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, del 12/08/2008, considerandos 12 y 14. Ver p. 329 del fallo del TOCF 6.

(39) Las defensas plantearon que, si esos niños no habían sido restituidos o no se tenía información certera sobre su destino, no se satisfacía la carga de probar la acusación, pues podrían haber fallecido o no se probaban las circunstancias de tiempo, modo y lugar de comisión del delito imputado. En el fondo, hicieron explícito el planteo que —imaginamos— llevó a la Cámara Federal a no tener por probados algunos de los casos de apropiación de niños abordados en la causa 13.

Además, reconocer la permanencia del delito implicó establecer la aplicación de las leyes 24.410 (sancionada en 1994) y 25.928 (sancionada en 2004), que reformó el art. 55 del Código Penal, fijando en 50 años de prisión el límite máximo de la pena de prisión. La aplicación de la ley 24.410 para el delito reprimido en el art. 146 CP —retención y ocultación de menores de 10 años— había sido admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para apropiadores y “entregadores” de niños.⁽⁴⁰⁾ Sin embargo, en este caso se planteaba el interrogante de si esos casos eran equiparables a los de personajes como Videla, cuya defensa alegaba que al haber dejado el poder —y mucho más al estar detenido— no tenía ningún dominio sobre el curso posterior de los hechos.

Así se explica, entonces, cómo se llegó a imponer una histórica condena a 50 años de prisión para Videla, 40 años para Vañek y 30 años para Acosta (con la disidencia del juez Altieri, quien consideró inconstitucional la reforma de la ley 25.928). Es justo reconocer que la aplicación de dicha ley, sancionada al calor de las protestas punitivistas impulsadas por Juan Carlos Blumberg, fue objeto de severas críticas y cuestionamientos por parte de los defensores de los imputados y de algunos miembros del movimiento de derechos humanos. Sin embargo, la aplicación estricta al caso no puede ser cuestionada, si se coincide con la calificación de los hechos como “desaparición forzada de personas”. Desde mi punto de vista, si bien aquella reforma es seriamente cuestionable por promover una política criminal represiva y probadamente ineficaz para resolver los problemas de la seguridad pública, no es en sí misma inconstitucional. Y si se trata de una ley vigente, que viene siendo aplicada invariablemente por los tribunales para sancionar delitos que podemos llamar “comunes”, desechar su aplicación exclusivamente en un caso como éste violaría el principio elemental de la igualdad. Para decirlo más claro: si esta reforma fuera derogada seguramente nos alegraremos, pero mientras siga aplicándose a personas que no han cometido sus delitos por medio del terrorismo de Estado, entonces, su aplicación —ajustada legalmente al caso— a personajes como Videla deviene irreprochable. Al fin y al cabo es el mismo argumento por el cual sostendremos la imposición de penas de prisión efectiva para esta clase de criminales, a pesar de ser sumamente críticos de los discursos legitimadores de esta pena y del instituto penitenciario.

(40) Ver “Jofré” y “Gómez” (Fallos: 327:3274 y 3279), ambos del 24/08/2004; “Rei” (Fallos: 330:2434), del 29/05/2007; y “Magnacco” (Fallos: 332:1555), del 30/06/2009.

10 | Conclusión

A la fecha de cierre de este artículo, el fallo aún no se encontraba firme. Todas las defensas presentaron recurso de casación —e, incluso, de constitucionalidad, en relación al art. 55 CP—, en tanto que los acusadores recurrimos la absolución de Franco y cuestionamos que se hubiera impuesto la pena mínima a la apropiadora Colombo. En cualquier caso, no dudamos de que el núcleo de la sentencia será confirmado: la responsabilidad penal de los jerarcas de las Fuerzas Armadas por la apropiación de niños ocurrida en nuestro país.

Así, esta causa sintetizará —como ninguna otra— la lucha de esas Abuelas que comenzaron a marchar en la Plaza de Mayo en plena dictadura militar para recuperar a sus nietos. Tres décadas después, consiguieron sentar en el banquillo de los acusados a los máximos responsables de la dictadura y que un Tribunal de la Nación dejara asentado como verdad histórica incuestionable que aquéllos implementaron “una práctica sistemática y generalizada” de apropiación de niños.

El interés público como eje de la abogacía en la era democrática⁽¹⁾

por **CAMILA BLANCO**⁽²⁾

“La estructura del discurso jurídico, que articula diversos niveles, encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al derecho instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral”.

Alicia C. Ruiz⁽³⁾

I | Introducción

El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre el desarrollo y los desafíos del interés público en el contexto de la enseñanza y la práctica legal en Argentina.

A los efectos de este trabajo, entiendo al derecho de interés público como aquél que admite que el derecho puede aportar al cambio social, con

(1) Una primera versión de este trabajo fue presentada en la Universidad Austral de Chile en la ciudad de Valdivia el día 26/10/2011. Agradezco los comentarios recibidos por los docentes y alumnos en dicha oportunidad, especialmente las observaciones realizadas por el profesor Fernando Muñoz León.

(2) Abogada por la Universidad de Buenos Aires (2006). Magíster en Derecho por la Yale Law School (2011). Correo electrónico: camila.blanco@aya.yale.edu

(3) Ruiz, ALICIA E. C., “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en Christian Courtis (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, pp. 9/17.

miras a lograr el fortalecimiento de la democracia y el empoderamiento de los miembros oprimidos, silenciados e invisibilizados de la sociedad.

Para una mejor comprensión de esta cuestión, creo necesario rastrear los orígenes de la práctica de interés público en el contexto argentino, esto es, el comienzo de su utilización de manera sistematizada. Cabe destacar que si bien la visibilización, sistematización y expansión manifiesta de la práctica de interés público vino de la mano de la recuperación de la democracia a comienzos de los años 80 y, posteriormente, con las consecuencias desastrosas de la crisis institucional y económica en la era 2000, existieron con anterioridad abogadas y abogados que, con su trabajo estratégico y militante, sentaron las bases para lo que más adelante sería considerado “práctica de interés público”.

2 | El Estado silenciador y el inicio de la práctica de interés público

Es posible ubicar el germen de la práctica de interés público en la tarea llevada a cabo por los abogados defensores de presos políticos en los albores de la última dictadura cívico-militar. A raíz del clima de creciente violencia de fines de los 60, los abogados se vieron obligados a organizar estratégica y colectivamente la defensa legal de los detenidos por razones políticas.⁽⁴⁾ Esta organización o estructuración de la estrategia legal tomaría forma y se afianzaría en la década siguiente, cuando la Junta Militar tomase el poder.⁽⁵⁾

Cabe preguntarnos cómo fue que estos abogados, hoy llamados “históricos”, descubrieron la posibilidad de utilizar el derecho como una herramienta estratégica de resistencia al poder. No debe perderse de vista que

(4) A partir de los años 70, la metodología de participación política incluye la lucha armada. Los abogados toman nota de esta etapa de violencia creciente a raíz del secuestro y la desaparición del colega Néstor Martins y de su cliente Nildo Zenteno en la puerta del estudio jurídico del primero, ubicado en la zona de Tribunales de la Ciudad de Buenos Aires.

(5) SALDIVIA, L., “Documentos de Trabajo sobre Derecho de Interés Público - Derechos Humanos y Derecho de Interés Público en Argentina: ¿Quiebre o Continuidad?”, en *Programa de Derecho de Interés Público*, Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho (Universidad de Palermo), Bs. As., UP, 2002.

estos abogados se educaron en un contexto autoritario, bajo una concepción tradicional del derecho, que lo concibe como garante del *status quo*, sin espacios para la crítica o los enfoques alternativos.

Para esta visión, el buen abogado es aquél que **conoce** el derecho, lo que implica saber acerca de las normas que rigen un determinado campo jurídico. Por esta razón, los programas de estudios están tradicionalmente divididos en Derecho Civil I, II, III, etc.; Derecho Penal I y II, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Procesal, etc., lo que refleja una concepción de la enseñanza del derecho como la tarea de impartir conocimiento respecto de lo establecido en los Códigos. Cuanto mejor recuerde el estudiante las normas sobre determinado campo del derecho, mejor calificación obtendrá, lo que transforma a la Facultad en un concurso que premia la buena memoria y que omite cualquier tipo de análisis crítico o filosófico del derecho. Esta crítica a la enseñanza del derecho no es original: basta con echar un vistazo a los planes de estudio de la mayoría de las facultades de derecho para comprobar que un enfoque ético-filosófico o interdisciplinario del derecho casi no tiene acogida en la formación actual de los abogados.⁽⁶⁾

En el plano de la implementación, esta visión pedagógica tiene como correlato la enseñanza a través de manuales que no son más que Códigos comentados y un sistema mínimo de interacción entre el docente y el alumno, al punto que en, algunas facultades, predomina el "sistema libre". De acuerdo a este sistema, el alumno estudia una materia siguiendo el programa de una cátedra y presentándose en una determinada fecha a rendir un examen final. En algunos casos, ésta será la única interacción que el estudiante tendrá con el docente: estudiará de aquellos manuales que la cátedra considera adecuados para el conocimiento de cierta rama del derecho y aprenderá las opiniones del profesor a cargo de la evaluación para lograr una mejor calificación en el examen final. Esto, en un contexto

(6) Esta crítica tampoco es exclusiva del contexto argentino. Así, ya en el año 1990, el estadounidense Duncan Kennedy afirmaba "...la concepción mercantil de las facultades, la infinita atención al árbol que impide ver el bosque, la simultánea formalidad y superficialidad con las que se abordan las limitadas tareas que parece haber a mano, todo eso es sólo una parte de lo que sucede. La otra parte es un entrenamiento ideológico para servir voluntariamente a la jerarquía del Estado de bienestar empresarial". Ver KENNEDY, DUNCAN, "La educación legal como preparación para la jerarquía", en Christian Courtis (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, p. 373.

ceremonial, en el que el alumno debe vestirse de manera formal, debe "sacar bolilla", ir a "capilla" y luego exponer frente a un panel de profesores, generalmente ubicado en una tarima y en sillas que detentan una jerarquía superior a la del alumno. A simple vista, queda claro que esta dinámica no hace más que reproducir profesionales del derecho obedientes, temerosos, sin las herramientas necesarias para analizar críticamente la disciplina que ejercen y, mucho menos, de percibir las dinámicas opresivas que ésta reproduce. Esta imposición de una mentalidad estrictamente legalista, en oposición a una realidad que no lo es, condena a los estudiantes "a una formación burocrática, dependiente, incapaz de percibir y captar las razones de los conflictos de las tensiones sociales", como afirma José Eduardo Faría.⁽⁷⁾

Esta mirada es, ciertamente, coherente con las ideas liberales que predominaban en Argentina en el siglo XIX, en el marco de un Estado que buscaba la centralización mediante un denominador común, como lo es el derecho. De acuerdo a esta mirada, el derecho es percibido como una disciplina que "recepta" los cambios sociales haciéndolos suyos y normándolos para minimizar la existencia de conflictos en la sociedad. El derecho es así una herramienta casi invisible, que asiste a los Poderes del Estado para evitar el caos social. Dicha mirada fue, tal vez, funcional a cierto contexto histórico; pero luego de 200 años se torna impostergable una reforma sustancial y reflexionada. En efecto, a pesar del paso del tiempo, nuestras Facultades de Derecho siguen reproduciendo este paradigma de enseñanza y práctica del derecho que, además de limitar el potencial intelectual y creativo de los futuros abogados, alimenta una creciente brecha entre la comunidad jurídica y la sociedad en general.⁽⁸⁾ Ello, porque este paradigma pedagógico

"...termina por atribuir significaciones arbitrarias a la realidad social, proyectándolas imaginariamente como posibles y deseables —aunque no siempre factibles— y plasmándolas en discursos edificantes, ahistóricos, con pretensiones de generalidad.

(7) FARÍA, JOSÉ EDUARDO, "El poder judicial frente a los conflictos colectivos", en Christian Courtois (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, p. 242.

(8) Michael Asimov ejemplifica esta brecha en ASIMOV, M., et. al., "Perception of Lawyers. A transnational study of students' views on the image of law and lawyers", en *International Journal of the Legal Profession* Reino Unido, 2005, pp. 407/436.

En lugar de presentar los institutos jurídicos a partir de sus raíces en el proceso de las relaciones sociales, reconociendo la existencia de múltiples formas estatales y paraestatales de resolver conflictos interpersonales y colectivos, este tipo de enseñanza jurídica se limita —y no lo hace de modo inocente o ingenuo— a asignar valor a un entendimiento sistemático y lógico-deductivo, privilegiando el principio de autoridad”.⁽⁹⁾

Ahora bien, los abogados defensores históricos se educaron en este contexto de enseñanza jurídica que no provee espacios para el compromiso con la cosa pública. Ésta pareciera ser la razón por la cual muchos de ellos descubrieron su potencial profesional de manera tardía, cuando tomaron contacto con la **realidad**, esto es, cuando comenzaron su práctica profesional en un contexto de violencia institucional que la facultad omitía analizar.⁽¹⁰⁾

En un contexto político convulsionado, estos abogados comenzaron a caer en la cuenta del potencial de sus conocimientos jurídicos como instrumento de lucha y resistencia frente al poder opresor y comenzaron a organizar estrategias para casos que involucraban colectivos, especialmente de sindicatos y estudiantes. Estas estrategias implicaban, en el caso de las tomas de fábricas por parte de los sindicatos, negociar con las fuerzas de seguridad y ministerios pertenecientes al Poder Ejecutivo, así como empoderizar a los clientes y sus familias. Tal dinámica de trabajo suponía que los abogados no se quedaran preparando escritos en sus estudios, sino que **bajaran** a acompañar a la gente que resistía las vulneraciones a sus derechos. Lo mismo sucedía en el caso de la detención de estudiantes por delitos contravencionales, de carácter administrativo: los abogados iniciaron una estrategia de concientización masiva para que

(9) FARÍA, JOSÉ EDUARDO, *op. cit.*, p. 242.

(10) Saldívia señala que "...La educación del derecho de tipo memorística y su disociación con la realidad, determinó en muchos de los entrevistados un tardío descubrimiento de la profesión y de la potencialidad que tenía para producir cambios sociales. De este modo, [Rodolfo] Mattarollo sostiene que a los treinta años descubre el interés por la profesión. Es recién a esa edad que empieza a darse cuenta de que '...teníamos un instrumento muy importante en las manos'. A esta etapa él la denomina la etapa de la "construcción instrumental del derecho". De este modo sostiene que '...el derecho era un instrumento importante que permitía intervenir en la realidad; tenía una vinculación con lo social de una manera muy directa. Además, tenía una visibilidad social muy grande y, de alguna manera, era gratificante. No era la profesión vista de una manera burocrática, formal, como la había conocido hasta ese momento, sino que tenía un contenido distinto'". Ver SALDIVIA, L., *op.cit.*

todos los estudiantes apelaran verbalmente su detención ante la policía originando así la intervención de un juez correccional y, con ello, la necesaria intervención de un abogado.⁽¹¹⁾

Asimismo, estos abogados trazaron estrategias de comunicación a través de la prensa, que fueron de gran ayuda para denunciar públicamente las violaciones a los derechos que diariamente cometía el Estado terrorista y las fuerzas paraestatales en Argentina.

Cabe destacar que los abogados históricos, como regla general, no cobraban honorarios por su trabajo, salvo en aquellos casos en que los clientes tuvieran el dinero suficiente para afrontar los gastos.⁽¹²⁾

Al producirse el golpe de Estado en marzo de 1976, la situación de violencia se volvió insostenible y muchos de los abogados históricos debieron exiliarse. En el extranjero, estos abogados siguieron militando, realizando denuncias públicas de lo que sucedía en Argentina en foros internacionales. Asimismo, se percataron de que el campo jurídico doméstico ya no dejaba margen de acción para la resistencia, lo que los llevó a **descubrir y utilizar** el derecho internacional de los derechos humanos como herramienta de lucha contra las violaciones a los derechos que sucedían en el ámbito interno.⁽¹³⁾ Es en esta época en la que los abogados acudieron a las Naciones Unidas para denunciar la situación argentina, y comenzaron a trabajar en proyectos de convenciones relacionadas con las violaciones a los derechos humanos.⁽¹⁴⁾ Esta experiencia fue preparando el camino a aquellas organizaciones de derechos humanos que surgirían en los últimos años de la dictadura —las Madres de Plaza de Mayo, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asamblea Permanente por los

(11) SALDIVIA, L., *ibid.*

(12) *Ibid.*

(13) En ese sentido y, a modo ilustrativo, cabe destacar las palabras de Lucila Larrandart: "...después del golpe de estado se cierra cualquier perspectiva de tipo jurídica (...). Por ejemplo, los habeas corpus que se presentaban eran negativos porque ningún juez investigaba nada. Lo único que hacía era librar oficios al Ministerio del Interior y a los comandos de las fuerzas preguntando por el paradero del detenido. Le respondían negativo y ese negativo se archivaba la causa. Entonces, realmente, no había ninguna posibilidad de lucha desde el campo jurídico", en SALDIVIA, L., *ibid.*

(14) Por ejemplo, la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 26.298, BO 30/11/2007).

Derechos Humanos (APDH), etc.— y que tomarían protagonismo a partir del desgaste del gobierno cívico-militar a comienzos de los años 80. Más adelante, con el debilitamiento del gobierno de facto, se revalorizaría el ámbito jurídico local como espacio de resistencia en el que las organizaciones de la sociedad civil desplegarían sus estrategias. Sin embargo, la irrupción del derecho internacional dejaría una huella imborrable en la historia jurídica argentina que, luego, se cristalizaría en la reforma constitucional del año 1994.

Con el advenimiento de la democracia, los abogados históricos tomaron diversos caminos —todos ellos relacionados con la reconstrucción del Estado—, ya sea formando parte del gobierno democrático o continuando el trabajo de militancia desde las organizaciones de derechos humanos.

Como vemos hasta aquí, existen diversas etapas identificables en el recorrido del interés público en Argentina. La primera, expuesta más arriba, fue el origen de una práctica estratégica para hacer frente a situaciones de violación sistemática de los derechos humanos por parte de un Estado genocida y represor. En esta primera etapa se utilizó, en un principio, el derecho doméstico y, luego, a partir del exilio obligado de muchos abogados, el derecho internacional de los derechos humanos. La recuperación de la democracia en el año 1983 fue un punto de inflexión para el interés público, en el que es posible distinguir dos hitos. El primero es la reforma constitucional del año 1994, que receptó muchas de las nociones desarrolladas por estos abogados históricos durante la lucha contra el Estado terrorista. El segundo hito es la dramática situación de pobreza y desigualdad como resultado de las políticas neoliberales llevadas a cabo por el gobierno del presidente Carlos Menem en los años 90.

3 | La era democrática: el afianzamiento de la práctica de interés público

Desde el año 1983, las organizaciones de derechos humanos continuaron con su trabajo a través de diversas líneas de acción en pos de una reparación histórica y búsqueda de la verdad. Este trabajo sigue aún vigente, ya que la declaración de la nulidad insanable de las leyes de amnistía por

parte del Congreso de la Nación, en el año 2003, significó la reapertura de los juicios por delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico-militar. Paralelamente a estas organizaciones históricas de derechos humanos, existen otras más nuevas, creadas en la era democrática y enfocadas en las vulneraciones de derechos relacionadas con la pobreza, la desigualdad y el fortalecimiento de las instituciones democráticas.

Estas nuevas organizaciones comenzaron a expandirse como nuevos actores sociales a partir de la reforma constitucional del año 1994, la que constituyó uno de los hitos en la historia del interés público. Si bien el motivo principal de la reforma, desde el punto de vista del oficialismo, era lograr la reelección del entonces presidente, el arco de fuerzas políticas involucradas introdujo cambios que tendrían un impacto sustancial en la práctica legal del interés público. En ese sentido, muchos de los abogados históricos influyeron en las modificaciones introducidas en la Constitución, plasmando el camino recorrido en las décadas del 60 y 70 en la lucha por el derecho.⁽¹⁵⁾

Entre esos cambios, cabe enumerar la incorporación a la Constitución Nacional de tratados internacionales de derechos humanos,⁽¹⁶⁾ el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, la acción de amparo como herramienta constitucional idónea para la protección de los derechos

(15) Sobre este punto, ver FILIPINI, LEONARDO, "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, Bs. As., 2007, pp.191/202.

(16) El art. 75, inc. 22 CN establece: "[Corresponde al Congreso] aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

constitucionales, la expansión de la legitimación activa —que reconoce la posibilidad de demandar a las asociaciones—, la jerarquización del *habeas corpus*⁽¹⁷⁾ y el establecimiento de nuevas formas de participación ciudadana, como la consulta popular⁽¹⁸⁾ y la audiencia pública.⁽¹⁹⁾

Con el reconocimiento máximo de estas nuevas herramientas, las organizaciones no gubernamentales comenzaron a posicionarse como actores fundamentales en la era democrática, contando con un amplio margen de acción para llevar los intereses que representan a la esfera institucional pública.⁽²⁰⁾

(17) El art. 43 CN establece: "Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que pendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *hábeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

(18) El art. 39 CN establece: "El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular".

(19) El art. 42 *in fine* CN, que se refiere a los usuarios y consumidores, establece: "La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control".

(20) En ese sentido, la constitucionalización y ampliación de la legitimación activa de la acción de amparo y la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos

Asimismo, en la década pasada, diversos factores influyeron para generar una etapa de afianzamiento de la práctica de interés público.

Entre ellos, la visibilización de las consecuencias de las políticas neoliberales⁽²¹⁾ de los años 90, que desencadenó la famosa “crisis de 2001”; el posicionamiento de organizaciones no gubernamentales que utilizaron el litigio estratégico como modo de revertir situaciones de vulneración estructural de derechos y la creación de algunas clínicas jurídicas en el ámbito universitario.

En esta época post-neoliberal, la industrialización desregulada provocó en la región latinoamericana una gran brecha socioeconómica entre las clases —una brecha compleja y contradictoria que generó el surgimiento de asociaciones políticas parapartidarias y movimientos sociales urbanos compuestos por varias clases, muchas veces al margen de los mecanismos representativos tradicionales y las estructuras jurídicas vigentes—. Este panorama condujo a que comiencen a pensarse cuestiones relacionadas con el acceso a la jurisdicción, la administración de justicia, las reformas al derecho procesal, la ampliación de servicios de asistencia judicial, la flexibilización de los procedimientos, la informalización de tribunales y la creación de una hermenéutica alternativa, entre otras.⁽²²⁾

Asimismo, a partir del año 2003, se renovaron los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tornándose ésta más receptiva a las demandas de interés público, lo que generó el dictado de decisiones judiciales que eran inimaginables en años anteriores y que abrieron el campo de juego a nuevas demandas.⁽²³⁾

a la esfera constitucional fueron fundamentales para el afianzamiento de la práctica del interés público, aunque debo destacar la gran dificultad que tuvieron las organizaciones de la sociedad civil para que los tribunales reconocieran su legitimación activa para actuar en juicio.

(21) Para un mayor desarrollo sobre las políticas neoliberales y sus consecuencias, ver VILLALÓN, ROBERTA, “Neoliberalism, Corruption, and Legacies of Contention: Argentina’s Social Movements, 1993-2006”, en *Latin American Perspectives*, vol. 34, n° 2, 2007.

(22) Ver COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001.

(23) Como los casos “Verbitsky” (2005, Fallos 328:1146), “Badaro” (2007, Fallos 330:4866), “Mendoza” (2008, Fallos 331:1622), “Halabi” (2009, Fallos 332:111), entre otros.

En este contexto, las estrategias jurídicas de las organizaciones comenzaron a sofisticarse y a atraer una nueva generación de jóvenes profesionales con cierta formación en el derecho internacional de los derechos humanos. Esta interacción entre las organizaciones de la sociedad civil y el Poder Judicial fue dando forma a una etapa de afianzamiento de la práctica del interés público, que aún estamos transitando.

4 | Reflexiones finales

Esta nueva etapa merece una profunda reflexión por parte de la comunidad jurídica. En ese sentido, existen desafíos claramente identificables sobre los que estamos obligados a reflexionar. Ello, porque luego de casi treinta años de democracia ininterrumpida por primera vez en la historia argentina, nos queda claro que este sistema, ya no es más visto

"sólo como una simple cristalización formal de ciertas normas procedimentales, sino también como una dimensión simbólica de la política que se abre interrogativamente en dirección a un futuro visto como un problema y jamás como una certeza, concebida como un proceso de construcción permanente que se enriquece y revitaliza en los movimientos de cuestionamiento continuo de lo establecido, en la lucha por nuevos derechos que prolongan, reformulan y aun contradicen los ya concebidos y en la permanente reinstitucionalización de lo social y lo político".⁽²⁴⁾

Entre los desafíos para el interés público en la era democrática, considero que existen dos cuestiones cuyo debate es impostergable. Estas cuestiones son, por un lado, el exagerado énfasis que tiene la práctica del interés público en el litigio judicial y, por otro lado, la necesidad de reformar los planes de estudio de las facultades de derecho. Ambas cuestiones, claro, están estrechamente ligadas.

Con respecto a la primera cuestión, creo que el foco en el litigio como método principal de acción para el cambio es consecuencia de la formación de los abogados y de la falta de experiencia democrática. En tiempos de extrema opresión por parte del Estado, en los que el Poder

(24) FARÍA, JOSÉ EDUARDO, *op. cit.*, p. 253.

Legislativo no funcionaba y el Ejecutivo era la cabeza de una práctica genocida, apelar al Poder Judicial, iniciar demandas, lograr la intervención de los magistrados parecía la única vía que podía pensarse para delinear una estrategia jurídica relativamente exitosa y lograr visibilidad. Así, la lucha frontal ante un Estado violento, represor, golpeador y silenciador tenía sentido.

La democracia, sin embargo, tiene más que ver con una construcción institucional colectiva, en la que la estrategia de choque debería ser la última *ratio*.

En ese sentido, el orden democrático provee diversos espacios de acción, como la concientización de derechos, la capacitación, la movilización, la participación en el ámbito legislativo y administrativo, entre otros. Sin embargo, las organizaciones de la sociedad civil y algunas de las clínicas jurídicas existentes, se han enfocado tradicionalmente en el litigio judicial como única alternativa para abogar por el interés público, dejando de lado estrategias alternativas y el enfoque interdisciplinario de aquellos problemas estructurales en las sociedades modernas.

El abuso del litigio judicial, subestimando otras vías de acción, agrava los desafíos del litigio estratégico y acrecienta los riesgos del fracaso en la búsqueda del cambio social. Estos desafíos son la relación con el cliente afectado y la representación colectiva en base a la cual muchos de estos casos construyen su estrategia. En ese sentido, es muy poca la discusión doméstica, tanto en el ámbito de las organizaciones no gubernamentales, como en el de las clínicas jurídicas respecto a los principios éticos en los que debería basarse esta relación. Aquí es precisamente donde el “elitismo académico” —el actuar paternalista o instrumentalista por parte de los abogados en su relación con el cliente— puede tener las peores consecuencias. Este comportamiento paternalista o instrumentalista no hace más que reproducir una visión asistencialista que omite todo énfasis en una cuestión fundamental para el afianzamiento del interés público, como es el **empoderamiento** de los colectivos representados. Asimismo, una cuestión preocupante es que, en ciertas ocasiones, el paradigma litigioso puede implicar el fracaso de la estrategia utilizada para lograr el cambio social buscado. Así, muchas veces sucede que el litigio estratégico de interés público logra decisiones judiciales inéditas y novedosas, pero en el marco de una capacidad institucional deficiente o nula para

implementarlas.⁽²⁵⁾ En ocasiones, el fracaso se da en un contexto de falta de capacitación de quienes deben llevar adelante las decisiones judiciales, sin embargo, creo que otras tantas veces, el fracaso es producto de la falta de preparación del terreno por parte de los abogados de interés público al momento de embarcarse en un litigio que involucra la vulneración estructural de derechos.⁽²⁶⁾

La segunda cuestión que merece una reflexión impostergable es la necesidad de reformular los planes de estudio. En ese sentido, la pregunta de fondo es qué tipo de abogados queremos formar en nuestras facultades.

En relación a este punto, Faría sostiene muy acertadamente que

"[e]l derecho actualmente se encuentra 'hamletianamente' martirizado por el dilema de ser arte o ciencia. O sea, entre ser 'tecnología de control, organización y dirección social', lo que implica una formación unidisciplinaria, meramente informativa, despolitizada y adiestradora, estructurada alrededor de un sistema jurídico que es concebido como autosuficiente,

(25) Para un mayor desarrollo de este tema, ver BERGALLO, PAOLA, "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", en SELA. *Derecho y Pobreza*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2005. También, MILLÓN QUINTANA, JOAQUÍN, "Triunfos de Papel: a propósito de Viceconte", en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, Bs. As., La Ley, 2008.

(26) Víctor Abramovich sostiene "...nosotros [los abogados] somos quienes debemos darnos cuenta que el conflicto no se traslada [a los tribunales] dado que éste sigue teniendo su misma dinámica, sus liderazgos, sus protagonistas, su forma de narrar la historia, sus objetivos políticos. Esto es algo que tenemos que empezar a aprender a manejar, porque los abogados de interés público muchas veces están en el centro de un conflicto. Los tribunales están aprendiendo a procesar y a mediar en esos conflictos colectivos. Muchas veces el proceso judicial genera el espejismo de que transforma el conflicto, o sea, el divorcio se transforma en el expediente judicial. Sin embargo, es mentira que ese expediente soluciona todos los problemas generados por el divorcio. Lo mismo sucede con los conflictos sociales complejos, por ejemplo, el reclamo de tierra de la comunidad indígena Wichi contra el Gobierno de Salta. Ahí hay una parte que se judicializa pero hay muchos aspectos de ese conflicto que son mucho más complejos que lo que se traslada al caso porque cuando narrás el caso tenés que recortarlo y lo primero que recortás es un pedazo de los hechos, los transformás porque los tenés que contar bajo ciertos cánones, actuás como si fueras un traductor y en gran parte falsificás ese conflicto porque lo tenés que acomodar al reclamo concreto", en SALDIVIA L., op. cit., p. 36. Y continúa Saldivia, "Por ello, para Abramovich, lo fundamental para el abogado de interés público es precisamente llevar un conflicto a la arena judicial sin falsificarlo y haciendo que ese caso sea funcional a las estrategias políticas de los actores de ese conflicto. Es precisamente en este último punto en el que se manifiesta la diferencia entre un abogado de interés público y el resto de los abogados, en la funcionalidad a la lucha social y los conflictos colectivos", op. cit., p. 36.

completo, lógico y formalmente coherente o, por el contrario, constituirse como ‘actividad verdaderamente científica’, de naturaleza problematizadora, eminentemente especulativa y sobre todo crítica —lo que exige una formación reflexiva—, no dogmática y multidisciplinaria, organizada a partir de un cuestionamiento sobre la dimensión política, las implicancias socioeconómicas y la naturaleza ideológica de todo orden jurídico”.

En las facultades se nos enseña que la ley no admite interpretaciones, que un magistrado nunca crea derecho al dictar sentencia y que cuanto más alejado se encuentre el juez en su torre de marfil, mejor será su desempeño. Asimismo, el rol del derecho constitucional —columna vertebral de nuestra sociedad— no es significativo en los planes de estudio, generándose una brecha de conocimiento entre aquellos abogados que ejercen en el ámbito del derecho privado y aquellos que ejercen en el ámbito del derecho público.⁽²⁷⁾

Sin embargo, más allá de estas críticas, la deficiencia fundamental que vemos en hoy en los planes de estudios es la falta de contacto que tienen los abogados con el mundo de la práctica, la veda que tienen para **experimentar** el derecho mientras lo estudian.⁽²⁸⁾

Así, en general, el contacto con el derecho “real” se produce al momento de cursar el “práctico” en el último año de la carrera, una vez que el alumno fue entrenado para **pensar como abogado**. Asimismo, los “prácticos”

(27) Esto no quiere decir que no existan cátedras o docentes que transmitan una visión más amplia del derecho a sus estudiantes. Sin embargo, el paradigma general de enseñanza sigue siendo dogmático y con poca apertura al cambio.

(28) Una vez más, Duncan Kennedy pone en palabras la percepción generalizada que tienen los abogados de izquierda respecto de la enseñanza del derecho: “...el [segundo] instrumento para incapacitar a los estudiantes es aislar la enseñanza de la doctrina teórica de las habilidades prácticas. Los estudiantes que no tienen habilidades prácticas tienden a exagerar lo difícil que es adquirirlas. Existe entre los abogados un típico mito sobre la irrelevancia del material “teórico” que se aprende en la facultad y la crucial importancia de las habilidades que sólo se aprenden una vez que se está afuera, en el “mundo real” y en “la trinchera”. Los estudiantes tienen pocas alternativas para obtener entrenamiento en este tipo de cuestiones después de la facultad. Por eso, parece desalentadoramente poco práctico pensar en montar un estudio jurídico propio, y casi igualmente poco práctico entrar en un estudio pequeño, politizado o poco convencional, en lugar de uno de aquellos que ofrecen el paquete standard post-graduación. Las facultades de derecho son las únicas responsables de esta situación. No costaría mucho modernizar sus programas, de modo tal que cualquier estudiante que lo quisiese pudiera elegir sensatamente entre la independencia y la servidumbre”. Ver KENNEDY, DUNCAN, *op. cit.* p. 390.

tradicionales —a pesar de tener un origen muy noble— reproducen un enfoque asistencialista respecto de la pobreza al no cuestionar las dinámicas de opresión naturalizadas en la sociedad, limitándose a dar una respuesta jurídica tradicional a los devenires del cliente, manteniendo distancia de él y omitiendo toda práctica de empoderización.⁽²⁹⁾ En efecto, los “prácticos” fueron introducidos en las facultades a mediados de los años 70, durante la intervención peronista de la Universidad, con el fin de acercar la Facultad al pueblo. Por supuesto que fue un gran logro, especialmente considerando el contexto de la época, pero nunca fueron reformulados ni acompañados por una base ético-teórica que los sustente. Es decir, detrás no ha habido una reflexión pedagógica en relación al rol que el derecho cumple en reproducir dinámicas de opresión, ni tampoco una discusión sobre el rol ético del abogado en un sistema democrático, lo que ha conducido a que no se haga lugar a otras formas de pensar el derecho.⁽³⁰⁾ Con esto último me refiero a que no se ha pensado el derecho como una herramienta para el cambio social, para generar cimbronazos en la base misma de la estructura social, y para concientizar a aquellos miembros más vulnerables de nuestra sociedad sobre sus derechos y capacidades frente al Estado y frente a los actores privados.

La reflexión sobre esta cuestión se vuelve impostergable a partir de la etapa post-neoliberal que estamos atravesando, en la que los actores políticos emergentes en un contexto de transformación social, se identifican con vías alternativas “frente a aquellas ofrecidas por las instituciones representativas comunes a la concepción liberal burguesa del Estado y del Derecho”, con el fin de “a) buscar elaborar sus propios códigos de

(29) En ese sentido, comparto lo sostenido por Alejandro Garro: “[...] La idea de proveer acceso a la justicia] implica algo más que socorrer al litigante indigente para que pueda reivindicar sus derechos ante los tribunales: también comporta la necesidad de crear los mecanismos jurídicos necesarios para que el servicio de justicia sea capaz de proteger los intereses de los pobres de la misma manera, o de manera proporcional al servicio que presta la justicia para proteger los intereses de aquellos que cuentan con el mayor poder político y financiero. Sólo de esta manera el acceso a la justicia puede tener un impacto significativo en el bienestar económico y social de la población y en los derechos y libertades de los ciudadanos”, en SALDIVIA L., *op. cit.*, p. 34.

(30) Cabe aquí citar nuevamente la visión de Duncan Kennedy en el sentido de que “el discurso de los derechos es una trampa, ya que es lógicamente incoherente y manipulable, tradicionalmente individualista e intencionalmente ciego a las realidades de desigualdad sustancial. Mientras uno se mantenga dentro de él, podrá producir buenos argumentos para algún caso ocasional, periférico, en el que todos admiten que es necesario efectuar juicios de valor”, en KENNEDY, DUNCAN, *op. cit.*, p. 385.

identidad y autorreconocimiento, b) construir sus paradigmas de legitimidad, y c) concretar en las prácticas de lucha cotidiana la utopía a favor de una sociedad “libre y justa”.⁽³¹⁾

Por ello, luego de casi 30 años de democracia ininterrumpida, creo que la comunidad jurídica tiene el **deber** de generar un ámbito de reflexión sobre el rol de los abogados en la construcción de una sociedad democrática y popular.

.....

(31) COURTIS, CHRISTIAN, *op. cit.* p. 224.



Dossier

Violencia contra la mujer como instrumento de represión: ¿otro castigo penal a los pobres?

por FERNANDO ÁVILA,⁽¹⁾ MARIO A. JULIANO⁽²⁾ y GUSTAVO L. VITALE⁽³⁾

I | Introducción

Este trabajo tiene por objeto señalar el mal uso, o el uso autoritario, que suele hacerse de la temática de la violencia de género. Nos referimos al peligroso discurso que, con ese motivo o pretexto, termina socavando el sistema de garantías ciudadanas acordado por la normativa nacional e internacional a los seres humanos por su sola condición de tales, sin discriminación ni privilegio por razones de sexo, para que pueda hacer frente a la desgarradora y dramática respuesta punitiva con la que opera el poder penal de los Estados: la cárcel, de la que, en lugar de destrozado, hay que tener la suerte de salir vivo.

Dejaremos de lado el buen uso o el empleo razonable de esa categorización en la medida en que busca parificar los derechos de las mujeres con

(1) Prosecretario Administrativo del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea. Coordinador del Campus Virtual de Educación a Distancia de la Asociación Pensamiento Penal.

(2) Juez del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Necochea. Presidente de la Asociación Pensamiento Penal.

(3) Profesor Titular de Derecho Penal (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue). Defensor ante la Cámara Criminal de Neuquén. Defensor Público Interamericano por Argentina (período 2010-2013).

los del hombre, tomando en cuenta que las mujeres han sido históricamente sojuzgadas y discriminadas en general. Por esa razón se ha hecho necesario continuar con la digna lucha que procura igualar los derechos de todos los seres humanos, con independencia de su sexo y sin tener en cuenta otros factores de discriminación, como las ideas políticas, religiosas o de cualquier otra índole: la etnia, la edad, la orientación sexual o la nacionalidad, entre tantos otros que han dado lugar a persecuciones y violaciones de los derechos humanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, además de otros sistemas de protección existentes, debe tutelar, en términos reales, los derechos de todos los seres humanos y, en especial, de los grupos más vulnerables frente al poder de los Estados. Por esa razón, se trata de un sistema que juzga a los Estados por actos u omisiones que pueden generar su responsabilidad internacional.

Entre los grupos humanos más vulnerables hacemos especial referencia a las **mujeres**, como también a las **personas sometidas a proceso penal**.

Los derechos de uno de esos grupos (mujeres o imputados de delito) no pueden anular los derechos de los integrantes del otro, puesto que los derechos humanos no pueden ser la razón del desconocimiento de otros derechos humanos. Es decir, el reconocimiento de la inexistencia de ciertos derechos de las personas frente al Estado no puede nunca fundarse en un cuerpo de derechos humanos que, precisamente, nace para tutelar los derechos del individuo frente al Estado; y mucho menos para aniquilar los de otro grupo también vulnerable.

2 | La distorsión del discurso protector y la fascinación por el derecho penal

Las **mujeres** tienen derecho a ser tratadas del mismo modo que los hombres, lo que implica que debe reconocérseles los mismos derechos. Ello es parte de la igualdad ante la ley y la consecuente prohibición de discriminación. Tienen el mismo derecho a gozar de la educación, la salud, la alimentación; del derecho a trabajar, al salario digno, a la vida política y, entre tantos otros, también del derecho a ser juzgadas por medio de

un juicio justo y previo a la pena y —como parte inescindible de ese juicio—, del derecho a la presunción de inocencia en virtud de la cual los imputados, sean del sexo que fueren, deben ser tratados como inocentes y no como culpables dado que no existe una sentencia firme de condena en su contra.

Las **personas sometidas a proceso penal**, con independencia de su sexo, tienen a su favor un sistema de garantías que pueden hacer valer durante la sustanciación de cualquier causa en su contra. La más importante de las garantías es la necesidad de un juicio justo y previo a la pena, que comprende, entre tantas otras, la presunción de inocencia. Tienen derecho a un defensor técnico que pueda oponerse a un acusador también técnico; a la igualdad de derechos de las partes; a conocer de qué se las acusa; a producir prueba; a intervenir en la producción de la prueba y sobre todo de la de cargo; a ejercer, en suma, todos los derechos que el orden jurídico les reconoce durante la tramitación de ese juicio previo.

Así como no podría una mujer, por su condición de mujer, verse impedida de trabajar en determinada actividad, del mismo modo no podría un imputado de delito ser juzgado sin defensor. Aunque parezca una obviedad, las mujeres tienen todos los derechos que corresponden a los seres humanos y, por ende, nunca menos que otras personas en situaciones análogas. A su vez, los imputados tienen los derechos de todo ser humano sometido a proceso penal y, por eso, nunca menos que otras personas en situaciones semejantes.

Las mujeres podrán tener más derechos por la circunstancia de ser, además de seres humanos de sexo femenino, niñas, ancianas, enfermas mentales, indígenas, migrantes, sometidas a proceso penal o personas privadas de libertad, entre otras categorías de personas especialmente vulnerables.

Las personas sometidas a proceso penal, por su parte, también podrán tener más derechos durante la sustanciación del juicio previo por tratarse de mujeres embarazadas, de niños, de ancianos, de enfermos mentales, de indígenas, de migrantes o de personas privadas de su libertad, para citar algunos grupos humanos especialmente expuestos a mayores riesgos que otras personas en otras circunstancias.

La condición de mujer (o de mujer maltratada) nunca puede hacer desaparecer los derechos de un imputado, como tampoco la condición de persona sometida a proceso penal puede ser causa del desconocimiento de los derechos de las mujeres. No es aceptable que se invoque la violencia contra las mujeres, o la violencia de género, para desconocer derechos de las personas imputadas por la comisión de algún delito.

Resulta mucho menos comprensible que se proponga tratar a los delitos contra las mujeres del mismo modo, como si todos fueran de igual o parecida gravedad y, en función de ese error, postular que las convenciones de derechos humanos orientadas a la protección de la mujeres han eliminado todos los derechos procesales, reconocidos por las leyes penales de los Estados, a favor de todos aquellos imputados de haber cometido cualquier delito contra ellas.

Si la ley penal o procesal penal de un Estado habilita un **mecanismo de abordaje de conflictos diferente al desarrollo total del proceso penal**, tal instrumento puede ser empleado por quienes cumplan con las condiciones legales de admisibilidad e, incluso, por quien haya sido excluido del ejercicio de un derecho en forma ilegítima, por ejemplo, por ser imputado de un delito más leve que otro que habilita el instituto, como sucede en Argentina con el régimen de suspensión del juicio a prueba. Es de recordar que la ley penal la declara inadmisible cuando el delito atribuido tiene prevista pena de inhabilitación, con lo que quedarían fuera de su alcance los delitos culposos, mientras que procedería para los mismos hechos ejecutados con dolo.⁽⁴⁾

Dejando de lado esas irracionalesidades restrictivas de derechos de los imputados, susceptibles de ser rectificadas por vía de resoluciones jurisdiccionales comprometidas con un Estado constitucional y democrático de derecho, los imputados (sean varones o mujeres) deben tener la posibilidad de ejercer todos los derechos inherentes al derecho de contar con un

(4) Precisamente por esa razón, la Corte Suprema de Justicia de la Nación habilitó la suspensión del proceso penal a prueba para cualquier imputado que cumpla con las condiciones legales de admisibilidad, aunque el delito se encuentre reprimido con pena de inhabilitación que acompaña a la privativa de libertad (ver CSJN, "Norverto, Jorge Braulio s/ infracción artículo 302 del C.P.", 23/04/2008, en el que se sostuvo que el instituto de la suspensión del proceso penal a prueba debía ser interpretado con amplitud, de conformidad con los principios de *ultima ratio* y *pro homine* o *pro personae*. En esa causa se imputaba, precisamente, un delito reprimido con inhabilitación).

juicio justo y previo a cualquier imposición de una pena estatal. El llamado acceso a la justicia, o acceso a un juicio justo, es un derecho de todos y no sólo de alguna categoría de seres humanos.

Si la ley del Estado reconoce el **derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable** y, por ejemplo, transcurrió el plazo de prescripción del poder penal persecutorio estatal establecido en esa ley, ya no puede juzgarse a la persona acusada, sea que la imputación consista en un delito cometido contra un hombre o contra una mujer. La pretensión de declarar la imprescriptibilidad de la acción penal con relación a ciertos delitos, sin base en una convención internacional que expresamente lo disponga (como es el caso de los delitos de lesa humanidad), constituye un ilegítimo privilegio para quienes invoquen la condición de víctimas de esos delitos, en detrimento de aquellos que sostengan haber sido perjudicados por otros delitos (incluso más graves), quienes, por esa razón, serían víctimas de un trato discriminatorio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos avanzó, incluso, en la creación de una categoría de delitos imprescriptibles por vía de interpretación valorativa, sin sustento legal o convencional. Por oposición a los de lesa humanidad, cuya calidad de imprescriptibles se encuentra contemplada específicamente en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, nos referimos a aquellos delitos comunes que representan violaciones a los derechos humanos pero que, no obstante, no están comprendidos en las categorías convencionalmente declaradas imprescriptibles.

La Corte Interamericana ha ordenado a los Estados que adopten medidas tendientes a investigar y sancionar a los responsables de delitos comunes (no de lesa humanidad), incluso removiendo

“...todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantengan la impunidad, y utilizar todos los medios disponibles para hacer expedita la investigación y los procedimientos respectivos y así evitar la repetición de hechos tan graves como los presentes. El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y, en su caso, sancionar penalmente a los responsables de los hechos de la Cantuta”.⁽⁵⁾

(5) CORTE IDH, “Caso La Cantuta vs. Perú”, párr. 226. En igual sentido, “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, párrs. 153 y subsiguientes.

Vale destacar que la Corte IDH ha precisado el alcance de esta interpretación en casos posteriores, al decir que:

“...en la jurisprudencia de la Corte, la improcedencia de la prescripción usualmente ha sido declarada por las peculiaridades en casos que involucran graves violaciones a derechos humanos, tales como la desaparición forzada de personas, la ejecución extrajudicial y tortura. En algunos de esos casos, las violaciones de derechos humanos ocurrieron en contextos de violaciones masivas y sistemáticas”.⁽⁶⁾

Sin embargo, la exclusión de la regla de la prescripción de la acción penal resulta inaceptable cuando nos encontramos fuera del marco de una convención internacional que así lo declare y pretende hacérsela extensiva a cualquier categoría de delitos por la valoración que, de ellos, se lleve a cabo en cada momento histórico.

Independientemente del reproche de diversa índole que las acciones merezcan, lo cierto es que, transcurrido el plazo legal de prescripción, los delitos no pueden ser perseguidos y ello es independiente de la responsabilidad que, por esa razón, pueden tener los Estados (por inacción, desidia, obstrucción intencional o lo que fuere). El Estado podrá tener que responder ante quien invocaba la condición de víctima en el proceso penal (sea del sexo que sea), mediante sanciones aplicables a los responsables de las demoras, reparaciones civiles o reconocimientos públicos, en su caso, pero nunca desconociendo el régimen legal de prescripción, pretendiendo no aplicarlo a los imputados de los delitos que a cada uno se le ocurra, retirándoles la correcta protección contra la persecución penal perpetua.

Si los seres humanos imputados por la comisión de un delito tienen **derecho a obtener la libertad durante el proceso luego de haber transcurrido cierto plazo** —un plazo razonable, según el artículo 7 de la Convención Americana, que los Estados deben precisar legislativamente—, no sería legítimo desconocerlo porque quien invoca la calidad de víctima del delito investigado sea perteneciente al sexo femenino, o porque se denuncia un caso de violencia de género. Los imputados de violencia de género no

(6) CORTE IDH, “Vera Vera vs. Perú”. párr. 117.

pueden ser discriminados imponiéndoseles la obligación de permanecer privados de su libertad durante el proceso, mientras la propia normativa internacional los presume inocentes hasta que no se pruebe lo contrario, por medio de una sentencia inmodificable de condena.

Si la legislación de un Estado acuerda a las personas sometidas a proceso el **derecho a interrogar a los testigos de cargo**, como una forma de cumplir adecuadamente con la garantía de la defensa en juicio, no puede invocarse válidamente la imputación de un delito contra una mujer para impedirle la posibilidad de interrogarla, por sí o por medio de otra persona, como sería el caso de hacerlo a través del defensor técnico. Es más, el sistema internacional de garantías asegura el derecho al que nos estamos refiriendo.⁽⁷⁾

Este es un derecho de todo ser humano y no sólo de los acusados de delitos contra personas masculinas. Sin embargo, hay legislaciones que pretenden suprimir este derecho debido a la condición de la víctima, como sucede con la investigación de delitos de índole sexual en los que se invoca la existencia de niños víctimas, a quienes se los interroga en lo que se denomina **Cámara Gesell**, que tiene un vidrio espejado para que el niño no vea quién está del otro lado y tenga más libertad para hablar.

No obstante, hay leyes que ni siquiera permiten al imputado estar presente detrás de ese vidrio espejado y, por ende, no lo autorizan a presenciar la declaración y, en consecuencia, tampoco le respetan su derecho a escuchar una declaración en su contra o a efectuar preguntas al niño por medio de su defensor, que tampoco las puede hacer en forma personal, sino por medio de un profesional designado para mantener la entrevista con el niño.

Un ejemplo de la violación aludida es el caso del Código de Procedimientos Penal y Correccional de la provincia de Neuquén (Argentina), cuyo art. 225 bis⁽⁸⁾ establece que: "... bajo ningún concepto podrá presenciar

(7) El art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone: "3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo".

(8) Se trata de uno de los tantos artículos *bis*, propio de las políticas de inflación penal, agregado por "la ley 2617, de 2008".

el acto el sospechado como autor, cómplice o instigador del hecho". Este es un caso demostrativo de la represividad con la que se está tratando hoy a los meros sospechados de ser autores de delitos, a quienes, en casos como los aludidos, se los considera una suerte de enemigos del Estado.

Si uno de los principios sobre el que debe estructurarse un sistema de persecución penal —que aspire, como mínimo, a funcionar en base a una planificación racional— es el principio de oportunidad procesal, no puede pretenderse válidamente que el sistema se rija sólo por el principio de legalidad procesal en lo que respecta a las imputaciones de delitos contra las mujeres, cualquiera fuera su gravedad. Ello sería un absurdo contrario al principio republicano de racionalidad de los actos de gobierno, que caracteriza a muchos de los Estados latinoamericanos.

Pretender que se juzguen hasta la sentencia todas las causas por lesiones leves, amenazas, abuso de armas, hurtos, robos simples, abusos sexuales simples, sólo porque se invoca la existencia de una supuesta víctima de sexo femenino, es un acto irracional y discriminatorio. Esto último podría suceder si se extendieran las decisiones judiciales que, para casos como los señalados, vienen empezando a rechazar la suspensión del proceso penal a prueba, invocándose normas internacionales pretendidamente impeditivas (aunque no lo son), de un modo incluso contrario a las leyes de los Estados.

Ello es más claro si se conoce cómo es el funcionamiento real del sistema penal, que selecciona a los imputados pertenecientes a los sectores más pobres de la población, y por hechos de menor gravedad.

Para exemplificar: una causa por supuesto abuso sexual que dio lugar a discusión sobre la procedencia o no de la suspensión del proceso penal a prueba, ocurrido en Argentina, donde una señora acusó a un muchacho de acercársele en una estación de trenes y tocarle los pechos apresuradamente sobre su ropa.⁽⁹⁾

(9) CFEDCP, Sala II, "Ortega, René Vicente s/recurso de casación", 07/12/2010, citado incluso por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*, 03/11/2011, apart. 68 [en línea], <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ESTANDARES%20JURIDICOS.pdf>

Ese no es un hecho que justifique la obligación estatal de juzgamiento hasta las últimas instancias y de no aceptar la habilitación legal de abordarlo con una alternativa al proceso penal tradicional y a la eventual imposición de una pena carcelaria, como es el supuesto de la suspensión del proceso penal a prueba.

Ese, sin embargo, fue un caso que llegó nada menos que a la Cámara Federal de Casación Penal y que, encima, obtuvo un fallo adverso a la suspensión del proceso a prueba, obligándose a invertir los escasos y costosos recursos del aparato judicial para agotar las instancias de juzgamiento.

Por ello no es correcto invocar convenciones internacionales de derechos humanos (como lo hizo la Corte Suprema de Justicia argentina en el caso "Góngora") para desconocer derechos durante el proceso.⁽¹⁰⁾

En efecto, la suspensión del proceso penal a prueba es un derecho que tiene todo imputado de delito que cumpla con las condiciones legales de admisibilidad. Y, correctamente, la ley argentina no excluye de su ámbito de aplicación a la imputación de delitos contra las mujeres. No olvidemos que hablamos de meras imputaciones y no de delitos cometidos contra las mujeres, así como tampoco hablamos de cualquier atribución.

Precisamente por esta última razón, la ley penal argentina habilitó la suspensión del juicio a prueba para las imputaciones de delitos reprimidos con pena carcelaria máxima no mayor a tres años, y también para aquéllas que permitan la condenación condicional (art. 76 bis y ss. del Código Penal), sin excluir los casos de atribución los delitos contra una mujer. Recordemos que, para el régimen argentino, la suspensión del proceso penal a prueba no está habilitada para causas por delitos de abuso sexual agravados por ser **gravemente ultrajantes** (aunque se trate de una categoría verdaderamente indescifrable), ni para violaciones, ni para facilitación o promoción de la prostitución, ni para facilitación o promoción de la corrupción, ni para homicidios intencionales (simples o agravados), ni para secuestros extorsivos, entre tantos delitos graves que pueden ser cometidos contra mujeres (aunque también contra hombres).

(10) Un comentario crítico a ese fallo puede verse en JULIANO, MARIO A., y VITALE, GUSTAVO L., en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, en prensa al momento de escribir esta nota.

Los tratados internacionales de derechos humanos son instrumentos que obligan a los Estados, no a los ciudadanos, y que regulan los derechos de éstos frente a aquellos derechos que, de ser violados, generan responsabilidad internacional.

Es importante evitar que, en la práctica, el cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente se traduzca en la directa disminución de los derechos de personas sometidas a proceso.

Quien debe responder y asumir el coste de la violación a los derechos humanos reconocidos en las convenciones es el Estado, por medio de la reparación integral (o la determinación de responsabilidades estatales internas respecto al incumplimiento de los estándares internacionales de protección) de aquellas personas respecto de las cuales se invoque la condición de víctimas.

El camino escogido (nos referimos a la constante flexibilización de las garantías ciudadanas frente al poder punitivo estatal o su completa suspensión) demuestra una cuestionable fascinación por el derecho penal.

3 | El informe de la Comisión IDH⁽¹¹⁾

3.I | Objeciones

Por las razones precedentes, no son correctas las citas de fallos violatorios de garantías procesales como ejemplos de protección de la mujer frente a hechos de violencia.

No estamos de acuerdo con la mención que hace la Comisión Interamericana de casos⁽¹²⁾ por entender que esa decisión es violatoria de derechos humanos de los imputados en causa penal, ya que a ellos les cercenó un derecho acordado por la legislación penal y procesal penal del Estado; un derecho que toma especialmente en cuenta a quien invoca la calidad de víctima del delito investigado, a través de la obligación del imputado de ofrecer una reparación a su favor y, también, por medio de la previsión de

(11) CIDH, *Estándares jurídicos vinculados...*, op. cit.

(12) Ver supra nota 9.

reglas de conducta encaminadas a su protección, como la exclusión del hogar, la prohibición de acercarse a esa persona o a otras allegadas, la obligación de hacer un tratamiento de desintoxicación de drogas o por alcoholismo, la obligación de hacer un tratamiento psiquiátrico o psicológico para procurar una resolución del conflicto y prevenir futuros hechos e, incluso, con la amenaza legal de seguir la marcha del proceso penal si el imputado no cumple con dichas reglas.

Por si esto fuera poco, si el imputado cometiera un delito en el plazo de prueba al que se lo somete, además de ser juzgado por el delito imputado en la causa suspendida, pierde la posibilidad legal de condena en suspenso en la hipótesis condenatoria, debiendo ser efectivamente encarcelado aunque la ley admita la condenación condicional por no tener antecedentes penales en el registro respectivo. Todo ello muestra que estamos lejos de sostener que Argentina impulsa una política penal al servicio de la **impunidad** (lo que sí ocurrió en otra época con los delitos propios del terrorismo de Estado).

Tampoco estamos de acuerdo en ponderar fallos lesivos de derechos humanos, como el que tuvo lugar en la causa “Calle Aliaga”⁽¹³⁾ —en la que se investigaba un supuesto hecho de violencia familiar, reprimido con pena carcelaria no mayor a tres años, que podía ser impuesta en forma condicional—, en el que también se negó al imputado el derecho a la suspensión del proceso penal a prueba, como una vía legal de solución alternativa de conflictos.⁽¹⁴⁾

De igual manera, nos resulta contrario al sistema de protección de derechos humanos el fallo citado por la Comisión Interamericana sobre homologación de acuerdo transaccional, sentencia de la Corte de Apelaciones con competencia en violencia contra la mujer del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, expediente N° CA-801-09-VCM del 12/08/2009.⁽¹⁵⁾ Allí se desconoció un acuerdo de partes resolviéndose la cuestión incluso en contra de la voluntad de la propia mujer que invoca la condición de víctima. Es más, se lo hizo con fundamen-

(13) CFEdCP, Sala II, “Calle Aliaga, Marcelo s/recurso de casación”, del 30/11/2000.

(14) Por razones semejantes nos parece igualmente lesivo de derechos humanos lo resuelto en la causa “Fiscal c/C.E. p/coacción”, San Rafael, Mendoza, 14/08/2009, citado en CIDH, *Estándares jurídicos vinculados...*, op. cit., apart 70.

(15) Ver CIDH, *Ibid.*, apart. 128.

tos incomprendibles en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, pues se dijo que no se aceptaba el acuerdo "por cuanto los tipos penales de violencia son de acción pública, perseguibles de oficio, [por] lo cual no prospera medida alternativa para dirimir la controversia...".

Un criterio de esta índole es inconcebible, pues la mayoría de los delitos son de acción pública y perseguibles de oficio y, sin embargo, no por ello deben caer en la cornisa todos los sistemas de persecución penal racionalmente planificados para obtener resultados más satisfactorios que aquellos que, como los que proclama esta errónea decisión, sólo juzgan todos los casos en el discurso y no en la realidad, en la que el principio de legalidad procesal (impracticable en cualquier lugar del mundo) provoca las mayores injusticias, debido al caos que le es inherente.

Al mismo tiempo, da toda la impresión que son estos mismos criterios los que lesionan los derechos de la mujer, pues desconocen su voluntad de acudir a una vía menos violenta que la pena carcelaria (que inclusive en muchos casos la beneficia), como si ella no pudiera ser escuchada o como si lo que elija sólo tuviera valor cuando perjudica a un imputado en causa penal y no cuando le abre otras vías de intervención penal menos violentas (aún para ella misma).

Es que, recordemos, así como las mujeres constituyen un grupo vulnerable, también lo son los acusados de delito a quienes se les promueve una causa penal, pues ellos están sometidos a un aparato represivo que los coloca en la más absoluta vulnerabilidad, la que se agrava hasta límites inimaginables cuando el imputado es encarcelado mientras se averigua si es culpable o inocente de la mera imputación.

Para dar un último ejemplo de la distorsión del discurso supuestamente protector de las víctimas (en verdad, de quien invoca la calidad de víctima), veamos el caso de prisión sin condena citado en el informe de la Comisión Interamericana. Nos referimos al caso titulado: "Tentativa de homicidio. Fianza de excarcelación a favor de Raúl Antonio Renwick, sindicado por el delito de homicidio e integridad personal, 6 de abril de 2001, Panamá".⁽¹⁶⁾ Llama la atención que esta lesiva decisión judicial panameña, para justificar el encierro carcelario de un imputado (es decir, el encarcelamiento durante

(16) Ver CIDH, *Ibid.*, apart. 110.

el proceso de un presunto inocente, que no se sabe si se trata de un culpable o de un inocente), acude a la Convención de Belem do Pará, para sostener que "el juzgador debe tomar en cuenta los principios consagrados en favor del imputado, pero sin dejar a un lado los derechos de las víctimas la violencia o el maltrato contra la mujer constituye una violación y una ofensa a la dignidad humana, lo que disminuye el reconocimiento y el goce de estos derechos". A ello se agrega que: "a pesar que el delito de tentativa de homicidio admite fianza excarcelatoria, la misma debe ser negada, toda vez que en el caso que nos ocupa, su concesión puede generar una situación de peligro aún más grave para las víctimas".

Resulta sumamente preocupante que, en el estado actual de la temática, se diga que la prisión de presuntos inocentes pueda justificarse en razones preventivas especiales, para evitar que el imputado, en libertad, continúe en la senda delictiva (en este caso, para que no prosiga con la violencia familiar), cuando precisamente no se sabe si el imputado ha cometido delito alguno.

Estos criterios son abiertamente contrarios a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana,⁽¹⁷⁾ que ha reconocido, con toda contundencia, que la prisión durante el proceso penal no puede fundarse en criterios penales peligrosistas, como sería el caso del alegado fin de evitar la comisión de delitos en el futuro.

En lugar de un criterio tan autoritario, podría haberse recurrido a la implementación de medidas que tutelen a quienes invocan su condición de víctimas, con independencia del respeto a la libertad del imputado, como la exclusión provisoria del hogar, si se justificara en el caso concreto; la prohibición de acercarse a la denunciante, entre tantas posibles.

3.2 | Protección real

A diferencia de los casos que citamos, hay muchos mencionados por la Comisión en el informe al que hicimos referencia, que nos parecen correctas intervenciones estatales en protección real de los derechos de la mujeres.

Para dar un ejemplo de estos últimos, mencionamos el caso "G.R.R. c/M.E.R.A. s/divorcio. Acuerdo y sentencia N° 136 de fecha 31 de diciem-

(17) Entre otras, puede verse el caso "Bayarri vs. Argentina", sentencia del 30/10/2008.

bre de 2009, citado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial, Tercera Sala, Paraguay".⁽¹⁸⁾ Se trata de la declaración del divorcio por abandono del hogar conyugal por parte de la mujer, que fue recurrido por la mujer y decidido en su favor, por haberse comprobado que ella había dejado el hogar como "consecuencia lógica de la sevicia, los malos tratos, las injurias graves, el abandono malicioso del hogar, el adulterio y la separación de hecho por más de un año en que incurrió [su cónyuge]".

Otro caso ponderable es el que en el informe aparece bajo el título "Trata de personas".⁽¹⁹⁾ Allí se condenó a una persona a diecisiete años y seis meses de prisión por haber llevado engañada a una mujer a Europa con la promesa de conseguir un trabajo de cocinera. Al llegar a destino, se dio por probado que la víctima quedó a cargo de una empresa dedicada al tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual, permaneciendo retenida en un burdel donde fue obligada a tener relaciones sexuales con varios hombres. De acuerdo con el relato de la sentencia, aquí se invocó correctamente la normativa interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en una decisión del Estado demostrativa de la voluntad de aplicar la ley, a un caso de suma gravedad, considerando la vulnerabilidad especial de la víctima en el supuesto particular.

También resulta importante la protección que se brindó a las mujeres despedidas de su lugar de trabajo por razón de embarazo;⁽²⁰⁾ la que tuvo lugar en defensa de su derecho a la fertilización asistida;⁽²¹⁾ la que tuteló su derecho a decidir en casos de aborto;⁽²²⁾ y la que reconoció su derecho a la orientación sexual,⁽²³⁾ entre otras.

Los citados son algunos de los modos de cumplir con las obligaciones de los Estados de brindar una protección especial a las mujeres por los actos de violencia en su contra, lo que concuerda con su consideración de personas especialmente vulnerables, en la medida en que se trate de

(18) Ver CIDH, *Estándares jurídicos vinculados...*, op cit., apart. 117.

(19) *Ibid*, apart. 122.

(20) Ver CIDH, *Ibid*, aparts. 161, 162, 163 y 167, casos de Bolivia y Perú.

(21) *Ibid*, apartado 169, caso de Argentina.

(22) *Ibid*, aparts. 170/176, caso de Colombia.

(23) *Ibid*, aparts. 134, 177/183, casos de Chile, Brasil, México y Uruguay.

situaciones que las exponen a mayores riesgos que los que asumen los hombres en similares situaciones.

En este sentido, la Comisión, en 2001, emitió un informe, en el marco de un caso de violencia de género, donde recomendó acertadamente "... El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar, así como de sensibilización respecto a su gravedad y las consecuencias penales que genera...".⁽²⁴⁾

La mutación operada en la postura de la Comisión, desde el informe recién citado al que nos referimos en este trabajo, ha obedecido, sin lugar a dudas, al constante e ininterrumpido incremento del recurso al poder punitivo como instrumento para afrontar institucionalmente los problemas coyunturales.

4 | Conclusiones

Por lo antes señalado, alentamos la protección especial de las mujeres en función de su vulnerabilidad, del mismo modo que propiciamos la particular tutela de otros grupos también especialmente vulnerables, entre los que ocupan un lugar destacado las personas (de cualquier sexo) sometidas a proceso penal y, más aún, las que soportan el juicio privadas de su libertad.

Los imputados de delito tienen ante sí el poder represivo del Estado, frente al que están expuestos a todo tipo de riesgos, que pueden conducir, incluso, a penas sin condenas —prisiones preventivas en casos en los que luego resultan sobreseídos o absueltos—, a sentencias condenatorias que los van a marcar a fuego durante toda su vida y que, si además son injustas, les van a ocasionar perjuicios mayores e irreparables, que se sumarán a otros que les genera el propio proceso penal, como lo es el largo tiempo que demandan las causas, la falta de recursos económicos para elegir defensor de confianza, el sufrimiento que se acrecienta a medida que se conoce el funcionamiento irracionalmente selectivo del sistema de persecución penal. Finalmente, los imputados están expuestos al peligro de no salir vivos de las prisiones, sea durante el proceso o como consecuencias de las penas que deben cumplir luego de haber sido declarados culpables.

(24) CIDH, Informe N° 54/01, Caso 12.051, "Maria Da Penha Maia Fernandes", Brasil, 16 de abril de 2001, párr. 61. 4. C.

Por estas y por muchas razones, este grupo humano tiene un sistema de garantías que todo Estado constitucional de derecho debe respetar, aunque ello no sea del agrado del pensamiento autoritario, que está dispuesto a juzgarlos cada vez con mayor severidad y, no pocas veces, con verdadera crueldad.

El respeto al sistema de garantías judiciales es una condición de legitimidad de los sistemas de enjuiciamiento penal que los Estados no pueden desconocer ni violentar, sea quien sea el imputado y sea quien sea el que invoca la condición de víctima.

En un Estado constitucional y democrático de derecho, la vía penal debe ser la última intervención posible a la que sólo puede recurrirse cuando no exista otra manera de enfrentar los conflictos lesivos por medios menos drásticos que el proceso penal y la pena carcelaria. Cuando esto último es posible y el Estado habilitó otras vías de abordaje de las situaciones conflictivas, ellas deben funcionar en condiciones de igualdad y de acuerdo con los fundamentos racionales que les sirven de base.

Por ello debe respetarse que los Estados enfrenten los hechos menos graves de una manera diferente a los de mayor severidad. También en materia de violencia contra la mujer debe respetarse que hay hechos más graves que otros y que, entre todos ellos, existen grandes diferencias que habilitan un tratamiento diferenciado.

Esta es también una exigencia de la igualdad ante la ley, que no tolera que, con un discurso que confunde, se encubra el desembarco, en plena democracia, de otra propuesta represiva para quienes son presentados como verdaderos demonios.

Los imputados de delitos contra la mujer tienen, por su condición de seres humanos, derecho a un juicio justo y previo a cualquier imposición de una pena, así como todos los derechos que le acuerda la legislación penal y procesal penal estatal. Ellos no deben ser tratados, como se lo está haciendo, como nuevos enemigos del Estado.

A pesar de lo dicho, el poder penal de los Estados (en este caso, de la mano del discurso de género) se está recrudeciendo, demagógicamente, contra los perseguidos de siempre, produciendo entre otros males, por desgracia, más castigo penal contra los pobres.

Comentarios sobre las Observaciones finales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad - Argentina

por GRACIELA M. FIJTMAN⁽¹⁾

I | Introducción

Mediante resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/61/106, el día 13 de diciembre de 2006, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, exhortando a los Estados a firmar y ratificar la Convención y el Protocolo Facultativo como una cuestión prioritaria.⁽²⁾

Con fecha 21 de mayo de 2008, la República Argentina sancionó la ley 26.378, por la cual se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (CDPD).⁽³⁾

.....

(1) Abogada. Integró durante muchos años el equipo interdisciplinario de FENDIM, de orientación a las personas con discapacidad y sus familias. Es Integrante del Grupo de Trabajo de Armonización Legislativa del Observatorio de la Discapacidad de Conadis y del Consejo Académico de la Revista *Discapacidad, Justicia y Estado*, de Infojus.

(2) Ver texto en: <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>

(3) Ver el texto completo de la ley en el portal de Infojus, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: http://www1.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-26378-aprobacion_convencion_sobre_derechos.htm?2

La importancia de que la República Argentina haya aprobado la referida Convención y su Protocolo Facultativo radica, como lo menciona precisamente el art. 1 de dicho Protocolo, en que el Estado Parte reconoce la competencia del Comité sobre los derechos las personas con discapacidad para recibir y considerar las comunicaciones que presenten quienes —sean personas o grupos— aleguen ser víctimas de una violación por el Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención. Dicho artículo agrega que el Comité no recibirá comunicaciones referentes a un Estado que no haya ratificado dicho Protocolo Facultativo.

En consecuencia, al aprobar nuestro país tanto la Convención como el Protocolo Facultativo, se ha obligado a su cumplimiento y a la posibilidad de que el país sea denunciado ante el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en caso de violaciones a lo dispuesto por la CDPD, lo cual demuestra la total relevancia de dicha aprobación.

La CDPD, en su art. 34, crea el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyos miembros serán elegidos por los Estados Parte, disponiendo en su art. 35 que los Estados presentarán al Comité un “informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención, y sobre los progresos realizados al respecto, en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el estado Parte de que se trate”.

En su art. 36, la CDPD dispone que el Comité considerará los informes, hará sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas.

Dichas Recomendaciones serán el objeto del presente trabajo. En tal sentido, intentaremos analizar las Observaciones que ha efectuado el Comité, respecto del informe presentado por nuestro país en el año 2010, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 35 CDPD, al cual nos referiremos como “Informe país”.

Antes de abordar concretamente las Recomendaciones del Comité, es interesante destacar que, así como el Estado Parte tiene la obligación de presentar el informe que denominamos “país”, todas aquellas organizaciones de la sociedad civil con injerencia en la temática poseen la facultad

de presentar un informe alternativo o paralelo al del Estado Parte, por lo que, al momento de efectuar las Recomendaciones, el Comité tiene en cuenta todos los informes que le han sido presentados.

En aquella oportunidad —en el 8º Período de sesiones celebrado en la Ciudad de Ginebra (Suiza), entre los días 17 y 28 de setiembre de 2012—, el Comité se expidió luego de analizar y escuchar personalmente, tanto a los representantes del Estado de la República Argentina como a quienes representaron a las organizaciones de la sociedad civil que participaron de la presentación del informe paralelo.⁽⁴⁾

En el punto III del Informe, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —titulado “Principales ámbitos de preocupación y recomendaciones”—, que el Comité presentó el 27 de setiembre de 2012, se desarrolló un profundo análisis que, siguiendo el orden de los artículos de la CDPD, expresó en cada punto tanto la “preocupación” del Comité como la respectiva “Recomendación”.

En este trabajo seguiremos el referido orden.

I.I | Principios y obligaciones generales (arts. I a 4)

Las Recomendaciones del Comité en relación a estos artículos están relacionadas con la necesidad de armonizar nuestra legislación —nacional, provincial y municipal— con lo postulado en la Convención, haciendo especial énfasis en el igual reconocimiento ante la ley de las Personas con Discapacidad (PCD), y asegurando la participación de las personas con discapacidad (PCD) y de las organizaciones de PCD en dicha tarea.

Por otro lado, la falta de adhesión de algunas provincias a la ley 24.901 y las disparidades que, en los distintos territorios del país, se verifica respecto de la implementación del Certificado Único de Discapacidad (CUD), motivó una Observación del Comité en la que se instó al Estado a adoptar medidas para garantizar la efectiva implementación del CUD en todo el país.

(4) COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, “Informe alternativo. Situación de la discapacidad en Argentina 2008/2012 presentado en forma conjunta por REDI, CELS, FAICA, FENDIM, ADC”. Ver texto en: [http://redi.org.ar/docs/Informe%20alternativo-%201ra%20evaluaci%C3%B3n%20Argentina-%20CRPD%20-%20FINAL%20\(4\).pdf](http://redi.org.ar/docs/Informe%20alternativo-%201ra%20evaluaci%C3%B3n%20Argentina-%20CRPD%20-%20FINAL%20(4).pdf)

Debe mencionarse que, dado nuestro sistema federal de gobierno, se deberán respetar las autonomías provinciales, por lo que la adhesión provincial compromete al Estado nacional sólo en posibles acciones a fin de incentivar a las provincias que no han adherido, a que lo hagan.

No obstante ello, se debe destacar que, por mandato de la ley nacional que decretó la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las provincias también se encuentran obligadas a dar cumplimiento a la misma. Para el supuesto de que las legislaciones locales superaran en sus presupuestos mínimos a las normas nacionales, bienvenidas ellas.

1.2 | Derechos específicos (arts. 5 a 30)

1.2.1. Igualdad y no discriminación (art. 5)

El concepto de "ajustes razonables" se encuentra definido en el art. 2 CDPD de la siguiente forma:

"Por 'ajustes razonables' se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

Como bien aclara la propia Convención, los "ajustes razonables" tienen relación directa con cada caso particular e individual. A tal punto es de suma importancia este concepto, que la denegación de "ajustes razonables", será considerado, como establece el referido art. 2 CDPD, "discriminación por motivos de discapacidad".

El Comité expresa su preocupación, por cuanto los conceptos de "ajustes razonables" y de "denegación de ajustes razonables" no se encuentran explícitamente incluidos en el marco legislativo antidiscriminatorio ni en la legislaciones laboral, sanitaria y de educación, entre otras, de manera que se insta al Estado a que introduzca este concepto en su legislación estableciendo la "denegación de ajustes razonables como forma de discriminación".

También se recomienda al país tomar las medidas necesarias a fin de facilitar el acceso a los procedimientos judiciales y administrativos de las PCD, con vistas a que las mismas puedan denunciar la discriminación de la cual puedan ser objeto.

1.2.2. Mujeres con discapacidad (art. 6)

Resulta imprescindible el enfoque transversal propuesto por el Comité en relación a la temática “género y discapacidad”. La falta de accesibilidad de las mujeres con discapacidad en diversos ámbitos —ya sea por falta de accesibilidad física, falta de accesibilidad comunicacional, dificultad de comprensión en los procesos en los cuales se encuentran involucradas, carencia de material en Braille para las personas con discapacidad visual o de explicaciones en lenguaje sencillo para las personas con discapacidad intelectual, etc.— provoca que las mujeres con discapacidad se encuentren con limitaciones que impiden su participación en programas que deberán implementarse sobre “violencia, acceso a la justicia, derechos sexuales y reproductivos y acceso al mercado laboral”, como expresa el Comité. Éste, además, recomienda “la inclusión de la perspectiva de discapacidad en todas las políticas y programas de igualdad de género, garantizando la plena participación efectiva de las mujeres con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás mujeres”.

1.2.3. Niños y niñas con discapacidad (art. 7)

En el “Informe país”, la República Argentina menciona la ley 26.061 y, siendo que dicho cuerpo normativo no hace referencia a los niños y niñas con discapacidad, el Comité menciona la carencia y expresa su preocupación en relación a la falta de información sobre la situación de niños y niñas con discapacidad en nuestro país.⁽⁵⁾ En consecuencia, el Comité insta al Estado a incorporar la perspectiva de discapacidad en la ley 26.061 y a invertir “la mayor cantidad de recursos disponibles para acabar con la discriminación contra los niños y niñas con discapacidad y que garantice su incorporación a los planes de seguro de salud y a los servicios y prestaciones a los que tienen derecho, como pensiones y vivienda”.

(5) Ver el texto completo de la ley en el portal de Infojus, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: http://www1.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-26061-ley_proteccion_integral_derechos.htm?6

1.2.4. Accesibilidad (art. 9)

En relación al art. 9, el Comité expresa que la estructura federal del Estado dificulta en gran medida los mecanismos de supervisión y evaluación del cumplimiento de las normativas de accesibilidad en todo el territorio nacional, por lo que dicha estructura representa un verdadero “reto” para alcanzar la accesibilidad plena de las PCD en todas las provincias y municipios.

Resulta evidentemente necesaria una articulación efectiva entre nación, provincias y municipios a fin de gestionar la debida accesibilidad de las personas con discapacidad.

La accesibilidad a la que hace referencia el art. 9 de la Convención tiene como objeto asegurar que las personas con discapacidad “puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida”. Así, debe ser accesible “el entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, los servicios e instalaciones de uso público”, debiendo eliminarse las barreras u obstáculos en “los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo”.

Deberán también gestarse planes de acceso a la vivienda que contemplen la accesibilidad de las PCD y tengan en cuenta la individualidad de cada PCD, haciéndose los ajustes razonables que se requieran en cada caso.

Asimismo, habrá que tener en cuenta la cantidad de niños que no acceden a la educación por falta de accesibilidad edilicia. Lo mismo sucede con la inaccesibilidad en los lugares de trabajo y en el transporte, lo que impide que las PCD participen plenamente en todos los aspectos de la vida.

Del mismo modo, el Comité pone el acento en las entidades privadas, recomendando que el Estado procure que éstas “tengan debidamente en cuenta todos los aspectos relacionados con la accesibilidad de las personas con discapacidad”.

1.2.5. Igual reconocimiento ante la ley (art. 12)

El cumplimiento con lo señalado en el art. 12 de la Convención por parte de la República Argentina nos trae una de las mayores preocupaciones del Comité. Más adelante mencionaremos cómo aquél demostró que es un tema de fundamental y urgente importancia.

El art. 12 CDPD constituye el gran cambio de paradigma que trae este instrumento.

La Convención instituye el modelo social por el cual la persona con discapacidad, en lugar de ser considerada un objeto de atención —como ha sido vista conforme un modelo que sólo ponía su mirada en las prácticas rehabilitadoras—, se constituye en un sujeto de derecho y, como tal, no sólo posee capacidad de derecho —es decir, aptitud para ser titular de derechos (lo cual hasta el momento de la Convención nadie discutía: el propio Código Civil de Vélez Sarsfield reconocía la capacidad de derecho)—, sino también de hecho —lo cual significa que tienen el derecho de ejercer por sí mismas sus derechos—. Es este último punto donde aparece el cambio de paradigma.

Hablamos de cambio paradigmático porque, conforme lo dispone el art. 12 CDPD, se cambia el modelo del representante legal (curador) que, a la hora de tomar decisiones, sustituye a la persona con discapacidad, por el modelo de toma de decisiones de la propia persona con discapacidad, con los apoyos de las personas de su confianza, estableciéndose las debidas salvaguardias a los fines de evitar abusos.

El Comité expresa su preocupación acerca de la falta de armonización legislativa de Argentina con la Convención. Específicamente en este punto, su reproche apunta a que, a pesar de ser la Convención una ley de la nación, sigue funcionando el sistema de incapacitación que lleva al decreto de interdicciones basado en la representación mediante sustitución decisoria.

El Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial —actualmente, en tratamiento en el Congreso Nacional—, en su actual redacción, no reúne los parámetros necesarios para dar cumplimiento con lo dispuesto por el art. 12 CDPD, lo cual ha sido expresamente mencionado por el Comité.

Como se ha mencionado en el “Informe alternativo”, presentado por distintas ONG’s,

“Por un lado, en consonancia con la CDPD el proyecto establece la presunción de capacidad de toda persona, aun cuando se encuentra internada; incorpora el requisito de interdisciplinariedad para el tratamiento y para el proceso judicial

de restricción a la capacidad jurídica; asegura el derecho de acceso a la información adecuada para su comprensión; prevé sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica; establece el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada y garantiza la inmediatez entre el juez y el interesado; estipula el derecho a que se prioricen las alternativas terapéuticas menos restrictivas; y determina que las limitaciones a la capacidad de carácter excepcional ‘siempre en beneficio de la persona’. No obstante, en grave violación a la CDPD conserva lineamientos propios del régimen de incapacitación y sustitución de la voluntad. El art. 32 del proyecto reafirma un modelo legal basado en la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, posibilitando limitaciones a esta última (...) En resumen, nos preocupa muy particularmente que el actual proyecto de CC mantenga la posibilidad de declarar a una persona como incapaz absoluta contraviniendo el art. 12 de la CDPD. De nada sirve que se incluya la mención al sistema de apoyos para la toma de decisión si su puesta en práctica depende de la ‘buena voluntad’ del/a juez/a que entienda en la causa. Es decir, no hay obligación alguna para que un/a magistrado/a indague sobre las necesidades de apoyo de una persona sin caer en incapacitarla judicialmente. Lo que ocurre y seguirá ocurriendo en los hechos es que muchos/as jueces/zas seguirán incapacitando totalmente a las personas como vienen haciéndolo hace años. Algunos/as pocos/as jueces/zas con perspectiva de derechos humanos podrán aplicar el Artículo 43 del actual Anteproyecto —si es aprobado así—, pero eso ya pueden hacerlo hoy con la CDPD que es de aplicación directa en nuestro país”.

Así es como el Comité considera que existe resistencia por parte de los operadores jurídicos en la aplicación de la Convención por lo que propone la realización de talleres de capacitación de jueces, basado en el modelo de derechos humanos.

En conclusión, queda aún pendiente un trabajo legislativo para dar cumplimiento a lo dispuesto por el Comité conforme lo mencionado, teniendo en cuenta que la actual redacción del Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial no se encuentra en total consonancia con lo establecido

por la Convención, ni con los operadores jurídicos, jueces, personal de juzgados, abogados, peritos, etc., quienes deberán capacitarse en el modelo de toma de decisiones con apoyos.

1.2.6. Libertad y seguridad de la persona (art. 14)

El Comité observa con preocupación que, a pesar de la sanción de la Ley Nacional de Salud Mental (LNSM) 26.657,⁽⁶⁾ las Personas con Discapacidad Psicosocial (PCDPS) siguen siendo sometidas a internaciones prolongadas contra su voluntad, sin que exista un plan nacional progresivo de desinstitucionalización. Considera, asimismo, que a pesar de la ley referida, la internación involuntaria y prolongada sigue prevaleciendo; es por ello que insta al Estado a implementar estrategias de desinstitucionalización y a desarrollar planes de salud mental basados en el modelo de derechos humanos.

Resulta imperiosa la creación de dispositivos adecuados que faciliten la desinstitucionalización y favorezcan la inserción comunitaria y la laboral. Las PCDPS que llevan años de internación no pueden salir de las instituciones asilares sin un plan previo que se ajuste a cada caso particular. La mayoría de estas personas han perdido su relación con el grupo familiar, han perdido las habilidades para vivir integradas en la comunidad. En consecuencia, resulta a todas luces una obviedad que carecen de lugar alternativo al cual dirigirse y de medios de subsistencia.

En la medida en que no se trabajen conjuntamente los tres pilares —vida autónoma, hábitat y trabajo—, las PCDPS en particular, y todas las PCD en general, no podrán gozar plenamente de todos los derechos humanos en condiciones de igualdad.

También el Comité

“solicita al Estado parte adecuar su legislación penal, tanto federal como provincial, para que la decisión sobre la imposición de medidas de seguridad a personas que son declaradas inimputables solo se tome una vez que se ha seguido un proceso en el

(6) Ver el texto completo de la ley en el portal de Infojus, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: http://www1.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-26657-ley_nacional_salud_mental.htm?2

que se respeten las garantías de defensa y asistencia letrada, incluidos los ajustes de procedimiento que puedan llegar a necesitarse para garantizar el ejercicio de los derechos”.

El art. 34 CP permite que, en el caso de declaración de inimputabilidad, para el supuesto de peligrosidad para sí o para terceros, se disponga

“...la reclusión del agente en un manicomio, del que no saldrá sino por resolución judicial, con audiencia del ministerio público y previo dictamen de peritos que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo se dañe a sí mismo o a los demás. En los demás casos en que se absolviere a un procesado por las causales del presente inciso, el tribunal ordenará la reclusión del mismo en un establecimiento adecuado hasta que se comprobase la desaparición de las condiciones que le hicieren peligroso”.⁽⁷⁾

En estos casos, en base al aporte de ajustes razonables, se priva a la persona declarada inimputable del debido proceso, impidiéndole que intervenga en el mismo y se asugure su derecho constitucional de defensa. En la mayoría de los casos se verifica la aplicación de una pena mayor a la prevista para el delito que se trata ya que, en virtud de una medida de seguridad, la situación de encierro permanece sin que se reciba el tratamiento interdisciplinario adecuado, lo que supone graves consecuencias para el sujeto; todo lo cual ha sido tenido en cuenta por el Comité en su respectiva Observación.

1.2.7. Protección contra la tortura (art. 15)

La preocupación del Comité en relación a este artículo, tiene que ver con la falta de aprobación de la ley que crea el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. El Comité considera que urge que el Estado la apruebe a fin de “proteger a las personas con discapacidad institucionalizadas de acciones que pueden constituirse en actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Cabe señalar que, mientras se escribían estas líneas, se sancionó la Reglamentación de la Ley de Salud Mental.

(7) Ver el texto completo de la ley en el portal de Infojus, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación: http://www.codigopenalonline.com.ar/codigo_penal_argentino_imputabilidad.html

Esperamos que el Órgano de Revisión previsto en la norma satisfaga los requerimientos de control y ejercicio de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud mental, y de las personas con discapacidad psicosocial (PCDPS) en general. También esperamos que la participación de los miembros de la sociedad civil esté garantizada en dicho Órgano de Revisión.

Asimismo, esperamos que se disponga de un trabajo articulado con el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes que debe ser establecido por el Estado argentino.

1.2.8. Protección contra la explotación, la violencia y el abuso (art. 16)

El Comité expresa su preocupación respecto de las leyes 26.485 y 26.061 —Ley sobre la Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos que Desarrollen su Relaciones Interpersonales y Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, respectivamente—, en las cuales no se encuentra prevista la situación de mujeres, ni la de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, de manera que insta al Estado a revisar la normativa referida a fin de garantizar la protección de aquéllos.

Asimismo, resulta de sumo interés la observación del Comité respecto del desarrollo de protocolos adecuados de prevención de la violencia institucionalizadas contra las PCD: tanto como han sido de público conocimiento las situaciones de violencia sufridas por las PCDPS internadas en algunas instituciones psiquiátricas, deberá analizarse la situación de las PCDPS detenidas en unidades penitenciarias (aspecto que se encuentra relacionado con los comentarios efectuados respecto del artículo anterior). En tal sentido, el Comité propone que se establezcan mecanismos institucionales a fin de detectar situaciones en las que pueda existir violencia —mecanismos éstos que incluyan “los ajustes de procedimiento a fin de recabar el testimonio de las víctimas y procesar a los responsables”—.

1.2.9. Protección a la integridad personal (art. 17)

El art. 17 CDPD, en forma absolutamente sucinta, dispone: “Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás”.

Si bien en el “Informe alternativo” anteriormente referido se efectuó una serie de consideraciones muy interesantes acerca del “consentimiento informado”, que alcanzan a actos médicos, directivas anticipadas y procedimientos de investigación en salud, el Comité efectúa sus recomendaciones en relación a dos temáticas: la esterilización y la práctica del aborto no punible, recomendando que sean las propias PCD, en forma directa, quienes den su consentimiento informado en relación a dichas prácticas.

El art. 86 CP, en caso de violación de una mujer “demente o idiota”, deriva directamente la decisión de practicar el aborto al representante legal. El Comité señala que es de **suma urgencia** que esta normativa sea modificada, no sólo en relación a los motivos expuestos respecto a la decisión que la PCD pueda tomar respecto de llevar adelante el embarazo o practicar el aborto —quien, con los apoyos necesarios, eventualmente tomará la decisión correspondiente (art. 12 CDPD)—, sino también por las denominaciones degradantes, ofensivas y anticonvencionales que en dicho texto legal se expresan.⁽⁸⁾

1.2.10. Derecho a vivir de forma independiente (art. 19)

Tal como lo dispone el art. 19 CDPD, a fin de que las PCD puedan “vivir en la comunidad con opciones iguales a las de las demás”, los Estados deberán adoptar “medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho, por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad”.

Toda vez que resulta de imperiosa y urgente necesidad la implementación de dispositivos que faciliten el cumplimiento de las metas dispuestas en el art. 19 CDPD, en el Informe País se ha mencionado que el SAVA (Servicio de Apoyo a la Vida Autónoma) es un Proyecto que aún espera implementación. Es decir, el Comité expresó su preocupación de que éste no haya sido puesto en práctica y que no esté en análisis, con la pertinente participación de las organizaciones de PCD—, y recomendó que se ponga en práctica.

Merece destacarse que este Proyecto, que tiene muy antigua data, debería ser reformulado de acuerdo a los nuevos paradigmas que propone

(8) Ver texto completo en: http://www1.infojus.gov.ar/legislacion/ley-nacional-11179-código_penal.htm?9

la CDPD o, eventualmente, debería desarrollarse un nuevo programa de apoyos para la vida autónoma, el cual deberá centrarse en cada persona con discapacidad, a fin de que cada una desarrolle su propio proyecto personal en consonancia con el modelo social. Todo lo cual, tal como mencionamos requiere el Comité, debe ser ejecutado “cuanto antes”.

1.2.11. Respeto del hogar y de la familia (art. 23)

Tal como menciona el Comité, el art. 309 CP priva de la patria potestad a los padres en caso de interdicción o inhabilitación, conforme el art. 152 bis Código Civil (CC), lo cual, en palabras del Comité, constituye “una falta de reconocimiento a formar una familia”. Lamentablemente, el Proyecto de Reforma del Código Civil, tampoco modifica esta cuestión ya que, en su art. 140, establece lo siguiente “Persona protegida con hijos. El curador de la persona incapaz o con capacidad restringida es tutor de los hijos menores de éste. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales”.

Esperamos que, atendiendo a las observaciones del Comité, se revea este artículo en forma previa a la sanción del nuevo Código Civil y Comercial unificado, adecuándeselo a los postulados de la CDPD, sobre todo a la Observación que insta al Estado a asegurar que se “ofrezca los apoyos necesarios para el ejercicio de la maternidad y paternidad de las personas con discapacidad que lo requieran”.

1.2.12. Educación (art. 24)

Tal como observa el Comité, si bien Argentina tiene una ley que establece el principio de incursión educativa —art. 11 de la ley 26.206—, en la práctica se observa que existen porcentajes importantes de niños y niñas con discapacidad que no reciben ningún tipo de educación; otro gran porcentaje que asiste a escuela especial; y una mínima cantidad de niños con discapacidad que tienen acceso a educación común, aunque muchos de ellos deben también concurrir a instituciones de educación especial a fin de recibir educación de Braille (en el caso de niños con discapacidad visual) o de lengua de señas (en el supuesto de discapacidad auditiva). El panorama se torna más crítico aún cuando ciertas legislaciones, como la de la Provincia de Buenos Aires, disponen que los niños y niñas con

discapacidad que se encuentren concurriendo a escuela común concurren asimismo a escuela especial, lo que supone una doble escolarización.

Cabe también señalar que, en muchos casos, los niños son "integrados" en escuelas convencionales, pero no así "incluidos". Ello porque la inclusión educativa no sólo debe tener en cuenta las distintas funcionalidades de los niños que concurren a ellas, sino también las barreras que produce el propio entorno, que obstaculizan la referida inclusión. No debemos olvidar que, conforme la propia CDPD, el concepto de persona con discapacidad, no pone el acento en la deficiencia funcional, sino en la interacción entre las personas con deficiencias, y en las barreras actitudinales y del entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás personas.

En consecuencia, tal como ha sido resaltado por el Comité, se deberán implementar todos los apoyos, ajustes razonables, cambios actitudinales y modificaciones curriculares, a fin de lograr el acceso de los niños y niñas con discapacidad a la educación inclusiva.

1.2.13. Derecho a la salud (art. 25)

Efectivamente, tal como ha observado el Comité, conocemos la dificultad de las PCD para hacer uso de los servicios de salud por causa de barreras físicas, falta de elementos adaptados, barreras comunicacionales y desconocimiento de los profesionales de la salud en cuanto a los derechos de las PCD —sobre todo en lo concerniente a su capacidad para otorgar el consentimiento informado respecto de las decisiones relativas a sus propios tratamientos—, todo lo cual les impide de manera preocupante el acceso a la salud. Sumado a ello, toda vez que la pertenencia al sistema de obras sociales está relacionado con el ejercicio laboral, y que un porcentaje muy alto de PCD no accede al trabajo, una gran cantidad de personas queda por fuera del sistema de obras sociales. En consecuencia, una gran cantidad de personas requieren asistencia del Estado; una asistencia que no es la misma que aquella de las obras sociales y que encuentra mayores trabas burocráticas.

Asimismo, debemos mencionar que, a fin de satisfacer sus derechos, en muchos casos las PCD que requieren coberturas prestacionales de alto costo, se han visto obligadas a recurrir, tanto en uno como en otro sistema, al reclamo judicial.

El Comité, nuevamente, insta al Estado a la reglamentación de la Ley de Salud Mental, siendo que tal como lo hemos mencionado, la misma ha sido dictada mientras se escribe el presente, por lo cual habiéndose dado cumplimiento con dicha recomendación del Comité, esperemos que finalmente se implemente la "Red de Servicios de Salud Mental basados en la Comunidad", por la cual se creen los dispositivos necesarios tanto en salud, vida autónoma, hábitat y trabajo, a fin de evitar que las personas con discapacidad psicosocial se vean encerradas en instituciones asilares, contrariando el modelo de derechos humanos que establece la CDPD.

1.2.14. Trabajo y empleo (art. 27)

En este punto el Comité expresa su preocupación respecto de la falta de datos ciertos, respecto del nivel de ocupación laboral de las PCD.

Efectivamente, los resultados de la última Encuesta Nacional de Personas con Discapacidad (ENDI) efectuada en el año 2003,⁽⁹⁾ no reflejan los verdaderos datos, ya que no se ha tomado la cantidad de personas con discapacidad que no han manifestado encontrarse en búsqueda de empleo, atento el conocimiento de la gran dificultad en lograrlo, por distintas causas: falta de conciencia social, falta de interés por parte del sector privado, escollos para obtener el apto médico, falta de accesibilidad de los medios de transporte para llegar al lugar de trabajo, falta de ajustes razonables en relación al puesto de trabajo, y entre otras razones, falta de cumplimiento por parte del estado tanto nacional, provincial o municipal respecto de la normativa que determina los cupos mínimos que deben cumplimentar empleando personas con discapacidad. Especialmente a este aspecto se refiere el Comité, afirmando que la Administración carece de datos ciertos en relación a la cantidad de personas con discapacidad que tiene empleadas, mal podrán cumplir con los cupos establecidos en las disposiciones legales vigentes: esto es, el 4% en la administración pública nacional, tanto para planta permanente como transitoria, y en las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, mientras que para la Ciudad de Buenos Aires, el cupo a cubrir con PCD es del 5%.

A pesar de que, oportunamente, mucho se ha discutido sobre el establecimiento de cupos, todavía los Estados nacional, provincial o municipal están en deuda en este aspecto, cuestión que el Comité ha puesto de resalto.

(9) http://www.indec.gov.ar/principal.asp?id_tema=166

1.2.15. Nivel de vida adecuado y protección social (art. 28)

Conforme lo dispone el juego entre las leyes 22.431 y 24.901, quienes carecen de obra social y de medios económicos tendrán la protección social del Estado, el cual se encuentra obligado a conceder la pensión no contributiva a las PCD que se encuentren en dicha situación, que le permitirá acceder al Programa Federal de Salud. En la práctica observamos que son pocas las personas que pueden acceder a la pensión no contributiva, por dos razones: a) se requiere una incapacidad laborativa superior al 76% y b) no deben ser propietarias siquiera de un bien inmueble, ni poseer familiares con obligación alimentaria hacia el requirente de la pensión, en condiciones de brindarle alimentos. Estos requisitos hacen que queden excluidas un gran número de PCD, lo que las condena a vivir en situación de dependencia económica de sus familiares y a carecer de vida autónoma; todo lo cual violenta el ejercicio de sus derechos humanos. Este criterio de eligibilidad de quienes podrán ser acreedores de las pensiones asistenciales ha sido observado con preocupación por el Comité.

Asimismo, el Comité insta al Estado a rever la legislación en relación a la situación de los trabajadores migratorios y a sus hijos con discapacidad, quienes, para ser beneficiarios de las medidas de protección social, deben tener un plazo mínimo de residencia en el país de veinte años, circunstancia que contraría lo dispuesto por el art. 28 CDPD.

1.2.16. Participación en la vida política y pública (art. 29)

El Comité destacó el hecho de que en nuestro país se hayan derogado las disposiciones que impedían el voto de “los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito” (tal como estaba dispuesto antes de su derogación), tanto como el de las personas con discapacidad psicosocial o intelectual “recluidas en establecimientos públicos”, pero expresa su preocupación respecto de la imposibilidad de voto de las personas declaradas incapaces y de la accesibilidad electoral de quienes se encuentren institucionalizados a fin de que puedan salir a ejercer el voto.

A pesar de haberse efectuado avances significativos en este tema, tanto en materia legislativa como respecto de las prácticas al momento de la emisión del voto —por ejemplo, respecto de la capacitación de las autoridades de mesa, a fin de que no se constituyan ellas mismas en impedimento a la hora de la votación por parte de las PCD, de que se faciliten los

apoyos necesarios y se evite la "discriminación por motivos de discapacidad"—, quedan pendientes cuestiones como las que refiere el Comité, que merecen rápidas y urgentes modificaciones.

2. | Obligaciones específicas (arts. 31 a 33)

2.1. Acerca de la recopilación de datos y estadísticas (art. 31), la aplicación y seguimiento nacionales (art. 33), el seguimiento de las Observaciones finales y difusión, y la cooperación técnica

Respecto de las obligaciones específicas dispuestas entre los arts. 31 al 33 CDPD, el Comité se refiere a distintas cuestiones:

- a. La necesidad de que el Estado efectúe relevamientos estadísticos específicos, considerando los sectores con mayor posibilidad de exclusión.
- b. La elevación del rango institucional que debe tener la CONADIS.
- c. La necesaria independencia del Estado respecto del organismo de vigilancia de la CDPD.
- d. La solicitud al Estado, a efectos de que se le de amplia difusión a las Observaciones finales del Comité.
- e. El pedido acerca de la participación de las organizaciones de la sociedad civil y, especialmente, de las organizaciones de las PCD, en la confección del próximo informe periódico.
- f. La solicitud al Estado para que, en el plazo de doce meses a partir de presentado el Informe del Comité, se informe por escrito, respecto del cumplimiento de las recomendaciones en dos puntos específicos:
 - La eliminación de la interdicción en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial.
 - La revisión del Código Electoral, para alinearlo con los estándares de la Convención, en particular en materia de capacidad jurídica y el acceso a las urnas electorales de las personas con discapacidad institucionalizadas.

Este último punto f) posee una gran relevancia por cuanto, a pesar de que el Estado debe presentar los informes periódicos cada dos años —el próximo debe ser en el año 2014—, el Comité dispuso que en un plazo

menor —es decir, doce meses—, se le debe informar respecto del cumplimiento o no de estos dos últimos puntos descriptos en el apart. f). De tal magnitud es la importancia y urgencia en el tratamiento de estas dos cuestiones, que se ha acotado el plazo para ello.

Esperemos que podamos exhibir orgullosamente, en el término dispuesto, los cambios realizados en ese sentido.

Comentario al Informe “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”

por ALEJANDRA I. LANNUTTI⁽¹⁾

I | Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH” o “la Comisión”), publicó el 22 de noviembre de 2011 el documento titulado “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”,⁽²⁾ con el apoyo financiero de España y Finlandia.

Dicho documento obedece a un informe temático elaborado por la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres, la cual —en concordancia con los principios de igualdad y no discriminación, elementos básicos

.....

(1) Abogada. Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Docente de Derechos Humanos y Derecho Internacional Público en el país y en el exterior. Investigadora adscrita a Proyectos del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Integrante del Grupo Conflicto y Sociedad de la Universidad de Cartagena, Colombia, y del Grupo Demosophia de la Universidad de San Buenaventura, Cartagena, Colombia.

(2) CIDH, “Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos”, OEA documentos oficiales, OEA Ser.L/V/II. Doc.61.

de los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección—presta atención específica a los derechos humanos de las mujeres y la equidad e igualdad de género.

El Informe encuentra sustento en la base informativa que, de manera consistente y a través de sus distintos mecanismos, viene recibiendo la Comisión sobre las diversas barreras que las mujeres en la región americana enfrentan para lograr el acceso a información sobre salud, particularmente en el ámbito de la salud sexual y reproductiva; barreras fundadas en la marginación a la que, por distintos motivos, se han visto sometidas históricamente.

Ejemplo de estas barreras son el acceso limitado a información sobre servicios de planificación familiar, a pesar de una alta necesidad insatisfecha de estos servicios,⁽³⁾ los problemas en el acceso a información básica, atención médica y social adecuada en materia reproductiva,⁽⁴⁾ así como sobre la tergiversación en la información en materia reproductiva proporcionada por servidores públicos con fines disuasivos.⁽⁵⁾

También el órgano tomó conocimiento y procesó peticiones individuales respecto dela práctica de la esterilización sin el consentimiento de las mujeres en algunos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que, en algunos casos, ha ocasionado sus muertes.⁽⁶⁾

Con base en lo anterior, el Informe tuvo por objeto identificar y analizar los estándares internacionales y regionales sobre el acceso a la información en materia reproductiva, desde un punto de vista de derechos humanos, con la finalidad de que los Estados eliminen las barreras y garanticen y protejan efectivamente este derecho de las mujeres, sin discriminación.

(3) CIDH, "Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala", 06/04/2001, Capítulo XIII: Los Derechos de la Mujer; CIDH, "Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay", OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 09/01/2001, Capítulo VIII: Derechos de la Mujer. Ver textos en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay01sp/indice.htm>

(4) CIDH, "Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala", Capítulo XIII: Los Derechos de la Mujer, cit.

(5) CIDH, Informe N° 21/07, Petición 161/02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (México), 09/01/2007.

(6) CIDH, Informe N° 71/03, Petición 12.191, Solución Amistosa, María Mamérita Mestanza Chávez (Perú), 03/10/2003.

2 | Algunas observaciones sobre el contenido del Informe

Desde una óptica metodológica, el Informe está estructurado en cuatro secciones. La primera, de corte introductorio; una segunda fase, donde se describen los estándares sobre el derecho al acceso a la información, y otra sección, donde se detallan los estándares sobre el derecho al acceso a la información en materia reproductiva, analizándose en ésta las diversas dimensiones del acceso a la información que se deben tomar en consideración para garantizar este derecho. El último capítulo plasma algunas recomendaciones hacia los Estados sobre la materia.

En la introducción del Informe, la Comisión se aboca principalmente a contextualizar el derecho en estudio. Así, conceptualiza el acceso a la información como una herramienta fundamental para la construcción de la ciudadanía en los sistemas democráticos.

De igual forma, entiende que el acceso a la información está estrechamente vinculado con la realización de otros derechos humanos y, por tanto, la falta de respeto y garantía de aquel para las mujeres puede ocasionar una vulneración de derechos —por ejemplo, a la integridad personal, vida privada y familiar, y a vivir libres de violencia y discriminación—.

Sobre el particular, especial mención hizo el órgano respecto a ciertos colectivos como las mujeres pobres, indígenas, afrodescendientes, aquéllas que habitan en zonas rurales, y las migrantes —que son quienes enfrentan mayores obstáculos en su acceso a información sobre salud sexual y reproductiva—. A ello cabe agregar otros grupos que merecen igualmente especial protección, como son las mujeres adultas mayores y las mujeres con discapacidad.

Este escenario conllevó a que los distintos órganos de protección identifiquen los Principios mínimos que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) deben observar para garantizar la protección del derecho al acceso a la información en materia reproductiva en condiciones de igualdad.

Estos estándares se traducen tanto en el acceso a la información como un derecho humano, como en el derecho al acceso a la información en materia reproductiva.

Frente a los primeros, existe un consenso regional de los Estados que integran la OEA sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección. Dicho derecho ha sido objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA.⁽⁷⁾ Por ejemplo, en la resolución del 4 de junio de 2009 la Asamblea General de la OEA instó a los Estados miembros a que respeten y hagan respetar el acceso de todas las personas a la información pública y a promover la adopción de disposiciones legislativas, o de otro carácter, que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.⁽⁸⁾

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) se pronunció en tal sentido al interpretar en su Opinión Consultiva OC-5/85 el acceso a la información como un derecho humano. Señaló:

“...dentro de una sociedad democrática [es necesario que] se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas, opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto (...) Tal como está concebido en la Convención Americana, [es necesario] que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información”.

En el “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”,⁽⁹⁾ y de acuerdo a la protección que otorga la Convención Americana en su art. 13, se indicó que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión comprende “no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

(7) Véase CORTE IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19/09/2006, Serie C N° 151, párr. 78; Resolución AG/RES. 1932 (XXXIII-O/03), del 10/06/2003, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. 2057 (XXXIV-O/04), del 08/06/2004, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; Resolución AG/RES. 2121 (XXXV-O/05), del 07/06/2005, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”; y AG/RES. 2252 (XXXVI-O/06), del 06/06/2006, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”.

(8) Resolución AG/RES. 2514 (XXXIX-O/09), del 04/06/2009, sobre “Acceso a la Información Pública: Fortalecimiento de la Democracia”, punto resolutivo 2º.

(9) CORTE IDH, “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 19/09/2006, Serie C N° 151.

En el plano de acceso a la información en materia reproductiva, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que el derecho al acceso a la información es especialmente relevante en el ámbito de la salud y, específicamente, en el área de la sexualidad y la reproducción ya que contribuye a que las personas estén en condiciones de tomar decisiones libres y fundamentadas respecto de aspectos íntimos de su personalidad.

En este sentido, la Comisión observó que, en las últimas décadas, el acceso a la información en materia sexual y reproductiva ha cobrado mucha relevancia a nivel regional e internacional. Efectivamente, estableció que el pleno goce de los derechos humanos de las mujeres no es posible de alcanzar sin un acceso oportuno a servicios integrales de atención en salud, así como a información y educación en la materia para que las mujeres adopten decisiones libres, fundamentadas y responsables en temas referidos a la reproducción, incluyendo la planificación familiar.⁽¹⁰⁾ Además, ha referido que la información y la educación habilitan a las mujeres para adoptar decisiones a todos los niveles y en todas las esferas de sus vidas, especialmente en el terreno de la salud, sexualidad y reproducción.

A nivel internacional, las disposiciones contenidas en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) establecen la obligación de los Estados partes de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Específicamente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) subrayó que el deber de los Estados de asegurar en condiciones de igualdad el acceso a servicios de atención médica así como la información y la educación, entraña la obligación de respetar y proteger los derechos de las mujeres en materia de atención médica y velar por su ejercicio.⁽¹¹⁾

(10) CIDH, Informe N°. 21/07, Petición 161/02, Solución Amistosa, Paulina del Carmen Ramírez Jacinto (México), 09/03/2007.

(11) Naciones Unidas, Comité de la CEDAW, Recomendación General 24, “La mujer y salud”, párr. 13.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales interpretó el derecho a la salud como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, que incluye el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva.⁽¹²⁾

Por último, la CIDH analizó algunos estándares específicos sobre el acceso a la información en materia sexual y reproductiva que los Estados deben observar para garantizar este derecho y, en tal sentido, relevó como prioritarios el acceso a la información y el consentimiento informado, implicando este último la existencia de un vínculo horizontal entre médico y paciente; el acceso a la información y la protección de la confidencialidad; el acceso a la información y la obligación de entregar información oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa; el acceso a la información y el acceso a la historia médica; y el acceso a la información y la obligación de producción de estadísticas confiables.

En la obligación de entregar información resulta importante mencionar que aquélla que se brinde debe contribuir a que las mujeres adopten decisiones informadas sobre su salud reproductiva. En este marco, la obstrucción en el acceso a la información o la provisión de información inadecuada o errónea, es contraria al derecho al acceso a la información.

Sobre el particular, la CIDH destacó la obligación de los Estados de abstenerse de censurar, administrativa o judicialmente información en materia reproductiva que vaya acorde con la legislación vigente sobre la materia, —como, por ejemplo sobre los efectos y eficacia de los métodos de planificación familiar—. Ello exige de los Estados que las políticas públicas y programas respecto de salud sexual y reproductiva se basen en evidencia científica que proporcione certeza.

Dentro del estándar en estudio resulta imperioso señalar la objeción de conciencia cuando se aborda el acceso a información en materia de salud reproductiva. La CIDH reconoce que los y las profesionales de

(12) NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)", Observación General N° 14, 11/08/2000, párr. 11.

la salud tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia. El art. 18, inc. 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas establece que “La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Es decir, si bien los y las profesionales de la salud demandan respeto de su derecho de conciencia, dicho derecho debe encontrarse acorde con el ordenamiento jurídico y, por tanto, no puede constituir un mecanismo de discriminación y vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres.

Complementando el análisis anterior, el órgano consideró que el derecho al acceso a la información también se ve afectado ante la negativa de acceso a información de la historia médica. El derecho al acceso y el control de la información personal es esencial en muchas esferas de la vida, dado que “la falta de mecanismos jurídicos para la corrección, actualización y eliminación de información puede tener efectos directos en el derecho a la privacidad, el honor, la identidad personal, los bienes y la rendición de cuentas en la reunión de información”.⁽¹³⁾

Por su lado, la obligación de producción de información ha sido también materia de diversos pronunciamientos y recomendaciones específicas a nivel internacional. La información sobre la salud de las personas, sea a través de estadísticas o de otro medio, es esencial para la identificación de los problemas principales, la formulación de políticas públicas y la asignación de los recursos necesarios. En ese sentido, la Comisión señaló que los Estados tienen la obligación de producir o captar la información que necesita para el cumplimiento de sus deberes, según lo establecido por normas internacionales, constitucionales o legales.⁽¹⁴⁾

A modo de cierre, la Comisión Interamericana plasmó una serie de recomendaciones específicas en aras a contribuir con los esfuerzos de los

(13) CIDH, Informe Anual 2008, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 94; CIDH, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Capítulo III, E): Derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser. L/V/II.116, 22/10/2002, párr. 289. Ver texto en: <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/indice.htm>

(14) CIDH, Informe Anual 2008, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 162.

Estados en garantizar la protección del derecho al acceso a la información en materia reproductiva en condiciones de igualdad y no discriminación.

En este sentido, la Comisión resaltó la importancia de adecuar el ordenamiento jurídico interno sobre acceso a la información y educación sobre salud sexual y reproductiva a los estándares internacionales en materia de derecho de acceso a la información que los Estados se han comprometido a seguir, y a que las políticas y programas elaborados con la participación de las propias mujeres tengan consistencia con las metas establecidas por los Estados para mejorar el flujo de información en materia reproductiva.

Asimismo, destacó la necesidad de que se analice, por parte de todos los órganos del Estado, las leyes, prácticas y políticas públicas en el ámbito de la salud en aras de asegurar que la información que se brinde sea oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa.

En esta misma línea de análisis, la Comisión recomendó que se establezcan protocolos para el acceso efectivo a la información cuando se presentan casos de objeción de conciencia y que se revisen las normas penales que obligan a los profesionales de la salud a violar la confidencialidad y el secreto profesional según los estándares internacionales sobre la materia.

De igual manera, confirió especial atención a la incorporación de procedimientos judiciales eficaces para la revisión de decisiones de funcionarios públicos que nieguen a las mujeres el derecho de acceso a una determinada información o que, simplemente, omitan dar respuesta a la solicitud.

En el plano de los servicios de salud, el órgano enfatizó el deber que los Estados Partes tienen de garantizar la confidencialidad en el acceso a información en materia sexual y reproductiva; de asegurar la obligación de los profesionales de la salud de informar a las mujeres sobre su salud para que éstas puedan adoptar decisiones libres, fundamentadas y responsables en materia de sexualidad y reproducción; y de asegurar que la información proporcionada esté adecuada al público que la requiere —especialmente, para que las mujeres que hablen otras lenguas puedan acceder a la información en sus propias lenguas—.

Respecto de los colectivos específicos de mujeres, la Comisión enfatizó la promoción de la difusión masiva de información sobre la salud y los derechos

de las mujeres indígenas, las afrodescendientes y las que habitan en zonas rurales, con el fin de que se garantice su participación efectiva en la toma de decisiones sobre su salud reproductiva, y que se integre a las adolescentes con un enfoque en la prevención de la maternidad temprana.

Otras de las observaciones estuvieron orientadas a la implementación de medidas para que los sistemas de información reflejen de manera adecuada la situación a nivel nacional y local de la salud de las mujeres: que se proporcionen cifras de necesidades en planificación familiar, morbilidad-mortalidad materna, mortalidad neonatal, y sus causas, con el fin que se tomen decisiones y acciones efectivas; y que los presupuestos nacionales contemplen la producción de estadísticas confiables en materia de salud sexual y reproductiva desagregadas, como mínimo, por sexo, género, etnia y edad.

3 | Palabras finales

El recorrido analítico del documento permite concluir que el Informe constituye un eslabón más en la tarea que, tanto la Comisión como la Relatoría, tienen de proteger los derechos de las mujeres, crear conciencia sobre la necesidad de adoptar nuevas medidas para garantizar que éstas puedan ejercer sus derechos básicos, y fomentar el cumplimiento por parte de los Estados de sus obligaciones prioritarias de igualdad y no discriminación.

Comentario al estudio “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes”

por JULIANA BRAVO VALENCIA⁽¹⁾

I | Introducción

El respeto y protección de los derechos humanos es una obligación erga omnes conforme a los estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos. En virtud de ello, y del principio de no discriminación, ampliamente reconocido en los tratados de derechos humanos,⁽²⁾ los Estados deben propender por el respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas, sin ningún tipo de distinción ni diferencia en razón de la clase, el sexo, el idioma, la raza, la religión, las opiniones políticas o de otra índole.

El respeto y cumplimiento de la obligación de no discriminación es fundamental y prioritaria para una real y plena vigencia de los derechos humanos.

(1) Abogada, Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, Colombia. Aspirante a Magíster en derechos humanos de la Universidad Nacional de la Plata, La Plata, Argentina.

(2) Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin el respeto y vigencia de este principio, el catálogo de derechos humanos reconocidos de manera amplia en los instrumentos internacionales carece de sentido, toda vez que muchas de las violaciones de derechos se originan o fundamentan en actos de carácter discriminatorio, sea directamente de los Estados o de terceros con la aquiescencia de éste.

A pesar del amplio marco normativo internacional, del desarrollo juríspudencial, y de los compromisos asumidos por los Estados en diversos espacios internacionales, éstos mantienen leyes, políticas y prácticas de carácter discriminatorio que atentan contra la dignidad de las personas, y profundizan y mantienen las sociedades desiguales y violentas.

Como consecuencia de las acciones y omisiones de los Estados, y la falta de coherencia y articulación entre las normas y prácticas internas y los tratados de derechos humanos, grupos vulnerables de personas como las mujeres, los pueblos indígenas, los y las migrantes, las personas con diversa orientación sexual e identidad de género, han visto afectados sus derechos de manera grave y sistemática. Son excluidos, marginados y estigmatizados en estas sociedades **modernas**.

Ante la falta de justicia en las instancias internas, debido a los altos índices de impunidad, la falta de garantías y respuesta efectiva de los Estado, los órganos del Sistema Interamericano han recibido denuncias de diferentes países del continente por violaciones de derechos humanos como consecuencia de actos de carácter discriminatorio. En razón de ello, la Comisión y la Corte han fallado y establecido la responsabilidad de los Estados en múltiples ocasiones afirmando la obligación de respetar y cumplir el precepto establecido en el art. 1.1 de la Convención que establece:

"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social..."

En razón de su función, el Sistema Interamericano ha desarrollado de manera amplia su jurisprudencia sobre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos de las mujeres, como parte de los grupos de personas a

quienes históricamente se les vulneran sus derechos. De manera paulatina, y de acuerdo a las denuncias y la visibilización de los problemas y las violaciones de derechos humanos que se presentan en otros grupos focales, como la población de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersex,⁽³⁾ —en adelante **población LGTBI** o **LGTBI**—, tanto la Comisión como la Corte han ido marcando unos estándares y lineamientos que permiten avanzar hacia el respeto y protección de sus derechos humanos de manera plena y efectiva.

2 | Antecedentes

La discriminación y vulneración de derechos a las personas LGTBI es grave y sistemática; se requiere la adopción de normas y políticas especiales para la protección de sus derechos, y el compromiso y voluntad de los Estados para investigar y sancionar a los responsables de los ataques y violencia ejercida contra esta población. Sin embargo, no existe en el ámbito regional, en el marco del Sistema Interamericano, ni en el marco de Naciones Unidas ningún tratado que reconozca los derechos de esta población.

El principal y primer referente que existió en el ámbito internacional son los **Principios de Yogyakarta**,⁽⁴⁾ establecidos tras la celebración de una reunión de especialistas realizada en Yogyakarta, Indonesia, en noviembre de 2006. Dichos Principios hacen referencia a un amplio número de normas de derechos humanos y su aplicación a los temas relativos a la orientación sexual y la identidad de género.

Los Principios están acompañados de una serie de recomendaciones dirigidas a los Estados, quienes tienen el deber de adoptar normas, acoger medidas de índole administrativo, derogar normas, adelantar las investigaciones necesarias para sancionar a los responsables y establecer la verdad de los hechos, realizar campañas, difundir el tema, etc.

(3) Las siglas B (por bisexual), G (por gay o gai), I (por intersex), L (por lesbiana), T (por trans). Algunas o todas de ellas han sido utilizadas para describir corrientes, movimientos o eventos de reivindicación, solidaridad, movilización comunitaria o protesta, así como comunidades, grupos o identidades.

(4) Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Ver en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Principios_de_Yogyakarta_2006.pdf

Asimismo, dichos Principios incluyen una serie de recomendaciones especiales dirigidas a la comunidad internacional —a los órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, a la Organización Mundial de la Salud, a la Alta Comisionada de Derechos Humanos, a las organizaciones regionales de derechos humanos, a los tribunales regionales de derechos humanos, entre otros—, para que acojan, utilicen e incorporen en sus agendas de trabajo, en sus mandatos y actividades a estos Principios, y a través de ellos se avance hacia el respeto y protección de los derechos de las personas de diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

Durante los últimos años, en el ámbito del sistema universal, se han promulgado una serie de Declaraciones y Resoluciones que reconocen y establecen derechos de la población LGBTI. A este tenor, encontramos la Declaración sobre Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género, de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/63/635, 22/12/2008;⁽⁵⁾ la Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia y a las violaciones de derechos humanos relacionadas dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, presentada por Colombia en el 16 período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22/03/2011;⁽⁶⁾ la Resolución respecto a derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, A/HRC/17/L.9/Rev.1, 15/06/2011, del Consejo de Derechos Humanos;⁽⁷⁾ y finalmente, la Declaración relativa a la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), realizada en Montreal en julio de 2006, de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.⁽⁸⁾

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el desarrollo y avance sobre el tema es incipiente. Sin embargo, las audiencias temáticas que se han realizado ante la CIDH —de carácter regional o por países—,⁽⁹⁾ el plan de acción 4.6.i establecido dentro del Plan Estratégico 2011-2015 de

(5) Ver en: http://www.oas.org/dil/esp/orientacion_sexual_Declaracion_ONU.pdf

(6) Ver en: <http://www.ighrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf>

(7) Ver en: <http://www.sxpolitics.org/wp-content/uploads/2011/07/un-sogi-resolution-espanol.pdf>

(8) Ver en www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/B91AE52651D33F0DC12571BE002F172C (último acceso el 11 de abril de 2013).

(9) Ver en: <http://www.oas.org/es/cidh/audiencias/TopicsList.aspx?Lang=es&Topic=32>

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la creación de la relatoría especializada dentro del mismo organismo,⁽¹⁰⁾ y el interés y movilización de la población LGTBI y organizaciones de la sociedad civil, han permitido desarrollar estándares y pautas que ayuden a avanzar hacia el respeto y protección de los derechos de las personas con diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

En este sentido, el estudio “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes”⁽¹¹⁾ y el desarrollo del Plan de Acción antes mencionado, establecen algunos términos, estándares y pautas que ayudan a construir un lenguaje común que sirva de referente y que permite avanzar hacia la protección y defensa de los derechos de las personas LGTBI.

El derecho internacional de los derechos humanos es dinámico, y su desarrollo y progreso depende de los cambios sociales y de las necesidades y demandas que se hagan para su adecuación y eficacia. El derecho internacional ha avanzado y ha expandido la protección de derechos a través de la historia y conforme a las exigencias que se hacen para ello.

En este sentido, y tal como lo ha señalado Pedro Nikken, el derecho internacional de los derechos humanos tiene una característica que tiene que ver con su desarrollo y evolución, ella es la progresividad,⁽¹²⁾ la cual,

(10) CIDH, Comunicado de Prensa N° 115/11, “CIDH crea Unidad para los derechos de las lesbianas, los gays y las personas trans, bisexuales e intersexo”, 03/11/2011. Atendiendo a las diferentes y múltiples categorizaciones que existen, así como a los debates que se dan en diferentes ámbitos, la Unidad para los Derechos de las Lesbianas, los Gays, las Personas Trans, Bisexuales e Intersex (LGTBI) de la CIDH, se ha designado con este nombre con el fin de dar una nominación fácilmente reconocible y unificar en forma práctica algunos de los principales debates que persisten en relación a las categorías de orientación sexual, identidad de género y expresión de género. La CIDH toma nota de esta terminología y, al mismo tiempo, reconoce la auto-identificación de cada persona como una línea de guía fundamental; en consecuencia, es posible que personas objeto de la atención de la Unidad no se auto-identifiquen dentro éstas u otras categorías.

(11) Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de la Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11): “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, 23/04/2012, ver en <https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/estudios>.

(12) “Como los derechos humanos son inherentes a la persona y su existencia no depende del reconocimiento de un Estado, siempre es posible extender el ámbito de la protección a derechos que anteriormente no gozaban de la misma. Es así, como han aparecido las sucesivas ‘generaciones’ de derechos humanos y como han multiplicado los medios para su protección.

además de ser esencial para la conceptualización y determinación de los derechos humanos, permite avanzar en el reconocimiento y por tanto protección de éstos, lo que impulsa la construcción y consolidación de sociedades más justas y efectivamente democráticas.

Los derechos humanos no permiten exclusiones ni vaguedades, y deben garantizarse a todo/as sin distinción de ninguna índole. Por ello, y conforme a los compromisos internacionales adquiridos por los Estados, éstos deben respetar y garantizar los derechos de todas las personas, adecuar sus normas a lo establecido en los tratados internacionales y propender por respuestas efectivas que pongan fin a las violaciones.

Las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos deben ser cumplidas conforme al principio *pacta sun servanda* y, por tanto, no es posible sustraerse a las mismas desconociendo realidades y situaciones especiales que demandan del Estado un tratamiento particular y diferente. Los Estados están obligados a responder ante los reclamos y exigencias de la sociedad; están obligados a establecer mecanismos, prácticas y políticas inclusivas que de manera efectiva garanticen y protejan los derechos a la población LGTBI, (lesbianas, gays, trans, bisexuales, intersex), y para ello es fundamental que se acojan, respeten y observen los estándares y lineamientos que va trazando el derecho internacional de los derechos humanos.

3 | Términos y estándares relevantes⁽¹³⁾

Tal como señala el informe de la CIDH, desde diversos ámbitos se ha conceptualizado y definido a estas categorías; y de manera específica, remarca la necesidad de ello en diferentes áreas del conocimiento, tal como sociología, la psicología y la medicina. El ámbito jurídico, no ajeno a esta

Una manifestación de esta particularidad la encontramos en una disposición que, con matices, se repite en diversos ordenamientos constitucionales, según la cual la enunciación de derechos contenida en la Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella...”, ver: NIKKEN, PEDRO, Concepto de derechos humanos, en <http://docencia.uagro.mx/sites/default/files/ConceptoDH%20Pedro%20Nikken.pdf>

(13) Establecidos en el informe-estudio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: Algunos términos y estándares relevantes”, op. cit.

necesidad de conceptualización y lineamiento de **definiciones**, toda vez que ello ha permite el reconocimiento y la exigibilidad de derechos. Señala el informe que, en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), estas discusiones —de carácter social—, se han subsumido comúnmente en la expresión **minorías sexuales** para englobar las cuestiones relacionadas con los derechos de las personas gays, lesbianas, transgénero, bisexuales e intersex.

De manera clara, señala la CIDH en el Informe, que:

“...La denominación de una persona como lesbiana, gay, trans, bisexual o intersex asegura el reconocimiento legal de su orientación sexual, identidad de género y/o expresión de género como elementos legalmente protegidos para la construcción de su identidad —los cuales han estado tradicionalmente invisibilizados—; reconoce la discriminación histórica a que han estado sometidas las personas que se identifican de esta manera; y las dota de protección”.

Las definiciones y conceptos señalados por la Comisión en el Informe son, tal como allí se manifestó, un piso mínimo que sirve de referencia, pero no constituyen definiciones ni categorías cerradas ni definitivas.

3.I | Algunos conceptos relevantes

3.1.1. Sexo

En un sentido estricto, el término **sexo** se refiere “a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer”, a sus características fisiológicas, a “la suma de las características biológicas que define el espectro de los humanos personas como mujeres y hombres”, o a “la construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer”.

3.1.2. Personas intersex

Desde la perspectiva del sexo, además de los hombres y las mujeres, se entiende que se alude también a las personas intersex. En la doctrina se ha definido la intersexualidad como “todas aquellas situaciones en las que

el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporeidad femenina o masculina culturalmente vigente". Históricamente la comprensión de esta identidad biológica específica se ha denominado a través de la figura mitológica del hermafrodita, la persona que nace "con 'ambos' sexos, es decir, literalmente, con pene y vagina". Estas expresiones, también se han reflejado en el lenguaje jurídico y en el lenguaje médico. En la actualidad, tanto en el movimiento social LGTBI, como en la literatura médica y jurídica se considera que el término intersex es técnicamente el más adecuado.

3.1.3. Género

La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, en adelante "Comité CEDAW") ha establecido que el término **sexo** se refiere a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el término **género** se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas.

3.1.4. La orientación sexual

La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como "la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas". En el derecho comparado se ha entendido que la orientación sexual es una categoría sospechosa de discriminación, para lo cual se han utilizado distintos criterios, que incluye la inmutabilidad de esta, "entendiendo por inmutabilidad una característica difícil de controlar de la cual una persona no puede separarse a riesgo de sacrificar su identidad".

3.1.5. Heterosexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

3.1.6. Homosexualidad

Hace referencia a la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un mismo género y a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas. De la información recibida por la Comisión se observa una tendencia en el movimiento LGTBI a reivindicar el uso y referencia a los términos lesbiana (para hacer referencia a la homosexualidad femenina) y gay o gai (para hacer referencia a la homosexualidad masculina o femenina).

3.1.7. Bisexualidad

Hace referencia a la capacidad de una persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, y de su mismo género, así como a la capacidad mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas.

3.1.8. Identidad de género

La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

3.1.9. Transgenerismo o trans

Este término paraguas —que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones— es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a este. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos.

3.1.10. Transexualismo

Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y que optan por una intervención médica —hormonal,

quirúrgica o ambas— para adecuar su apariencia física—biológica a su realidad psíquica, espiritual y social—.

3.1.11. Otras subcategorías⁽¹⁴⁾

Entre estas categorías se encontrarían las personas travestis. En términos generales, se podría decir que las personas travestis son aquéllas que expresan su identidad de género —ya sea de manera permanente o transitoria— mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo.

Dentro de la categoría transgénero también se han ubicado otras terminologías tales como: *cross dressers* (quienes ocasionalmente usan atuendos propios del sexo opuesto); *drag queens* (hombres que se visten como mujeres exagerando rasgos femeninos, generalmente en contextos festivos); *drag kings* (mujeres que se visten como hombres exagerando rasgos masculinos, generalmente en contextos festivos); y transformistas (hombres o mujeres que representan personajes del sexo opuesto para espectáculos).

3.1.12. La expresión de género

La expresión de género ha sido definida como “la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado”.

Sin duda, esta conceptualización —categorización dada por la CIDH en su Informe— es un importante avance y aporte para el reconocimiento, respeto y vigencia de los derechos de la población LGTBI. Estas categorizaciones permiten que los Estados Miembros de la OEA adopten normas, políticas y prácticas con base en el respeto de este colectivo particular, de las especificidades y necesidades de cada persona de acuerdo a cómo se identifique, cómo se desarrolle y sin importar su sexualidad, ni representación de la misma. Es fundamental esta categorización y conceptualización mínima que establece el Informe, toda vez que en el ámbito jurídico existen vacíos y una fuerte resistencia al reconocimiento de la identidad de las personas, fuera de las categorías sexuales hombre-mujer, como parte de las tradiciones y la cultura binaria que permea la sociedad.

(14) No necesariamente implican modificaciones corporales.

En el ámbito jurídico las distinciones entre sexo, género, identidad de género y expresión de género, tiene relevancia toda vez que permite la protección de una persona con independencia del sexo biológico dado, su identidad, y de si su expresión de género corresponde con una particular identidad de género, o es únicamente percibida como tal. La afirmación y expresión de estos conceptos en el ámbito jurídico, permite, además del reconocimiento *per se* de cada sujeto, la posibilidad real de acceder a derechos históricamente negados, como el derecho a la vida privada, a intimidad y autonomía de las personas, a la identidad personal, a la familia, a la educación, y esencialmente a la dignidad humana.

Estas diversas manifestaciones del sexo y del género de las personas han sido utilizadas por los Estados y por la sociedad en general para excluir, negar y rechazar a personas. Las categorías y clasificación de las personas de acuerdo a su sexo y/o género han estado fuertemente determinadas por los estereotipos arraigados y creados socialmente. El estereotipo es una presunción sobre las características o atributos que se asignan a las personas que integran un grupo específico. Asimismo, se presume que por el solo hecho de pertenecer a ese grupo, la persona actuará de conformidad con la visión generalizada que se tiene respecto del mismo.⁽¹⁵⁾

La Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el concepto de estereotipo,⁽¹⁶⁾ específicamente en relación con la discriminación en razón del género, señalando que el **estereotipo** se refiere a una pre-concepción de atributos o características asociadas a categorías enteras de personas. Así los estereotipos son fundamento esencial de la discriminación que se da en una determinada población o grupo de personas. Por su parte, la CIDH, señala en su informe que la discriminación es "...toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en atributos de la persona que tenga por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades".⁽¹⁷⁾

(15) COOK, REBECCA y CUSACK, SIMONA, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

(16) CORTE IDH, “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16/11/2009. Serie C N° 205, párr. 401.

(17) CIDH, *Estudio sobre orientación sexual...; op. cit.*, párr. 26.

Específicamente sobre la discriminación con base en la orientación sexual, identidad de género o expresión de género, señaló la CIDH que es "... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia de una persona por estos motivos que tenga por objeto o por resultado —ya sea *de jure* o *de facto*— anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades, teniendo en cuenta las atribuciones que social y culturalmente se han construido en torno a dichas categorías".⁽¹⁸⁾

Como se estableció en la Informe, la discriminación que se da contra la población LGTBI, en razón de su orientación sexual e identidad de género se han subsumido en dos causales de discriminación en el ámbito del derecho internacional, la discriminación en razón del "sexo" y en las cláusulas abiertas de discriminación, como aquellas que se manifiestan por "cualquier otra condición social". Y ello, es producto de la falta de categorización y conceptualización, la falta de tratamiento y visibilización de las diferentes condiciones de las personas que se señalan en el Informe de la Comisión, pero principalmente de la falta de herramientas y normas de carácter internacional, que de manera clara y directa señalen la orientación sexual y la identidad de género como causales de discriminación.

Mientras en el marco del derecho internacional y en el ámbito doméstico se hacen las adecuaciones necesarias, se implementan leyes y políticas y se adopta un tratado sobre el tema, es imprescindible que los órganos del sistema interamericano continúen su trabajo de visibilización, monitoreo, sanción a los Estados, y elaboración de estándares que permita un reconocimiento y protección efectiva de los derechos de la población LGTBI.

3.2 | El “Caso Atala Riff y niñas vs. Chile”⁽¹⁹⁾

En este caso, la Corte Interamericana tuvo la posibilidad de sentar una base jurisprudencial importante respecto de la discriminación con base en la orientación sexual. En este sentido, y como ya lo referimos,

(18) *Ibid*, párr. 27.

(19) CORTE IDH, “Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239.

al no existir un tratado o normas especial que señale de manera taxativa la “orientación sexual y la identidad de género” como causales de discriminación, la Corte en este caso hizo un análisis de dicha causal a partir del art. 1.1 de la Convención Americana, particularmente de la expresión “cualquier otra condición social”. En este sentido, la Corte señaló que

“Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el art. 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término ‘otra condición social’ para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión ‘cualquier otra condición social’ del art. 1.1 de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo”.⁽²⁰⁾

Asimismo, señaló la Corte que

“Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el art. 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el art. 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas. La Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual”.⁽²¹⁾

(20) *Ibid*, párr. 85.

(21) *Ibid*, párr. 91.

Con esta sentencia, la Corte —y, en general, el SIDH— dio un paso adelante en cuanto señaló y determinó que la categoría **orientación sexual**, constituye una de condiciones por las cuales los Estados no pueden adoptar normas, hacer actos y en general justificar acciones discriminatorias. El desarrollo jurisprudencial en este sentencia en conjunto con las actuaciones y decisiones de la Comisión, en especial el Informe, al que nos hemos referido, forman un catálogo importante y fundamental de lineamientos y estándares sobre la protección y garantía de los derechos de las personas con diversa orientación sexual e identidad de género, y permiten que el reconocimiento y respeto de los derechos de esta población sea una obligación genuina de los Estados y que, por tanto, avancen en políticas, leyes y prácticas de inclusión, y no estigmatización.

4 | A modo de conclusión

La Comisión y la Corte deben dar cuenta de las múltiples formas de discriminación que se han mantenido invisibilizadas y atender las denuncias y reclamos de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

El sistema interamericano tiene nuevos retos y desafíos tienen que ver con las diversas y continuas manifestaciones de discriminación y violencia que se presentan en la región, dada la gravedad y sistematicidad de las violaciones de derechos y las nuevas demandas y exigencias sociales, políticas y jurídicas de la sociedad.

Las acciones y omisiones de los Estados y los actos discriminatorios en razón de la orientación sexual e identidad de género, generan responsabilidad internacional y, por tanto, se debe reparar a las víctimas y establecer acciones de no repetición en aras de erradicar dicha discriminación.

El Sistema Interamericano representa para los pueblos de América un logro importante en materia de derechos humanos, una herramienta para hacer exigibles los derechos que los Estados no protegen ni garantizan; es sin duda, una posibilidad de materializar la justicia negada en el ámbito doméstico, y en definitiva, una esperanza para las víctimas.

Los órganos del Sistema Interamericano no solo deben continuar con las labores que, durante años, han venido realizando en aras de velar por el

cumplimiento efectivo de las obligaciones internacionales de los Estados, sino que también deben responder y avanzar ante los nuevos desafíos que imponen los complejos escenarios de violaciones de derechos humanos.

Es inminente, urgente y prioritario que se adopte un tratado referido a los derechos de la población LGBTI, y que los Estados adopten normas internas, prácticas y políticas que garanticen los derechos de esta población y que avance hacia la protección integral de todas las personas sin distinción de su orientación sexual e identidad de género.



Jurisprudencia anotada

Complicidades durante la última dictadura cívico-militar

La actuación de determinados funcionarios judiciales

CSJN, "MENÉNDEZ, LUCIANO BENJAMÍN y OTROS s/ DENUNCIA LAS PALOMITAS - CABEZA DE BUEY s/ HOMICIDIO, PRIVACIÓN ILEGÍTIMA DE LA LIBERTAD y OTROS",
26 de SEPTIEMBRE de 2012

por MARTÍN RICO⁽¹⁾

I | Introducción

El fallo en comentario nos mueve a realizar algunas reflexiones sobre la construcción del concepto de delitos de lesa humanidad, en el marco de nuestra jurisprudencia. Dicho marco, se encuentra inscripto obviamente dentro del proceso de Memoria, Verdad y Justicia, iniciado a mediados del año 2003.

Concretamente, trazaremos algunos lineamientos basados en la doctrina internacional del fallo reciente de nuestro Máximo Tribunal,⁽²⁾ por medio

.....

(1) Lic. en Ciencias Políticas, abogado en causas de Lesa Humanidad, representando a la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, desde el año 2004.

(2) Fallo CSJN, "Menéndez, Luciano Benjamín y otros s/ denuncia Las Palomitas - Cabeza de Buey s/ homicidio, privación ilegítima de la libertad y otros", M. 1232. XLIV.

del cual veremos que, incluso hoy, persisten diferencias en cuanto al concepto de delitos de lesa humanidad. Ello implica partir de una postura o de un compromiso intelectual y materialmente asumido, como es la pelea por el reconocimiento de que ciertos actos realizados por funcionarios civiles durante la época del proceso, son constitutivos de delitos de lesa humanidad.

He aquí el motivo de fondo, sobre el que aportaremos algunas ideas al respecto, mas allá de que el resitorio de la Corte omite expedirse, por el momento, sobre dicha cuestión. Sujeta dicha decisión, el Máximo Tribunal en definitiva, a cuestiones procesales de prueba dirimente de las conductas del ex juez Lona, a las cuales debe referirse el juez de primera instancia, una vez más.

Este es, en esencia, el *thema decidendum* en la sentencia que se comenta, y en lo que, en definitiva, disiente la doctrina respecto a la forma de acreditar los extremos que tornen viable o no la procedencia del juzgamiento de conductas como constitutivas de delitos de lesa humanidad.

2 | Los hechos del caso

Concretamente, en el marco de esta sentencia, se le ha imputado al ex juez Ricardo Lona, quien se desempeñó como Juez Federal en Salta, no haber investigado los hechos ocurridos el 6 de julio de 1976 en la Provincia de Salta. En aquella oportunidad, varios detenidos fueron retirados de los lugares en los que estaban alojados y posteriormente resultaron asesinados en Las Palomitas, un paraje ubicado a unos 50 kms. de la ciudad de Salta. Esta omisión de proceder a la investigación fue calificada como violación de los deberes de funcionario público y encubrimiento. En primera instancia, el imputado había sido sobreseído en base a la calificación encubrimiento, y se había dictado prisión preventiva con relación a la violación de deberes. La Cámara declaró extinguida la acción penal por prescripción, por considerar que los hechos no eran constitutivos de delitos de lesa humanidad.

Por lo tanto, la base fáctica sobre la que la Cámara decidió limitar su decisión consistió en la mera omisión de investigación posterior a los hechos, hipótesis fáctica que excluye cualquier forma de participación en ellos du-

rante las etapas previas y simultáneas a su comisión. Así limitada la cuestión, la Cámara sostuvo que el hecho imputado no reviste las características de los delitos de lesa humanidad, conforme a los parámetros establecidos en el dictamen correspondiente a la causa “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal —causa N° 24.079—”.⁽³⁾

En su oportunidad, recurrimos dicho pronunciamiento, alegando que el mismo yerra en la calificación del hecho de encubrimiento como un delito común (y, por lo tanto, prescripto por el paso del tiempo) ya que, consideramos, se trataría sin lugar a dudas, de un delito de lesa humanidad. Para mantener esa postura, básicamente sostuvimos que el Estatuto de Roma, en su art. 25, 3, e) establece que la responsabilidad penal individual alcanza también a quien “con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión”.

En este sentido, no podemos más que compartir los argumentos del Procurador General, quien a su vez comparte los términos del Fiscal de Cámara, quienes entendieron dicha sentencia como arbitraria. Al respecto, argumentan la tacha de arbitrariedad dirigida contra la decisión impugnada en la omisión en la que incurrió la Cámara al no examinar la conducta de Lona en su totalidad y de conformidad con todos los elementos incorporados a la causa.⁽⁴⁾

Refiere, en ese sentido, que la Cámara —guiada únicamente por la constancia formal de que al momento de la indagatoria se le endilgó al imputado el “haber omitido investigar”— restringió con exceso ritual manifiesto los hechos que fueron motivo de imputación y que excedían en mucho el ámbito de la simple omisión de investigación. Y dice que, tanto es así, que el propio imputado había presentado un escrito intentando rebatir la principal acusación que pesaba sobre él, esto es, la existencia de un acuerdo previo al traslado de los prisioneros luego ejecutados.

(3) Véase D. 1682. XL. Recurso de Hecho. “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —Causa N° 24.079— ”(ver fs. 288vta./292vta.).

(4) Para acceder al dictamen del Procurador General, véase: http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/009/procurador/junio/m_1232_l_xliv_m.pdf

En ese orden de ideas, el fiscal señala la contradicción del decisorio recurrido en tanto sobreseyó a Lona, pese a la posibilidad de que la simple omisión de investigar formara parte de un hecho delictivo de mayor envergadura sobre el cual, incluso a criterio de la propia Cámara, no había existido instrucción suficiente.

Estos son los hechos materia de decisión, en relación a los cuales nos referiremos a cómo las conductas descriptas configuran delitos de lesa humanidad.

3 | Análisis del concepto de delitos de lesa humanidad

Existe hoy en la doctrina y la jurisprudencia un consenso mayoritario acerca de que hechos, como los aquí descriptos, constituyen de acuerdo al desarrollo del Derecho Internacional, crímenes o delitos de lesa humanidad.

Cuando aseveramos que los delitos aquí bajo análisis son crímenes de lesa humanidad, estamos afirmando que se trata de hechos delictivos que sustancialmente pertenecen al derecho penal común, pero que fueron llevados a cabo de forma reiterada y sistemática, a partir de una planificación estatal previa.

Esta noción es de larga data. En el “Prólogo” a la Convención de La Haya de 1907 fue mencionada por primera vez y, posteriormente, fue utilizada en los Protocolos I y II de la Cuarta Conferencia de Ginebra.

Se trata de actos que forman parte de ataques generalizados o sistemáticos contra una población civil con conciencia de la realización del ataque.

Las conductas que más adelante mencionaremos, están claramente comprendidas en la caracterización aportada por el **Estatuto de Roma en su art. 7**: son crímenes graves, de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, (asesinatos, exterminio, privaciones ilegítimas de la libertad, tortura), perpetradas como parte de un ataque generalizado (es decir, masivo) y sistemático (o sea, reiterado en el tiempo en base a patrones comunes) y contra una población civil.

No obstante, y si bien utilizamos hoy para su calificación al *Estatuto de Roma*, desde mucho antes de su entrada en vigor, incluso antes de la reforma en la que nuestro país ratificó todos los tratados internacionales de derechos humanos, la concepción de los delitos de lesa humanidad y sus consecuencias estaban ya contemplados en el derecho de gentes. Éste fue reconocido como fuente del derecho desde el primer momento de nuestra organización jurídica y política, a través del art. 118 CN (anterior art. 102) en su redacción original.

Tal cual como fue establecido en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Simón":

"...ya en la década de los años setenta, esto es, para la época de los hechos investigados, el orden jurídico interno contenía normas (internacionales), puestas de manifiesto en numerosos instrumentos internacionales regionales y universales, no sólo estaban vigentes para nuestro país, e integraban, por tanto, el Derecho positivo interno, por haber participado voluntariamente la República Argentina en su proceso de creación, sino también porque, de conformidad con la opinión de la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional más autorizada, dichas normas ostentaban para la época de los hechos el carácter de derecho universalmente válido (*ius cogens*)".⁽⁵⁾

De esta manera, cualquiera fuere la calificación que se adopte desde el derecho internacional, la consecuencia es la obligación que tienen los Estados de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar así el reinado de la impunidad. La Corte Interamericana ha señalado que: "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares".⁽⁶⁾

A partir de la idea de que, por sus características atroces, la humanidad entera es quien se encuentra ofendida por esta clase de delitos, que

(5) CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros", sent. del 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

(6) Corte IDH, "Caso Castillo Páez", Serie C N° 43, párrafos 106 y 107 y "Caso Loayza Tamayo", Serie C N° 42, párrafos 169 y 170, ambos del 27 de noviembre de 1998.

es la esencia misma de la dignidad humana la que se ve lesionada, se derivan las particularidades de universalidad de juzgamiento e imprescriptibilidad.

En primer lugar, diremos que la regla de la imprescriptibilidad de estos hechos surge de la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad.⁽⁷⁾ Sin embargo, también encuentra su fuente en el derecho internacional consuetudinario.

Entonces, si bien la ratificación de la referida Convención por el Estado argentino es posterior a la fecha en que ocurrieron estos hechos, sostene mos la aplicación de la normativa vigente al momento de los hechos en el derecho internacional consuetudinario, desde el que claramente se consideraban crímenes a los homicidios, desapariciones forzadas de personas, torturas, vejaciones, cometidos en el marco de un plan sistemático y de un ataque generalizado. Prueba de la existencia de dicha costumbre internacional lo constituye el hecho de que la firma de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad es de 1968. La propia Convención admite, a través de los términos empleados, el hecho de que venía a reconocer una norma ya vigente en otra fuente del derecho.

Asimismo, los primeros instrumentos normativos de carácter internacional que definieron el concepto de crimen de lesa humanidad o crímenes contra la humanidad —como los Estatutos para los Tribunales de Núremberg y Tokio— fueron anteriores a las dictaduras latinoamericanas, como también lo fueron la firma y ratificación por el Estado argentino de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Ello evidencia que la conciencia universal, para aquellos años, ya consideraba a este tipo de crímenes como aberrantes e imprescriptibles. Y que dicha conciencia se había plasmado jurídicamente en tratados de los que Argentina contribuyó a su elaboración y firma y que constituían costumbre, fuente obligatoria para el Estado de acuerdo, entre otras normas, al art. 118 CN.

.....
(7) *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 29, aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional (ley 26.200).

Los principios expuestos han quedado plasmados en el fallo dado en la causa “**Arancibia Clavel**”,⁽⁸⁾ en el que la CSJN zanjó definitivamente esta cuestión.

En segundo término, creemos que ningún argumento que tenga como fin la impunidad los puede exonerar de persecución, llámese amnistía, indultos, normas que pretendan imponer a los jueces una determinada interpretación de los hechos, o caducidades irrazonables a la vigencia de las acciones penales. Como es sabido, la Corte IDH —cuya jurisprudencia debe ser directamente aplicada por los tribunales locales— en el célebre fallo “**Barrios Altos vs. Perú**” consideró que:

“son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad 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, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.⁽⁹⁾

Finalmente, recordaremos que en el fallo “**Simón**”, la CSJN entendió que si Argentina no cumplía con su deber de investigar y sancionar estas violaciones de los derechos humanos eso le generaría responsabilidad internacional, con las consecuencias jurídicas que ello trae aparejado.

Allí se afirmó que:

“El castigo de los crímenes de lesa humanidad se deriva directamente de los principios del *ius cogens* surgidos del orden imperativo internacional y de su evolución, tienen jerarquía constitucional, y no los alcanza restricción o limitación derivada del derecho penal común, de modo que aspectos como la

(8) CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro”, sent. del 24/08/2004, Fallos: 327: 3312.

(9) Corte IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”. Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N° 75, considerando N° 41.

tipicidad o la prescriptibilidad deben ser considerados desde esa perspectiva".⁽¹⁰⁾

De esta manera, los sucesos previamente mencionados, son alcanzados por las cualidades que caracterizan a los delitos contra la humanidad, entendidos como aquellos que agreden la vida y la dignidad de las personas, y que provienen de un grupo estatal y que se propone la represión ilícita de otro grupo, mediante la desaparición física o eliminación de quienes lo integran por la aplicación de tormentos, asesinatos y homicidios.⁽¹¹⁾

Así las cosas, recordemos que, en la historia del desarrollo del Derecho Internacional, la costumbre fue la fuente primera y primordial de creación de reglas de conductas para los Estados integrantes de la Comunidad Internacional en germen. Al cabo de las Grandes Guerras, y con la creación de la Sociedad de las Naciones, primero, y luego con la formación de la Organización de las Naciones Unidas, el plano mundial asistió al inicio de la etapa de auge del derecho internacional escrito. Este derecho escrito, se perfiló como de naturaleza esencialmente convencional, pues la técnica para su formalización fue la celebración de tratados, acuerdos, convenciones, a través de los cuales los Estados signatarios de los mismos se ponían de acuerdo respecto de cuestiones de interés común (asuntos comerciales, de navegación, de cooperación regional, de derechos humanos, etc.). El derecho internacional de los tratados no fue una híbrida invención de la comunidad internacional, sino que fue la consagración escrita de las normas de conducta que los Estados venían observando a lo largo de la historia de sus relaciones.

Usualmente, la incorporación a un tratado internacional de una determinada cuestión jurídica, supone su existencia anterior y su asimilación

(10) CSJN, fallo "Simón, Julio Héctor y otros; Poblete Roa, José Liborio y otros-causa n° 17.768 - recurso de hecho", *op. cit.*

(11) Ver Voto del Sr. Ministro Dr. Ricardo Luis Lorenzetti en autos "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad..." —causa N° 17.768—. Ya lo había sostenido la Corte Suprema en el Fallo "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/Homicidio calificado y asociación ilícita y otros" causa N° 259, A 533.XXXVIII, al decir que "los delitos como el genocidio, la tortura, la desaparición forzada de personas, el homicidio y cualquier otro tipo de actos dirigidos a perseguir y exterminar opositores políticos —entre los que debemos contar el formar parte de un grupo destinado a llevar adelante esta persecución— pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, porque atentan contra el Derecho de Gentes tal como lo prescribe el art. 118 de la Constitución Nacional".

por parte de la costumbre de los Estados. Tan estelar es el rol de la costumbre internacional en la escena jurídica interestatal, que el propio Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en su artículo 38. 1. b), establece que "La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar (...) b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho (...)"⁽¹²⁾.

De allí que podamos afirmar, que los crímenes de lesa humanidad son una categoría jurídica que integra el denominado *ius cogens*, y por lo tanto preexistente a cualquier pacto internacional.

En el citado Fallo "Arancibia Clavel", el Alto Tribunal de la República dijo que:

"El instituto de la prescripción de la acción penal, está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley *ex post facto* que alterase su operatividad, en perjuicio del imputado. El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho las llamadas leyes *ex post facto*, que implique un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte.

[Pero continúa] La excepción a esta regla, está configurada para aquellos actos que constituyen crímenes contra la humanidad, ya que se trata de supuestos que no han dejado de ser vivenciados por la sociedad entera dada la magnitud y la significación que los atañe. Ello hace que no sólo permanezcan vigentes para las sociedades nacionales sino también para la comunidad internacional misma. En este sentido se ha dicho que tanto los 'crímenes contra la humanidad' como los tradicionalmente denominados 'crímenes de guerra' son delitos contra el Derecho de Gentes que la comunidad mundial se ha comprometido a erradicar".⁽¹³⁾

(12) Art. 38, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *op. cit.*

(13) CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro"; *op. cit.*

Cabe destacar que, dada la conclusión que sobre el punto se arriba, este tipo de delitos no pueden dejar de ser investigados y sus autores enjuiciados por invocación de leyes de amnistías. Dijo la Corte en relación a este tópico, citada por Donna:

"Y si bien es cierto que el art. 75, inc. 20 de la Constitución Nacional mantiene la potestad del Poder Legislativo para dictar amnistías generales, tal facultad ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances, ya que en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al 'olvido' de graves violaciones a los derechos humanos, ellas se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables".⁽¹⁴⁾

La misma Corte Suprema señaló que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las *Directivas de la Comisión Interamericana*, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, la Corte Interamericana en el caso "Barrios Altos" expresó:

"...son inadmisibles las disposiciones de amnistías, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad 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, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos".⁽¹⁵⁾

En la misma línea argumental, debemos descartar de plano, cualquier norma, acto administrativo u otro por parte del Estado, que busque desviar la responsabilidad, atenuarla o descartarla en el plano del Derecho Internacional.

(14) DONNA, EDGARDO A., *Derecho Penal Parte General*, 1^a ed., T. I, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2002, p. 582.

(15) Citado por DONNA, EDGARDO A., *op. cit.*, p. 583.



Sobre el particular, a dicho la Corte IDH que:

"La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayoría..."⁽¹⁶⁾.

Es obvio, que con los fundamentos que acabamos de exponer, no podemos sino pronunciarnos en el sentido de que las conductas desplegadas por el ex juez Lona, encuadrarían dentro de la responsabilidad penal individual establecida por el art. 25, inc. 3 c) del Estatuto de Roma.

De esa forma, por la lógica propia de los fundamentos jurídicos, y del juego del artículo mencionado, armonizado por el art. 7 del mismo cuerpo normativo, se le debe endilgar al imputado su accionar, en la causa conocida como "Masacre de las Palomitas", como constitutivo de delitos de lesa humanidad; y, sabido es, a qué casos se aplica este instituto.

4 | Consideraciones finales

Habida cuenta de la complejidad del problema que representa la calificación de las conductas delictivas como constitutivas de delitos de lesa humanidad, entendemos que en este momento histórico de maduración jurisprudencial, se torna imprescindible llegar a la siguiente conclusión.

(16) CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Caso Gelman vs. Uruguay", Considerandos N° 238 y 239, sentencia del 24 de Febrero de 2011, Fondo y reparaciones.

No podemos dejar de comparar lo dicho hasta el momento con el caso del ex juez Miret.

Recordemos que el 11 de marzo de 2011, el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación, por unanimidad destituyó de su cargo por la causal de mal desempeño a Luís Francisco Miret, miembro de la Cámara Federal de Mendoza desde la última dictadura hasta el año pasado. El Tribunal consideró probado, con el voto unánime de sus siete miembros, que Miret omitió investigar y/o denunciar torturas y vejaciones a personas detenidas en el Departamento de Informaciones (D2) de la policía de Mendoza en agosto de 1975, delitos denunciados por las víctimas en cautiverio y constatados en persona por el entonces juez federal subrogante. La investigación sobre la actuación de Miret durante el terrorismo de Estado se continúa instruyendo en la actualidad.

El caso tiene similitudes con el de Lona, mas no es la misma temática en cuanto a la concreción de conductas constitutivas de delitos de lesa humanidad. Sin embargo, consideramos auspicioso el hecho de que se investiguen las conductas de Miret, para una posible imputación por delitos de lesa humanidad.

Desde este punto de vista, resulta evidente que el nudo de la cuestión que enfrentan ambos ex magistrados, es similar hacia el futuro.

En aras de abonar este argumento, veamos como se expidió la Cámara Nacional de Casación Penal. Oportunamente dictaminó que:

"la negativa de las autoridades a investigar, o la de los jueces cuando la investigación es puesta a su cargo por la ley procesal aplicable, no sólo constituye la privación de acceso a un remedio efectivo, sino también un acto que favorece o refuerza la impunidad de una desaparición que, por definición continúa ejecutándose".⁽¹⁷⁾

[Y que] "El recurso argumental a la autonomía de los tipos penales aludida por el a quo para resolver en el modo que lo hizo no consulta la expresión de significado normativo que supone

(17) CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN PENAL, Sala II, "Guil, Joaquín y Zanetto, Jorge Héctor y otros s/ recurso de casación", causa N° 11.002 del registro N° 19.267 (según voto del Dr. García).

su conexión con los hechos precedentes que fueron así favorecidos. Los comportamientos atendidos no poseen una autonomía absoluta, sino que dejan subsistente cierta dependencia surgida del entorpecimiento de las funciones de investigación, esclarecimiento, persecución y sanción...”.⁽¹⁸⁾

Asimismo, juzgamos igualmente necesario exponer nuestras conclusiones sobre el tema en particular, provocados por las reflexiones que motiva el caso en comentario, una vez aclarada nuestra postura sobre el fondo de la discusión.

Consideramos que las conductas analizadas atribuibles al ex magistrado Lona se enmarcan, sin lugar a dudas, en violaciones de derechos humanos perpetradas en el país durante la última dictadura cívico-militar. Estos sucesos recién pudieron cobrar impulso judicial con la promulgación de la ley 25.779 (y la consecuente declaración de nulidad de las anteriores leyes 23.492 y 23.521), cuyo contenido normativo permitió reabrir las investigaciones y procesos judiciales en torno a todo el conjunto de acciones ilícitas y criminales llevadas a cabo desde las propias instituciones estatales, a resultas del plan sistemático de persecución política ejecutado so pretexto de desarrollar en aquel período la lucha antiterrorista.

De lo cual se sigue, que las conductas imputadas al ex magistrado estarían conectadas íntimamente con la comisión de delitos de lesa humanidad, es decir, aquellos delitos que, conforme enseñó nuestro máximo Tribunal, deben reunir las siguientes características: “1) carácter generalizado o sistemático, 2) conocimiento del autor de las circunstancias de su acto, 3) que esté dirigido a la población civil o que haya una víctima colectiva y, por último, 4) que esté integrado a una política de Estado”.⁽¹⁹⁾

De modo específico apuntaremos que las formas de participación en delitos de lesa humanidad resultan múltiples y diversas, no quedando circunscriptas a la comisión de homicidios, torturas u otros hechos similares, sino que incluso pueden constituir figuras delictivas autónomas.

(18) *Íbid.*, según voto del Dr. Yacobucci.

(19) Véase, CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros”, Fallos: 328:2056; “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro”, Fallos: 327: 3312; “Lariz Iriondo, Jesús María”, Fallos: 328:1268; “Mazzeo, Julio Lillo y otros”, Fallos: 330: 3248, entre otros.

Finalmente, y de acuerdo a lo legislado por el *Estatuto de Roma*, afirmamos que los delitos de lesa humanidad que aquí se investigaron, se juzgaron y se condenaron, no habrían podido cometerse sin el auxilio o cooperación de ciertos magistrados o, al menos, no habrían tenido lugar con la impunidad con la que se llevaron a cabo.

Garantías judiciales de los niños

Derechos en juicio e interés superior del niño

CSJN, "P., G. M. y P., C. L. s/ PROTECCIÓN de PERSONA",
27 de NOVIEMBRE de 2012

por **GUILIANA DEL ROSARIO MUCCI MIGLIANO⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

El presente caso se inicia contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirma el rechazo de la presentación de los niños G. M. P. y C. L. P. como partes con patrocinio letrado, dichos niños interpusieron recurso extraordinario, el cual fue concedido.

Los menores han nacido el 21 de diciembre de 2000 y el 11 de mayo de 2002, respectivamente. Estas actuaciones se iniciaron en el año 2004 con la presentación de la señora L. A. T. —madre de los menores—, a fin de solicitar la intervención del juez debido a la situación de desamparo en que se encontraba junto con sus dos hijos.

En el año 2005, los niños ingresaron al Hogar "Adand". La madre mantuvo comunicación telefónica con ellos, sin poder visitarlos porque estaba con

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

trabajo de parto; una vez producido el nacimiento de su tercer hijo, L. A. T. se alojó —en forma transitoria— con su pareja en un hotel. En Junio de 2006, la magistrada interviniente resolvió decretar el egreso de los menores del Hogar “Adand” y su reintegro al hogar familiar por haber mejorado las condiciones habitacionales y vinculares.

En Septiembre de 2007, los dos niños ingresaron al hogar “Padre Ángel García” donde la madre los visitaba casi todos los días. En Diciembre de 2009, la jueza ordenó la prórroga de la medida excepcional disponiendo su alojamiento en el Hogar Convivencial “María Virgen Madre”, donde la progenitora los visitó en algunas oportunidades, justificando su esporádica presencia debido a que a fines del año 2009 había nacido su cuarto hijo, dificultándosele el acceso al hogar. En Agosto de 2010 ingresaron al “Hogar Buenos Aires Chiquititos”. A Junio de 2011 se encontraban en el hogar “Pronats Buenos Aires”, siendo esta la última información con la que cuenta el Tribunal.

Cabe señalar que en la presentación, los niños expresaron su deseo de volver a vivir con su madre, motivo por el cual requirieron la implementación de las medidas necesarias para fortalecer el vínculo materno filial.⁽²⁾

2 | El Comité de los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante, “el Comité”), —órgano que la Corte ha considerado intérprete autorizado de la Convención sobre los Derechos del Niño— ha elaborado pautas hermenéuticas consagradas en las Observaciones Generales N° 12, 13 y 5. De dichos instrumentos surge:

1. Identifica como principios generales de la Convención, el derecho a la no discriminación, a la vida y el desarrollo, a ser escuchado, y la consideración primordial del Interés Superior del Niño.
2. Subraya la necesidad de que los Estados partes guíen a partir del art. 12, la interpretación y observancia de todos los demás derechos incluidos en

(2) CSJN, “P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de Persona”, consid. 7.

la Convención, que gira en torno a las nociones de provisión, protección y participación.⁽³⁾

3. Enfatiza que los Estados partes tienen la obligación jurídica de reconocer el derecho consagrado por el art. 12 de la Convención, y de garantizarlo sistemáticamente, escuchando las opiniones del niño y teniéndolas en cuenta, en función de su edad y madurez.⁽⁴⁾
4. Insiste en que la alusión a la escucha de todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, no debe tomarse como una limitación, sino como una obligación de los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formar una opinión autónoma, y de reconocer que tiene derecho a expresarlas.⁽⁵⁾
5. El art. 12 no impone ningún límite de edad y desaconseja a los estados partes que introduzcan por ley o en la práctica restricciones al derecho. Este artículo exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación.⁽⁶⁾
6. Llama a los Estados partes a "...ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos en que los niños sean muy pequeños o en que el niño haya sido víctima de delitos penales, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar el ejercicio del derecho a ser escuchado, asegurando la plena protección del niño...".⁽⁷⁾
7. Establece que el art. 12 se aplica a los niños separados de sus padres e institucionalizados debe tenerse en cuenta su opinión en orden a determinar su interés superior.⁽⁸⁾
8. Los Estados partes deben asegurar la opinión del niño y su mejor interés sean tenidos en cuenta, y que ese interés sea la consideración previa a la hora de tomar cualquier acción que le competa, incluidos los procesos judiciales.⁽⁹⁾

(3) ONU, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12, cit., párr. 17.

(4) *Ibid.*, cit., párr. 8.

(5) *Ibid.*, cit., párr. 20.

(6) *Ibid.*, cit., párr. 21.

(7) ONU, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12, cit., párr. 21 *in fine*. ONU, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 13, cit., párr. 63.

(8) ONU, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 12, cit., párr. 53 y 54.

(9) ONU, Comité de Derechos del Niño, Observación General N° 5, cit., párr. 12.

3 | Análisis de la CSJN

La Corte distinguió entre menores impúberes y adultos; menciono que quienes ejercían su representación y señaló cuales eran los actos que serían reputados hechos sin discernimiento.⁽¹⁰⁾ Sostuvo que el art. 27 de la ley 26.061 obliga a los organismos del Estado a garantizar a las niñas, niños y adolescentes ” en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en consecuencia se dicten, derechos y garantías.

En lo que respecta a la capacidad de los niños G. M. y C. L. para poder designar por sí un letrado patrocinante que los asista en los términos de los arts. 12, inc. 2, de la Convención de los Derechos del Niño; 27, inc. c), de la ley 26.061, la Corte ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, sin dejar de advertir que es un ser que transita todavía un proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática.

De las constancias de la causa no surge que los niños hayan hecho efectivo el ejercicio de tal derecho; en el expediente solo consta el llamado a una audiencia a la que debían concurrir los menores, que no pudo realizarse, y un nuevo pedido efectuado por la Defensoría Pública de Menores e Incapaces de Cámara que hasta el momento no fue considerado.⁽¹¹⁾

El Comité de los Derechos del Niño, —que el Tribunal ha considerado intérprete autorizado de la Convención sobre los Derechos del Niño—, en su OG N° 12, insta a que se introduzcan mecanismos para garantizar que los niños que se encuentren en todas las modalidades alternativas de acogimiento, en particular en instituciones, puedan expresar sus opiniones y que estas se tengan debidamente en cuenta en los asuntos relativos de su al mismo, a las normas relativas al cuidado que reciban en familias u hogares de guarda y a su vida diaria.

(10) CSJN, “P., G. M. y P., C. L. s/ Protección de Persona”, consid. 2.

(11) *Ibid.*, consid. 13.



Asimismo, el Comité, destaca que debe prestarse especial atención a la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios y hace hincapié en que el representante del menor debe tener experiencia en el trabajo con niños, trasmitir correctamente las opiniones de estos al responsable de adoptar decisiones y ser consciente de que representa exclusivamente los intereses de aquellos.⁽¹²⁾

En virtud de lo expuesto, la Corte señaló que los niños no han sido oídos en el proceso y que debe atenderse primordialmente al interés superior del niño, razón por la cual corresponde solicitar al juez que les designe un letrado especializado en la materia a fin de garantizar que sean escuchados y puedan hacer efectivos sus derechos.

4 | Consideraciones finales

Teniendo presente el margen de apreciación amplio que el art 12 CDN confiere a los Estados partes en la organización de la audiencia del niño y que tanto la escucha como la forma en que debe llevarse a cabo el proceso, en este caso específico, la Cámara ha adoptado una resolución sin atender a ninguna de las pautas de hermenéutica constitucional aplicables, resolución que es atendida por la Corte en función al Interés Superior del Niño.

(12) *Ibid.*, consid. 15.

Derechos del niño y de las personas con discapacidad

CORTE IDH, "CASO FURLAN y FAMILIARES vs. ARGENTINA",
EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS,
SENTENCIA del 31 de AGOSTO de 2012, SERIE C N° 246⁽¹⁾

por MARÍA EUGENIA CARBONE y NATALIA LUTERSTEIN

El 31 de agosto de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") dictó sentencia en el "Caso S. F. y familia vs. República Argentina".⁽²⁾ El caso presenta elementos novedosos referidos a los estándares de protección desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos del niño y personas con discapacidad. El Tribunal analizó las violaciones alegadas a la luz de la normativa internacional de protección de los niños y las niñas. Asimismo, tomó en cuenta instrumentos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales, como el Protocolo de San Salvador, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptados en el ámbito universal.

La posición que el Estado argentino presentó en este caso se enmarca en su tradicional política de cooperación con los órganos del sistema intera-

.....

(1) Documento elaborado por la Coordinación de Asuntos Jurídicos Interamericanos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Por disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los nombres de las víctimas han sido reemplazados por sus iniciales.

mericano de protección de los derechos humanos, en virtud de la cual se expusieron argumentos jurídicos relativos a la admisibilidad y los méritos del caso, sin perder de vista la sensibilidad de su objeto, por estar involucradas personas en situación de vulnerabilidad. Actualmente, el Estado se encuentra en la etapa de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH el 31 de agosto de 2012, etapa que requiere la participación de diversas agencias estatales actuando de manera coordinada.

I | Los hechos del caso

El 21 de diciembre de 1988, cuando tenía 14 años, S. F. sufrió un accidente dentro de un predio ubicado en la localidad de Ciudadela, Partido de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires, propiedad del Ejército argentino. Al intentar colgarse de un travesaño, la pieza de más de 40 kilos cayó sobre él, ocasionándole un fuerte golpe en la cabeza. S. F. fue internado en la terapia intensiva del Hospital Posadas donde permaneció en estado de coma durante aproximadamente un mes. En enero de 1989, fue dado de alta para su atención en consultorio externo de las secuelas de su accidente.

El 18 de diciembre de 1990, su padre, D. F., interpuso una demanda civil por daños y perjuicios contra el Estado Nacional. El 7 de septiembre de 2000, se dictó sentencia haciendo lugar a la demanda, atribuyendo un 30% de responsabilidad a S. F. y un 70% de responsabilidad al Estado, condenando a pagar a este último una indemnización e imponiéndole las costas del juicio. La sentencia fue apelada por ambas partes.

El 23 de noviembre de 2000, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia en lo principal y la modificó en relación a las costas. El Sr. F. no presentó recurso extraordinario federal y, en consecuencia, la decisión quedó firme. La familia F. inició el cobro de dicho monto a través del procedimiento administrativo previsto por la ley 23.982.

El 6 de febrero de 2003, el Estado le informó al señor F. que estaban disponibles los Bonos de Consolidación, con vencimiento en 2016, que decidió cobrar, sin embargo, en marzo de ese año para hacer frente a las necesidades de tratamiento médico de S. F.

2 | El proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El caso de S. F. se originó en una petición presentada el 18 de julio de 2001 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "CIDH") por el señor D. F. contra el Estado argentino en representación de su hijo. En la denuncia original, el peticionario sostuvo que, frente a la gravedad del accidente sufrido por S. F., la indemnización fijada por el Juez que intervino en el proceso civil era insuficiente. Sus presentaciones posteriores giraron, esencialmente, sobre el carácter injusto de la sentencia dictada en el marco del proceso que trató ante la justicia civil y comercial federal.

Si bien en su respuesta el Estado planteó cuestiones jurídicas procedimentales respecto de la admisibilidad de la denuncia y la aplicación de la doctrina de la "cuarta instancia", teniendo en cuenta las características del caso, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación sugirió intentar una solución de tipo humanitario, respondiendo a ciertas pretensiones puntuales del peticionario en materia de atención médica y, eventualmente, la obtención de alguna pensión por discapacidad que ayude al sostenimiento de S. F. Por ejemplo, se acordó llevar adelante gestiones con el Ministerio de Desarrollo Social, la Administración Nacional de la Seguridad Social y el Ministerio de Defensa a fin de analizar la posibilidad de otorgar una pensión, asistencia psicológica y psiquiátrica a S. F. y su grupo familiar en el Hospital Militar Central. Sin embargo, el peticionario decidió desistir del tratamiento ofrecido por el Estado.

El 2 de marzo de 2006, la CIDH adoptó el Informe de Admisibilidad N° 17/2006, en el cual declaró admisible la petición en relación con los arts. 8, 19, 25 y 1.1 de la Convención Americana y rechazó los alegatos relativos al derecho de propiedad. Luego de las presentaciones del Estado y el peticionario sobre los méritos del caso, el 21 de octubre de 2010, la Comisión Interamericana aprobó el Informe 111/2010 sobre el fondo del caso. En dicho Informe concluyó que el Estado argentino era responsable de la violación del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable (art. 8.1.) y a la protección judicial (art. 25.1.), en relación con la obligación general de garantía de los derechos humanos (art. 1.1.), en perjuicio de S. F. y D. F.

Asimismo, determinó que se había violado el derecho a la protección judicial (art. 25.2. c.). En relación con el art. 1.1., en perjuicio de S. F., la Co-

misión decidió, además, que el Estado argentino era responsable de la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.1.) y los derechos del niño (art. 19). En conexión con la obligación general de garantía de los derechos humanos (art. 1.1), en perjuicio de S. F., por último, la CIDH concluyó que el Estado argentino era responsable de haber violado el derecho a la integridad personal (art. 5.1.) en perjuicio de los familiares de S.; a saber su padre (D. F.), su madre (S. F.), su hermano (C. E. F.) y su hermana (S. E. F.).

Conforme lo expuesto, la CIDH efectuó las siguientes recomendaciones al Estado argentino:

- I. Reparar integralmente a S. F. y a su familia por las violaciones a los derechos humanos establecidas en este informe, tomando en cuenta las consecuencias ocasionadas por el retardo injustificado en el proceso judicial, y que dicha reparación sea efectiva tomando en cuenta el hecho de que S. sufre de discapacidad permanente.
2. Asegurar que S., quien a la fecha del accidente tenía 14 años de edad, tenga acceso a tratamiento médico y de otra índole en centros de atención especializada y de calidad, o los medios para tener acceso a dicha atención en centros privados.
3. Adoptar como medidas de no repetición, las acciones necesarias para asegurar que los procesos contra el Estado por daños y perjuicios relacionados con el derecho a la integridad personal de niños y niñas cumplan con el debido proceso legal y la protección judicial, en particular, con el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable.

3 | El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 23 de mayo de 2011, la Corte Interamericana notificó al Estado el sometimiento del presente caso a su conocimiento por parte de la CIDH.

El caso representa la primera oportunidad en la que participó la figura del Defensor Público Interamericano, prevista en el art. 37 del Reglamento de la Corte, para los casos en los que las presuntas víctimas no cuenten con representación legal. El Sr. D. F., quien había tramitado la petición ante la CIDH sin representación legal, solicitó la participación del Defensor en la instancia ante la Corte IDH. Conforme el Entendimiento entre la Corte IDH y la Asociación Interamericana de Defensorías, el Tribunal solicitó a la Asociación que designe representantes para la familia F. Los defensores asignados solicitaron, a su vez, acogerse al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte IDH.

3.1 | Los argumentos del Estado

3.1.1. La admisibilidad del caso

En la instancia ante la Corte IDH, el Estado argentino preparó su defensa sobre la base de argumentos relativos a la admisibilidad y al fondo del caso.

El Estado argentino presentó tres excepciones preliminares:

1. Falta de agotamiento de los recursos internos (art. 46.1 a)). El Estado manifestó que durante la tramitación del proceso por daños y perjuicios, el peticionario no interpuso recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema previsto por el art. 14 de la ley 48. Cabe señalar en este punto, que en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado por los defensores de las presuntas víctimas ante la Corte IDH, se cuestionó la modalidad de pago de la indemnización dispuesta por la sentencia sobre la base de la ley 23.982, considerándola inconstitucional. El Estado sostuvo entonces que surgía claramente la falta de agotamiento de los recursos internos, ya que de considerar que la ley que establecía el modo de ejecución era contraria a los preceptos constitucionales, las presuntas víctimas deberían haber presentado el recurso extraordinario federal, que era la vía correcta para cuestionar la constitucionalidad de una ley nacional, conforme el sistema de control de constitucional establecido en el ordenamiento jurídico argentino.
2. Incompetencia *ratione materiae* para considerar los argumentos relativos a las consecuencias de la aplicación de la ley 23.982 de régimen de consolidación de deudas. El Estado alegó que la legislación que regula el pago mediante bonos de sentencias judiciales en las que resulte condenado el Estado Nacional forma parte de la política económica del Gobierno de la República Argentina y que, por lo tanto, se encontraba comprendida en la reserva al art. 21 que el Estado formuló conforme el instrumento de ratificación recibido en la Secretaría de la OEA el 5 de septiembre de 1984.⁽³⁾
3. Excepción preliminar relativa a la violación del derecho de defensa del Estado argentino durante la sustanciación del caso ante la CIDH. En el Informe de Admisibilidad N° 17/06, la CIDH declaró admisible el caso en relación con la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8, 19, 25 y 1.1 de la Convención Americana. Sin embargo, en el Informe de Fondo N° 111/2010, la misma Comisión concluyó que el Estado argentino era responsable, *inter alia*, de la violación al derecho a la integridad personal (art. 5.1.) de la Convención Amer-

(3) El texto de la reserva expresa lo siguiente: "El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un tribunal internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de 'utilidad pública' e 'interés social', ni lo que éstos entiendan por 'indemnización justa'".

ricana en perjuicio de S. F. y en perjuicio de su padre, su madre, su hermana y su hermano. El Estado señaló que la posición adoptada por la CIDH en su Informe de Fondo no sólo no se condecía con su Informe de Admisibilidad, sino que tampoco coincidía con el contenido y objeto de la petición presentada por las presuntas víctimas y el de sus presentaciones posteriores. Al incluir la presunta violación al art. 5 de la Convención Americana recién en su Informe de Fondo, le quitó al Estado argentino toda posibilidad de presentar argumentos defensivos al respecto antes de la presentación del caso ante la Corte, violando su derecho de defensa.

3.1.2. El fondo del caso

La discusión acerca del fondo del caso versó sobre dos líneas principales: la tramitación del proceso judicial por daños y perjuicios y la atención de salud recibida por S. F.

Sin desatender las cuestiones sensibles del caso, se plantearon argumentos jurídicos para la mejor defensa del Estado. El primer grupo de argumentos se relacionaba con la tramitación del proceso por daños y perjuicios. En primer término, se alegó la violación del derecho a un plazo razonable del proceso (art. 8.1. de la Convención Americana). Al respecto, la contestación del Estado incluyó un análisis del desarrollo del proceso por daños y perjuicios y de la conducta del representante legal del Sr. F. y del juez a cargo, concluyendo que no todas las demoras eran imputables al Estado. Se utilizaron para ello los criterios establecidos por la jurisprudencia constante de la Corte IDH: 1) complejidad del asunto; 2) actividad procesal del interesado; 3) conducta de las autoridades judiciales; y 4) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Asimismo, y con relación a la modalidad de pago con bonos establecida por la ley 23.982, se señaló que surgía de los antecedentes judiciales invocados por los propios representantes de las presuntas víctimas, que la Corte Suprema de Justicia había declarado la inconstitucionalidad de la mencionada ley en casos análogos al de S. F. Ello demostraba que de haberlo intentado, el señor F. hubiera tenido posibilidades ciertas de obtener un pronunciamiento favorable en una eventual impugnación de la modalidad de pago establecida por la ley 23.982.

En consecuencia, se sostuvo que el cobro mediante bonos de consolidación fue, en gran medida, el resultado de la propia actividad procesal del señor F. que optó por aquella opción dentro de las previstas por la ley 23.982.

Finalmente, se afirmó que el art. 25. 2 c) de la Convención Americana establece la obligación estatal de garantizar el cumplimiento de una sentencia judicial, pero en ningún sentido se refiere al modo en que esa decisión debe ser cumplida. Por ende, el pago de una suma de dinero conforme lo establecido en una sentencia judicial dentro de un plazo y de acuerdo con un mecanismo determinado legalmente, constituye una modalidad de ejecución de la sentencia que en modo alguno obstaculiza su cumplimiento. De hecho, todas las sentencias judiciales dictadas contra el Estado Nacional se cancelan del mismo modo, por lo cual el caso de S. F. no constituía, en ningún sentido, una excepción a la regla general.

El último punto relacionado con la tramitación del proceso judicial se relacionaba con el derecho a ser oído de S. F. y con la falta de participación del Asesor de Menores e Incapaces en el proceso por daños y perjuicios. En este sentido, el Estado señaló que S. F. estuvo representado por su padre, quien contó con asistencia letrada de su elección, y que al alcanzar S. F. la mayoría de edad, ratificó todo lo actuado en su nombre.

El segundo grupo de argumentos se refería al derecho a la integridad personal de S. F. En primer lugar, se sostuvo la violación del art. 5 (derecho a la integridad personal) en relación con el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 26 de la Convención Americana). Al respecto, los representantes de las víctimas afirmaron que S. F. se vio privado de recibir tratamientos médicos apropiados, y que las autoridades judiciales que intervinieron y tomaron conocimiento de la situación de S. no procuraron brindarle asistencia médica y seguridad social.

En este punto, la defensa del Estado hizo hincapié en el sistema de salud pública y gratuita disponible para todos los habitantes del país, señalando, además, que el Estado argentino cuenta con hospitales públicos que cubren todas las especialidades, y con personal médico de excelencia, a los cuales S. F. pudo haber accedido en lugar de procurar atención médica privada.

Asimismo, se indicó que S. F. es beneficiario desde junio de 2010 de una pensión no contributiva por invalidez, prevista en el decreto reglamentario 432/1997 de la ley 18.910, y que percibe las asignaciones por sus hijos menores de edad. Se destacó, además, que la pensión le da la posibilidad de acceder al Programa Federal de Salud (PROFE), dependiente de la

Dirección Nacional de Prestaciones Médicas, Programa Federal de Salud del Ministerio de Salud de la Nación, que brinda cobertura médica para las personas que poseen una pensión no contributiva o una pensión graciable.

Otro de los artículos de la Convención Americana que se discutió en el caso fue el art. 19, referido a los derechos de los niños, ya que S. F. tenía 14 años al momento de sufrir el accidente. Al respecto, el Estado señaló que la CIDH incluyó este artículo en su informe en términos generales sin proporcionar detalle alguno sobre cuáles serían las medidas que tendría que haber adoptado el Estado en el presente caso.

Asimismo, los defensores interamericanos sostuvieron que el accidente sufrido por S. F., así como el procedimiento civil por daños y perjuicios, tuvieron un impacto en su núcleo familiar, conformado por su padre, su madre y sus dos hermanos, quienes no contaron con asistencia para poder brindar un mejor apoyo a S., desencadenando una serie de efectos negativos en el normal desarrollo y funcionamiento familiar. Al respecto, el Estado sostuvo que no surgía de las constancias del caso que los familiares hubieran efectuado un reclamo respecto de su integridad personal.

3.2 | La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH concluyó que el Estado argentino es responsable por la vulneración de los arts. 8.1. en relación con los arts. 19 y 1.1 por haber excedido el plazo razonable, por haber violado el derecho a ser oído y el derecho de acceso a la justicia; del art. 25, incs. 1, 2. c) y del art. 21, en relación con el art. 1.1.; y del art. 5.1. (derecho a la integridad personal), todos en perjuicio de S. F. Asimismo, declaró que el Estado argentino es responsable por la violación del derecho a la integridad personal (art. 5.1.) y el derecho de acceso a la justicia (art. 8.1.), en relación con el art. 1.1. en perjuicio de los padres y los hermanos de S. F.

Como consecuencia, el Tribunal ordenó una serie de medidas reparatorias de carácter pecuniario y no pecuniario. En primer lugar, dispuso que el Estado debe brindar gratuitamente, a través de sus servicios de salud especializados y de forma inmediata, adecuada y efectiva, el tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico a las víctimas, previo consentimiento informado, incluida la provisión gratuita de los medicamentos.

Asimismo, el Estado debe conformar un grupo interdisciplinario; el cual, teniendo en cuenta la opinión de S. F., determinará las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral.

Como garantía de no repetición, la Corte IDH dispuso que el Estado debe preparar una carta de derechos que resuma en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contempla la legislación interna, los estándares de protección de personas con discapacidad mental, y las instituciones que puedan prestar ayuda para exigir el cumplimiento de sus derechos. En ese sentido, la Corte tomó nota de las actividades desarrolladas por el Estado en materia de capacitación a funcionarios, campañas de divulgación y cooperación interinstitucional tendientes a potencializar los servicios a favor de las personas con discapacidad.

En su escrito de contestación de demanda, el Estado informó al Tribunal que la Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación facilita y fortalece el acceso a la justicia por parte de las personas, como así también impulsa las actividades relacionadas con los programas jurídicos y sociales de atención comunitaria. Asimismo, se le hizo saber que a través del decreto 1375/2011 se creó el "Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus relaciones con la Administración de Justicia" (en adelante, "ADAJUS"). La finalidad del Programa es facilitar la comunicación y la obtención de la información necesaria de las personas con discapacidad para el acceso a la justicia. Dicho programa contribuye a la efectiva aplicación de la ley 26.378 que aprobó la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, el Estado puso en conocimiento de la Corte IDH el trabajo de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas (en adelante, "CONADIS"), que tiene el mandato de formular, de manera consensuada con los organismos nacionales, provinciales y municipales pertinentes y con la participación de las organizaciones privadas de y para personas con discapacidad, las políticas sobre discapacidad y proponer su aprobación por los órganos que correspondan.

Como medida de satisfacción, dispuso que el Estado publique un resumen de la sentencia en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación, y el texto completo de la decisión en un sitio web oficial.

Finalmente, la Corte IDH ordenó que el Estado pague a las víctimas una indemnización por los daños sufridos, que incluyen el daño material y el daño inmaterial.

3.3 | Las gestiones tendientes al cumplimiento de la sentencia

El cumplimiento integral de la sentencia dictada por la Corte IDH requiere la intervención de diferentes áreas del Estado, con competencia primaria en materia de salud, desarrollo social y trabajo. Para ello, la Secretaría de Derechos Humanos actúa como punto focal, coordinando la tarea con las diferentes agencias para conformar el grupo interdisciplinario requerido por el Tribunal.

Así, por ejemplo, se elevó la propuesta a la familia F., a través de los defensores interamericanos, para que el Centro de Asistencia a Víctimas de Derechos Humanos, “Dr. Fernando Ulloa”, dependiente de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la Secretaría, actúe como articulador de la asistencia médica y psicológica requerida por S. F. y su familia. Ese grupo estará conformado, además, por representantes de la Dirección de Salud Mental del Ministerio de Salud y del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación.

La publicación de la sentencia de la Corte IDH se ha cumplido a través de los portales web de INFOJUS (www.infojus.gov.ar) y del Centro de Información Judicial (www.cij.gov.ar). El resumen se publicará en el Boletín Oficial y la Secretaría de Comunicación Pública de la Nación realizará las gestiones tendientes a su difusión en un diario de amplia circulación nacional.

El diseño de la carta de derechos para personas con discapacidad ordenada por la Corte IDH está siendo desarrollado por la Dirección de Atención de Grupos en Situación de Vulnerabilidad, la CONADIS y ADAJUS.

4 | Consideraciones finales

El “Caso S. F. y familia vs. República Argentina” le brindó a la Corte IDH la oportunidad de desarrollar estándares de protección en materia de derechos del niño y de personas con discapacidad, utilizando para ello no solamente lo establecido en la Convención Americana de Derechos Huma-

nos, sino también otros instrumentos específicos en materia de protección de estos grupos en situación de vulnerabilidad. En este sentido, la Corte afirmó en su sentencia que "toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia".⁽⁴⁾

Con respecto a los derechos de las personas con discapacidad, la Corte observó que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptó el modelo social, que implica definir a la discapacidad no solamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que debe reconocerse que ello se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.⁽⁵⁾

Este es precisamente el marco normativo que tuvo en cuenta la Corte IDH para resolver el caso de S. F., señalando que se requieren medidas especiales de protección "para garantizar y proteger de manera adecuada los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones y teniendo en cuenta sus necesidades concretas".⁽⁶⁾

El respeto de las normas internacionales en materia de derechos humanos atañe a todos los Poderes del Estado y a todas las áreas de la administración pública. Es necesario un trabajo coordinado y consensuado para poder dar cabal cumplimiento a las obligaciones asumidas por la República Argentina. En este sentido, el "Caso S. F. y familia" es, además, un claro ejemplo de la necesidad de trabajar de forma articulada para cumplir integralmente con las sentencias dictadas por la Corte IDH. Representa, entonces, una oportunidad para que el Estado continúe desarrollando líneas de trabajo internas que le permitan maximizar sus recursos con miras a reforzar las políticas públicas en materia de derechos humanos.

(4) Sentencia del 31/08/2012, párr. 126.

(5) *Ibid.*, párr. 133.

(6) *Ibid.*, párr. 139.

Obligaciones de investigar

Ausencia de responsabilidad del Estado

CORTE IDH, "CASO PALMA MENDOZA y OTROS vs. ECUADOR",
EXCEPCIÓN PRELIMINAR y FONDO,
SENTENCIA del 3 de SEPTIEMBRE de 2012, SERIE C N° 247

por KATIA ROSENBLAT⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El 16 de mayo de 1997, el señor Marco Bienvenido Palma Mendoza fue privado de su libertad mientras transitaba en automóvil junto con su hijo, cerca del Servicio Ecuatoriano de Capacitación Profesional ("SECAP"). Esto ocurrió en Manabí, cuando hombres fuertemente armados y cubiertos con pasamontañas bajaron de una camioneta y lo detuvieron. Estas personas se identificaron como miembros de la fuerza de inteligencia.

El mismo día en que se lo llevaron, su compañera comenzó su búsqueda. Acudió tanto al lugar de los hechos como a repartos policiales, militares y carcelarios, además de a los medios de comunicación. La policía le manifestó que esperara 12 horas para comenzar a actuar.

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

Al día siguiente, presentó la denuncia por secuestro, de la que tomó conocimiento un juez penal de Manabí. Las investigaciones comenzaron en la fecha misma. Durante éstas, se solicitó los datos necesarios a las Fuerzas Armadas —entre ellos, la comparecencia del personal que estaba presente— y comenzaron las averiguaciones sobre la detención. Se recibieron declaraciones de los familiares, así como del personal del SECAP.

El 22 de mayo del mismo año, Carlos Palma Mendoza presentó un recurso de *habeas corpus*. Ese día se ordenó a las autoridades competentes que brindaran la información que tuvieran a su disposición respecto de su paradero.

Los días 23 y 26 de mayo fueron encontrados dos cadáveres en la provincia del Guayas. Éstos no pudieron ser identificados.

El 30 de mayo, la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (en adelante, "CEDHU") presentó un nuevo *habeas corpus*. Ese mismo día se ordenó su inmediata libertad.

El 21 de julio, los representantes presentaron una denuncia sobre la supuesta participación de miembros de las Fuerzas Armadas en la detención. A partir de allí, las autoridades de sus diversas ramas comunicaron que no habían intervenido y que habían realizado investigaciones.

El 9 de junio de 1998, se indicó que Lenin Oswaldo Ordoñez Ortiz había estado involucrado en el asesinato de Palma Mendoza. El hijo de la víctima señaló que ese hombre había discutido con su padre un mes antes de la desaparición.

El 16 de febrero de 2000, Lenin Ordoñez fue detenido por otra causa, pero manifestó su voluntad de declarar sobre el secuestro y la muerte de Palma Mendoza, así como de Jorge Jhon Mero Parrales. Así, dijo que se los capturó al identificarlos como involucrados en un robo. Luego, se los trasladó a un punto denominado Olmedo, donde no se los alimentó por cinco días y se los mantuvieron amarrados y estrangulados. Explicó que, al dejar a Freddy Contreras con los detenidos, recibió órdenes de "los Cevallos"⁽²⁾

(2) Dueños de una empresa de seguridad, relacionados con las Fuerzas Armadas. Corte IDH, "Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador", Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 3 de setiembre de 2012. Serie C N° 247, párrafo 30.

de matarlos y lo realizó. Cuando Lenin Ordoñez volvió junto con Vicente Domínguez, arrojaron los cuerpos al río.

A través de la declaración, se identificó al cuerpo hallado el 26 de mayo de 1997 como el de Palma. Se procedió al reconocimiento del lugar de los hechos y a su reconstrucción. El cadáver fue identificado por peritos y familiares. El juez de Manabí ordenó prisión preventiva para todos los involucrados.

Luego de numerosas acusaciones realizadas por la familia de la víctima y los fiscales de la causa, se dictó sentencia el 19 de marzo de 2001, condenándose a Lenin Ordoñez, Freddy Contreras y Vicente Domínguez a la pena de 12 años de reclusión mayor extraordinaria por el delito de privación de la libertad con muerte, con ensañamiento, con crueldad en la persona de Jorge Jhon Mero Parrales y de Palma Mendoza.

2 | Análisis

Respecto a la excepción preliminar de cuarta instancia planteada por el Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte IDH” o “el Tribunal”) reiteró que no procede cuando es necesario examinar la compatibilidad de los procesos con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”). Por ello, la estima improcedente.

En cuanto a la obligación de garantizar el derecho a la vida (art. 4 CADH, en relación con el art. 1.1), no se encuentra acreditada la participación de agentes estatales, razón por la cual no cabe su análisis.

Más adelante, la Corte analiza los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con la obligación de investigar los hechos (arts. 8 y 25 CADH, en relación con los arts. 1.1 y 2). En este punto, señala que no examinará los *habeas corpus* ya que, al no haberse probado la participación estatal, no podría haberse logrado el resultado buscado.

En lo que atañe a la investigación realizada luego de la privación de la libertad de Palma Mendoza, el Estado realizó todas las acciones necesarias para determinar su suerte o paradero, tal como corresponde y en un plazo razonable. El hallazgo y la identificación del cuerpo también cumplieron con

los recaudos. En la determinación de los autores y de los partícipes en los hechos, la Corte considera que el Estado realizó una investigación efectiva y que la ponderación del material probatorio fue exteriorizada cuando ello fue pertinente. En relación con el plazo en particular, al revisarse las actuaciones del Estado, se comprueba que resultó razonable en todos sus actos.⁽³⁾

El Tribunal determina que tampoco hay violación del derecho a la integridad personal, consagrado en el art. 5 CADH, desde que concluyó que no se había establecido una vulneración a los derechos a las garantías y protección judiciales.

Por todo ello, el Tribunal concluye que el Estado no vulneró los derechos a las garantías y protección judiciales en perjuicio de los familiares de Palma Mendoza. En consecuencia, no violó los derechos establecidos en los arts. 8 y 25 CADH, en relación con su art. 4, todos en conexión con el 1. 1.

3 | Consideraciones finales

En la materia de análisis, no hay ningún indicio de que el Estado haya incumplido sus obligaciones. Todo indica que respetó los derechos de los familiares de la víctima, realizando las averiguaciones pertinentes. Los plazos de actuación también son razonables.

(3) El Estado logró determinar lo ocurrido al señor Palma Mendoza cerca de dos años y nueve meses desde que fuera secuestrado. Luego de que el señor Ordoñez fuera detenido el 16 de febrero de 2000 y rindiera su declaración voluntaria, transcurrió un lapso de un año, un mes y tres días hasta que fueron condenados los señores Ordóñez, Contreras y Domínguez, decisión que quedó firme el 26 de junio de 2002. En cuanto al tiempo posterior a este último acto, transcurrido hasta la confirmación definitiva de los sobreseimientos decretados, no se generó una demora perjudicial a los familiares del señor Palma. Ello, en tanto que ya se habían determinado los hechos y las responsabilidades derivadas de los mismos y que, aun así, hasta la confirmación de los sobreseimientos como definitivos, el Estado mantuvo abierta la posibilidad de realizar mayores indagaciones, de darse las circunstancias previstas legalmente para ello (párr. 103).

Derecho a la libertad de expresión

CORTE IDH, "CASO VÉLEZ RESTREPO y FAMILIARES vs. COLOMBIA",
EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES y COSTAS,
SENTENCIA del 3 de SEPTIEMBRE de 2012, SERIE C N° 248

por JULIANA BRAVO VALENCIA⁽¹⁾

I | Introducción

La sentencia del "Caso Vélez Restrepo y familiares" dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Colombia el 3 de septiembre de 2012, cobra especial interés y trascendencia porque se da en una coyuntura en Colombia, donde se debatía una peligrosa reforma constitucional a la jurisdicción militar, que fue aprobada y hoy se encuentra vigente, a pesar de que esta es contraria a las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, y desacata las decisiones dictadas por la Corte Interamericana contra Colombia, incluido el fallo aquí analizado, en el que reitero que ninguna violación de derechos humanos puede ser competencia de la jurisdicción penal militar.

En este caso, la Corte reiteró su jurisprudencia constante, respecto del deber de los Estados de respetar y garantizar el derecho a la libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva, y estableció que este derecho fue vulnerado por las actuaciones inapropiadas de los agentes de seguridad en situaciones de protesta pública, por falta de una investi-

.....
⁽¹⁾ Abogada Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, Colombia, aspirante a Magíster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, Argentina.

gación adecuada y efectiva, por la ausencia de medidas de protección por parte del Estado, y por la impunidad en que se encuentran los casos de ataques a periodistas en el ejercicio de su profesión.

Por otra parte, la sentencia es significativa en el ámbito interno, porque llama la atención a las organizaciones de la sociedad civil y las organizaciones de derechos humanos, para no perder de vista la política del Estado colombiano en la defensa jurídica de los casos ante los órganos internacionales, en la que el Estado pretende mostrar "su compromiso con el respeto y defensa de los derechos humanos", aceptando como en este caso su responsabilidad internacional, mientras que con sus argumentos busca desarticular y desconocer hechos y contextos de graves violaciones de derechos humanos, como los ocurridos en este caso, en el que intentó desvirtuar hechos graves, como las amenazas, hostigamientos e intento de secuestro ocurridos contra el señor Vélez Restrepo, mostrándolos como sucesos aislados de las agresiones ocurridas en su contra el 29 de agosto de 1996.

En honor a la justicia y a la verdad de los hechos, la Corte Interamericana no acogió los dichos del Estado, y declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano por las violaciones a los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, "CADH"), como son a la integridad personal (art. 5), el derecho a la libertad de expresión (art. 13), a las garantías judiciales y la protección judicial (arts. 8 y 25), el derecho de circulación y de residencia (art. 22), la protección a la familia (art. 17) y los derechos del niño (arts. 19); todos ellos relacionados con la violación a las obligaciones generales de respeto y garantía del art. 1 de dicho tratado.

2 | Los hechos probados

El señor Luis Gonzalo Vélez Restrepo, también conocido como "Richard", era camarógrafo de un programa nacional de noticias, y en virtud de ello, el 29 de agosto de 1996 se encontraba cubriendo los acontecimientos de una de las marchas de protesta contra la política gubernamental de fumigación de cultivos de coca en el Departamento de Caquetá, Colombia.

Ese día se produjeron enfrentamientos entre los manifestantes y militares, y el señor Vélez Restrepo, que se encontraba filmando los acontecimientos, grabó entre otros hechos, cuando miembros del Ejército golpearon a un manifestante indefenso. Una vez los militares se percataron de que el señor Vélez se encontraba filmando, lo atacaron físicamente y le destruyeron la cámara de video, pero no la cinta, lo que permitió que el hecho quedara grabado y fuera difundido masivamente por los medios de comunicación desde ese mismo día.

El señor Luis Gonzalo fue llevado a un hospital de la ciudad de Florencia, Caquetá, y ese mismo día fue trasladado a una Clínica en Bogotá, donde estuvo internado 24 horas. Luego permaneció en su residencia bajo incapacidad durante quince días.

Como consecuencia de las denuncias penales presentadas, en septiembre de ese mismo año, el señor Vélez Restrepo comenzó a ser objeto de persecuciones y hostigamientos, que incluyeron amenazas de muerte y visitas de personas sin identificación, que aducían ser de la Procuraduría General de la Nación e indagaban sobre los horarios y actividades del señor Vélez.

Entre febrero y agosto de 1997, Vélez Restrepo y su familia no recibieron amenazas, sin embargo, después del 27 de agosto de 1997, fecha en que el señor prestó declaración ante la Fiscalía, volvió a recibir amenazas de muerte y una nueva visita en su lugar de residencia, de personas que se presentaban como funcionarios de la Procuraduría.

Luego, el 5 octubre de ese mismo año, el señor Vélez recibió una amenaza de muerte escrita y, al día siguiente, sufrió un intento de privación de su libertad, cuando lo intentaron meter en el asiento trasero de un vehículo; pero como consecuencia del forcejeo, logró escapar y correr hasta su casa.

Inmediatamente, el hecho fue puesto en conocimiento de las autoridades estatales y en virtud de ello, ese mismo día se realizó una reunión con funcionarios del Estado, que le ofrecieron varias medidas de seguridad, entre ellas su reubicación en algún otro lugar del país. Sin embargo, Vélez manifestó su intención de salir de Colombia y, tres días después, partió con destino a los Estados Unidos de Norteamérica, donde presentó las solicitudes de asilo para él, su esposa Aracelly Román Amariles y

sus hijos Mateo y Juliana Vélez Román de cuatro años y medio y un año y medio de edad, respectivamente.

Sólo hasta el 14 de agosto de 1998 le fue notificada la concesión de asilo a la señora Román Amerilles e hijos, quienes durante ese tiempo vivieron en otra ciudad con la ayuda de sus familiares.

3 | Denuncias realizadas en el ámbito interno

El 31 de agosto de 1996, se inició una investigación preliminar en la jurisdicción penal militar por el delito de lesiones personales, y en octubre de ese año, se abrió una investigación penal por el delito de amenazas.

Respecto de los hechos ocurridos el 29 de agosto de 1996, se adelantó un procedimiento disciplinario al interior de las Fuerzas Militares, en el cual fueron sancionados dos militares con "represión severa". Por los mismos hechos, la Procuraduría General de la Nación adelantó investigación disciplinaria, que terminó en el archivo de las indagaciones preliminares.

Se inició investigación en la justicia penal militar por el delito de lesiones personales, pero el expediente se perdió y sólo se aportó al proceso ante la Corte la decisión final en la que el Juzgado 122 de Instrucción Penal Militar se abstuvo de iniciar investigación formal.

En relación a las amenazas y hostigamientos posteriores al 29 de agosto de 1996, se efectuó una investigación disciplinaria en la Procuraduría General de la Nación, la cual terminó en archivo el 3 de mayo de 2002 en razón de la falta de esclarecimiento sobre la participación de funcionarios de la Procuraduría General de la Nación en dichos hechos.

En octubre de 1996, se inició una investigación penal en la jurisdicción ordinaria por el delito de amenazas, que terminó con una "resolución inhibitoria", en la cual la Fiscalía a cargo de la investigación señaló que los hechos "ya habían sido denunciados civil y penalmente ante la justicia penal militar". El 23 de agosto de 2007, la Fiscalía avocó conocimiento de la investigación por el delito de amenazas y, el 25 de enero de 2010, resolvió "[a]bstenerse de iniciar instrucción" por cuanto "ha[bía] operado el fenómeno de la prescripción".

En cuanto al intento de privación de libertad ocurrido en octubre de 1997, en septiembre de 2009 la Fiscalía 253 Seccional de Bogotá se avocó el conocimiento de la investigación; y el 26 de abril de 2012, resolvió absenterse de iniciar instrucción con base en que el señor Vélez Restrepo no había brindado información “sobre los hechos que quedan convertidos en menos que una posibilidad”.

4 | Reconocimiento parcial de responsabilidad internacional y excepción preliminar

Estos dos acápite son presentados de manera conjunta, considerando que el reconocimiento parcial de responsabilidad efectuado por el Estado colombiano, así como la interposición de la excepción preliminar por “la incompetencia de la Corte para conocer hechos o presunciones incorporados en el informe de fondo, sin el cumplimiento de los requisitos convencionales y reglamentarios”, forman parte de la estrategia del Estado para lograr desarticular y alterar el marco fáctico y el contexto en el que se dieron los hechos que resultaron probados en el caso.

En este sentido, se subraya que el Estado de Colombia sólo reconoció su responsabilidad por acción, por la violación al derecho a la integridad personal del señor Luis Gonzalo “Richard” Vélez Restrepo, de su esposa y de sus dos hijos, por la agresión que sufrió, por parte de agentes de la fuerza pública el 29 de agosto de 1996; por la violación al derecho a la libertad de expresión del señor, en su dimensión individual, por cuanto le fue impedido ejercer su derecho a buscar información, como consecuencia de las agresiones de las que fue víctima en agosto de 1996, y por la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial por la falta de investigación de los hechos ocurridos el 29 de agosto de 1996.

De la lectura de los hechos reconocidos por el Estado colombiano, se devela la aseveración antes formulada, respecto de la defensa jurídica abocada por el Estado, y se evidencia que este pretendió desligar de los hechos ocurridos el 29 de agosto de 1996, las amenazas, el hostigamiento, el intento de secuestro que sufrió el señor Vélez, y su posterior asilo en los Estados Unidos de Norteamérica, los cuales no sólo resultaron probados

por la Corte Interamericana, sino que además permitieron establecer la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la circulación y residencia, el derecho a la protección de la familia, el derecho de los niños, entre otros.

En esta misma dirección, el Estado interpuso la excepción preliminar y afirmó que la Comisión Interamericana: "declaró probados hechos como consecuencia de la indebida valoración de los documentos allegados para probar su existencia y circunstancias". Sin embargo, la Corte desestimó la excepción y ratificó su jurisprudencia al respecto señalando que:

"si bien los hechos del informe de fondo sometidos a consideración de la Corte constituyen el marco fáctico del proceso, ante el Tribunal, éste no se encuentra limitado por la valoración probatoria y la calificación de los hechos que realiza la Comisión en el ejercicio de sus atribuciones. El Tribunal realiza su propia determinación de los hechos del caso, valorando la prueba ofrecida por la Comisión y las partes y la solicitada para mejor resolver, respetando el derecho de defensa de las partes y el objeto de la *litis*".

5 | Análisis de la decisión de fondo adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cabe señalar que en este caso, la Corte reafirmó su constante jurisprudencia respecto del amplio contenido del derecho a la libertad de pensamiento y expresión del art. 13 de la Convención, y determinó la importancia de garantizar en forma simultánea la dimensión individual y la dimensión social que este derecho comprende, en tanto de ello se desprende su goce y efectividad.

Respecto de la dimensión social, la Corte señaló que el ejercicio de este derecho implica el derecho de todas las personas a conocer opiniones, relatos y noticias difundidas por terceros⁽²⁾ y destacó que: "el ejercicio

(2) CORTE IDH, "Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia". Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 03/09/2012. Serie C N° 248, párr. 138.

profesional del periodismo no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado”.⁽³⁾

La Corte reafirmó su postura acerca de la importancia que reviste el respeto de la libertad de expresión en asuntos de interés público, y destacó: “[e]s una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios”.⁽⁴⁾

En este caso, la Corte fue enfática al señalar el interés público que revestía la información y difusión de los hechos que se encontraba grabando el señor Vélez en un contexto de protesta pública y estableció que: “[l]a difusión de esa información permitía a sus destinatarios constatar y controlar si en la manifestación, los miembros de la Fuerza Pública estaban cumpliendo de forma adecuada sus funciones y estaban haciendo un uso adecuado de la fuerza (...)”.⁽⁵⁾ Asimismo, reiteró que “[e]l control democrático, por parte de la sociedad a través de la opinión pública, fomenta la transparencia de las actividades estatales y promueve la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública”.⁽⁶⁾

Finalmente, la Corte concluyó que la afectación a la dimensión social del derecho a la libertad de expresión se dio por la agresión perpetrada por militares contra el señor Vélez Restrepo, mientras cubría una manifestación pública, entendida como información de “interés público”, toda vez que su amplia difusión en los medios de comunicación tiene un impacto negativo en otros periodistas que deben cubrir hechos de esa naturaleza.

(3) *Ibid.*, párr. 140. Ver Opinión Consultiva OC-5/85, párrs. 72 a 74, y “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 46.

(4) *Ibid.*, párr. 141. Ver Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 70, y “Caso Ríos y otros vs. Venezuela”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 105.

(5) *Ibid.*, párr. 145.

(6) *Ibid.*, párr. 145.

Además de lo anterior, la Corte de forma muy acertada argumentó la responsabilidad del Estado de Colombia por la violación del derecho a la libertad de expresión por el incumplimiento de la obligación de investigar los hechos de agresión del 29 de agosto de 1996 y las posteriores amenazas y hostigamientos; y por la falta de medidas de protección por parte del Estado.⁽⁷⁾

En relación a la falta de una investigación, señaló que "la obligación de investigar se mantiene cualquiera que sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aun los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado".⁽⁸⁾

Asimismo, reiteró que:

"[E]n el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen".⁽⁹⁾ Y enfatizó respecto de la obligación de investigar "la importancia de que se investigue efectiva y diligentemente las violaciones a los derechos humanos perpetradas en contra de periodistas en relación con el ejercicio de su libertad de expresión ya sea que hayan sido cometidas por agentes estatales o por particulares, lo cual contribuye a evitar su repetición".⁽¹⁰⁾

(7) *Ibid.*, párr. 215.

(8) *Ibid.*, párr. 188. Ver "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras". Fondo, párr. 177, y "Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 206.

(9) *Ibid.*, párr. 189. Ver "Caso Ríos y otros vs. Venezuela". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 107; "Caso Vélez Loor vs. Panamá". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 207; y "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/2003. Serie A N° 18, párrs. 112 a 172.

(10) *Ibid.*, párr. 191.

Con relación al deber de adoptar medidas de protección, la Corte indicó que en circunstancias especiales de riesgo derivadas del ejercicio de la profesión de periodistas, es deber del Estado adoptar medidas especiales de prevención y protección, en este sentido afirmó:

"[...]os Estados tiene el deber de brindar medidas de protección a la vida y la integridad de los periodistas que estén sometidos a ese riesgo especial por factores tales como el tipo de hechos que cubren, el interés público de la información que difunden o la zona a la cual deben acceder para cumplir con su labor, así como también a aquellos que son objeto de amenazas en relación con la difusión de esa información o por denunciar o impulsar la investigación de violaciones que sufrieron o de las que se enteraron en el ejercicio de su profesión".⁽¹¹⁾

En importante destacar que la Corte determinó una perspectiva proactiva por parte del Estado al momento de adoptar medidas de protección, y afirmó que:

"[c]orresponde a las autoridades estatales que toman conocimiento de la situación de riesgo especial, identificar o valorar si la persona objeto de amenazas y hostigamientos requiere de medidas de protección o remitir a la autoridad competente para hacerlo, así como ofrecer a la persona en riesgo información oportuna sobre las medidas disponibles. La valoración sobre si una persona requiere medidas de protección y cuáles son las medidas adecuadas es una obligación que corresponde al Estado y no puede restringirse a que la propia víctima lo solicite a 'las autoridades competentes', ni que conozca con exactitud cuál es la autoridad en mejor capacidad de atender su situación, ya que corresponde al Estado establecer medidas de coordinación entre sus entidades y funcionarios para tal fin".⁽¹²⁾

Por último, la Corte estableció que por la impunidad en que se encuentran esos hechos, el señor Vélez y otros periodistas podrían tener el temor

(11) *Ibid.*, párr. 194.

(12) *Ibid.*, párr. 201.

de que acontecimientos similares vuelvan a ocurrir y ello podría generar una autocensura de su trabajo, relacionado con las noticias que cubren, la forma de obtener la información y la difusión de la misma.⁽¹³⁾ Para finalizar, y teniendo en cuenta la reforma constitucional realizada en Colombia de la jurisdicción penal militar, y entendiendo que ello implica un desafío al sistema interamericano, por el desacato y actuación en forma contraria a las decisiones de la Corte Interamericana, que de manera constante ha reiterado que la jurisdicción penal militar es de carácter excepcional y restrictivo y que no puede juzgar violaciones de derechos humanos, porque ello configura una violación a las garantías judiciales y a la protección judicial, especialmente una vulneración a la garantía del juez natural.

De manera expresa, la Corte le recordó al Estado colombiano que "en el fuero militar sólo se puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar",⁽¹⁴⁾ que por definición, excluyen las violaciones a los derechos humanos.

6 | Consideraciones finales

Esta sentencia constituye un importante precedente en un país donde el ejercicio de la profesión de periodista constituye un riesgo, porque se encuentra dentro de los grupos de mayor vulnerabilidad de ser víctimas de graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos. De acuerdo con el informe de 2012 sobre el estado de la libertad de prensa en Colombia de la fundación para la libertad de prensa,⁽¹⁵⁾ dicho país es uno de los lugares más peligrosos para el ejercicio del periodismo, especialmente a nivel local.

Según reporta la fundación para la libertad de prensa, en el año 2012 se presentaron 66 amenazas y 29 agresiones contra periodistas, y durante el primer trimestre del 2013 se habían reportado ya 8 amenazas, lo que nos permite señalar que las agresiones y amenazas que hicieron parte del mar-

(13) *Ibid.*, párr. 212.

(14) *Ibid.*, párr. 240.

(15) Ver: www.flip.org.co; última visita: mayo de 2013.

co fáctico del caso analizado, son una constante en Colombia para quienes, en ejercicio de su libertad de expresión, recogen y difunden información de interés público; por lo cual, esta sentencia cobra un especial interés.

Finalmente, se resalta la importancia que tiene este fallo de la Corte porque reitera la obligación que tiene el Estado colombiano de investigar efectiva y diligentemente las violaciones a los derechos humanos perpetradas en contra de periodistas en relación con el ejercicio de su libertad de expresión, y señala que la impunidad en que se encuentran los hechos puede generar un temor fundado para el ejercicio de la profesión y, por tanto, del libre ejercicio de este derecho.

Ejecuciones extrajudiciales. Prohibición de la tortura, tratos cruelos e inhumanos

Garantías del debido proceso

CORTE IDH, "CASO UZCÁTEGUI y OTROS
vs. VENEZUELA", FONDO y REPARACIONES,
SENTENCIA del 3 de SEPTIEMBRE de 2012, SERIE C N° 249

por **MARISOL DORREGO⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

Los hechos se enmarcan en un contexto de ejecuciones extrajudiciales y abusos por parte de las fuerzas policiales. El Informe de la Comisión Nacional para la Reforma Policial (Venezuela) constató el uso de la fuerza física por parte de los funcionarios policiales, escasos mecanismos de supervisión, carencia de protocolos de actuación, falta de exigencia de informes a los funcionarios involucrados en muertes o lesiones a civiles,

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

.....

inexistencia de datos confiables y válidos sobre el fenómenos del uso abusivo de la fuerza por parte de los cuerpos de seguridad del Estado. A partir del año 2004, han ido disminuyendo las denuncias por casos de presuntas violaciones al derecho a la vida por parte de funcionarios policiales.⁽²⁾

La presunta víctima, Néstor José Uzcátegui, 21 años, habitaba en una vivienda con su abuela en la urbanización la Velita II, en la ciudad de Coro, estado de Falcón. El 1° de enero de 2001, funcionarios de la Dirección de Investigación Policial (DIPE) y de un grupo de élite de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado de Falcón (Grupo Lince), allanaron la casa en su búsqueda. Uno de los policías le disparó dos veces causando su muerte. Seguido de la misma, es trasladado hasta el Hospital Universitario Alfredo Van Brieken, en el cual se declara que su muerte fue causada por una "anemia aguda por ruptura visceral producida por herida de arma de fuego en el tórax". El informe forense indica que recibió dos impactos de bala, extrayéndose un proyectil. Estos son hechos no controvertidos.

Los testimonios de los familiares de Néstor Uzcátegui, todos presuntas víctimas, habrían atestiguado que las fuerzas policiales entraron en la casa sin orden judicial, ingresado por la fuerza al baño de la vivienda donde se encontraba desarmado Néstor y le dispararon tres veces, causando su muerte. Luego, le pusieron un arma en la escena para simular un enfrentamiento. El hermano de la víctima fue detenido en ese momento. El mismo declaró que a su hermano lo subieron a un camión en el que él mismo iba, también esposado, y que uno de los funcionarios ordenó a otro darle un tiro de gracia.

Los testimonios de los policías presentes en los hechos, indican que acudieron al lugar porque habrían sido informados que un individuo cuya descripción concordaba con Néstor José Uzcátegui había efectuado disparos. Se le habría exhortado al presunto responsable de los disparos a que entregara su arma. Al no obtener una respuesta, se introdujeron en la casa, luego procediendo a evacuar a las demás personas dentro de la casa. Según estos testimonios, Néstor José habría salido del baño disparando contra los policías y en un intercambio de disparos, habría resultado herido, tras lo cual habría fallecido.⁽³⁾

(2) CIDH, "Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela". Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30/09/2012 Serie C N° 249, párrs. 35/38.

(3) *Ibid.*, párrs. 39/43.

En el marco del operativo llevado el 1º de enero de 2001 en dicha residencia, Luis Uzcátegui y Carlos Uzcátegui, ambos hermanos de la víctima, son detenidos y trasladados por funcionarios policiales en una unidad de la Policía hasta la sede de la Comandancia de las Fuerzas Armadas Policiales del estado de Falcón. Permanecen allí hasta el 2 de enero de 2001.

Luis Enrique Uzcátegui denunció que el 6 de enero de ese año se presentaron dos policías del estado Falcón mientras se encontraba en casa de familiares y lo habrían invitado a partir a Caracas. Habrían vuelto en una segunda oportunidad, pero no fueron atendidos. El 20 de julio de 2001, se presentó en su casa una comisión policial con una citación para que compareciera ese mismo día a la Comandancia para hablar con él sobre las denuncias que había efectuado en contra de efectivos policiales con motivo de la muerte de Néstor José Uzcátegui. Al negarse a firmar la citación, los efectivos policiales le habrían indicado que lo iban a detener. A su vez, denuncia que personas no identificadas intentaron secuestrar a su sobrina de tres años amenazando con dañarla si él seguía denunciando los hechos producidos el 1º de enero pasado.

Luego de eso, es detenido por una presunta denuncia de su madre y hermana de violencia familiar. Sin embargo, de acuerdo a su declaración, la policía le habría tendido una trampa conminando a su hermana a interponer una denuncia imputándole hechos que no había cometido. Es liberado luego de haber firmado una "caución de buena conducta". Surge del acervo probatorio que dicha detención constituye un delito de privación ilegítima de libertad cometida por funcionario público con abuso de autoridad. Entre finales de 2002 y comienzos de 2003, tuvo que cambiar de domicilio y trasladarse fuera del estado de Falcón en razón de las amenazas y actos de hostigamiento recibidos.

En el proceso resultante de las denuncias de Luis Uzcátegui sobre los hechos de hostigamiento y su detención, se habrían acusado a tres funcionarios adscritos a la policía del estado de Falcón por la comisión de los delitos de privación ilegítima de libertad y violación de domicilio, ambos cometidos con abuso de autoridad, simulación de hecho punible y detención sin orden escrita. El 3 de febrero de 2009, se decretó el sobreseimiento de los imputados, con base en que "los hechos de la acusación no constituyan delito alguno". El Ministerio Público del estado Falcón interpuso un recurso

de apelación contra esta decisión, pero el mismo fue declarado inadmisible por ser extemporáneo.

Luis Enrique Uzcátegui era presidente de la comisión pro defensa de los derechos humanos del estado Falcón. El 7 de febrero de 2003, fue acusado por el Comandante General Rodríguez León de difamación agravada continuada prevista por los arts. 444 y 99 del Código Penal venezolano. El 9 de abril de 2008, el Juzgado Segundo declaró que se había extinto la acción penal y, por tanto, no se podía proseguir con la causa.⁽⁴⁾

El 2 de enero de 2001, la Fiscalía de Segunda del Estado de Falcón ordenó la apertura de la investigación penal en relación con la muerte de Néstor José Uzcátegui. Se tomaron las siguientes medidas probatorias: se pidió a los familiares presentes al momento de los hechos comparecer ante el cuerpo técnico de la policía judicial del estado de Falcón para brindar sus declaraciones y formular denuncias, se solicitó al Comandante General de las Fuerzas Armadas Policiales del estado de Falcón que informara los nombres de los funcionarios que actuaron en el procedimiento durante el cual transcurrieron los hechos. También se ordenaron las siguientes diligencias: tomar declaración a los policías presentes el día de los hechos; practicar peritaje de reconocimiento del arma de fuego recolectada y remitir con urgencia los resultados; pruebas de comparación balística, planimetría en el lugar de los hechos y de los vehículos utilizados.

El 6 de febrero de 2001, el Fiscal Superior del Ministerio Público del estado Falcón asignó la causa al Fiscal Primero del Ministerio Público por haber concluido la fase de investigación por parte de la Fiscalía Segunda. El 17 de abril, el Fiscal Primero propuso reabrir la fase instructiva para realizar una investigación más completa de los hechos. El 19 de septiembre del mismo año, el Cuerpo Técnico de la Policía Judicial del estado de Falcón (CTPJ) solicitó al Comandante General Rodríguez León ordenar la comparecencia de los funcionarios policiales presentes al momento de los hechos y remitir las armas y vehículos relacionados con el hecho. No consta que hubiera respuesta a dicha solicitud. El 26 y 27 de septiembre de 2001 rindieron declaración ante el CTPJ los policías presentes el día de los hechos.

(4) *Ibid.*, párrs. 88/128.

Luego, el 17 de octubre, el Fiscal Superior informó que por instrucciones de la Dirección de Protección de Derechos Fundamentales del Ministerio Público, iba a remitir la causa a la Fiscalía Séptima del estado Falcón. La misma volvió a ordenar medidas probatorias tales como la comparación balística, la información sobre la identidad de los funcionarios; realizar el levantamiento planimétrico; ampliar la entrevista de la mujer que dio testimonio el día de los hechos respecto de la conducta de Néstor José, etc.

El 12 de septiembre de 2003, la Fiscalía Séptima remitió al CTPJ el expediente para que practicara las siguientes diligencias: realizar la prueba balística; recabar el control del parque de armamento que tenían asignado los funcionarios; ordenar peritaje de trayectoria balística. El 15 de diciembre siguiente, el Fiscal Séptimo solicitó al Comandante General Rodríguez León que enviara a la brevedad al Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) las armas de fuego asignadas a los funcionarios que intervinieron en los hechos. El Fiscal ordenó que en el término de 15 días recabara la copia certificada sobre el armamento asignado a los efectivos policiales.

El CICPC de Falcón informó al Fiscal Séptimo que no había podido realizar la prueba de comparación balística entre el arma de fuego y los segmentos recuperados ya que el arma había sido remitida al Departamento de Armamento del CICPC en Caracas. Tampoco había realizado la comparación balística con las armas que portaban los efectivos policiales ya que las mismas no habían sido remitidas por parte de la Comandancia de Policía.

Por otra parte, la diligencia de reconstrucción de los hechos planeada por la Fiscalía Séptima no se pudo llevar a cabo por la falta de comparecencia del Comisario Jefe del CICPC, del experto en planimetría del CICPC de Falcón, de los policías y de los testigos.

El 11 de octubre de 2005, el Jefe de Sala de Objetos Recuperados del CICPC y el Fiscal Séptimo levantaron un acta en la que dejaron constancia de que las evidencias del caso se encontraban en dos bolsas, una de las cuales estaba en muy mal estado y las evidencias en su interior se encontraban mojadas y compactadas, impidiendo la visualización e identificación respectiva. El 3 y 5 de septiembre de 2008, la Fiscalía imputó a dos policías por delitos de simulación de hecho punible, uso indebido de arma de fuego y homicidio calificado, en perjuicio de Néstor José Uzcátegui. En el mes de

noviembre de 2011, se realizó la acusación formal de esas dos personas. Hasta el momento, no se le ha informado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca del estado actual del correspondiente proceso interno y de los resultados, ni le ha sido remitida documentación al respecto.⁽⁵⁾

2 | Análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Existe una contradicción entre declaraciones y testimonios de ambas partes. Corresponde al Estado la carga de probar si es responsable en todo caso de uso de fuerza que haya producido la muerte o lesiones a una o más personas. Por otra parte, existen asimismo contradicciones entre las distintas declaraciones del Estado: por un lado, alega que Néstor José Uzcátegui habría disparado contra una unidad policial; pero, por otro lado, de la documentación presentada se deduce que sólo habría efectuado disparos al aire. No se hace referencia en los testimonios a enfrentamientos entre ese individuo y unidades policiales. A su vez, los testimonios que afirman que Néstor José Uzcátegui habría disparado desde la puerta del baño eran incongruentes con el informe de trayectoria balística.

La Corte considera que los testimonios aportados por el Estado son inconsistentes con respecto a la prueba que obra en el expediente y que fuera presentada por el propio Estado. Ella toma en cuenta el contexto de las admitidas detenciones extrajudiciales y hechos de violencia por parte de agentes policiales reconocidos por el Estado. Considera que la investigación de los hechos relativos a la muerte de Néstor José Uzcátegui por parte de las autoridades no ha sido pronta y efectiva, que no fue llevada a cabo en un plazo razonable ni fue diligente. Por lo tanto, concluye que el Estado no aportó prueba suficiente tendiente a probar que el uso de la fuerza contra Néstor José era legítimo o que haya sido necesario por presentar un peligro real e inminente para ellos u otras personas.⁽⁶⁾

En cuanto a la detención de los hermanos de la víctima, la Corte considera que las que tuvieron lugar durante los hechos acontecidos el 1º de

(5) *Ibid.*, párrs. 44/87.

(6) *Ibid.*, párrs. 132/143.

enero de 2001 constituyen detenciones ilegales. Para ello, basa su análisis en el hecho de que, según el derecho interno, sólo puede detenerse a personas bajo orden judicial o cuando los hechos fueran producidos con flagrancia. De los elementos de prueba aportados por el Estado (mediante los cuales se tiende a probar que dichas personas detenidas habrían actuado en complicidad con Néstor José Uzcátegui) no se deduce que las detenciones se hubieran llevado a cabo por esa circunstancia. A su vez, si bien existe un registro sobre las detenciones que se llevan a cabo en el Estado de Venezuela, las mismas no se hallan registradas. Además, no se les indicó a los detenidos, al momento de producirse su detención, las razones en las que se fundamentó la misma, ni se han aportado elementos probatorios que tiendan a indicar que el Estado cumplió con su obligación de notificarles sin demora de los cargos formulados.

No fue demostrado que existieran motivos legítimos para la detención, por lo que la Corte concluye que dicha detención resulta contraria a la Convención en su art. 7. 2. en relación con el art. 1. 1. de la misma. Adicionalmente, el Estado incumplió con las medidas de protección para personas menores de edad, en contravención con el art. 19 de la Convención. Al no informar las razones de su detención, también se halla incumplido el derecho reconocido en el art. 7. 4. de la Convención Americana.⁽⁷⁾

Respecto a las alegadas violaciones al art. 5º de la Convención, la Corte determina que la detención ilegal de la que fueron objeto los hermanos de la víctima luego de que ésta fuera ejecutada, tuvo como propósito que experimentaran miedo, sufrimiento y ansiedad, por lo que constituyó una violación concreta o efectiva de su derecho a la integridad personal.⁽⁸⁾

En relación con los hechos de amenazas y hostigamiento contra Luis Enrique Uzcátegui, la Corte observa que los mismos se originaron luego de que emprendiera sus actividades judiciales y mediáticas en busca de justicia por la muerte de su hermano y otras violaciones de derechos humanos. Varios de estos hechos fueron denunciados ante autoridades competentes y, a partir del 18 de octubre de 2002, la Comisión solicitó medidas cautelares para proteger la vida e integridad personal de Luis y la Corte ordenó, el

(7) *Ibid.*, párrs. 147/159.

(8) *Ibid.*, párr. 182.

27 de noviembre de 2002, a solicitud de la Comisión, medidas provisionales. Por lo tanto, el Estado no podía desconocer estos hechos.

El Estado no dio explicaciones suficientes sobre la efectividad de las medidas de protección que, en el marco de las medidas provisionales, debía adoptar. Tampoco consta en la prueba remitida por éste que las medidas provisionales ordenadas a favor de Luis Enrique estaban siendo cumplidas. El Estado no ha demostrado que realizara acciones tendientes a prevenir los actos de amenazas y hostigamientos ni ha investigado seria y exhaustivamente los hechos.

La Corte también señala que en el contexto de los hostigamientos y amenazas sufridos por el Sr. Uzcátegui, el proceso penal por difamaciones en su contra, teniendo en cuenta el alto cargo del querellante, tenía por efecto intimidar o inhibirlo en su ejercicio del derecho de libertad de expresión. En consecuencia, la Corte considera que el Estado no ha demostrado haber realizado acciones suficientes y efectivas para prevenir los actos de amenazas y hostigamiento contra Luis Enrique Uzcátegui, incumpliendo la obligación consagrada en los arts. 5.1. y 13.1. de la Convención, en relación con el art. 1.1. de la misma. Asimismo, la Corte considera que por haberse encontrado al momento de los hechos y estar involucrados en los hechos de amenazas contra Luis E. Uzcátegui, los demás familiares de la víctima se encuentran afectados en su derecho a la integridad personal según se haya consagrado en el art. 5.1. de la Convención.⁽⁹⁾

La Corte considera, también, que el ingreso de funcionarios policiales en la vivienda donde se hallaba Néstor J. Uzcátegui, es contrario al derecho a la vida privada consagrado en el art. 11. 2. de la Convención Americana. En el mismo sentido, considera que los daños ocasionadas a las partes estructurales y mobiliario de la vivienda de la familia Uzcátegui constituyen una violación al derecho a la propiedad privada reconocido en el art. 21. 1. de la Convención Americana, tomando en cuenta la particular vulnerabilidad económica de las víctimas.⁽¹⁰⁾

Respecto a la investigación llevada a cabo en el derecho interno para esclarecer los hechos relativos a la muerte de Néstor J. Uzcátegui, la Corte

(9) *Ibid.*, párrs. 193/195.

(10) *Ibid.*, párrs. 200/206.

concluye que existen elementos que indican una falta de diligencia en las mismas. Establece, en primer lugar, que no se cumplieron varios estándares internacionales en el marco de la evaluación médico legal: no se tomaron fotografías al cuerpo de la víctima o de la balística o de manchas de sangre en el lugar de los hechos; no constan radiografías del cuerpo; no se tomaron fotografías de la vestimenta de la víctima; no consta que se hubiera tomado la temperatura o la rigidez del cuerpo; etc. En este mismo sentido, no se tomaron diligencias probatorias o de recaudación de prueba; no fueron apropiadamente realizadas o fueron realizadas tardeamente: el peritaje sobre la trayectoria intraorgánica de las balas que impactaron en la víctima se realizó aproximadamente 10 años después de la muerte de este último, y cuando se efectuó, sólo pudo basarse en la necropsia y debido a esa tardanza, no registró el trayecto de la bala, por lo que no se pudo profundizar sobre este punto; las armas policiales utilizadas en el operativo no fueron entregadas por la policía sino hasta cuatro años después de ocurridos los hechos; no se encontraron fotografías del arma que habría sido recuperada en la escena; no figura ningún informe pericial de balística practicado a esa arma o a las armas de los funcionarios policiales; el levantamiento planimétrico se realizó más de un año y medio después de ocurridos los hechos; etc.⁽¹¹⁾

Además, la Corte tiene presente que las evidencias del caso no se preservaron adecuadamente, según fue informado el 11 de octubre de 2005 por el Jefe de la Sala de Objetos Recuperados del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas. Asimismo, en diversas actuaciones las autoridades omitieron o retrasaron la práctica o remisión de material probatorio solicitado por la Fiscalía. Por otra parte, la Corte advierte que varias diligencias de investigación fueron realizadas por la misma institución a la que pertenecían los funcionarios policiales que estaban bajo investigación. Si bien el perito ofrecido por el Estado señaló que hay dos personas procesadas por los hechos, la Corte concluye que las autoridades no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la muerte de Néstor José Uzcátegui. En consecuencia, encuentra que hubo una violación de los derechos a las garantías y a la protección judicial previstos en los arts. 8. 1. y 25. 1. de la Convención Americana.⁽¹²⁾

(11) *Ibid.*, párrs. 216/218.

(12) *Ibid.*, párrs. 219/223.

Respecto al plazo razonable, si bien transcurrieron 12 años y medio de la ocurrencia de los hechos, la Corte en su análisis considera cuatro elementos: 1) complejidad del asunto; 2) actividad procesal del interesado; 3) conducta de las autoridades judiciales; 4) afectación en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Para la Corte, no existe una particular complejidad en el asunto ya que no se trata, por ejemplo, de un caso donde hay una pluralidad de víctimas; las circunstancias de la muerte no presentaban características complejas y los autores ya estaban individualizados.

En cuanto al segundo elemento que tiene en cuenta, considera que los familiares de la víctima tomaron una participación activa en el contexto de la investigación de los hechos e impulsaron las investigaciones. La Corte constata negligencias por parte de las autoridades, por ejemplo, en la necropsia realizada y en la recaudación y conservación de la prueba. Ello tuvo como consecuencia dilaciones en el proceso. A su vez, hubo un trascurso de tiempo en el cual no se produjo ninguna actividad procesal o de investigación significativas. De la prueba que obra en autos no se desprende que haya habido actividad alguna por parte de las autoridades por más de un año y medio. También se produjeron dilaciones en el proceso concerniente a las investigaciones de las detenciones, amenazas y hostigamientos en contra de Luis y Carlos E. Uzcátegui por un obrar negligente por parte de las autoridades. Por otro lado, según fue señalado por las partes, en 11 años y medio desde que fue iniciada la investigación han actuado numerosas fiscalías generando dilaciones en los procedimientos y dificultades para seguir con celeridad las líneas de investigación. En conclusión, para la Corte las investigaciones de la muerte de Néstor J. Uzcátegui excedieron un plazo razonable, derecho previsto en los arts. 8.1. y 25.1. de la Convención Americana.⁽¹³⁾

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, se analizan situaciones de violencia enmarcadas en un contexto en el cual el Estado reconoció una situación de uso indebido de la fuerza por parte de las autoridades policiales. Sin embargo, en sus presentaciones, el Estado no alude al caso en relación a esa situación ya reconocida, sino que lo toma como un hecho aislado.

(13) *Ibid.*, párrs. 224/240.



Asimismo, se puede constatar una negligencia en el actuar de los funcionarios que llevaban a cabo la investigación de los hechos, en la conservación de la prueba, y una marcada dilación del proceso, el cual excede los parámetros de un plazo razonable.

Respecto de los hechos de hostigamiento y amenazas contra las denuncias sobre la muerte de la víctima, la Corte ya se habría expresado puntualmente acerca de la apertura de un proceso penal de difamación contra algún funcionario público en los casos "Kimel vs. Argentina"⁽¹⁴⁾ y "Palamara Iribarne vs. Chile".⁽¹⁵⁾ Según las opiniones expresadas por la Corte en aquellas oportunidades, no es contrario a la Convención Americana la apertura de un proceso penal respecto de la expresión de opiniones o informaciones pero debe analizarse con extremo cuidado, teniendo en cuenta la gravedad de la conducta desplegada por el autor de dichas opiniones, el dolo con el que actuaba y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.

A su vez, la Corte fue crítica de la utilización de medidas penales para acallar críticas al funcionamiento de los poderes públicos relacionadas con derechos fundamentales.

(14) CIDH, "Caso Kimel vs. Argentina". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 02/05/2008.

(15) CIDH, "Caso Palamara Iribarne vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22/11/2005.

Derecho a la libertad e integridad personal. Derecho de circulación y residencia

CORTE IDH, "CASO MASACRES de RÍO NEGRO vs. GUATEMALA", EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES y COSTAS, SENTENCIA del 4 de SEPTIEMBRE de 2012, SERIE C N° 250

por **GIULIANA DEL ROSARIO MUCCI MIGLIANO⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

Entre los años 1962 y 1996 hubo un conflicto armado interno en Guatemala que provocó grandes costos humanos, materiales, institucionales y morales. La Comisión de Esclarecimiento Histórico (en adelante, "CEH") estimó que "el saldo en muertos y desaparecidos del enfrentamiento armado interno llegó a más de doscientas mil personas", y que las fuerzas del Estado y grupos paramilitares fueron responsables del 93% de las violaciones a los derechos humanos cometidas, incluyendo el 92% de las desapariciones forzadas.

Durante dicho conflicto, el Estado aplicó lo que denominó "Doctrina de Seguridad Nacional", acrecentando la intervención del poder militar para

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI" ..

enfrentar a la “subversión”, concepto que incluía a toda persona u organización que representara cualquier forma de oposición al Estado —con lo cual, dicha noción se equiparaba a la de “enemigo interno”—. La CEH concluyó que, en aplicación de la referida doctrina, el 91% de las violaciones registradas se produjo entre los años 1978 y 1983, bajo las dictaduras de los generales Romeo Lucas García (1978-1982) y José Efraín Ríos Montt (1982-1983). De acuerdo con el Informe de la CEH, alrededor de 626 masacres fueron ejecutadas mediante actos de extrema crueldad, destinados a eliminar a las personas o grupos de personas “definidos como enemigo”, y a “aterrorizar a la población”.

El pueblo maya fue el grupo étnico más afectado por las violaciones de derechos humanos cometidas durante el enfrentamiento armado, sufriendo el desplazamiento forzado y la destrucción de sus comunidades, viviendas, ganado, cosechas y otros elementos de supervivencia. Asimismo, el Informe Guatemala Nunca Más del Proyecto de la Recuperación de la Memoria Histórica de la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (en adelante, “Informe REMHI”) indica que “aparecen algunos casos de niños que fueron separados de sus familias o comunidades, secuestrados y adoptados de forma fraudulenta por algunos de los victimarios de sus familias. Esta práctica les ha condenado a vivir con los asesinos de sus familiares”.

Todos estos hechos, además, tuvieron, y todavía tienen, importantes efectos culturales en los pueblos mayas. Las violaciones de derechos humanos sucedidas durante el conflicto armado interno en Guatemala también significó la pérdida de los valores y prácticas culturales y religiosas de los pueblos mayas, así como de sus instituciones sociales, económicas y políticas. Particularmente entre los años 1980 y 1983, las desapariciones forzadas, el uso de la tortura y las ejecuciones arbitrarias, entre otros, afectaron las estructuras de autoridad y liderazgo indígena, destruyendo el tejido y las relaciones sociales tradicionales al interior de las comunidades mayas.

El 4 de marzo de 1980 dos miembros del ejército guatemalteco y un agente de la Policía Militar Ambulante (en adelante, “PMA”) llegaron a la aldea de Río Negro en búsqueda de algunas personas, a quienes acusaban de haber robado víveres de los trabajadores del INDE que construían la represa en el Río Chixoy. Los miembros de la comunidad de Río Negro se reunieron frente a la capilla de la aldea, tras lo cual surgió una discusión y, aparentemente, fue golpeado un agente de la PMA.

Seguidamente dispararon y mataron a seis personas de la comunidad. Luego, dos líderes del comité de la comunidad de Río Negro que negociaba el reasentamiento fueron convocados a una reunión que se realizaría el 8 de julio de 1980. Si bien ese mismo día partieron con el propósito de acudir a la reunión con el INDE, no regresaron de esa cita y sus cuerpos desnudos fueron encontrados varios días después con heridas producidas por armas de fuego.⁽²⁾

A principios de febrero de 1982, un grupo de hombres armados incendiaron el mercado de la aldea de Xococ y mataron a cinco personas. El ejército guatemalteco identificó estos hechos con la guerrilla y con la comunidad de Río Negro, por lo que la comunidad de Xococ se declaró enemiga de esta última y rompió los vínculos comerciales que tenía con la misma. El ejército armó, adiestró y organizó a los pobladores de Xococ en patrullas de autodefensa civil, quienes se enfrentaron con la comunidad de Río Negro.

Posteriormente, los patrulleros de Xococ congregaron a los restantes pobladores de Río Negro frente a una iglesia, amarraron a algunos y/o los atacaron “con garrotes y machetes”. Luego encerraron a las personas en un edificio sin agua ni comida, y algunas permanecieron así durante dos días.

El grupo de miembros de la comunidad de Río Negro que fue trasladado a Xococ constó de aproximadamente 70 personas, en su mayoría hombres adultos, pero también niños y mujeres —algunas de ellas, en estado de embarazo—. Sin embargo, sólo dos personas regresaron a Río Negro.

Un mes después, miembros del ejército guatemalteco y patrulleros de la aldea de Xococ, pasaron casa por casa preguntando por los hombres, pero la mayoría no se encontraba debido a que pernoctaban en el monte por motivos de seguridad. Mediante acusaciones de que la ausencia de los hombres era muestra de que se encontraban con la guerrilla, les exigieron a las mujeres —incluso a las embarazadas—, a los ancianos y a los niños salir de sus casas (supuestamente, para participar en una reunión), y saquearon la aldea.

(2) CORTE IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C N° 250, Múltiples, párr. 69.

Posteriormente, los patrulleros y soldados obligaron a las mujeres, algunas de ellas amarradas del cuello o de las manos, a caminar por aproximadamente 3 kilómetros montaña arriba, sin agua ni comida, hasta un cerro conocido como "Pacoxom". Camino a dicho cerro, los soldados y patrulleros insultaron, empujaron, golpearon y azotaron con ramas y garrotes a las personas, incluso a mujeres embarazadas, y mataron a algunas que no podían continuar. Algunas de las niñas y mujeres fueron apartadas del grupo y violadas sexualmente; consta en el expediente que, al menos, una de ellas se encontraba en estado de embarazo: María Eustaquia Uscap Ivoy, menor de edad para la época de los hechos.

Al llegar al cerro de Pacoxom, los patrulleros y soldados escarbaron una fosa y procedieron a matar a las personas de Río Negro que se encontraban presentes. Ahorcaron a varias personas usando palos o lazos, y a otras las mataron con machetes o disparándoles. Mataron a los bebés y a los niños con machetes, agarrándolos de los pies o del pelo para lanzarlos contra las piedras o los árboles hasta que perdieran la vida, o también amontonándolos en pequeños grupos para dispararles a todos juntos. Los cadáveres de las personas masacradas fueron tirados a una quebrada cercana o a una fosa que los patrulleros y soldados habían cavado, la que posteriormente cubrieron con piedras y ramas.

Algunos de los sobrevivientes de la masacre ocurrida en Pacoxom se refugiaron en un sitio sagrado conocido como "Los Encuentros". En dicho lugar, el 14 de mayo de 1982, aproximadamente a las 13 horas, un grupo de soldados y patrulleros atacaron a la comunidad, disparando y lanzando granadas. Violaron sexualmente a varias mujeres, incendiaron casas, y colgaron y amarraron a varias personas de los árboles, obligándolos a pararse en una plancha que ardía sobre fuego hasta que fallecieran. De este modo, los patrulleros y soldados mataron a, por lo menos, 79 personas. Asimismo, en al menos tres ocasiones, llegó a la comunidad un helicóptero del ejército al cual hicieron abordar a, por lo menos, a 15 personas de las que no se volvió a tener noticia. Varios de los sobrevivientes huyeron a las montañas, donde se refugiaron del asedio por parte del ejército y los patrulleros.⁽³⁾

(3) *Ibid.*, párr. 80.

Un grupo de sobrevivientes de las masacres de Pacoxom y Los Encuentros huyeron a un caserío conocido como "Agua Fría". El 14 de setiembre de 1982 llegó a dicho lugar un grupo de soldados y patrulleros, quienes agruparon a las personas en un inmueble. Les dispararon desde afuera y luego le prendieron fuego al inmueble, matando a aproximadamente a 92 personas. Consta en el expediente que, por lo menos, una persona —la señora Timotea Lajuj López— sobrevivió a la masacre debido a la intervención de su hermano, quien prestaba servicio militar.⁽⁴⁾

2 | Análisis de la Corte IDH

El Tribunal consideró que el Estado violó los derechos reconocidos en los arts. 3, 4. 1., 5. 1. y 7. 1. de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, "CADH"), en relación con el art. 1. 1. de la misma, todos ellos en relación con las obligaciones establecidas en el art. I. a) de la Convención sobre Desaparición Forzada, en su perjuicio. También la Corte consideró que el Estado, adicionalmente, violó el art. 19 CADH, en relación con el art. 1. 1. de la misma, en perjuicio de Manuel Chen Sánchez, menor de edad al momento de los hechos.

La jurisprudencia de la Corte ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la plurifensividad de los derechos afectados y el carácter permanente o continuado de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida o se identifiquen con certeza sus restos.

Al respecto, la Corte ha señalado que "la privación de libertad con la cual inicia una desaparición forzada, cualquiera que fuere su forma, es contraria al art. 7 de la Convención Americana". Ha estimado que el Estado colocó a las personas en una grave situación de vulnerabilidad y riesgo de sufrir daños irreparables a su integridad personal y vida.⁽⁵⁾

(4) *Ibid.*, párr. 81.

(5) *Ibid.*, párr. 116.

Respecto a los hechos de la masacre del 14 de Mayo de 1982 en Los Encuentros, el Tribunal observa, en primer lugar, que el Estado reconoció la desaparición forzada de la señora Ramona Lajuj y del niño Manuel Chen Sánchez, quienes formaron parte del referido grupo de personas obligadas a subir a un helicóptero en Los Encuentros. Al respecto, Manuel Chen Sánchez tenía aproximadamente dos años en el momento en que fue desaparecido, y habría cumplido siete años al momento en que el Estado aceptó la competencia contenciosa del Tribunal.⁽⁶⁾

En relación con el art. 5 CADH, la Corte ha considerado que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias, y causa un gran daño físico y psicológico que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas.⁽⁷⁾

De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima, aun cuando no exista evidencia de lesiones o enfermedades físicas. En efecto, no en todos los casos las consecuencias de una violación sexual serán enfermedades o lesiones corporales. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas e, inclusive, sociales. La Corte también ha establecido que, en determinadas situaciones, la violación sexual también puede constituir una forma de tortura de la víctima.⁽⁸⁾

Es claro que las personas que fueron sustraídas de la comunidad de Río Negro durante la masacre de Pacoxom, y que fueron obligadas a trabajar en casas de patrulleros de las autodefensas civiles, sufrieron un impacto agravado en su integridad psíquica cuyas consecuencias se mantienen hasta el día de hoy. Por tanto, tomando en cuenta el reconocimiento de responsabilidad del Estado, la Corte consideró que Guatemala es responsable de la violación de los derechos reconocidos en el art. 5. 1. CADH,

(6) *Ibid.*, párr. 122.

(7) CORTE IDH, “Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25/11/2006, Serie C N° 160, párr. 311.

(8) CORTE IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 04/09/2012, Serie C N° 250, múltiples, párr. 132.

en relación con los arts. 6, 17 y 1. 1. de la misma, en perjuicio de María Eustaquia Uscap Ivoy. Asimismo, el Estado es responsable por la violación del art. 5. 1. CADH, en relación con los arts. 6, 17, 19 y 1. 1. de la misma.

La Corte IDH consideró importante señalar que, entre las medidas especiales de protección que deben adoptar los Estados a favor de los niños indígenas, se encuentra la de promover y proteger el derecho de éstos a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma, obligación adicional y complementaria definida en el art. 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la que Guatemala es Parte desde el 6 de junio de 1990, y la cual dota de contenido al art. 19 CADH.

La Corte IDH observó que actualmente los miembros de la comunidad de Río Negro no pueden realizar sus rituales fúnebres porque el Estado no ha localizado ni identificado a la mayor parte de los restos de personas supuestamente ejecutadas durante las masacres, y porque 17 personas se encuentran desaparecidas forzadamente. Pero, por otro lado, tampoco pueden realizar cualquier otro tipo de rituales pues los sitios sagrados a los cuales solían acudir se encuentran inundados a raíz de la construcción de la hidroeléctrica de Chixoy. La Corte ya ha señalado que la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales no estriba solamente en que constituyen su principal medio de subsistencia, sino un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad⁽⁹⁾ o integridad cultural, el cual es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática, como la de Guatemala.

Dados los antecedentes violentos que sobrevivieron y la carencia extrema que padecieron en las montañas, así como el contexto de violencia que permanecía vigente en Guatemala durante esos años, la Corte consideró que los miembros de la comunidad de Río Negro se vieron imposibilitados de retornar a sus tierras ancestrales durante este período debido al temor fundado de ser objeto de violaciones a sus derechos a la vida e integridad personal, entre otros.

(9) CORTE IDH, "Casoaso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay", Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia del 17/06/2005, Serie C N° 125, párr. 135.

Además, el Tribunal valoró que la construcción de la represa Chixoy y su embalse imposibilitó físicamente el retorno de la comunidad de Río Negro a una parte de sus tierras ancestrales de forma permanente, por lo que la libertad de circulación y de residencia de los miembros de la Comunidad de Río Negro reasentados en la colonia de Pacux se encuentra limitada hasta la fecha por una restricción de facto.

Por último, la Corte acreditó que las condiciones de vida en la colonia Pacux no han permitido a sus habitantes retomar sus actividades económicas tradicionales y que han tenido que participar en actividades económicas que no les permiten ingresos estables —lo cual también ha contribuido a la desintegración de la estructura social y vida cultural y espiritual de la comunidad—, y que necesidades básicas de salud, educación, alumbrado y agua no se encuentran plenamente satisfechas.

Si bien Guatemala ha hecho esfuerzos por reasentar a los sobrevivientes de las masacres de la comunidad de Río Negro, no ha establecido las condiciones ni proporcionado los medios indispensables para reparar o mitigar los efectos de su desplazamiento, provocado por el propio Estado. Por lo anterior, la Corte consideró que el Estado de Guatemala es responsable por la violación de los derechos reconocidos en el art. 22. 1. CADH, en relación con el art. 1. 1. de la misma, en perjuicio de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro que habitan en la colonia Pacux. Asimismo, el Tribunal estimó que la investigación de los hechos de las masacres cometidas en contra de la Comunidad de Río Negro no ha sido asumida como un deber propio del Estado, y no ha estado dirigida eficazmente a la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual sanción de todos los responsables, incluyendo autores materiales e intelectuales, de modo que se examinen de forma completa y exhaustiva la multiplicidad de afectaciones ocasionadas. Además, la investigación tampoco ha estado encaminada hacia la localización de todas las víctimas desaparecidas, ni a la ubicación ni debida identificación de los restos que han sido encontrados en las diversas exhumaciones realizadas.

En suma, los hechos del presente caso se encuentran en impunidad. En consideración de lo anterior, la Corte resolvió que Guatemala es responsable de la violación de los derechos reconocidos en los arts. 8.1. y 25.1. CADH, en relación con el art. 1.1. de la misma, así como por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 1, 6 y 8 de la Con-

vención contra la Tortura, el art. I. b) de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, y el art. 7. b de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de las víctimas del presente caso, en sus respectivas circunstancias.

Finalmente, la Corte estimó que las víctimas sobrevivientes de las masacres de Río Negro padecen un profundo sufrimiento y dolor como resultado de la impunidad en que se encuentran los hechos, los cuales se enmarcaron dentro de una política de Estado de “tierra arrasada” dirigida hacia la destrucción total de dicha comunidad. Por tanto, la Corte consideró que el Estado violó el art. 5. 1. CADH, en relación con el art. 1. 1. de dicho instrumento, en perjuicio de los sobrevivientes de las masacres de Río Negro.

La Corte estableció que su sentencia constituye una forma de reparación y, adicionalmente, ordenó al Estado: investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas en la presente sentencia, con el propósito de juzgar y, eventualmente, sancionar a los presuntos responsables; realizar una búsqueda efectiva del paradero de las víctimas desaparecidas forzadamente, así como de la localización, exhumación e identificación de las personas presuntamente ejecutadas, y la determinación de las causas de muerte y posibles lesiones previas; implementar un banco de información genética; realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del presente caso; brindar tratamiento médico y psicológico a las víctimas del presente caso; y establecer un mecanismo adecuado para que posteriormente otros miembros de la comunidad de Río Negro puedan ser considerados víctimas de alguna violación de derechos humanos declarada en el fallo y reciban reparaciones individuales y colectivas como las ordenadas.

3 | Consideraciones finales

El sometimiento del presente caso por parte de la Comisión Interamericana fue notificado al Estado y a la organización ADVIMA como representantes de las presuntas víctimas, el 29 de marzo de 2011. El 6 de junio de 2011 los representantes remitieron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas. El 22 de noviembre de 2011, el Estado presentó un escrito de contestación a la presentación del caso y de observaciones al escrito de

solicitudes y argumentos, el cual impugnó la competencia de la Corte para conocer sobre las violaciones que ocurrieron antes que el Estado reconociera la competencia contenciosa del Tribunal.

No obstante, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en relación con algunas de las violaciones alegadas por la Comisión y los representantes, y aceptó algunas de las pretensiones de reparación formuladas por éstos. La Corte Interamericana emitió la sentencia, en la cual aceptó el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado y admitió la excepción preliminar interpuesta por Guatemala sobre la falta de competencia temporal de la Corte Interamericana para conocer sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas antes del reconocimiento de la competencia temporal del Tribunal.

Violación a las garantías judiciales Cumplimiento del Estado

COMISIÓN INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS,
"RUBÉN GODOY vs. ARGENTINA", INFORME N° 66/12,
CASO 12.324, 29 de MARZO de 2013

por LUCÍA BELÉN PENSO⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En 1994, Rubén Godoy fue condenado a la pena de prisión perpetua como autor de los delitos de tentativa de violación y homicidio calificado en concurso real de una mujer de 19 años en la provincia de Santa Fe. Los peticionarios sostienen que éste fue coaccionado para que se declarase culpable, que el elemento principal en el que se basó la condena fue esa confesión —obtenida mediante golpes— y que la investigación que se llevó a cabo fue incompleta y adoleció de graves falencias técnicas.⁽²⁾ Se adujo, además, que la confesión fue hecha durante un interrogatorio policial que se llevó a cabo sin la presencia del abogado defensor de la víctima y que, a su vez, ésta no tuvo acceso a un recurso que revisara su sentencia de condena.⁽³⁾

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "Rubén Godoy vs. Argentina", Informe 66/12, Caso 12.324, OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 en 121 (2004), párrs. 12 y 14.

(3) *Ibid.*, párr. 2.

En una primera declaración, Godoy ratificó la confesión prestada en la comisaría, denunciando que fue golpeado por policías. Más adelante, solicitó prestar una nueva declaración, en la cual reiteró no haber sido partícipe de los hechos y dio otra versión de ellos. Según los peticionarios, este cambio en su versión de los hechos se produjo luego de haber tomado conocimiento de que no sería devuelto a la custodia de los mismos policías que lo habían golpeado.

El señor Godoy optó por ser juzgado en juicio oral con el fin de lograr una solución expedita, lo cual implicaba, según el art. 447 del Código de Procesal Penal de la provincia de Santa Fe vigente, la renuncia a una segunda instancia.⁽⁴⁾ En otras palabras, al optar por someterse a un juicio oral, según la interpretación dada al código de procedimiento mencionado, el Sr. Godoy habría renunciado a su derecho de revisión del fallo condenatorio.

Al tiempo de ser juzgado, la defensoría oficial, en representación de Godoy, interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia condenatoria,⁽⁵⁾ al considerar que ésta se basaba en prueba viciada, que los jueces habían desconocido la presunción de inocencia en favor del acusado y que la imposibilidad legal de obtener una revisión del fallo condenatorio desconocía la garantía de la doble instancia, consagrada por el art. 8. 2. h. de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “CADH” o “la Convención”). La Cámara de Apelaciones declaró inadmisible el recurso invocado por no encontrar arbitrariedad ni violación a las garantías constitucionales, al tiempo que destacó que los agravios alegados requerían una valoración de la prueba y que, por lo tanto, serían materia de apelación y no de inconstitucionalidad. No obstante, como el señor Godoy no podía acceder al recurso de apelación, su defensa interpuso un recurso de queja ante la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe. El tribunal superior denegó el recurso por considerar los agravios conducentes a exámenes de hechos, prueba y derecho común.⁽⁶⁾

(4) *Ibid.*, párr. 18.

(5) *Ibid.*, párr. 140.

(6) *Ibid.*, párr. 143.

2 | Consideraciones de la Comisión

El presente informe contiene el análisis de fondo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH” o “la Comisión”) en el 2010, adicionando el informe que establece el art. 51 CADH, del año 2011. En marzo del 2012 fue publicado dicho informe, sumado al estudio de lo ya cumplido y de lo que le falta cumplir al Estado argentino, a partir de lo dispuesto por informes anteriores de la Comisión.

En primer lugar, la Comisión señala que no cuenta con pruebas suficientes para poder establecer si existieron torturas, pero que esta falta de pruebas se debe a la ausencia de una investigación diligente y efectiva por parte de las autoridades estatales. En cuanto a la confesión realizada por Godoy frente al juez de garantías, la Comisión señala que es consistente con la denuncia por torturas y tratos crueles, ya que cuando prestó la primera declaración en juicio sólo habían pasado unos pocos días desde la confesión en la comisaría: un efecto intimidatorio que es una característica propia de la tortura.⁽⁷⁾ Valorando estos hechos, la Comisión entendió que constituyeron una violación del derecho a las garantías judiciales y un incumplimiento de la obligación de investigar. Al no haber llevado a cabo la investigación de una denuncia, la Justicia no puede utilizar la declaración rendida en la sede policial como medio de prueba.⁽⁸⁾

La Comisión también estableció que, por haberse realizado un interrogatorio al Sr. Godoy ante agentes de la policía sin presencia de su abogado defensor, tanto como por no permitir que su abogado interrogué a un testigo que podía aportar datos decisivos para el caso,⁽⁹⁾ sevioló el derecho a la defensa.

Por otra parte, no fueron debidamente notificadas las decisiones de cada proceso penal, lo que perjudicó el ejercicio del derecho de defensa. Esto provocó que el Sr. Godoy no pudiera seguir defendiéndose hasta las últimas instancias.⁽¹⁰⁾

(7) *Ibid.*, párr. 92.

(8) *Ibid.*, párr. 94.

(9) *Ibid.*, párrs. 65 y 107.

(10) *Ibid.*, párrs. 110 y 112.

La declaración auto inculpatoria brindada en la sede policial fue tomada por la Justicia como un indicio, pero se le otorgó pleno valor a la declaración indagatoria emitida al día siguiente. La Comisión consideró que este hecho fue violatorio de la Convención Americana, ya que sólo habían pasado unas pocas horas desde su detención y, según el testimonio de la víctima, aun tenía temor de volver a las instalaciones donde lo habían maltratado.⁽¹¹⁾ Al dar valor probatorio a esta declaración —llevada a cabo después de haber sido denunciada la tortura—, sin investigar debidamente los hechos, el Estado violó las garantías judiciales de Godoy consagradas en los arts. 8. 2. g. y 8. 3. en relación con el art. 1. 1. CADH.

La Comisión afirma que una norma no puede implicar la elección de un juicio que signifique la renuncia a una garantía reconocida por la Convención Americana de Derechos Humanos —como la de segunda instancia— y recuerda que el derecho de recurrir un fallo ante un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía constituye una garantía fundamental dentro del debido proceso legal.⁽¹²⁾ Toda persona condenada tiene derecho a solicitar una revisión de los hechos, derechos y valoración de la prueba. Por esta razón, el Estado argentino violó el debido proceso, ya que el proceso oral en única instancia y el recurso de inconstitucionalidad no cumplen con los estándares mínimos requeridos por la Convención.⁽¹³⁾

Se consideró, asimismo, que en el caso de los sistemas procesales penales, como el argentino, en los cuales rigen los principios de oralidad e inmediación, éstos no pueden significar exclusiones o limitaciones a la revisión judicial.⁽¹⁴⁾ La norma que establecía el proceso oral en una única instancia fue modificada años después de los hechos, pero su aplicación en este caso implica un incumplimiento de la obligación de adoptar medidas en el derecho interno.

La Comisión no encontró razones para someter el caso a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), dado que consideró que se había dado cumplimiento sustancial a las re-

(11) *Ibid.*, párr. 121.

(12) *Ibid.*, párr. 124.

(13) *Ibid.*, párr. 156.

(14) *Ibid.*, párr. 136.



comendaciones. Fueron valorados los esfuerzos y avances realizados en conjunto por el Estado nacional y la provincia de Santa Fe luego de los informes: la emisión de un nuevo Código Procesal que reconoce la apelación para los juicios orales, el desarchivo de la causa y la producción de diversas pruebas.⁽¹⁵⁾ Concluyó diciendo que va a realizar un seguimiento sobre algunos puntos de cumplimiento que deben continuar desarrollándose en el tiempo.

Finalmente, la Comisión realizó recomendaciones al Estado argentino para que tome las medidas necesarias para que el recurso de revisión de la sentencia sea efectivo, excluya toda prueba obtenida bajo coacción y complete la investigación penal para esclarecer la denuncia de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el menor tiempo posible y de una manera imparcial y efectiva.

3 | Consideraciones finales

El presente caso evidencia que un buen seguimiento de los informes de la Comisión puede llevar a un progresivo cumplimiento de las medidas ordenadas en ellos. Así, con la colaboración del Estado, que no sólo continuó avanzando en la investigación sino que también adoptó cambios significativos en la legislación, se puede evitar el sometimiento del caso ante la Corte, que debido a la sobrecarga de casos, demora la reparación de las violaciones a los derechos humanos.

(15) *Ibid.*, párrs. 170 y 174.

Debido proceso en trámites de expulsión de extranjeros

TEDH, "CASE of H. N. v. SWEDEN" y "CASE of S. F. and OTHERS v. SWEDEN", 15 de MAYO de 2012

por AGUSTÍN MOGNI⁽¹⁾

I | "Case of S. F. and others v. Sweden"⁽²⁾

I.I | Los hechos del caso

En la sentencia del 15 de mayo de 2012 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o "el Tribunal") en el "Caso de S. F. y otros v. Suecia" los solicitantes son tres personas provenientes de Teherán, Irán, que requieren asilo a causa de que son perseguidos políticamente por el "*Etalat*", la fuerza de seguridad del gobierno iraní, por ser uno de ellos⁽³⁾ miembro del partido opositor, el "Partido Democrático del Kurdistán Iraní (KDPI)".

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) TEDH, "S. F. and others v. Sweden". Ver texto compuesto del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110921>

(3) Los otros dos solicitantes son su esposa y su hijo nacido en Suecia.

Luego de que secuestrasen a un compañero político de ellos y de comenzar a recibir amenazas, los solicitantes deciden exiliarse. Para hacerlo, cruzan la frontera con Turquía entre el 28 y 29 de agosto de 2007 y llegan a Suecia el 10 de septiembre del mismo año. Una vez allí, solicitan asilo, residencia y los correspondientes permisos de trabajo, pero el 23 de mayo de 2008 la Junta de Inmigración (*"The Migration Board"*) les rechaza la solicitud alegando que su relato carece de credibilidad y que, aun habiendo participado del KDPI, lo hicieron en un nivel político muy bajo por lo que no deberían ser de interés del gobierno iraní. La mencionada Junta también afirma que, desde su llegada a Suecia, el nivel de participación política de los solicitantes en la sede del KDPI de ese país ha sido bajo y que sólo presenciaron reuniones generales.

Entonces, deciden presentarse a la Corte de Migraciones, ante la cual complementan su historia, probando que amigos suyos, militantes del KDPI, habían sido secuestrados en ese tiempo en Irán y que, en caso de ser deportados, ellos correrían un peligro evidente. En todo este tiempo, comenzaron a participar de un programa de televisión sobre Irán y en el Comité Europeo de Apoyo a los Prisioneros del Partido Kurdistán, la tiempo que se involucraron activamente en la búsqueda de apoyo de diferentes ONGs. El 14 de enero de 2009, la Corte de Migraciones rechaza la solicitud de asilo sosteniendo que el nivel político de los solicitantes es muy bajo; no obstante, señala que la credibilidad de la historia no puede ser cuestionada y que en Irán se están produciendo desapariciones a los altos mandos del KDPI, por lo que las prácticas todavía subsisten.

Los solicitantes se presentan frente al Tribunal el 10 de setiembre de 2010 y, cuatro días después, el Presidente de la Sala aplica el art. 39 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, "la Convención"), que prohíbe que se deporte a los solicitantes hasta nuevo aviso. Los solicitantes siguieron participando activamente en política en defensa del KDPI, contra el gobierno iraní durante todo este tiempo.

El caso se basa en la violación al art. 3º de la Convención,⁽⁴⁾ que establece la prohibición de tortura, ya que en su solicitud, los peticionarios alegan que la deportación los ubicaría frente a un peligro inminente de ser detenidos y maltratados.

(4) CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, art. 3º: "Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

I.2 | Análisis

En el presente caso, la Quinta Sección del Tribunal hace un análisis profundo del ámbito socio-político de Irán, citando a varios organismos de derechos humanos que, a través de *amicus curiae*, otorgan información acerca de las persecuciones políticas en Irán.

En cuanto a la violación del art. 3 de la Convención, el Estado alega que los solicitantes no participan en política tan activamente como dicen y que las pruebas presentadas carecen de un valor destacable.

La Corte, en su análisis, coincide en que, debido a un temor infundado, escaparon de Irán y en que los solicitantes de asilo generalmente se encuentran en una desigualdad probatoria con respecto al Estado. Además, sostiene que, a pesar de los reportes de derechos humanos, deportar una persona a Irán no representaría, en sentido general, una violación al art. 3. Sin embargo, al analizar si en el caso particular habría violación del mencionado artículo, los jueces de la Quinta Sección afirman que, desde su llegada a Suecia, los solicitantes han participado activamente en política, que el primer solicitante es un popular músico y atleta, y que el Estado iraní posee un organismo de inteligencia encargado de relevar las críticas hacia dicho país. Estas circunstancias son determinantes para que la Corte falle que, en caso de ser deportados a Irán, serían fácilmente reconocidos y, posiblemente sometidos a tratos crueles, inhumanos o degradantes, lo que sí representaría una violación al art. 3 de la Convención. Es por esto que el Tribunal decide que no se envíe a los solicitantes a Irán y que se los repare económicamente.

2 | “Case of H. N. v. Sweden”

2.I | Los hechos del caso

En el “Caso de H. N. v. Suecia”, con sentencia del Tribunal de Derechos Humanos de misma fecha que el anterior, encontramos a un hombre burundés que llega a Suecia el 19 de setiembre de 2006. El solicitante huyó del “Consejo Nacional de Defensa de la Democracia - Fuerzas de Defensa de la Democracia” (CNDD - FDD), gobierno electo en 2005.

Según él, era perseguido políticamente por pertenecer al "Partido por la Liberación del Pueblo Hutu - Fuerzas Nacionales de Liberación" (Palipehutu - FNL), por lo que había sido detenido previamente y torturado a diario.

El 26 de julio de 2007, la Junta de Inmigración rechaza su pedido de asilo. Para hacerlo, tiene en consideración que, según su propio entender, Burundi ha mejorado mucho en el último tiempo, que la situación no es lo suficientemente grave como para considerarlo refugiado. Por ello, el solicitante no debería ser de interés de las autoridades, ya que tampoco probó un riesgo aparente.

Luego, presentó pruebas del arresto y del fallecimiento de su padre de escaso valor probatorio, ya que los papeles contenían errores formales debido al precario acceso del solicitante al registro informático burundés —que ya, de por sí, es complejo—. Posteriormente, el solicitante apeló la decisión de la Junta de Inmigración ante la Corte de Migraciones. Ésta rechazó nuevamente su petición, alegando que no había probado su identidad, ni cómo había conseguido la documentación, a la vez que la consideró sin ningún valor relevante. Sin poder demostrar el riesgo que ser deportado a Burundi podría significarle es que acude al Tribunal Europeo, quien dicta una decisión acorde al art. 39 del reglamento del Tribunal. Éste, con fecha de 30 de junio de 2009, establece medidas previsionales por las cuales no puede ser deportado hasta nuevo aviso.

La petición de este caso también se basa en la violación del art. 3º de la Convención Europea —que, como se señaló, establece que "Nadie será sometido a tratos inhumanos o degradantes"—. El solicitante argumenta que, en caso de ser deportado, será detenido y torturado nuevamente, con el agravante de que las autoridades de Burundi se encuentran al corriente de su caso. Además, se alega la violación a los arts. 2º, 6º y 13 de la Convención Europea. El primero se refiere al derecho a la vida que admite, como excepción, a la pena de muerte dictada por un tribunal por un delito para el que dicha pena haya sido instituida por ley. Además, en los arts. 6º y 13 están las relaciones con el proceso judicial, estableciendo el art. 6º el derecho a un proceso equitativo que, según el solicitante, se habría violado, al no haber tenido una audiencia justa en Suecia. El art. 13 se refiere al derecho a un recurso efectivo en una instancia nacional, ya sea jurisdiccional o administrativa.

2.2 | Análisis

La Quinta Sección del Tribunal es también la encargada de analizar este caso, en el que primero se refiere a la admisibilidad de los artículos invocados, declarando admisibles los arts. 2º⁽⁵⁾ y 3º, desestimando los arts. 6º⁽⁶⁾ y 13.⁽⁷⁾ Con respecto a estos dos últimos, el Tribunal reafirma la jurisprudencia establecida en el “Caso Maaouia v. France”,⁽⁸⁾ en el cual sostiene que el art. 6º —relativo al derecho de un juicio justo— no se aplica en casos de asilo, habida cuenta de que no implican la determinación de derechos civiles, ni son parte de una causa penal. Esto les prohíbe a los solicitantes de asilo la posibilidad de alcanzar una revisión por una instancia superior de la decisión que determina su expulsión del país.

El rechazo al art. 13 se debe, según la Corte, a que está infundado el reclamo en tanto que las defensas del solicitante fueron examinadas por la Junta de Inmigración y, una vez apeladas, por la Corte de Inmigración. Ello demuestra que hubo “un recurso ante una autoridad nacional para que decida su petición y, de resultar apropiado, para obtener una reparación” como lo determina la Corte en el “Caso Silver and others v. United Kingdom”.⁽⁹⁾

(5) CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, art. 2º: “Derecho a la vida. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena...”

(6) CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, art. 6º: “Derecho a un proceso equitativo. 1) Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”.

(7) CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, art. 13: “Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

(8) TEDH, “Case of Maaouia v. France”, sentencia de la Gran Cámara, demanda N° 39652/98, 05/10/2000.

(9) TEDH, “Case of Silver and others v. The United Kingdom”, demanda N° 9310/81. Sentencia del 26 /03/1987.

En su alusión a los arts. 2º y 3º de la Convención, el Tribunal hace un breve análisis socio-político de la actualidad en Burundi y, a pesar de ser consciente de los informes que detallan las graves violaciones a los derechos humanos, considera que no sería una violación a la Convención si el solicitante tuviera que ser enviado a su país por las autoridades suecas. Además, hace suyo el razonamiento del Estado en cuanto a la credibilidad de las declaraciones del demandante, dado que considera vagos los argumentos expuestos acerca de los riesgos y de su actividad política tanto en Burundi como en Suecia. Por último, termina fallando a favor del Estado, declarando que la deportación del solicitante a su país de origen no implicaría una violación ni al art. 2º ni al 3º de la Convención Europea.

3 | Consideraciones finales

En los casos expuestos anteriormente se puede observar cómo la Corte falla de forma distinta frente a la solicitud de violación del mismo artículo. Esta diferencia se ve fundada principalmente en el contexto socio-político de uno y otro caso, y en la extensión analítica de los mismos. Mientras que al analizar a Burundi lo hace de una forma mucho más vaga y con una menor profundidad de estudio, es más puntilloso a la hora de examinar la situación en Irán, del cual solicita diversos informes de entidades internacionales reconocidas.

De todas formas, los jueces de la Quinta Sección reconocen las graves violaciones de derechos humanos que se producen en el país de África Oriental, aunque las consideran insuficientes para evitar que el demandante sea deportado. Conjuntamente, considera a las declaraciones del demandante carentes de sustento probatorio cuando, debido a su condición de solicitante de asilo y proviniendo de uno de los diez países más pobres del mundo, históricamente azotado por guerras civiles, es lógico que tenga menos acceso para acreditar tanto su personalidad como los tratos inhumanos sufridos por él y su familia. Es oportuno considerar que la Corte debería ser comprensiva con respecto a los pormenores probatorios para poder subsanar la situación en la que se encuentran los solicitantes de asilo, es decir, optar por una interpretación más amplia. Modificar la jurisprudencia concerniente al art. 6º —muy criticado por los organismos internacionales, sobre todo por la ACNUR— sería una buena medida de la Corte, que permitiría una mayor extensión en el amparo de los derechos de los solicitantes de asilo.

Finalmente, es posible afirmar que, en ambos casos, los solicitantes provienen de realidades complejas en las cuales se puede comprobar la existencia de un riesgo en los ámbitos políticos y sociales, por lo que es destacable el extenso análisis que realiza el Tribunal en el caso "S. F. y otros v. Suecia". No obstante, debería aplicar el mismo criterio para todos los casos relacionados con el asilo y la violación del art. 3º de la Convención Europea, con el fin de brindarle una mayor protección a los refugiados ya que éstos son, por sus características, uno de los grupos de personas más vulnerables.

Secreto Profesional del Abogado

TEDH, "CASE of ROBATHIN v. AUSTRIA",
3 de JULIO de 2012

por RODRIGO ROBLES TRISTÁN⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Tribunal" o "TEDH") recientemente⁽²⁾ tuvo ocasión de manifestarse respecto del alcance del secreto profesional, en el marco de una investigación penal sustanciada contra un abogado austriaco, Heinz Robathin (en adelante, "el demandante").

Habida cuenta de un proceso iniciado contra el letrado, por la supuesta comisión de los delitos de hurto, defraudación y malversación de fondos, la Justicia austriaca mandó allanar su Estudio jurídico, para obtener datos relacionados con los hechos que se investigaban, en los que "R" y "G", clientes de Robathin, resultaron damnificados.

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) TEDH, "Case of Robathin v. Austria". Sentencia del 03/07/2012, demanda N° 30457/2006. Ver fallo completo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-111890>

Se incautó la documentación electrónica que llevaba el Estudio jurídico del demandante, lo que mereció la resistencia de éste y de la Asociación de Abogados de Viena, pues consideraban que el secuestro de toda la documentación resultaba excesivo, ya que con los datos referidos a "R" y "G" era suficiente. Con esos argumentos, se apeló la medida, que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones, autorizando el examen de todos los archivos secuestrados. Los motivos que dio la Alzada se basaron en el hecho de que el abogado no podía ampararse en su deber profesional, dado que él era sospechoso de los crímenes que se investigaban.

Posteriormente, la Asociación de Abogados y el demandante, solicitaron al Procurador General que reclamara la nulidad del procedimiento, toda vez que el sistema operativo del Estudio jurídico (el cual debían llevar todos los estudios jurídicos austriacos), podía arrojar todos los datos referidos a los comandos que se buscaban, como ser "R" y "G". En consecuencia, resultaba excesivo el secuestro y la utilización en juicio de toda la documentación del estudio, por cuanto sólo bastaba con la que se había obtenido respecto de "R" y de "G", pues sobre éstos versaba la investigación.

Se sostenía, además, que podía "levantarse" el secreto profesional, en relación con los dos grupos de documentación relacionados con la causa, pero éste permanecía respecto del resto de los archivos referidos a otras relaciones abogado-cliente, ajenas a la investigación. Por último, la incautación afectaba al socio del Estudio, quien no estaba sospechado de los delitos que se investigaban. El Procurador General no solicitó la nulidad del procedimiento. La Corte Suprema austriaca también decidió en ese sentido. Robathin fue condenado por malversación y sobreseído respecto del resto de los cargos.

2 | Análisis

Los agravios del demandante cupieron dentro del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que protege la vida privada y la correspondencia, vedando toda interferencia que no sea conforme a la ley y necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal asume que existe una injerencia en la correspondencia de Robathin, y que ello no está controvertido. Valiéndose de un antecedente semejante

al caso,⁽³⁾ establece que, primeramente, deben analizarse los siguientes extremos: si la injerencia es adjetivamente legal ("conforme a la ley"), y si es sustantivamente legal (proporcional y/o razonable, "necesaria en una sociedad democrática").

Lo primero es asentido por el Tribunal, que ya ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. El Código de Procedimientos austriaco, que contiene las normas que disciplinan las medidas de allanamiento e incautación de documentación, reúne las condiciones que el TEDH tiene establecidas a los fines de reputar "conforme la ley" una medida restrictiva de la privacidad: debe ser compatible con el Estado de derecho, accesible y de consecuencias previsibles.

A los efectos de establecer la proporcionalidad y razonabilidad de la búsqueda e incautación de archivos y documentos, el Tribunal merita determinadas circunstancias. En primer lugar, si hubo orden de un juez, basándose en sospechas razonables. En el caso efectivamente existió tal orden judicial. Rechaza el argumento de la víctima, que sostenía que no existió sospecha razonable, por cuanto ulteriormente fue absuelto y la condena fue revocada: la presencia de sospecha debe analizarse al momento de expedir la orden y no como pretende la víctima, culminado el proceso.

Por otro lado, también debe considerarse si estuvo presente al momento de la investigación un observador independiente, (en el caso, la Asociación de Abogados de Viena, junto con la víctima, asistieron al diligenciamiento del allanamiento).

En tercer y último lugar, el Tribunal analiza si el alcance que se da a la medida es razonable. En este punto, se advierte que "la orden de allanamiento fue redactada en términos muy generales",⁽⁴⁾ autorizando "de manera general e ilimitada la búsqueda y captura de documentos...".⁽⁵⁾ Establecido esto último, el TEDH se pregunta si este aspecto de la orden de allanamiento e incautación fue compensado "por las garantías pro-

(3) TEDH, "Case of Wieser y Bicos Biebelinguinger GmbH v. Austria". Sentencia del 16/10/2007. Demanda N° 74336/2001.

(4) TEDH, "Case of Robathin v. Austria", cit., párr. 47.

(5) *Ibid.*

cesales correspondientes, capaces de proteger a la demandante contra cualquier abuso o arbitrariedad".⁽⁶⁾ En ese sentido, ya se ha pronunciado⁽⁷⁾ declarando que tales garantías procesales existen. En su inteligencia, consecuentemente, esta latitud se vería "compensada". Enumerando las garantías que la ley austriaca guarda para el caso de allanamiento e incautación, el Tribunal destaca especialmente la posibilidad de recurrir la procedencia de tales medidas ante un Superior, manteniéndose sellada la documentación incautada hasta tanto se decida.

Sin embargo, a criterio del TEDH, las razones que esgrimió la Cámara de Apelaciones para decidir la procedencia o no de las medidas fueron muy "breves y generales".⁽⁸⁾ Particularmente, no se dieron motivos que justificaran la utilización de todos los datos incautados, cuando la investigación sólo versaba sobre "R" y "G".

Según el Tribunal, deben acompañarse razones particulares en el allanamiento e incautación de datos de un Estudio Jurídico, en atención a las específicas circunstancias que, en tal caso, prevalecen (es decir, el secreto profesional). Tales razones particulares no existieron y, consecuentemente, el allanamiento e incautación fueron más allá de lo necesario y razonable.

La disidencia de los jueces Kavler y Lorenzen, con un criterio algo más restrictivo, plantea que las diligencias no estaban enderezadas a comprometer el secreto profesional, pues no se inmiscuían en los archivos de los clientes sino en razón de una causa penal contra el abogado. Además, sostiene que, para las autoridades, era de importancia relevar todos los datos incautados ya que los hechos investigados podían esclarecerse en otros asientos, además de los referidos a "R" y "G". Desde el punto de vista minoritario, que no se hayan expuesto razones no implica, por sí solo, que haya habido violación del art. 8º; entienden que se llenaron todas las garantías procesales establecidas para el allanamiento e incautación, y ello los lleva a concluir que no existió violación del art. 8º del Convenio Europeo.

(6) *Ibid.*

(7) TEDH, "Case of Wieser y Bicos Biebelinguinger GmbH v. Austria", cit.

(8) TEDH, "Case of Robathin v. Austria", cit., párr. 51

El análisis que sobre el particular ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") coincide absolutamente con las observaciones del TEDH. En el "Caso Tristán Donoso v. Perú", la Corte sostuvo que "...para ser compatible con la Convención Americana una injerencia debe cumplir con los siguientes requisitos: estar prevista en ley, perseguir un fin legítimo, y ser idónea, necesaria y proporcional. En consecuencia, la falta de cumplimiento de alguno de dichos requisitos implica que la medida es contraria a la Convención...".⁽⁹⁾ En aquel caso, el abogado Santander Tristán Donoso llegó a la Corte IDH sosteniendo que el Estado —a través de la Procuración— interceptó y divulgó una conversación telefónica que había mantenido con un cliente. La Corte sostuvo el "carácter privado" (ergo, protegido por el art. 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos) de la conversación, agregando además que: "... al ser realizada entre la presunta víctima y uno de sus clientes debería, incluso contar con un grado mayor de protección por el secreto profesional".⁽¹⁰⁾

3 | Consideraciones finales

En "Niemietz v. Alemania", fallado en 1992, el TEDH resolvió cuestiones semejantes. En aquel caso, un abogado, Niemietz, soportó el allanamiento y la incautación de datos de su oficina, por su filiación con un partido político anticlerical involucrado en la comisión de ilícitos, particularmente el de presionar a un juez. Delimitando el ámbito protegido de éste secreto profesional, el Tribunal comprendió que la incautación de elementos tales como papeles, archivos y demás, compromete ese secreto cuando es desproporcionado en relación con las circunstancias, es decir, lo que se investiga. Recalca, además, que cuando está involucrado un abogado, la intromisión en el secreto profesional puede tener repercusiones en la administración de la justicia y los derechos garantizados por el art. 6 del Convenio, sumado al impacto negativo en la reputación del abogado con sus clientes y el público en general.⁽¹¹⁾

(9) CORTE IDH, "Caso Tristán Donoso v. Panamá". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27/01/2009. Serie C N° 193, párr. 76.

(10) *Ibid.*, párr. 75.

(11) TEDH, "Case of Niemietz v. Germany", Sentencia del 16/12/1992, demanda N° 13710/1988, párr. 37.

En definitiva, el secreto profesional es un sub-ámbito protegido por la genérica tutela de la vida privada, que, según la doctrina de "Robathin", parece ceder a las injerencias que suponen una investigación, en tanto se verifique (además, claro está, de los requisitos adjetivos) un nexo de proporcionalidad y/o razonabilidad entre las medidas adoptadas, tendientes al esclarecimiento de ilícitos (en consecuencia, sosteniendo un fin legítimo), y los motivos y razones que se arguyen para justificar la procedencia de esas medidas. Además, este secreto profesional no sólo importa un ámbito sensible de la vida privada del abogado, sino también de la de sus clientes.

Vale agregar que el TEDH indica escuetamente que la obstrucción al secreto profesional, trae aparejadas repercusiones lesivas sobre la administración de la justicia, interpretación que sugiere que este derecho no solo protege el negocio del letrado y la privacidad de sus clientes, sino que tiene alcances generales sobre la sociedad y el Estado. Y es que, en definitiva, el abogado es el operador jurídico de quien se espera la defensa de los derechos de las personas frente al órgano judicial, lo que justifica la importancia de su actuación como un valor caro del Estado de Derecho.

Derecho a la libertad de expresión

TEDH, "BJÖRK EIÐSDÓTTIR v. ISLANDIA"

y "ERLA HLYNSDOTTIR v. ISLANDIA",

10 de JULIO de 2012

por PABLO GONZÁLEZ⁽¹⁾

I | "Björk Eiðsdóttir v. Islandia"

I.I | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda de la Sra. Björk Eiðsdóttir contra la República de Islandia, por considerar que una sentencia judicial desfavorable dictada en el marco de un proceso iniciado en su contra por el delito de difamación constituía una violación a su derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, "CEDH").

Björk Eiðsdóttir es una periodista que trabaja para la revista semanal *Vikan*. A lo largo del año 2007, tuvo lugar tanto en la prensa gráfica como televisiva un debate público respecto de si la regulación de los clubes de strippers debía endurecerse o si debían ser prohibidos. En este con-

.....

(1) Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

.....

texto, la señorita Z., una joven bailarina que trabajó en varios clubes de strippers, se acercó a *Vikan* con la intención de contar su historia. A raíz de ello, en la nombrada revista se publicó un artículo basado en la entrevista que mantuvo la Srita. Z con la demandante.

En el artículo, la entrevistada hizo alusión a la prostitución en los clubes strippers, a su adicción a las drogas y a las numerosas amenazas de las que fue objeto durante el ejercicio de su profesión. Asimismo, describió su trabajo en varios establecimientos, aunque especialmente en el llamado "Goldfinger", propiedad del Sr. Y. Expresó que éste último inducía e incitaba a las mujeres que trabajaban para él a ejercer la prostitución, ofreciéndose como intermediario entre ellas y los clientes, obteniendo por esto un beneficio económico. En segundo lugar, manifestó que en numerosas oportunidades privó de su libertad a bailarinas que trabajan en su club. El Sr. Y. fue contactado por la demandante para que exprese su opinión respecto del acusaciones de la Srita. Z, oportunidad en la cual negó categóricamente todo lo afirmado por ella.

Tras la publicación de la nota, el Sr. Y. inició un proceso por el delito de difamación contra la demandante, la srita. Z., y la editora de la revista *Vikan*. Durante el procedimiento, el Sr. Y y la srita. Z. llegaron a un acuerdo judicial, desistiendo el primero de su acción contra la segunda.

La primera instancia desestimó la acción contra la demandante y la editora de la revista. Sin embargo, el actor recurrió a la Corte Suprema de Islandia, la cual condenó a la peticionante al pago de una indemnización y a las costas del proceso.

I. 2 | La sentencia de la Sala de la Cuarta Sección

A la hora de analizar el fondo de la cuestión, la Sala consideró que efectivamente la sentencia condenatoria de la Justicia islandesa constituía una interferencia por parte de una autoridad pública al derecho de la periodista a la libertad de expresión, consagrado en el art. 10 CEDH. Asimismo, señaló que tal injerencia tenía base legal en el Código Penal de Islandia que preveía el delito de difamación. En este sentido, se satisfacía el requisito exigido por el segundo párrafo del nombrado artículo del CEDH de que la restricción al

derecho fuese prescripta por la ley. Continuando con su análisis, se arribó a la conclusión de que la interferencia perseguía el objetivo legítimo de “proteger la reputación y los derechos ajenos”, vale decir, del Sr. Y.

No obstante, la principal cuestión abordada por el Tribunal Europeo en la presente sentencia fue si la restricción a la libertad de expresión de la demandante fue “necesaria en una sociedad democrática”.

En primer lugar, reitera su jurisprudencia señalando que el “test de la necesidad en una sociedad democrática” consiste en que el tribunal determine si la restricción impugnada responde a una “necesidad social imperiosa”. En este sentido, se remarcó que “los Estados Parte gozan de un margen de apreciación o libertad para determinar si tal necesidad existe realmente. Sin embargo, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el que tiene la potestad y, en definitiva, la última palabra a la hora de establecer si la restricción es conciliable con el alcance que se le da a libertad de expresión en el Convenio Europeo”.⁽²⁾ A su vez, agrega que el Tribunal debe determinar si las razones brindadas por los tribunales nacionales para justificar la restricción son “pertinentes y suficientes” y si la medida adoptada fue proporcional al objetivo legítimo perseguido.⁽³⁾

Sin embargo, el Tribunal destaca que un factor central para la decisión que tome en el presente caso es la función esencial que la prensa cumple en una sociedad democrática. Continúa señalando que, si bien la prensa no debe sobrepasar ciertos límites, es su deber comunicar y transmitir información e ideas sobre temáticas que son de interés público. No sólo la prensa tiene ese deber, sino que el público tiene el derecho a recibir esa información e ideas. Concluye señalando que, en casos como el presente, el margen de apreciación de los Estados es limitado por el interés de una sociedad democrática en permitir que la prensa ejerza su rol esencial de “guardián público” al transmitir información sobre temas que son de “preocupación pública”.⁽⁴⁾

(2) TEDH, “Björk Eiðsdóttir v. Islandia”, sentencia del 10/07/2012, N° 46.443/09, párr. 68. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4016174-4682033>

(3) *Ibid.*, párr. 70.

(4) *Ibid.*, párr. 65.

A la hora de resolver el caso, la Corte fue analizando distintos puntos que desarrollaremos a continuación. En primer término, analiza si el artículo publicado se refería a un tema o materia que era de "preocupación pública" en ese momento en Islandia. La Sala advierte que, para determinar aquéllo, es preciso hacer una evaluación más amplia teniendo presente el contexto en que la nota fue publicada.⁽⁵⁾ En este sentido, señala que al momento la publicación, se estaba desarrollando a través de los medios de comunicación un debate respecto de si debía volverse más estricta la regulación de los clubes de *strippers* o si debían ser prohibidos. Asimismo, agrega que con anterioridad al artículo en cuestión, tanto *Vikan* como otras revistas habían publicado notas referidas al trabajo en los clubes y entrevistas a bailarinas.

Seguidamente, el Tribunal destaca que al estar involucrado en el negocio de los clubes de *strippers*, y siendo que estos constituyan una legítima preocupación social en Islandia, el Sr. Y. entró inevitablemente en el dominio público quedando sus actos expuestos a una evaluación más estricta. Por ello, los límites de la crítica aceptable hacia ellos serán más amplios que en el caso de un individuo o un profesional ordinario.⁽⁶⁾

Al respecto, la Sala señala que su escrutinio es más cuidadoso y minucioso cuando las medidas adoptadas o las sanciones impuestas por las autoridades nacionales son capaces de desalentar la participación de la prensa en debates sobre temáticas que preocupan a la sociedad.⁽⁷⁾ En conexión a esto, el Tribunal observa que la protección al derecho de los periodistas a transmitir información sobre cuestiones que son de interés general requiere que ellos actúen de buena fe, partan de una base fáctica acertada y provean información precisa y confiable, de conformidad con las normas éticas del periodismo.⁽⁸⁾

A la hora de analizar si la demandante obró de este modo, la Sala reparó en que las declaraciones cuestionadas por el Sr. Y. provenían de la entrevista a la srita. Z. La Sala concluyó que, si bien el artículo no era una transcripción

(5) *Ibid.*, párr. 67.

(6) *Ibid.*, párr. 68.

(7) *Ibid.*, párr. 69.

(8) *Ibid.*, párr. 70.

textual del audio de la entrevista, sí constituía una acertada y fiel descripción de los comentarios de la señora Z., quien posteriormente ratificó que su historia fue correctamente redactada. Además, la Sala destaca que la demandante le dio la posibilidad al Sr. Y. de opinar respecto de las acusaciones en su contra; opinión que fue incluida en la nota.

Por último, el Tribunal Europeo señala que los informes periodísticos basados en entrevistas, sean editados o no, constituyen uno de los medios más importantes por los cuales la prensa ejerce su rol esencial de "guardián público". El castigo de un periodista por difundir las declaraciones hechas por otra persona en una entrevista obstaculizan la contribución de la prensa para la discusión de los temas que son de interés general en la sociedad y no debe ser aplicado salvo que existan importantes razones para hacerlo.⁽⁹⁾ La Sala resalta que, si bien la Corte Suprema de Islandia omitió expedirse al respecto, no se verifican en el presente caso esas importantes razones.

Por todo lo expuesto, teniendo especialmente en cuenta que las declaraciones impugnadas provenían de un relato de primera mano, dado por otra persona en una entrevista con la demandante y que, a juicio de la Sala, ella actuó de buena fe y de conformidad con la diligencia esperada de un periodista (último responsable informando acerca de un tema de interés público), el Tribunal consideró que no existió una razonable relación de proporcionalidad entre la restricción a la libertad de expresión de Björk Eiðsdóttir y el fin legítimo perseguido (proteger la reputación y derechos del Sr. Y.). En consecuencia, se determinó que existió una violación al art. 10 CEDH.

2 | “Erla Hlynsdóttir v. Islandia”

2.1 | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda de la señora Erla Hlynsdóttir contra la República de Islandia por considerar que una sentencia judicial desfavorable dictada en el marco de un proceso iniciado en su contra por el

(9) *Ibid.*, párr. 80.

delito de difamación constituía una violación a su derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La demandante es una periodista que trabaja para el diario islandés *DV*. En el 2009, el Sr. A. se contactó con Erla Hlynsdóttir a fin de comunicarle una historia que deseaba publicar. Conforme a su relato, el Sr. B. lo agredió físicamente en el club de *strippers* de su propiedad, alegando que el nombrado realizó tal conducta por orden del Sr. Y., dueño del club de *strippers* rival al suyo llamado “Goldfinger”. La periodista le comunicó al Sr. A. que iba a realizar una investigación en relación a su relato, y a tales efectos, se iba a contactar con el Sr. B. y el Sr. Y. Luego de ello, publicó un artículo titulado “La batalla de los Reyes de los clubes de *strippers*”, relativo al conflicto suscitado en el club “Strawberries” en el cual se incluían entrevistas a los Sres. A., B. e Y., donde cada uno de ellos daba su versión de los hechos.

El Sr. A. inició un proceso en contra de la demandante porque consideró que una serie de afirmaciones hechas por el Sr. B. y los subtítulos colocados por la autora del informe periodístico lo difamaban. En particular, aquellos en las cuales se afirmaba que el Sr. A. tenía a la mafia lituana “adentro de su club”.

Primera instancia condenó a la reportera al pago de una indemnización al Sr A. Si bien Erla Hlynsdóttir apeló tal decisión, su recurso fue rechazado por la Corte Suprema de Islandia, sobre la base de que la suma de dinero que estaba en juego no alcanzaba el mínimo requerido para conceder el recurso, ni que tampoco se verificaban circunstancias especiales que permitieran hacer lugar a una excepción.

2.2 | La Sentencia de la Sala de la Cuarta Sección

Al igual que en el “Caso Björk Eiðsdóttir,” el Tribunal Europeo entendió que la medida impugnada por la demandante supuso una interferencia por parte de una autoridad pública a su derecho a la libertad de expresión; que la misma era prevista por una ley y que perseguía el legítimo objetivo de proteger la reputación y los derechos de otras personas.

Al momento de analizar si la restricción a la libertad de expresión fue necesaria en una sociedad democrática, la Sala reiteró todos los principios enunciados en la anterior sentencia.

Pasando al fondo de la cuestión, el Tribunal Europeo, en primer lugar, reparó en que la Justicia islandesa condenó a la reportera argumentando que las afirmaciones impugnadas daban la impresión a los lectores de que el Sr. A. estaba a cargo de una organización criminal internacional. Como no pudo demostrar la verdad de esta insinuación, se lo encontró responsable penalmente del delito de difamación. La Sala advierte que en la Corte Suprema Islandesa en ningún lugar de su sentencia explica cómo las palabras usadas en el artículo, especialmente "la mafia lituana", pudieron haber convencido al lector de que se estaba haciendo referencia a una organización criminal internacional. En suma, tampoco expresa cómo de las afirmaciones se deriva que el Sr. A. estaba a cargo de dicha organización. En ausencia de tales explicaciones, la Sala considera que el análisis de la difamación realizado por la Justicia local fue bastante endeble, dando razones para dudar sobre si los argumentos expuestos fueron relevantes en relación al objetivo legítimo de proteger los derechos y la reputación del Sr. A.⁽¹⁰⁾

Continuando con su análisis, la Sala destacó que el artículo sí se vinculaba con un tema que era de interés público en Islandia al momento de su publicación. Al respecto, señaló que la nota buscaba poner en conocimiento del público el violento choque entre dos dueños de clubes de *strippers*. Por tanto, debe tenerse en cuenta que la publicación del artículo se dio en el marco del debate público respecto de si estos clubes debían ser prohibidos o si se debía endurecer su regulación. Sin embargo, la Sala advierte que la Justicia local no tuvo en cuenta esto.

Por otro lado, también señala que al igual que el Sr. Y., en el caso anteriormente desarrollado, el Sr. A. ingresó inevitablemente en el dominio público quedando, de esta forma, sus actos expuestos a una evaluación más estricta, ampliándose los límites de la crítica razonable a su respecto.⁽¹¹⁾

(10) TEDH, "Erla Hlynsdóttir v. Islandia", Sentencia del 10/07/2012, N° 43.380/10), párrs. 61 y 62. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112088>

(11) *Ibíd.*, párrs. 64 y 65.

En otro orden de ideas, se destaca que las oraciones impugnadas del artículo no provenían de la demandante sino de la persona que se entrevistó, vale decir, del Sr. B. A su vez, se aclara que las mismas fueron transcripciones textuales del audio de la entrevista. Por su parte, si bien los subtítulos fueron obra de la periodista, la Sala consideró que no hacían más que reproducir el relato y las opiniones del Sr. B.⁽¹²⁾

Seguidamente, el Tribunal analizó el rol particular de la parte perjudicada. Destacó que fue el Sr. A. quien se acercó a la demandante con el deseo de publicar su historia. En su relato, formulaba serias acusaciones contra los Sres. B. e Y., los cuales en el artículo lo que hicieron fue relatar su versión de los hechos. En este sentido, la Sala señaló que dado que eligió expresarse públicamente, el Sr. A. a sabiendas se expuso a ser criticado; y por lo tanto, debe mostrar un mayor nivel de tolerancia.⁽¹³⁾

Por último, la Sala remarcó que al incluir en su artículo no sólo la versión del Sr. A., sino también la de los Sres. B. e Y., la demandante intentó obtener un informe periodístico equilibrado.

Por todo lo expuesto, el Tribunal Europeo consideró que no hubo una razonable relación de proporcionalidad entre las medidas adoptadas por la justicia local restrictivas de la libertad de expresión de la periodista y el legítimo objetivo perseguido. En consecuencia, se concluyó que existió una violación al art. 10 CEDH.

3 | Consideraciones finales

Son acertadas las consideraciones del Tribunal Europeo respecto de que los medios de comunicación cumplen un rol fundamental en toda sociedad democrática al tener como función esencial la difusión de información e ideas relativas a cuestiones que son de interés general y que preocupan al colectivo social. Es correcta también la “doble dimensión” que reconoce el Tribunal, es decir, que no sólo es un deber de la prensa difundir tal información, sino que también es un derecho de la población recibirla.

(12) *Ibid.*, párr. 67.

(13) *Ibid.*, párr. 69.

Asimismo, resulta lógico que un periodista no sea condenado por el mero hecho de reproducir y difundir los dichos de otra persona, siempre y cuando obre de buena fe proveyendo información precisa y confiable. Sin embargo, es indispensable hacer hincapié en este último punto, ya que por lo general, la prensa al transmitir las declaraciones de otras personas, suele modificar sus afirmaciones o descontextualizarlas de modo tal que se interprete en un sentido totalmente distinto al buscado por quien las emite. En estos supuestos, la prensa no actúa de "buena fe" y, por lo tanto, no se halla bajo el amparo que le otorga la libertad de expresión.

Prohibición de la tortura y otros tratos degradantes durante la ejecución de la condena

TEDH, "FÜLÖP c. RUMANIA", 24 de JULIO de 2012

por **GERMÁN FELDMAN⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

El presente caso se origina en ocasión de la detención del Sr. Fülop, quien se encontrara recluido en una cárcel de Rumania luego de haber sido condenado a 16 años de prisión por homicidio.⁽²⁾

El 5 de octubre de 2004, el Sr. Fülop fue atendido por la enfermería del centro de detención de Bucarest, momento en que se le detectó tuberculosis, diagnóstico que luego fue confirmado por el Hospital de Jilava. A partir de ese momento, comenzó un tratamiento que continúo hasta el 16 de febrero de 2009.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) Ver sumario del fallo en: http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/0ad4f5ba6f6a119bc125668f004c455e/54fba756998fba5bc1257a3e00482678?OpenDocument&Highlight=0,f8o3fmr4ke0_

En función de la tuberculosis detectada, el Sr. Fűlop presentó en 2006 un primer pedido para interrumpir la ejecución de la pena en prisión para, de esta manera, poder mejorar su estado de salud. La Alta Corte de Casación de Justicia rechazó la demanda el 23 de junio de 2006 y, tres años después, el 16 de septiembre de 2009, el Sr. Fűlop corrió la misma suerte cuando se rechazó su recurso por el Tribunal Departamental de Bihor. Contra esta última sentencia, el detenido presentó un recurso donde alegó que la enfermedad fue contraída mientras se encontraba detenido y que ésta tendría mayores chances de ser curada si él se encontrase en libertad.

Finalmente, el 9 de febrero de 2010, la Corte de Apelaciones de Oradea dictó sentencia definitiva rechazando el recurso interpuesto y considerando que ninguna de las circunstancias alegadas por el demandante permitía la interrupción de la ejecución de la pena en prisión. En lo que respecta al eventual contagio de la enfermedad dentro de los centros de detención, la Corte juzgó que no había motivo para expedirse sobre tal queja, toda vez que la demanda de interrupción implicaba únicamente el análisis de la capacidad del sistema médico de los centros de detención de poder curar las afecciones del detenido.

2 | Presentación ante el TEDH

El 12 de abril de 2007, el Sr. Fűlop presentó una demanda ante el TEDH alegando haber contraído tuberculosis en uno de los centros de detención donde cumplía su condena de prisión. De acuerdo a lo manifestado por el demandante, esto aconteció en razón de que el Estado no dispuso la separación de los reclusos enfermos de tuberculosis del resto de los detenidos, lo que resulta evidente debido a que él ingresó al sistema penitenciario con un buen estado de salud y actualmente padece la enfermedad referida. En función de estas consideraciones, el demandante sostiene que el Estado de Rumania violó el derecho consagrado en el art. 3 ("Prohibición de la tortura y tratos degradantes") de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, "la Convención").

3 | Análisis

El TEDH realiza, en primer lugar, un análisis respecto del significado del art. 3 de la Convención, afirmando que todas las medidas privativas de la libertad son acompañadas generalmente de sufrimiento y humillación. Aun así, eso

no presupone considerar que toda detención deriva necesariamente en una contradicción con el derecho consagrado por el art. 3º. Hecha esta salvedad, el TEDH recupera jurisprudencia precedente para manifestar que el artículo en cuestión impone al Estado obligaciones positivas para asegurar a toda persona detenida en prisión condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana, entre las que se encuentran la salud y el bienestar. De esta manera, la falta de cuidados médicos apropiados o la detención de una persona enferma en condiciones inadecuadas, puede constituir en principio un trato contrario al derecho protegido por el art. 3º, tal como el TEDH ya expresó en los fallos "Price v. Reino Unido" e "Ilhan v. Turquía", por mencionar sólo algunos. Finalmente, el Tribunal recuerda que si una persona fue puesta bajo la responsabilidad del Estado en buen estado de salud y no se halla de la misma manera al ser puesta en libertad, incumbe al Estado proporcionar una explicación plausible sobre el origen de esa situación, tal como el Tribunal lo manifestó en el fallo "Dobri v. Rumania".

Ahora bien, en lo que respecta al caso en cuestión, el TEDH analiza en primer lugar los exámenes médicos que se le realizaron al Sr. Fúlop a partir de su detención. Así, observa que el primer estudio del que fue objeto, el 18 de enero de 2002, concluyó que el demandante se encontraba en un buen estado de salud mientras que, en un análisis posterior, realizado el 5 de octubre de 2004, los médicos detectaron una tuberculosis secundaria. A penas un año después, otro estudio médico determinó que el Sr. Fúlop tenía el pulmón izquierdo destruido. En consideración de estas pruebas, el Tribunal estima difícil que el demandante haya contraído la tuberculosis con anterioridad a su detención.

Por otra parte, el Tribunal recuerda que fueron llevados ante él diversos casos vinculados con las condiciones de detención de la prisión de Jilaba, donde el demandante pasó más de cinco meses. Respecto de éstos, el TEDH afirmó en sus sentencias que estaba constatada la violación del art. 3 toda vez que se tenían por probadas la falta constante de camas, las condiciones de higiene deplorables y la insuficiencia de actividades educativas para los detenidos. Incluso, en algunos de estos casos, el Tribunal Europeo concluyó que las condiciones de detención podrían ser calificadas de inhumanas y degradantes.

Es en este orden de cosas que el TEDH considera que, incluso si el demandante hubiera contraído la bacteria de la tuberculosis con anterioridad a su paso por Jilaba, fueron las condiciones de detención, sumadas a la

superpoblación carcelaria, las que contribuyeron a deteriorar su estado de salud. En tal sentido, por más que se le hayan brindado al Sr. Fülop numerosos tratamientos en los hospitales civiles y las prisiones y que no haya habido intención de humillarlo por parte del sistema penitenciario, el TEDH sentencia que el Estado de Rumania violó en el presente caso el art. 3 de la Convención relativo a la prohibición de la tortura y los tratos degradantes.

4 | Consideraciones finales

En el presente caso resulta indiscutible que el Estado de Rumania incurrió en tratos degradantes hacia el Sr. Fülop así como también hacia otras personas que anteriormente habían presentado sus demandas ante el Tribunal Europeo. Resta agregar que también la Justicia rumana había ya manifestado su preocupación por la sobre población carcelaria existente, lo que pone en evidencia el carácter estructural del problema y la responsabilidad de dicho Estado por las violaciones a los derechos humanos padecidas por las personas que se encuentran en prisión.

Libertad de expresión. Restricción Margen de apreciación de los Estados

TEDH, "MOUVEMENT RAËLIEN SUIZO v. SUIZA",
30 de JULIO de 2012

por MARINA CHERTCOFF⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente caso se originó por la demanda de la asociación "Mouvement Raëlien" ante la prohibición de la difusión en la vía pública de carteles que promovían sus actividades.

"Mouvement Raëlien" es una asociación sin fines de lucro registrada en Rennaz, Suiza, cuyo fin es establecer contacto con extraterrestres, a la vez que promueven la geniocracia, una doctrina que se basa en la creencia de que el poder del Estado debe ser dado a los individuos que cuenten con una inteligencia superior al ser humano promedio, y la clonación humana.

En el año 2001, la asociación solicitó un permiso a la policía de Neuchâtel para pegar carteles con rostros de extraterrestres y un plato volador, junto

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

con la dirección y número de teléfono de la asociación. Las autoridades de la ciudad denegaron el permiso con el argumento de que la organización estaba relacionada con actividades inmorales y contrarias al orden público. Esta decisión fue impugnada por la asociación ante la Corte de Fribourg; sin embargo, fue rechazada por los mismos motivos por los que el permiso había sido denegado, haciendo énfasis en que a través de esta medida lo que se buscaba era proteger el interés público.⁽²⁾

La asociación demandante alegó que esta decisión por parte de las autoridades se trataba de una censura pura y afirmó que sus actividades en defensa de la geniocracia, la clonación y meditación sensual, de ninguna forma eran contrarias a la moral y al orden público.

Durante el año 2005, la Corte administrativa federal ratificó los dichos de las autoridades que previamente habían prohibido los carteles de la asociación. Si bien esta Corte resaltó que la asociación tenía derecho a la libertad de expresión y religión, sostuvo que sus puntos de vista sobre la geniocracia y su crítica a las democracias contemporáneas eran capaces de socavar el orden público y la seguridad, así como la moral pública. Esta misma Corte denegó el pedido de apelación de la organización, arguyendo que si se autorizara la difusión de carteles en la vía pública, se daría la impresión de que el Estado tolera o aprueba las actividades promovidas.

De cualquier manera, carteles similares habían sido autorizados en 1999 en varios cantones suizos como Zúrich y Lausanne. Más aún, la asociación también había realizado otras campañas con distintos posters entre el 2004 y el 2006. En el 2004, no obstante, el Consejo Municipal de Delémont rechazó la autorización de una campaña que se deseaba llevar a cabo con la leyenda “Dios no existe”.

Habiendo agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, la Asociación “Mouvement Raëlien” realizó una demanda en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (En adelante, el “TEDH” o “el Tribunal”), sosteniendo que el Estado suizo había violado los arts. 10 (“Libertad de Expresión”) y 9 (“Libertad de religión, conciencia y pensamiento”) del

(2) TEDH, “Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland”, sentencia del 13/07/2012, N° 16354/06, párr. 16. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112165>

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos (en adelante, "CEDH" o "el Convenio").

2 | La Sentencia de la Sala del TEDH

En la sentencia del 13 de enero del 2011, el Tribunal sostuvo por mayoría que no se había violado el art. 10 CEDH, y estimó que no era necesario analizar separadamente el caso a la luz del art. 9º.

Posteriormente, el 20 de junio del 2011, la asociación demandante solicitó que el caso fuera remitido a la Gran Sala.

3 | Sentencia de la Gran Sala

En primer término, la Gran Sala reiteró algunos de los principios concernientes a la libertad de expresión: que ella constituye uno de los pilares fundamentales para el mantenimiento y progreso de una sociedad democrática; y esta libertad de expresión a la que alude el art. 10 CEDH no sólo se refiere a aquellas ideas que son aceptadas y bien recibidas, sino también a aquellas que ofenden y generan disturbios. Pero tal, como se desprende del art. 10, este no es un derecho absoluto, sino que es susceptible de ser restringido. Ahora bien, esta restricción debe interpretarse en un sentido estricto y ser establecida convenientemente. Por ende, cuando un Estado interfiere con un derecho, dicha interferencia debe responder a una "necesidad social imperiosa" y los medios utilizados deben ser proporcionales con el fin perseguido.⁽³⁾

Al analizar el caso a la luz del art. 10 CEDH, el Tribunal sostuvo que, sin lugar a dudas, la negativa de las autoridades a permitir fijar los carteles de la asociación, tienen base legal en las Regulaciones administrativas de Neuchâtel y que con dicha decisión se perseguía un fin legítimo: la protección del crimen, la salud, la moral y el derecho de los otros. A diferencia de la situación de otros casos examinados por la Corte, la organización no sufrió una censura general sobre la divulgación de sus ideas, sino una pro-

(3) *Ibid.*, párr. 48.

hibición del espacio público regulado y supervisado. Como notó la Gran Sala, las personas no tienen un derecho incondicional o ilimitado al uso prolongado del espacio público, especialmente en el caso de campañas de publicidad e información.⁽⁴⁾

La Corte subrayó que el margen de apreciación dado a los Estados para imponer restricciones al derecho a la libertad de expresión es acotado en asuntos políticos, pero más amplio en áreas donde la expresión pueda causar ofensas a convicciones éticas o religiosas, incluyendo asuntos comerciales y publicidad. Se consideró que el discurso de la asociación estaba más cerca de la expresión comercial, porque a través de su página web buscaba atraer gente a su movimiento y no plantear cuestiones que entran en el debate de la política suiza. Si bien el cartel no estaba publicitando un producto podría, no obstante, ser comparado con un discurso comercial, puesto que tenía cierta función proselitista.⁽⁵⁾

Se agregó, además, que el manejo de la publicidad en el espacio público puede variar de un Estado a otro, e incluso entre regiones de un mismo Estado, especialmente en organizaciones federales.⁽⁶⁾

En consecuencia, el examen de la legalidad de un cartel cae dentro del margen de apreciación dada a cada Estado, y por lo tanto, el TEDH no debe intervenir en esta área.

Continuando con su análisis, el Tribunal desechó el argumento de la asociación, que sostenía que la prohibición de fijar estos carteles dificultaba de manera excesiva la divulgación de sus ideas, debido a que sólo se limitó la prohibición a pegar carteles en la vía pública, minimizando la interferencia con los derechos de la asociación. Se enfatizó en que la asociación es capaz de divulgar sus ideas a través de su sitio web o la difusión de panfletos.⁽⁷⁾

Finalmente, el Tribunal concluyó en que el Estado suizo no había excedido el amplio margen de apreciación que poseía en este caso y que los

(4) *Ibid.*, párr. 55.

(5) *Ibid.*, párr. 62.

(6) *Ibid.*, párr. 64.

(7) *Ibid.*, párr. 73.

motivos de sus decisiones habían sido pertinentes, suficientes y correspondientes a una necesidad social imperiosa. Por lo tanto, no se produjo una violación del art.10.⁽⁸⁾

4 | Consideraciones finales

Para comenzar, una de las consideraciones más llamativas del caso "Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland" fue el hecho de que se consideró que el discurso de la asociación no era político, sino que era más cercano a un "discurso comercial". Esto es relevante, en vistas de que el margen de apreciación dado a los Estados es más amplio cuando se trata de un discurso comercial, que en el caso de un discurso político; debido a que éste último contribuye con el debate propio de una sociedad democrática. Esta distinción realizada por el Tribunal es interesante, en tanto permite proteger el interés del pensamiento crítico y el debate. No obstante, para que este criterio funcione deberían establecerse cuáles son los criterios para considerar a un discurso "político" o "comercial",⁽⁹⁾ ya que así como esta distinción permite proteger ciertos intereses en las sociedades democráticas, la confusión entre uno y otro sería una herramienta disponible para socavar este interés.

Por otro lado, el Tribunal resaltó que los medios de comunicación tienen un rol fundamental en la democracia: informar al público; mientras que los primeros tienen el derecho a expresarse libremente, los segundos tienen el derecho a ser informados. En lo concerniente al caso "Mouvement Raëlien Suisse" este estándar no se cumple; justificándose la interferencia en que las críticas formuladas por dicha asociación "socavan la democracia y no contribuyen al debate", lo cual es aún más contradictorio dado el sistema de democracia directa suizo.

Es evidente que, en general, el Tribunal hace hincapié en los "medios de comunicación" considerados como grupos empresarios especializados en

(8) *Ibid.*, párr. 77.

(9) El Tribunal toma como indicio de que una determinada actividad es comercial, cuando tiene cierta función "proselitista", esto es, buscar adeptos. Sin embargo, una actividad política, además de buscar difundir ideas sobre la sociedad que contribuyan al debate, busca, sin lugar a dudas, atraer adeptos.

la difusión de noticias. Esta noción que se desprende de las sentencias va en detrimento del rol que juega la ciudadanía, los individuos, en la democracia, quienes no son sólo sujetos pasivos con derecho a "ser informados", sino que también son sujetos activos con derecho a "informarse" y a producir información.

Para finalizar, es interesante analizar el énfasis que hace el Tribunal en el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación dado a los Estados. El hecho de que las razones aducidas por los Tribunales sean "relevantes" para restringir un derecho, no significa que necesariamente sean "suficientes", tal como se desprende del fallo. Desde luego, que si todo lo necesario para cumplir con la convención es un "examen detallado judicial" por el Más Alto Tribunal del país, es difícil imaginar que algún caso no cumpla con este requisito.



Derecho a la intimidad y libertad de expresión

TEDH, "DRAKŠAS v. LITHUANIA",

31 de JULIO de 2012

por **MARINA CHERTCOFF⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

El caso "Drakšas v. Lithuania" tuvo origen en la denuncia realizada por Algirdas Drakšas, en base a la obtención y posterior publicación de conversaciones telefónicas de éste con el entonces presidente de Lituania, Rolandas Paksas, y distintos asesores del mismo.

El denunciante, Algirdas Drakšas, es uno de los fundadores del partido liberal demócrata lituano, que es dirigido por el ex presidente Paksas. El 16 de marzo del 2003, el Departamento de Seguridad del Estado interceptó una conversación entre Jurij Burisov (uno de los mayores colaboradores de Paksas en la campaña electoral) y el denunciante, sin que mediara ninguna autorización judicial. La grabación obtenida fue luego emitida al aire el 2 de noviembre del 2003 en un canal de televisión estatal y distintos canales privados. El Departamento de Seguridad del Estado negó estar involucrado con la filtración de información, y a pesar de haber realizado investigaciones al respecto, no pudo concluir de qué modo los medios de comunicación pudieron obtener esta información.

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

Paralelamente, en septiembre del 2003, una Corte lituana autorizó al Departamento de seguridad del Estado a realizar escuchas secretas a las conversaciones telefónicas de Drakšas —con motivo en la posible participación de éste en crímenes— con el presidente y distintos asesores y colaboradores de éste último.

Más tarde, en noviembre del 2003, el denunciante tomó conocimiento de las escuchas realizadas por dos motivos: en primer lugar, la emisión pública de su conversación con Jurij Burisov; y en segundo lugar, porque tomó conocimiento de que conversaciones con el entonces presidente Paksas y otros colaboradores serían usadas en un juicio contra este último.

El Sr. Drakšas impugnó la legalidad de estas escuchas en cortes lituanas, pero fueron desestimadas. La Corte de apelaciones observó que el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, "CEDH") no prohíbe las medidas de investigación secretas como tales, siempre y cuando la interferencia sea necesaria en una sociedad democrática. A la vez, fueron denegadas tanto las solicitudes del demandante para obtener la información recopilada por el Departamento de Estado, como los resultados de la investigación sobre la filtración de las conversaciones a los medios de comunicación.

Más adelante, el 19 de marzo del 2004, durante el juicio que se llevó a cabo contra Paksas, algunas de las conversaciones telefónicas (incluidas las del 16 de marzo de 2003) fueron utilizadas. Dado que la audiencia era pública y transmitida por la televisión nacional, las conversaciones fueron emitidas al aire. Esto fue el desencadenante para que el Sr. Drakšas exigiera la apertura de una investigación penal por la divulgación de las conversaciones; sin embargo, esto fue considerado inadmisible en razón de que la divulgación había sido realizada conforme a la ley y en el marco de un proceso judicial.

Más aún, el denunciante inició un proceso administrativo ante la negativa del Departamento de Seguridad del Estado de brindarle la información recolectada producto de las escuchas. No obstante, fue rechazado por considerarse que las grabaciones tenían amplias implicancias y, de ninguna manera, podían ser consideradas como concernientes a la vida privada del demandante.

2 | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Luego de agotar todos los recursos de la jurisdicción interna, Algirdas Drakšas realizó una denuncia ante el TEDH alegando que el Estado lituano había violado los arts. 8º (“protección a la vida privada y familiar”) y 13 (“remedio a un derecho efectivo”) CEDH.

En primer lugar, se estableció que el asunto principal en el presente caso era establecer si la interferencia producida por el Estado podría ser justificada en los términos del segundo párrafo del art. 8º. De esta manera, se reiteró el criterio establecido en “*Rotaru v. Romania*”:⁽²⁾ en el mencionado párrafo se prevé una excepción a un derecho garantizado por la Convención, pero debe ser interpretado restrictivamente. Los poderes de vigilancia secreta de los ciudadanos son tolerables bajo el CEDH sólo en la medida en que sea estrictamente necesario para salvaguardar las instituciones democráticas.⁽³⁾

Para que la “interferencia” establecida anteriormente no infringiera el art. 8º, debió haber sido en principio “conforme a la ley”. El Tribunal consideró que esta condición se cumplía, dado que la “interferencia” tenía una base en la Ley de Actividades Operacionales. Asimismo, el Tribunal observa que, como el Gobierno ha señalado, una medida individual de vigilancia tenía que cumplir con las estrictas condiciones y procedimientos establecidos en la propia legislación (en particular, los arts. 6º, 10 y 17 de la ley).⁽⁴⁾

El Tribunal decidió tomar separadamente dos hechos del caso: por un lado, se consideraría la conversación con el Sr. Paksas y otros colaboradores; y por otro lado, se consideraría la conversación con Jurij Borisov, a la luz del art. 8º.

Con respecto a la conversación con el Sr. Paksas y otros colaboradores, se consideró que, sin lugar a dudas, había existido una interferencia al derecho a la vida privada. Sin embargo, dicha interferencia había tenido base

(2) TEDH, “*Rotaru v. Rumania*”, sentencia del 04/05/2000, N° 28.341/95, párr. 47.

(3) TEDH, “*Drakšas v. Lithuania*”, sentencia del 31/07/2012, N° 36.662/04, párr. 54. Ver fallo completo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-112588>

(4) *Ibíd.*, párr. 55.

en leyes lituanas⁽⁵⁾ y había sido autorizada por un juez en función de una investigación sobre la posible participación del denunciante en hechos delictivos.⁽⁶⁾

Se desechó el argumento del denunciante que sostenía que la intercepción y grabación de las conversaciones telefónicas entre él y el presidente habían sido ilegales. Mientras que la legislación lituana prohíbe la intercepción de las comunicaciones del Jefe de Estado, su participación incidental no significa que la intercepción de ésta conversación haya sido ilegal respecto de su interlocutor.⁽⁷⁾ Es decir, el objetivo había sido interceptar una conversación telefónica de Drakšas, sin importar con quién la mantuviera.

Con respecto a la exposición al aire de la conversación del 16 de marzo del 2003 con Jurij Borisov, el Tribunal observó que, a pesar de que las disposiciones legales tendientes a garantizar que la vigilancia fuera llevada a cabo en cumplimiento estricto de la ley con el fin de proteger la privacidad de la persona, la práctica desarrollada en este caso había sido distinta. Si bien la ciudadanía tiene derecho a ser informada sobre funcionarios públicos, en este caso, el Departamento de Seguridad de Estado tenía la obligación de mantener la información confidencial en la instancia en la que se encontraban.⁽⁸⁾

Por último, considerando la emisión al aire de las conversaciones que el demandante mantuvo con el presidente y otros contribuyentes, el Tribunal sostuvo que su contenido fue publicado en el marco de un proceso judicial constitucional, a diferencia de la conversación con Jurij Borisov, que fue publicada debido a la filtración de la información.⁽⁹⁾

Sobre este último punto, el Tribunal reiteró que el informe, incluidas observaciones hechas por los medios de comunicación masiva, en los procedimientos judiciales contribuye a su publicidad y, por lo tanto, es perfectamente lícito.

(5) Law on Operational Activities.

(6) TEDH, “Drakšas v. Lithuania”, cit., párr. 55.

(7) *Ibíd.*, párr. 57.

(8) *Ibíd.*, párr. 60.

(9) *Ibíd.*, párr. 58.

mente acorde con el requisito previsto en el art. 6. 1. del Convenio de que las audiencias son públicas. No sólo los medios de comunicación tienen la tarea de impartir información e ideas, el público también tiene derecho a recibirlas. Esto es aún más relevante cuando las figuras públicas están involucradas, tales como, en el caso de marras, el demandante, que era un miembro fundador del partido político, miembro del Consejo Municipal de Vilnius City y jefe de Estado. Estas personas inevitable y conscientemente se exponen a una evaluación estricta por parte del periodismo y del público en general.⁽¹⁰⁾ Por otro lado, como se desprende de los materiales presentados por las partes, las conversaciones telefónicas dadas a conocer no contenían detalles sobre la vida privada del demandante.⁽¹¹⁾

Por todo lo expuesto, el TEDH concluyó, que con respecto a la filtración de las escuchas realizadas el 16 de marzo del 2003 se había violado el art. 8º; mientras que, la intercepción de las conversaciones del denunciante, el presidente y otros contribuyentes, y su subsiguiente exposición durante procedimientos judiciales, no había constituido una violación al art. 8º.⁽¹²⁾

3 | Consideraciones finales

En este caso, el TEDH pone el acento en la libertad de expresión y resalta el rol esencial que juega en las sociedades democráticas. Se destacó, como es habitual que lo haga en este tipo de casos, que los medios de comunicación tienen un rol fundamental en la democracia: informar al público; mientras que los primeros tienen el derecho de expresarse libremente, los segundos tienen el derecho a ser informados.

En primera instancia, el Tribunal resuelve que no se viola el art. 8º del Convenio con respecto a la utilización de grabaciones del demandante con el ex presidente, dado que fue utilizado en un proceso judicial contra el ex presidente y cumple los requisitos establecidos en el mencionado artículo para restringir un derecho: dicha interferencia debe ser conforme a la ley, seguir los procedimientos establecidos por la misma y considerar si la

(10) TEDH, "Craxi (Nº 2) v. Italia", sentencia del 17 de Julio de 2003, (Nº 25337/94), párr. 64.

(11) TEDH, "Drakšas v. Lithuania", cit., párr. 61.

(12) *Ibíd.*, párr. 62.

persona en cuestión es una figura pública. Por otra parte, se estima que en cuanto a la emisión al aire de las conversaciones con Jurij Borisov, las mismas fueron emitidas no ya en el marco de un proceso judicial, sino como producto de filtración de información.

En resumidas cuentas, lo que establece la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es cuáles son los requisitos probatorios para poder restringir el derecho emanado del art. 8º de la Convención. Asimismo, se desprende del fallo que se intenta balancear el derecho a la vida privada de las personas y el derecho a la libertad de expresión consagrado en el art. 10 CEDH.

Protección de la vida privada y familiar

Lucha contra el terrorismo

TEDH, "NADA v. SUIZA",
12 de SEPTIEMBRE de 2012

por **PABLO GONZÁLEZ⁽¹⁾**

I | Introducción

A fin de lograr una mejor comprensión del caso, es preciso hacer un breve racconto sobre los antecedentes y circunstancias del mismo.

En 1999, a raíz de los atentados ocurridos el año anterior a las embajadas de los Estadios Unidos en Nairobi (Kenia) y Dar-es-Salaam (Tanzania), el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó una serie de resoluciones para combatir el terrorismo internacional. A partir de las mismas, se les impuso sanciones a los talibanes en un primer momento; y luego, se extendieron a la organización Al-Qaeda y a Osama Bin Laden. Entre las sanciones más importantes, podemos mencionar la negación de despegue o aterrizaje de cualquier avión vinculado con las mencionadas organizaciones, el embargo de fondos y cualquier otro recurso financiero y la prohibición de entrada y circulación de cualquier individuo, grupo o enti-

.....

(1) Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

.....

dad vinculada con las organizaciones terroristas. A tales efectos, el consejo de seguridad elaboró una lista donde se enumeraban dichas personas y entidades.

A fin de implementar las resoluciones en cuestión, el Estado suizo dictó una ordenanza consagrando, a nivel interno, las nombradas medidas contra los Talbinanes, Al-Qaeda y Osama Bin Laden, la cual fue conocida como la “Ordenanza Talibán”. Asimismo, elaboró su propia lista de individuos y entidades sobre quienes pesaban las sanciones.

2 | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda del ciudadano italiano y egipcio **Youssef Moustafá Nada** contra la **Confederación Suiza** por considerar que la prohibición de ingresar o transitar por el mencionado país constituía una violación a su derecho a la libertad y al derecho a que se respete su vida privada y familiar. Asimismo, el demandante alegó que careció de un recurso efectivo para hacer valer sus derechos ante los tribunales nacionales.

El peticionario nació en 1931 y vive desde 1970 en Campione d’Italia, un pequeño enclave italiano de 1,6 km² rodeado por territorio suizo, más precisamente por el cantón de Ticino. En sus presentaciones se describió a sí mismo como practicante de la religión musulmana y como un importante hombre de negocios con gran influencia en el mundo de las finanzas y la política.

En 2001, el nombre del peticionario y de una serie de organizaciones a las que estaba asociado fue incluido en la lista elaborada por Naciones Unidas y, posteriormente, a la confeccionada por Suiza. Ese mismo año, la Justicia helvética inició una investigación sobre el peticionario a fin de determinar sus presuntas vinculaciones con el terrorismo internacional.

Si bien en un principio el Sr. Nada obtuvo un permiso especial para cruzar la frontera e ingresar al territorio suizo, en 2003 dicho permiso fue revocado. A raíz de ello, el demandante articuló una solicitud al gobierno suizo para entrar y transitar por su territorio a fin de realizar un tratamiento médico y procedimientos legales, tanto en Suiza como en Italia. Tal solicitud fue desestimada.

En 2005, las investigaciones llevadas a cabo a nivel interno respecto del Sr. Nada fueron archivadas. Como consecuencia de ello, el nombrado requirió al Estado suizo que retire su nombre de la lista anexa a la "Ordenanza Talibán" (lista elaborada por Suiza). Tal solicitud fue rechazada. El peticionario apeló ante diversas dependencias estatales tal rechazo, pero todas fueron desestimadas sin analizar sus fundamentos, basándose en que mientras su nombre persista en la lista de Naciones Unidas, Suiza no podría eliminarlo de la suya.

Paralelamente a sus reclamos ante la Justicia suiza, el Sr. Nada interpuso directamente una solicitud ante el "Comité de Sanciones" (órgano creado a fin de supervisar el cumplimiento de las resoluciones para combatir el terrorismo) con el objetivo de que su nombre fuese removido de la lista de Naciones Unidas. Dicha solicitud no prosperó, al igual que la siguiente que interpuso, en la cual solicitó al mismo organismo que le informe qué país requirió su inscripción y cuáles fueron los motivos.

Finalmente, en octubre de 2009, el nombre del demandante fue eliminado de la lista de Naciones Unidas y de la lista anexa a la "Ordenanza Talibán".

3 | La Sentencia de la Sala de la Primera Sección

La demanda presentada por el Sr. Nada ante el Sistema Europeo de protección fue asignada para su tratamiento a una de las salas de la Primera Sección del Tribunal. Sin embargo, de conformidad con lo prescripto por el art. 30 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁽²⁾ (en adelante, "el Convenio", "el Convenio Europeo" o "CEDH"), la Sala decidió inhibirse en favor de la Gran Sala a fin de que ella entienda en el presente caso. Toda vez que ninguna de las partes se opuso, la inhibición prosperó y el caso fue remitido a la Gran Sala.

(2) Artículo 30 CEDH: "Si el asunto pendiente ante una Sala plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá, en tanto no haya dictado sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala, salvo que una de las partes se oponga a ello".

4 | La sentencia de la Gran Sala

En primer lugar, la Gran Sala resolvió las excepciones preliminares planteadas por el Estado suizo.

Suiza requirió que la demanda fuese declarada inadmisible por ser incompatible *ratione personae* con el Convenio. Fundamentó tal decisión en que, conforme a los arts. 25 y 103 de la Carta de Naciones Unidas, las resoluciones del Consejo de Seguridad son obligatorias y prevalecen por sobre cualquier otro tratado internacional. Por tanto, las medidas impugnadas no eran atribuibles a Suiza sino a Naciones Unidas.

El Tribunal Europeo refuta tal argumento señalando que las resoluciones en cuestión requerían a los Estados que actúen en nombre propio y que las implementen a nivel nacional. En el presente caso, las resoluciones fueron implementadas a través de la "Ordenanza Talibán", y las diversas solicitudes del peticionario para obtener excepciones a la prohibición de ingreso y circulación fueron rechazadas por autoridades suizas.⁽³⁾ En consecuencia, al ser actos realizados por agentes estatales de Suiza, las alegadas violaciones son atribuibles a dicho Estado.

Asimismo, Suiza planteó la incompetencia *ratione materiae* del Tribunal basándose en la naturaleza obligatoria y la primacía por sobre cualquier otro tratado internacional de las resoluciones del Consejo de Seguridad. La Gran Sala entendió que tal análisis corresponde al fondo de la cuestión y, por ello, lo hizo al momento de determinar la alegada violación al derecho al respeto de la vida privada y familiar del Sr. Nada.⁽⁴⁾

Por último, el Estado demandado opuso una excepción preliminar respecto del status de víctima del Sr. Nada, señalando que en el año 2009, su nombre había sido quitado de la lista de Naciones Unidas y de la elaborada por Suiza. En consecuencia, como a su modo de ver el litigio se encontraba terminado, y por aplicación del art. 37. b. CEDH,⁽⁵⁾ el Tribunal debía

(3) TEDH, "Nada v. Switzerland", sentencia del 12/09/2012, N° 10593/08, párrs. 120 y 121. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113118>

(4) *Ibid.*, párrs. 124 y 125.

(5) Art. 37: "En cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir archivar una demanda cuando las circunstancias permitan comprobar: (...) b) que el litigio haya sido ya resuelto".

archivar la demanda. Al respecto, el Tribunal señaló que el levantamiento de la medida impugnada (recién a fines de 2009) no priva al demandante de su condición de víctima por todas las restricciones que sufrió durante el tiempo que su nombre estuvo incluido en ambas listas. Asimismo, el levantamiento de las medidas no puede ser considerado un reconocimiento, ni siquiera implícito, de una violación al Convenio. Además, el levantamiento tampoco fue acompañado de una reparación por las restricciones padecidas. Al respecto, el Tribunal Europeo reitera su jurisprudencia sobre el tema señalando que una decisión o medida favorable al peticionario no es suficiente como para privarlo de su *status* de víctima, salvo que el Estado reconozca una violación al CEDH y luego ofrezca una reparación por ella.⁽⁶⁾

Pasando ya el fondo de la cuestión planteada, la Gran Sala comenzó analizando la alegada violación el art. 8º CEDH ("derecho al respeto de la vida privada y familiar").

En primer lugar, arribó a la conclusión de que efectivamente existió una interferencia al derecho en cuestión. La prohibición de ingreso y circulación, dada la singular situación del enclave de Campione d'Italia (rodeada por el cantón suizo de Ticino), constituye una significante restricción en la libertad del peticionario. Debido a la medida impugnada, durante al menos 6 años,⁽⁷⁾ el Sr. Nada sufrió serias dificultades para ejercer su derecho a relacionarse con otras personas, en especial familia y amigos, que vivían fuera del enclave.⁽⁸⁾

Constatada la interferencia al derecho, el Tribunal Europeo analizó, a la luz del párrafo segundo del art. 8º, si la misma estaba justificada. Para ello, estableció que debía verificarse que la misma haya sido prescripta por ley, que persiguiera alguno de los fines legítimos mencionados en el articulado y que fuese necesaria en una sociedad democrática para alcanzar tales objetivos.⁽⁹⁾

La Gran Sala señala que la medida impugnada tiene un basamento legal, ya que la prohibición de ingreso y circulación estaba prevista en el

(6) TEDH, "Nada v. Switzerland", *cit.*, párrs.128 y 129.

(7) El Tribunal contabiliza el período 2003-2009 toda vez que durante el lapso 2001-2003 el peticionario gozó de un permiso especial para cruzar la frontera.

(8) TEDH, "Nada v. Switzerland", *cit.*, párr. 165.

(9) *Ibid.*, párr. 167.

art. 4º de la "Ordenanza Talibán". A su vez, arriba a la conclusión de que la restricción perseguía dos de los objetivos legítimos enumerados en art. 8. 2. CEDH: el de prevenir el crimen y el de contribuir a la seguridad pública y nacional de Suiza.⁽¹⁰⁾

El análisis de la "necesidad en un sociedad democrática" de la medida impugnada fue dividido por el Tribunal en dos partes: a) la implementación de las resoluciones del Consejo de seguridad; y b) la proporcionalidad de la restricción.

En lo que respecta al primer punto, la Gran Sala examinó las resoluciones, a fin de determinar si ellas dejaban a los Estados cierta libertad en su implementación y si permitían a las autoridades nacionales tener en cuenta la específica y singular situación del demandante, y por tanto, cumplir con las exigencias del art. 8º CEDH. Para ello, tuvo en cuenta el contexto en que las resoluciones fueron adoptadas y sus objetivos, considerados a la luz de los propósitos y principios de las Naciones Unidas.⁽¹¹⁾

El Tribunal Europeo observa que la Carta de Naciones Unidas no impone a los Estados un modelo particular para la implementación de las resoluciones de Consejo de Seguridad. Sin perjudicar la naturaleza obligatoria de tales resoluciones, la Carta permite a los Estados Parte una "elección libre" entre los diversos modelos para implementar tales resoluciones en su ordenamiento legal interno. La misma impone a los Estados una obligación de resultado, dejándole a ellos la elección de los medios a través de los cuales le darán efecto a las resoluciones.⁽¹²⁾

El Tribunal señala que la prohibición de ingreso y circulación fue ordenada en Suiza a raíz de la implementación de la resolución 1390/2002, cuyo art. 2. b. afirma que la prohibición no será aplicada cuando la entrada o transito sea **necesaria** para el cumplimiento de un proceso judicial.⁽¹³⁾ La

(10) *Ibid.*, párrs. 173 y 174.

(11) *Ibid.*, párr. 175.

(12) *Ibid.*, párr. 176.

(13) Recordemos que uno de los motivos sobre los cuales el peticionante fundaba su solicitud de levantamiento de la prohibición era, además de recibir atención médica, la realización de trámites en el marco de procesos judiciales en Suiza e Italia.

Gran Sala advierte que el término "necesaria" tiene que ser analizado en cada caso particular.⁽¹⁴⁾

A juicio del Tribunal, Suiza gozaba de cierta libertad, limitada pero real, a la hora de implementar las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

Pasando ya al segundo punto, la Gran Sala reitera que una interferencia es considerada "necesaria en una sociedad democrática" para lograr un objetivo legítimo si responde a una "necesidad imperiosa", si es proporcional a dicho objetivo y si las razones brindadas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes.⁽¹⁵⁾

La Corte señala que, para responder este interrogante, es necesario analizar si las autoridades suizas tuvieron en cuenta la particular situación del caso y si adoptaron, en el marco de su margen de apreciación, las medidas necesarias para adaptar el régimen de sanciones a la situación del demandante.⁽¹⁶⁾

En primer lugar, repara en que, si bien la investigación en Suiza sobre la presunta relación del peticionario con organizaciones terroristas fue cerrada y archivada en 2005, el Estado demandado recién lo informó a Naciones Unidas en 2009. Una comunicación más rápida de este extremo hubiera permitido la eliminación del nombre del demandante de la lista de Naciones Unidas y, consecuentemente, reducido el período de tiempo durante el cual el Sr. Nada vio restringidos sus derechos.⁽¹⁷⁾

Seguidamente, el Tribunal Europeo hizo hincapié en el gran alcance de la prohibición. El Sr. Nada no sólo se vio imposibilitado de ingresar en Suiza, sino también de irse de Campione d'Italia e incluso de viajar a cualquier otra parte de Italia (país del cual él era nacional) sin violar el régimen de sanciones. A la vez, advierte que tampoco se le podría haber requerido que se mude de la ciudad en la que vivía desde 1970 a otra región de

(14) TEDH, "Nada v. Switzerland", *cit.*, párr. 177.

(15) *Ibid.*, párr. 181.

(16) *Ibid.*, párr. 187.

(17) *Ibid.*, párr. 188.

Italia, porque, por un lado, no habría tenido los medios económicos⁽¹⁸⁾ y, por otro lado, el derecho a que se respete su hogar está protegido por el art. 8 CEDH.⁽¹⁹⁾

Otra de las particularidades del caso sobre las que la Gran Sala repara es la edad (81 años al momento de dictarse la sentencia) y los problemas salud del Sr. Nada. Aun cuando el peticionario articuló distintas solicitudes para que se le conceda una excepción a la prohibición por motivos de salud, todas ellas fueron rechazadas o concedidas por un lapso temporal corto. Al respecto, se señala que la resolución 1930/2002 preveía la concesión de excepciones por razones de salud, entre otras disposiciones.⁽²⁰⁾

La Gran Sala consideró que las autoridades suizas no tuvieron suficientemente presente las particularidades del caso, especialmente la situación geográfica única de Campione d'Italia, la duración de las medidas (al menos 6 años) y la nacionalidad, edad y salud del demandante. Además, al tener la posibilidad de decidir cómo implementar las resoluciones del Consejo de Seguridad en el ordenamiento jurídico interno, el Estado suizo debió haber permitido cierta flexibilidad en el régimen de sanciones respecto del demandante, a fin de evitar interferencias con el derecho a que se respete su vida privada y familiar, y sin eludir la naturaleza obligatoria de las resoluciones o las sanciones previstas por ellas.⁽²¹⁾

Por tanto, el Estado demandado no puede válidamente descansar en la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, sino que debe convencer al Tribunal de que tomó, o al menos intentó tomar todas las medidas posibles para adaptar el régimen de sanciones a la situación particular del peticionario.⁽²²⁾ De este modo, la Gran Sala evitó expedirse (como requería el Estado demandado) sobre la jerarquía de las obligaciones de los Estados Parte del Convenio, por un

.....

(18) Una de las sanciones impuestas por las resoluciones del Consejo de seguridad era el embargo de fondos y de cualquier otro recurso financiero.

(19) TEDH, "Nada v. Switzerland", cit., párr. 190.

(20) *Ibid.*, párr. 191 y 192.

(21) *Ibid.*, párr. 196.

(22) *Ibid.*, párr. 196.

lado, y las que se surgen de la Carta de Naciones Unidas, por el otro. A su juicio, lo importante es que la Confederación suiza falló en demostrar que intentaron, bajo todas las formas posibles, armonizar las obligaciones que consideraba divergentes.⁽²³⁾

En razón de todo lo expuesto, el Tribunal Europeo consideró que la restricción impuesta a la libertad de movimiento del Sr. Nada por un período de tiempo considerable no logró un justo balance entre su derecho a la protección de su vida privada y familiar y los legítimos objetivos de prevención del crimen y protección de seguridad nacional y pública. En conclusión, la interferencia al derecho no fue proporcional a los nombrados objetivos, y consecuentemente, tampoco fue "necesaria en una sociedad democrática".

Por otro lado, el Tribunal Europeo halló responsable al Estado Suizo por la violación del art. 13 CEDH toda vez que el demandante no gozó de un recurso efectivo a través del cual hacer valer su derecho. Fundamentó tal decisión en que si bien tuvo la posibilidad de interponer acciones a fin de eliminar su nombre de la lista elaborada por Suiza, ninguna de las autoridades examinó los fundamentos de su petición basándose en que Suiza se encuentra obligada por las resoluciones del Consejo de Seguridad. Asimismo, destacó que no existía ninguna disposición en tales resoluciones que impidiera a las autoridades nacionales introducir mecanismos para verificar o revisar si las medidas tomadas a nivel nacional eran conformes con el CEDH.⁽²⁴⁾

Por último, la Gran Sala rechazó la alegada violación al art. 5º CEDH ("derecho a libertad") por considerarla infundada. En primer término, señaló que el área a la cual el peticionario no tenía permitido el ingreso y circulación era el territorio de un tercer país, Suiza, y que de conformidad con el derecho internacional, todo Estado tiene derecho a impedir el ingreso de un extranjero. Agrega que la restricción no le impedía vivir libremente y moverse dentro del territorio donde residía de forma permanente y que lo había elegido libremente para vivir y llevar a cabo sus actividades. Si bien reconoció la especial situación de Campione d'Italia,

(23) *Ibid.*, párr. 197.

(24) *Ibid.*, párrs. 210, 212 y 213.

observó que el Sr. Nada no se encontraba en situación de detención, ni siquiera en arresto domiciliario. Completó su fundamentación señalando que tampoco estaba bajo la custodia de ninguna autoridad estatal ni tenía que reportarse periódicamente ante la policía local. Finalmente, destacó que el régimen de sanciones preveía la concesión de ciertas excepciones, las cuales fueron otorgadas en dos oportunidades pero el peticionante no empleó.⁽²⁵⁾

5 | Consideraciones Finales

Sin lugar a dudas, el terrorismo internacional es una cuestión global que debe ser afrontada a través de organismos internacionales como Naciones Unidas y su Consejo de Seguridad. Sin embargo, el combate frente al mismo supone acaso el olvido de toda norma del derecho internacional, y en especial, del derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cómo conciliar la obligatoriedad de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y las obligaciones que se desprenden de instrumentos internacionales de derechos humanos?

Frente a estos interrogantes, el Tribunal Europeo dio una respuesta en el caso "Al-Jedda v. Reino Unido".⁽²⁶⁾ Allí señaló que a la hora de interpretar las resoluciones del Consejo de Seguridad debe presumirse que este último no intenta imponer a los Estados Parte ninguna obligación de violar principios fundamentales de derechos humanos. De este modo, frente a cualquier caso de ambigüedad en los términos empleados por una resolución del Consejo de Seguridad el Tribunal, debe optar por la interpretación que se halle en mayor armonía con los requerimientos, exigencias y obligaciones que se desprenden del Convenio Europeo. Todo ello teniendo presente que uno de los propósitos de las Naciones Unidas es realizar cooperación internacional a fin de promover el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos.

(25) *Ibid.*, párrs. 229, 230, 231 y 232.

(26) TEDH, "Al-Jedda v. Reino Unido", sentencia del 07/07/2011, N° 27021/08, párrs. 101 y 102. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-105612>

Empero, en el presente caso la situación es diferente: aquí no hay un problema de interpretación, sino que la resolución 1390/2002 expresamente requiere a los Estados que impidan a los individuos incluidos en la lista de Naciones Unidas ingresar o circular por su territorio. Por lo tanto, la presunción del caso "Al-Jedda" queda sin efecto toda vez que la resolución impone una obligación de adoptar medidas capaces de violar derechos humanos. Comparto la postura de la Gran Sala de que los Estados al observar discordancias deben hacer el intento, bajo todas las formas posibles, de armonizar ambas obligaciones. En el presente caso, el Estado suizo pudo haber flexibilizado el régimen de sanciones atento a las situaciones extraordinarias del caso, puntualmente, la situación geográfica de Campione d'Italia, la edad, nacionalidad y salud del Sr. Nada.

Libertad de expresión y asociación

Fuerzas armadas y policiales

TEDH, "CASE OF TRADE UNION OF THE POLICE IN THE SLOVAK REPUBLIC and OTHERS v. SLOVAKIA",
25 de SEPTIEMBRE de 2012

por AGUSTÍN MOGNI⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En el presente caso se presentan frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos —denunciando a la República de Eslovaquia— el sindicato de la policía y tres solicitantes individuales miembros del gremio. El caso se originó en octubre de 2005 cuando el mencionado sindicato llamó a realizar una marcha en una de las principales calles de Bratislava, capital de Eslovaquia, con el fin de reclamar contra unas perjudiciales leyes acerca de la seguridad social de los policías y también por el bajo salario que percibían. Esta marcha resultó pacífica, aunque se podían observar miembros de la policía con pancartas que decían: "si el Estado no le paga a los policías, la mafia lo hará con gusto" a la vez que entonaban cánticos para que el gobierno renunciara. Esto generó la crítica del Ministro del Interior hacia la manifestación y su declaración acerca de que el pedido de renuncia de las autoridades estatales por parte de los policías iba en contra de

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

.....

su propio Código de Ética ya que politizaba a un sector que debía mantenerse apolítico. A la par, decidió reasignar al presidente del sindicato de un puesto de jerarquía al de un policía normal, por considerar que había sido el ideólogo de la manifestación.

Posteriormente, los demandantes presentaron una denuncia frente al Tribunal Constitucional de Eslovaquia alegando la violación a los arts. 10⁽²⁾ y 11⁽³⁾ de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, "la Convención" o "CEDH") y sus artículos constitucionales equivalentes, argumentando principalmente que las declaraciones y acciones del Ministro del Interior generaban miedo en los miembros de la fuerza pública, ya que estarían siendo sancionados por valerse de sus derechos de libertad de expresión, reunión y asociación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional falló a favor del Ministro del Interior alegando que no se habían violado los derechos de los demandantes en vistas de que habían podido manifestarse y asociarse libremente. En cuanto a las declaraciones del Ministro, el Tribunal Constitucional consideró que debían entenderse "como parte de un diálogo entre ambas partes a las que se les dio la oportunidad de expresar sus opiniones y puntos de vista".⁽⁴⁾

2 | Demanda

Los solicitantes se presentaron frente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando la violación de los ya mencionados arts. 10 y 11 de la Convención por parte del Ministro del Interior, a causa de sus declaraciones y acciones.

(2) Art. 10 CEDH: "Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa...".

(3) Art. 11 CEDH: "Libertad de reunión y de asociación. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses...".

(4) Sentencia de la Tercer Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Case of Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia", 25/09/2012. Demanda N° 11828/08. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113335>

Inicialmente, el Estado objetó la admisibilidad de la presentación de los solicitantes con respecto al art. 34⁽⁵⁾ de la Convención en cuanto al agotamiento de los recursos internos debido a que podían haber realizado una acción de responsabilidad o utilizado un recurso de protección de derechos personales. A pesar de esto, los demandantes alegaron que el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado acerca de los artículos en litigio y que las declaraciones impugnadas habían afectado sus derechos. La Tercera Sección del Tribunal de Justicia falló declarando admisible la petición con respecto al art. 10 y 11 pero no con respecto al resto de los hechos.

En cuanto a la petición, los solicitantes sostuvieron que ellos realizaron una manifestación apolítica en defensa de los derechos económicos y sociales de todos los miembros de la fuerza policial y que la reacción del Ministro del Interior había sido excesiva a causa de las amenazas involucradas, incluyendo el despido de la policía o la reasignación de puesto. Mientras, el Estado alegó, concordando con el Tribunal Constitucional, que las declaraciones del Ministro no fueron contradictorias con los derechos de los demandantes ya que fueron realizadas en el marco de un debate político acerca de la remuneración de la policía y su derecho a criticar la política del gobierno.

El Tribunal interpretó que los hechos del caso se encuadran en la cuestión de la libertad de expresión, estrechamente relacionada con la libertad sindical. Es por esto que consideró prioritario el art. 11 de la Convención y que lo interpretó a la luz del art. 10 de ésta. La Corte también apreció que las declaraciones realizadas afectaban los derechos de los solicitantes y que debía ser desestimada la petición del Estado de que no se las juzgara víctimas. Sin embargo, estimó que los dichos del Ministro pueden considerarse ajustados a la ley ya que la fuerza policial depende del Ministerio del Interior. Por lo tanto, las declaraciones perseguirían el objetivo de cumplir el Código de Ética de los miembros del Cuerpo de la Policía. Al analizar si las palabras del Ministro fueron proporcionales con el fin buscado, la Corte concordó con el Tribunal Constitucional de Eslovaquia en que sólo tuvieron como destinatarios a los que habían pedido la renuncia del

(5) Art. 34 CEDH: "Demandas individuales. El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

gobierno y no a toda la fuerza policial; también sostuvo que había sido una reacción inmediata a lo expuesto en la manifestación y que tenía derecho de expresar libremente su opinión ya que era una situación relacionada al Ministerio del cual era el responsable.

3 | Análisis

La Sección Tercera de la Corte falla, primero, unánimemente descartando las objeciones del Estado en cuanto al estatus de víctimas de los solicitantes y declara admisible el caso con respecto a los hechos ya tratados en el Tribunal Constitucional bajo los arts. 10 y 11 de la Convención, considerando al resto inadmisible. Además, analiza los artículos constitucionales eslovacos en los cuales está establecido el derecho a la libre asociación y las posibles restricciones a los sindicatos para proteger la seguridad del Estado. A su vez, examina la legislación nacional y el Código de Ética del Cuerpo de Policía donde se puede observar la subordinación de la fuerza policial al Ministerio del Interior y las facultades del Ministro para transferir de grado a una persona sin necesidad de exponer las razones.

Con respecto al Código de Ética, es oportuno destacar el art. 3⁽⁶⁾ del mismo, el cual, en su parte pertinente, apunta a que, cuando un oficial de policía se expresa en público, debe hacerlo de un modo imparcial y reservado que no plantea ninguna duda acerca de su imparcialidad. En el plano internacional, la Corte toma en cuenta a los Convenios N° 87⁽⁷⁾ y 98⁽⁸⁾ de la Organización Internacional del Trabajo⁽⁹⁾ (OIT) en los cuales se establece una excepción a los Principios Laborales de libre asociación y organización sindical con respecto a las fuerzas armadas y policiales al dejarse estos aspectos a la determinación en la legislación de cada Estado. La Corte reafirma lo asentado en el *leading case* "Sindicato Nacional de la Policía

(6) Art. 3 CEDH: "Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

(7) Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo: "Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación", San Francisco, 09/07/1948.

(8) Convenio N° 98 de la OIT: "Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva", Ginebra, 01/07/1949.

(9) Es un organismo perteneciente a las Naciones Unidas encargadas del ámbito del trabajo y las relaciones laborales fundada en 1919.

belga v. Bélgica”⁽¹⁰⁾ acerca de los principios relevantes de libertad de asociación y libertad de expresión.

Finalmente, falla cinco votos contra dos que no ha habido violación al art. 11 de la Convención interpretado a la luz del art. 10.

Los dos jueces que realizaron la disidencia consideraron que la manifestación de los policías no había sido una provocación al gobierno ya que no es causa suficiente el contenido de las pancartas. Esto se debe a que, a través de este método, buscan en *slogans* breves expresar el conjunto de ideas para que generen un impacto sin la necesidad de que se pueda interpretar como manifestaciones políticas fundadas. Asimismo, estiman que las declaraciones del Ministro fueron desmedidas y que, como funcionario público, debería haber pensado más su reacción ya que poseía tiempo para hacerlo y lo que produjo con sus dichos fue crear temor en las fuerzas policiales, callándolas para futuras manifestaciones.

Además, en la disidencia se analiza si son los representantes los que deben responder por los dichos o pancartas que expongan los demás miembros del sindicato, igualmente concluye que los cantos y carteles fueron excesivos para la ética policial. Finaliza la disidencia fallando a favor de los solicitantes en cuanto a la violación del art. 11 de la Convención interpretado a la luz del art. 10.

4 | Consideraciones finales

En el presente caso, la Tercera Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe resolver sobre un tema tan delicado como lo es la sindicalización de las fuerzas armadas. El Tribunal mantiene su jurisprudencia relativa a este punto de manera acertada ya que concuerda con los principios establecidos por la OIT, que es el organismo internacional específico en materia de derechos laborales. Al tener cada Estado discrecionalidad absoluta en la legislación de los mencionados sindicatos, el Tribunal debe analizar si ha habido una violación manifiesta de los derechos de los trabajadores de acuerdo a su estatuto o Código de Ética.

(10) TEDH, “Case of National Union of Belgian Police v. Belgium”, ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57435>

Es por eso que si éste determina que la restricción a su derecho de libertad de expresión tiene como límite las manifestaciones de carácter político que pongan en juego el sistema democrático, debe ser respetado con mayor ímpetu que en un caso similar de otro sindicato. La sindicalización de las fuerzas armadas presenta diversas dificultades, especialmente por el poder que tienen y, además, por su relación de verticalidad dentro de las fuerzas, lo que contraría un carácter fundamental de los sindicatos que es la igualdad jerárquica en la que se encuentran los trabajadores. Esta es la causa de la libertad que otorga la OIT en cuanto a la permisividad o no de estos gremios y a la prohibición o fuerte restricción en la gran mayoría de los Estados.

Derecho a la privacidad

TEDH, "AFFAIRE ALKAYA c. TURQUIE",
9 de OCTUBRE de 2012

por KATIA ROSENBLAT⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

La demandante es una actriz de cine y teatro, reconocida en Turquía. El 12 de octubre de 2002, sufrió un robo en su domicilio. El 15 de octubre, el diario nacional *Akşam* publicó un artículo al respecto, mencionando la dirección exacta de la afectada.

En razón de ello, la demandante acude a un Tribunal de Zeytinburnu⁽²⁾ ("TGI"), para reclamar el daño moral derivado de dicha circunstancia al diario, su director y un periodista. Indica que la mención de su domicilio la convirtió en blanco fácil de quienes quisieran aprovechar su fama, lo cual puso en riesgo tanto su integridad física como sus bienes. Agrega que su vivienda dejó de ser un espacio privado y seguro. Respecto del artículo, manifiesta que la divulgación de su domicilio no tuvo ningún valor informativo, encontrándose más allá de los límites de la libertad de expresión, calificándola de ataque a sus derechos de la personalidad. Para apoyar

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) "Tribunal de grande instance", TEDH, "Affaire Alcaya c. Turquie", sentencia del 09/10/2012, denuncia N° 42881/06, párr. 8. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114030>

su recurso, pone a disposición del Tribunal otros artículos acerca del robo que no mencionan sus coordenadas.

El TGI rechaza la demanda, basándose en que la demandante es una persona que, por su notoriedad, “pertenece al público”.⁽³⁾

La demandante recurre en casación, sosteniendo que, luego de la publicación, hay gente que se posiciona delante de su departamento durante el día entero y le realiza propuestas fuera de lugar, para lo cual ofrece testigos. Éstos declaran que había hombres que la esperaban para decirle que era bella, que la querían besar y que la invitaban a salir. Ante esta situación, tenía miedo y no podía permanecer sola en su hogar. Insiste en que se la expuso como blanco fácil y se afectaron sus derechos personalísimos.

Al acudir a la Justicia, la demandante se basa en el ya derogado art. 49 del Código de las Obligaciones, que actualmente tiene su correlato en el art. 24 del Código Civil, sobre los derechos de la personalidad.

2 | Análisis

La demandante decide acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal” o “el TEDH”), alegando un ataque a su vida privada y a su derecho al respeto de su domicilio, calificándolo de discriminatorio en razón de estar fundado en su fama. Denuncia la difusión de su dirección por la prensa y reprocha al Estado haber faltado a su deber de protegerla contra ataques a su vida privada, invocando el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “la Convención”).

El Gobierno, por su parte, insiste en que la vida privada de las personalidades públicas es más susceptible de ser expuesta que la del resto de la sociedad. Establece que, dado que en el caso entran en conflicto el derecho a la vida privada y la libertad de expresión, los requisitos que deben satisfacerse son los de exactitud, atención e interés público, actualidad y lazo entre el tema tratado y su expresión. El mismo los considera cumplidos y no cree que se haya incluido información no pertinente.

(3) *Ibid.*, párr. 9, “appartenait au public”.

La demandante expresa que la difusión de su dirección no presenta ningún interés desde el punto de vista informativo, y no cumple con los criterios expresados con anterioridad por el Gobierno. Asimismo, reprocha al Estado no haber hecho justicia, fundándose en su fama para justificar los hechos.

El Tribunal expone que la noción de vida privada incluye, entre otras cosas, el derecho a vivir lejos de toda atención no deseada, y que protege el respeto del domicilio. Éste no es un derecho a un simple espacio físico, sino también al disfrute y la tranquilidad del mismo. Luego, establece que cualquier persona, inclusive una conocida, puede valerse de una "esperanza legítima" de protección y respeto de su vida privada.

Para el TEDH, el elemento determinante al poner en la balanza la protección de la vida privada y la libertad de expresión, reside en si la información aporta a un debate de interés general, así como en la gravedad de la intrusión y sus repercusiones para la persona afectada.

A su criterio, las publicaciones cuyo objeto es el de satisfacer la curiosidad de un determinado público sobre la vida privada de una persona, sin importar su fama, no contribuyen a ningún interés general. Tampoco encuentran elementos —ni en el artículo, ni en las observaciones del Gobierno— que indiquen lo contrario.

El Tribunal opina que el TGI, al fijarse sólo en la notoriedad de la persona, no tuvo en cuenta las consecuencias de la publicación en la vida de la demandante. Esta falta de evaluación adecuada de los intereses y las repercusiones, violó las obligaciones internacionales del Estado establecidas en el art. 8º de la Convención. La jurisdicción interna no supo proteger la vida privada de la demandante.

3 | Consideraciones finales

En el caso se refleja, una vez más, el conflicto que se suscita entre la libertad de expresión y otros derechos fundamentales, como la vida privada de la gente. Esta circunstancia muchas veces se ve agravada por la condición de "famoso" del afectado. El TEDH logra establecer ciertos criterios a tener en cuenta a la hora de analizar estas situaciones, poniendo un límite

a la facultad de la prensa de inmiscuirse en las vidas ajenas. Lo determinante, según ella, es el interés público de la información revelada, así como las repercusiones de la publicación en la vida del afectado. Resulta pertinente que se dedicara a fijar estas pautas, ya que, de otra manera, el ámbito privado de las personas de conocimiento público estaría demasiado expuesto frente a los medios.

Prohibición de la tortura

Protección contra la violencia doméstica

TEDH, "AFFAIRE E. M. c. ROUMANIE",
30 de OCTUBRE de 2012

por **MARISOL DORREGO⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

La peticionaria de nacionalidad rumana se casa con I. B. en el año 2001 y de esa unión nace su hija B. A. M. El 4 de marzo del año 2004, la peticionaria se encontraba en su departamento con su hija, y su marido le habría pedido por teléfono abandonar el domicilio conyugal amenazándola de muerte. A su regreso, la golpea hasta que necesita ser hospitalizada y la amenaza con matarla si no se mudaba. I. B. habría arrojado al piso varios objetos del cuarto en el que se encontraban y luego golpeado a su mujer con los puños y con diversos objetos. El día siguiente a dichos sucesos, la peticionaria presenta a su hija a un examen médico. El médico nota que B. A. M. estaba agitada y temerosa y concluye que se encontraba psíquicamente traumatizada. El 6 de marzo, la peticionaria se presenta al servicio de traumatología del hospital Sfântul Pantelimon. El informe médico concluye que la peticionaria presentaba lesiones que podían datar del 4 de marzo del 2004.

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

El 12 de octubre del año 2004, el Tribunal de Primera Instancia de Bucarest se pronuncia sobre el divorcio de la peticionaria con I. B. Dicho tribunal estima que el comportamiento agresivo de I. B. contra la peticionaria ha sido corroborado por las declaraciones de testigos y por un certificado médico-legal. La peticionaria denuncia el 6 de marzo de 2004 a I. B. Describe los comportamientos violentos que su marido habría tenido para con ella y las amenazas contra ella y su hija y pide la protección de la policía para las dos. El 1º de septiembre del 2004, el Ministerio Público Fiscal estima que los hechos mencionados no se hallaban probados. En su descargo, la peticionaria denuncia los acontecimientos ocurridos el 4 de marzo de 2004, tal como había especificado en la denuncia. Luego de la audiencia que tuvo lugar el 28 de junio del año 2004, el Tribunal de Primera Instancia interroga a la peticionaria. Durante el proceso, ella presenta a su hermana y su madre como testigos de los cuales sólo es admitida la primera, quien declara haber llegado el día de los hechos al domicilio de la peticionaria y se haberse cruzado con I. B., quien estaba a punto de abandonar el departamento cargado con dos bolsos. Ella le pregunta por su hermana e I. B. responde que él la iba a matar. Cuando encuentra a la peticionaria, ella se hallaba con rastros de violencia y sus vestimentas desgarradas.

I. B. al declarar manifiesta haber llegado al hogar ese día para recoger sus cosas y abandonar el departamento y que la peticionaria habría tratado de impedirle. Él le habría manifestado que era su intención divorciarse y que luego habría regresado para recuperar sus cosas pero que no había podido abrir la puerta, concluyendo que la peticionaria había cambiado la cerradura. Después, el mismo día, vuelve a su trabajo acompañado por D. E. Dicha persona declara ante el Tribunal de Primera Instancia que el 4 de marzo de 2004, I. B. le habría comentado su intención de divorciarse y le habría pedido que lo llevase en auto hasta su departamento para recoger sus cosas. Luego de un cuarto de hora I. B., vuelve sólo con su cargador de su teléfono celular y sin indicar detalles.

El 14 de marzo de 2005, el Tribunal de Primera Instancia condena a I. B. al pago de una multa de 10 millones de lei rumanos (moneda de curso legal en Rumania). Considera que I. B. era el autor del delito fundándose en los certificados médicos y las declaraciones testimoniales. El incumplimiento de la pena de multa, en el caso de I. B., podría resultar en la commutación de la pena de multa en pena de prisión. En cuanto a las amenazas, para el

tribunal no se encuentra efectivamente probado que I. B. hubo amenazando a la interesada.

I. B. formula un recurso de apelación. El Tribunal Departamental de Bucarest, el 9 de junio de 2005, hace lugar a su recurso y ordena la liberación de I. B. toda vez que no había pruebas suficientes para demostrar que él era autor de los hechos. Para el Tribunal Departamental, el Tribunal de Primera Instancia sólo habría fundado su sentencia sobre las declaraciones de M. M. y que las mismas no poseían credibilidad.

Al tiempo que se desarrolla el proceso judicial, el 28 de marzo de 2004, la peticionaria, acompañada por su hija y su madre (M. V.), había vuelto a encontrarse con I. B. por la calle. Una disputa se habría producido en esa ocasión entre M. V. y I. B. Seguido del incidente, M. V. había sido examinada por un médico, quien diagnostica una fractura de un dedo de su mano izquierda. Debido a que I. B. no poseía antecedentes penales, si bien M. V. denuncia por sus heridas, el Tribunal de Primera Instancia de Bucarest considera que una sanción administrativa es suficiente.⁽²⁾

2 | Apreciación del Tribunal Europeo (Tercera Sección)

Basándose en los arts. 3 y 8 de la Convención, la peticionaria alega que las autoridades internas no realizaron una investigación efectiva luego de que ella presentara su denuncia sobre las agresiones sufridas el 4 de marzo del 2004. También expresa que las autoridades competentes no tomaron las medidas necesarias para proteger tanto a ella como a su hija.⁽³⁾

A consideración del Tribunal, para que un caso entre sobre la protección del art. 3 de la Convención, debe poseer un mínimo de gravedad. Dicha gravedad es relativa y se aprecia en cada caso en concreto, depende de la duración de sus efectos físicos y/o mentales, del sexo, de la edad

(2) TEDH, "Affaire E. M. c. Roumanie", 30/10/2012, pp. 6/40. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114091>

(3) *Ibid.*, p. 50.

y del estado de salud de la víctima.⁽⁴⁾ En el caso en concreto, es indudable que la peticionaria fue víctima de un abuso físico el 4 de marzo del 2004. Las heridas, según un informe médico, necesitaban de ocho a nueve días de cuidados médicos. Se trata, entonces, de lesiones graves. Para el Tribunal, dado que el art. 1 (en relación con el art. 3) de la Convención impone a los Estados contratantes la obligación de garantizar a toda persona dentro de su jurisdicción los derechos y libertades consagradas por la Convención, deben tomar medidas concretas tendientes a impedir que sean sometidas a tratos crueles, incluso de particulares. En ciertas circunstancias, es necesaria la protección del Estado respecto de la vida privada y la salud para la prevención de delitos penales. Al respecto, el Estado debe adoptar y poner en práctica un marco legal que permita la protección contra los actos de violencia entre los particulares.⁽⁵⁾ Muchos instrumentos internacionales señalan la vulnerabilidad particular de las víctimas de violencia doméstica y la necesidad de los Estados de implicarse activamente en su protección.⁽⁶⁾

El Tribunal observa que en Rumania, la ley penal en vigor al momento de los hechos consideraba punible el delito de golpes y otras lesiones, siendo que el legislador previó sanciones más severas cuando dichos actos eran cometidos contra los miembros de un mismo núcleo familiar. En estos casos, el proceso penal podía ser iniciado por denuncia de las víctimas o por prevención. También cuentan con la ley 217 del 2003 sobre la prevención y la lucha contra la violencia doméstica. Esto lleva al Tribunal a concluir que se contaba, al momento de los hechos, con un marco legal para asegurar un mínimo grado de protección a las víctimas de violencia doméstica.⁽⁷⁾

En cuanto a la aplicación de dicho marco legal, luego de la denuncia de la peticionaria, las autoridades internas debían actuar diligente y seriamente, siendo que un acto de violencia doméstica con una prueba médica había

(4) TEDH, "Kudła c. Pologne [GC]", N° 30210/96, § 91, 2000-XI; y "Peers c. Grèce", N° 28524/95, § 67, 2001-III.

(5) TEDH, "Sandra Janković c. Croatie", N° 38478/05, § 45, 05/03/2009"; y "A. c. Croatie", N° 55164/08, § 60, 14/10/2010; y *mutatis mutandis*, "M. C. c. Bulgarie", N° 39.272/98, §§ 150/152, 2003-XII.

(6) TEDH, "Bevacqua et S. c. Bulgarie", N° 71.127/01, § 65, 12/06/2008; y "Affaire E.M c. Roumanie", cit., pp. 57/58.

(7) *Ibid.*, 30/10/2012, p. 62.

sido puesto en su conocimiento.⁽⁸⁾ El Tribunal establece que la admisibilidad de la prueba y su apreciación son principalmente la legislación nacional y los tribunales nacionales.⁽⁹⁾ Ella admite que, en este caso, las autoridades rumanas estaban en la presencia de dos versiones contradictorias de los hechos y que no había evidencia "directa". Sin embargo, para el Tribunal en casos de violencia doméstica, corresponde a las autoridades a cargo de la investigación, tomar las medidas necesarias para evaluar la credibilidad de las versiones y aclarar las circunstancias del caso.⁽¹⁰⁾ Respecto a la apreciación de la prueba por el Tribunal Departamental de Bucarest, el TEDH expresa que las pruebas sobre las cuales basa su pronunciamiento son las mismas que fueron examinadas por el Tribunal Departamental de Bucarest y que el mismo disponía de información suficiente para proceder a una verificación profunda de la totalidad del caso.⁽¹¹⁾

A su consideración, el Tribunal Departamental pudo ordenar la producción de nuevas pruebas para esclarecer los hechos. Pudo haber tomado declaración de la peticionaria para que diese más detalles sobre los hechos. Tampoco buscó obtener la declaración de la madre de la peticionaria, ni la de los policías que intervinieron. El Tribunal estima que, si bien el Tribunal Departamental poseía a su disposición de elementos suficientes para ordenar la prosecución de la instrucción y obtener más prueba, cerró el caso haciendo pesar sobre la peticionaria dicha falta de pruebas suficientes.⁽¹²⁾ Si bien dicho Tribunal no creía que I. B. fuese el causante de las lesiones de la peticionaria, tampoco ordenó la producción de más pruebas a los fines de identificar a su agresor.⁽¹³⁾

Luego de la denuncia efectuada ante la policía, la peticionaria había demandado la ayuda y la protección de las autoridades para ella y su hija contra el comportamiento agresivo de I. B. Sin embargo, hubo una falta de

(8) TEDH, "Affaire E.M c. Roumanie", 30/10/2012, pp. 64/65.

(9) TEDH, "García Ruiz c/ España [GC]", N° 30.544/96, § 28, 1999 I.

(10) *Mutatis mutandis*, "MC c. Bulgaria", cit., §§ 175/178 y 181/182; y TEDH, "Affaire E.M c. Roumanie", cit., p. 66.

(11) TEDH, "Affaire E.M c. Roumanie", cit., p. 67.

(12) TEDH, "Affaire E.M c. Roumanie", cit., p. 68.

(13) *Mutatis mutandis*, "Macovei et autres v. Roumanie", N° 5048/02, § 46, 21/06/2007.

cooperación entre las autoridades obligadas a intervenir que obstaculizó la clarificación de los hechos.

Finalmente, el Tribunal no considera necesario examinar los hechos sobre el art. 8 de la Convención, y estima que la manera en la que fue llevada la investigación de los hechos no aseguró a la peticionaria una protección efectiva que satisfaga las garantías impuestas por el art. 3 de la Convención.⁽¹⁴⁾

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresa que si bien en principio el Estado no puede ser tenido como responsable del hecho de particulares, sí es responsable en el sentido de que debe proveer a las víctimas de violencia doméstica (consideradas como particularmente vulnerables) la protección necesaria y la adecuada investigación para esclarecer los hechos.

Si bien la Convención no crea obligaciones jurídicas más que para los Estados Parte, ello no significa que la responsabilidad del Estado no pueda estar en relación con los hechos de personas privadas. En efecto, en virtud del art. 1 de la Convención los Estados deben, no sólo proveer un marco jurídico adecuado para la protección de los derechos humanos en ella expresados sino también tomar acciones tendientes a su protección. Ya en anteriores casos el Tribunal se expresó en dicho sentido: en el caso "A. v. Royaume-Uni" del 23 de septiembre de 1998,⁽¹⁵⁾ el TEDH consagra la aplicación de la Convención en las relaciones interindividuales familiares y condena a Gran Bretaña por la insuficiente protección de su legislación a los niños maltratados.

El Tribunal, en el caso "X. et Y c. Pays-Bas" de 1985,⁽¹⁶⁾ declara que pesan sobre los Estados obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada y familiar. Al respecto, nos encontramos con un caso

(14) TEDH, "Affaire E.M c. Roumanie", cit., pp. 70/72.

(15) TEDH, "A. vc. Royaume-Uni", 23/09/1998.

(16) TEDH, "X et Y c. Pays-Bas", 26/03/1985, série A N° 91, §§ 21/27, pp. 11/13.

que reviste esta particularidad: el marco jurídico para la protección de las víctimas de violencia doméstica es reconocido por el Tribunal como apto y suficiente, Sin embargo, la aplicación de dichas normas por parte de los tribunales nacionales no lo es. En este sentido, si bien el Tribunal Departamental de Bucarest podía ordenar la producción de más pruebas para llegar a esclarecer los hechos, no lo hace, poniendo en una situación de mayor vulnerabilidad a la víctima.

Prohibición de la tortura y tratos cruellos e inhumanos

Deber de investigar. Medios probatorios

TEDH, "AFFAIRE OTAMENDI EGIGUREN c. ESPAÑA",
16 de OCTUBRE de 2012

por PAULA A. PRADOS⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El Sr. Otamendi Egiguren inicia una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Tribunal") contra de España por los maltratos sufridos en el marco de su detención en régimen de incomunicación en el año 2003. Dichos maltratos, según el demandante, constituyeron una violación al art. 3º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, "CEDH").

Otamendi Egiguren, periodista de profesión, se desempeñaba en el momento de los hechos como director de un periódico en lengua vasca. El 20 de febrero de 2003, fue detenido en su domicilio por agentes de

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

la guardia civil en el marco de una investigación judicial por su presunta colaboración con el grupo terrorista ETA. Fue informado de que permanecería incomunicado en detención provisional y que sería asistido por un abogado, aunque no podría mantener contacto con el mismo en virtud del art. 527 del Código de Procedimiento Penal. El mismo día, el Juez central de instrucción N° 6 de la Audiencia Nacional confirmó su detención, y el 21 de febrero dispuso que el demandante permaneciera más de 48 horas incomunicado.

El periodista estuvo detenido cuatro días en los cuales fue examinado por un médico forense. El demandante declaró ante el mismo que en los interrogatorios se le obligaba a hacer flexiones de rodilla, a permanecer parado durante períodos prolongados y que fue amenazado de sufrir la tortura de "la bolsa", la cual consiste en asfixiar a un sujeto con una bolsa plástica. También se quejó de haber sufrido golpes en sus genitales, insultos homofóbicos y que en una ocasión se le aplicó un objeto metálico sobre la sien seguido de un disparo simulado. Dado que Otamendi Egiguren no presentaba signos de violencia física, aunque el médico forense pretendía examinarlo nuevamente, él se negó en ocasiones posteriores ya que la tortura que alegó en su primer examen no dejaba huellas físicas y por esa razón entendía que el forense no podía constatar su relato.

El demandante fue llevado ante las autoridades de la Audiencia Nacional ya que había amenazado infingirse heridas voluntarias si no era oído por la misma. El 24 de febrero, frente a dichas autoridades repitió su relato sobre los malos tratos padecidos, que efectivamente había sufrido la tortura de la bolsa y que luego de sus declaraciones al médico forense del 22 de febrero había sido amenazado de muerte.

Una vez puesto en libertad, tras el pago de una fianza de 30.000 euros, el demandante pidió a través de un recurso al Juez central de instrucción N° 6 que le enviara al Juez de guardia de Madrid una copia de su declaración del 24 de febrero en la que constaban los malos tratos que alegaba haber sufrido. Este recurso fue rechazado por el carácter secreto de la instrucción. Otamendi Egiguren presentó un nuevo recurso que fue otra vez rechazado por la misma razón.

El 25 de marzo de 2003, tomó el caso la Jueza de instrucción N° 5 de Madrid, quien abrió una investigación acerca del maltrato alegado por el

demandante y, basándose en las declaraciones del médico forense, el cual indicaba que no podía corroborar los malos tratos sufridos por Otamendi Egiguren, llegó a la conclusión de que no había prueba suficiente que demostrara que el demandante hubiese sido torturado.

Respecto de la causa contra éste, el 12 de abril de 2010 la primera sección de la Cámara Penal de la Audiencia Nacional lo absolió concluyendo que no se había demostrado que el inculpado hubiese tenido el menor lazo con ETA.

2 | Análisis del Tribunal (Cámara, Tercera Sección)

El caso fue sometido a la Corte el 9 de septiembre de 2008, fue tratado por una Sala de la Tercera Sección del TEDH, que se pronunció simultáneamente sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

La Corte sostiene que la demanda es fundada única y exclusivamente sobre los aspectos procesales del art. 3º CEDH; a saber, la falta de una investigación efectiva por las autoridades nacionales luego de interpuesta una queja por tortura y otros malos tratos.⁽²⁾ La Corte no considera necesario estudiar el aspecto material de la demanda respecto del art. 3º CEDH y decide no examinarlo más adelante.⁽³⁾

Para dictar sentencia, la Corte tiene en cuenta pronunciamientos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (en adelante, "CPT"). El CPT en 2001, recomendó al gobierno español que las personas detenidas bajo régimen de incomunicación deben tener el derecho a ser examinados por un médico de su elección que podrá realizar su examen en presencia del médico oficial nombrado por el Estado.⁽⁴⁾

(2) TEDH, "Otamendi Egiguren v. España", 16/10/2012. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113820>

(3) *Ibid.*, párr. 29.

(4) *Ibid.*, párr. 26.

El gobierno rechazó dicha recomendación en virtud de que no la consideraba necesaria, también rechazó la recomendación del CPT de modificar los formularios utilizados por los médicos forenses, razón por la cual éstos no usaban los formularios indicados en los protocolos relativos a este régimen de detención. Por otro lado, el CPT se pronuncia en el sentido de que "las visitas de un médico forense no reemplazan una vigilancia judicial apropiada".⁽⁵⁾

La Corte considera que si un individuo afirma haber sufrido penas o tratos contrarios al art. 3º CEDH, por parte de la policía u otros órganos del Estado, esto requiere una investigación oficial efectiva para poder llevar a la identificación y castigo de los responsables.⁽⁶⁾

En el presente caso, la Corte considera que las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades nacionales respecto del maltrato alegado fueron insuficientes ya que el Juez central de instrucción N° 6 de la audiencia Nacional no actuó de manera diligente respecto de las denuncias del demandante. En cuanto a la Jueza de instrucción N° 5, sólo se limitó a examinar los informes del médico forense y a basarse en las declaraciones de este último mientras que el demandante reclamaba el derecho a ser oído en persona, que comparecieran los agentes implicados y que brindara testimonio la persona que se encontraba detenida en su misma celda.

La Corte considera que la prueba suplementaria solicitada por el demandante y, sobre todo, el interrogar a los agentes encargados de su vigilancia en el momento de su detención habría podido contribuir a aclarar los hechos.

El Tribunal insiste, por otro lado, en la importancia de adoptar las medidas recomendadas por el CPT para mejorar la calidad del examen médico-legal; por otro lado, considera que la situación de vulnerabilidad de las personas incomunicadas justifican la toma de medidas de vigilancia judicial apropiadas con el fin de que los abusos sean evitados y que la integridad física de los detenidos sea protegida.⁽⁷⁾

(5) *Ibid.*, párr. 28.

(6) *Ibid.*, párr. 38.

(7) *Ibid.*, párr. 41.

En conclusión, frente a la ausencia de una investigación profunda y efectiva respecto a las alegaciones de maltrato del demandante, la Corte considera que hubo violación del art. 3 CEDH en su aspecto procesal.

3 | Consideraciones finales

Siguiendo lo dicho, parece acertada la sentencia de la Corte ya que España debiera haber tenido en consideración las recomendaciones del CPT respecto a los protocolos establecidos para los exámenes médico-legales, debido a los abusos que son susceptibles de sufrir las personas detenidas bajo un régimen de incomunicación por parte de las autoridades estatales y la importancia que tienen dichos exámenes frente a métodos de tortura que no dejan lesiones visibles.

Por otro lado, es correcta la apreciación del Tribunal en el sentido de que debería haber existido una investigación seria por parte de los tribunales españoles respecto de la tortura alegada por el demandante, caso contrario se deja a las personas detenidas bajo régimen de incomunicación expuestas a sufrir violaciones a su integridad personal.

Derecho a la educación

Competencia *ratione loci*

TEDH, "CASE OF CATÁN and OTHERS v. MOLDOVA and RUSSIA",
19 de OCTUBRE de 2012

por RODRIGO ROBLES TRISTÁN⁽¹⁾

I | Contexto

En el "Caso Catán v. Moldavia y Rusia",⁽²⁾ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o "el Tribunal"), conoció sobre las violaciones al derecho a la educación ocurridas en el marco del conflicto político y bélico posterior al desmembramiento de la URSS, que tuvo lugar en Moldavia, habida cuenta de los movimientos separatistas posteriores a la independencia de ese país. En cuanto a la delimitación de su competencia en razón del lugar, el Tribunal expuso conceptos relativos a jurisdicción que merecen ser desarrollados.

El presente caso tiene relación con los hechos ocurridos en Moldavia hacia principios de 1990, como correlato de que dicha región se desvinculara del bloque soviético.

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) TEDH, Gran Cámara, "Case of Catan and others v. Moldova and Russia", sentencia del 19/10/2012, denuncias N°. 43.370/04, 8252/05 y 18.454/06. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-114082>

En aquellos años en que la República Socialista Soviética de Moldavia se declaró independiente —pasando a llamarse República de Moldavia— se produjo, como contrapartida a la emancipación, un movimiento separatista de cuño soviético que logró, en una porción de territorio, establecer un nuevo Estado independiente: la República Moldava de Transnistria (o “el MRT”), hasta el momento no reconocido internacionalmente.

Por sendos decretos, los presidentes del MRT y de Moldavia, dispusieron la toma de posesión para sus respectivos Estados, de una considerable cantidad de recursos bélicos rusos (“división N° 14”) que aún permanecían en territorio moldavo. Estos hechos motivaron una escalada de enfrentamientos armados entre las fuerzas moldavas y del MRT.

En este marco, Moldavia denunció internacionalmente que los enseres en disputa le fueron facilitados al MRT por disposición del propio Estado ruso. Esto fue confirmado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un pronunciamiento anterior al presente: “Ilascu”.⁽³⁾

En el mismo precedente, el TEDH delimitó las circunstancias que hacen de trasfondo a los hechos que motivan “Catán”, y éstas comprenden la fuerte cooperación que Rusia prodigó al MRT en sus movimientos, en materia de ventajas militares, políticas y económicas.

2 | Los hechos del caso

En este caso, se acumularon tres demandas de distintas comunidades educativas, a quienes les fue conculado su derecho a la educación, habida cuenta de la situación antedicha. En el período de conflicto, el MRT dictó para sí una Constitución, donde disponía como lenguas oficiales el moldavo, el ruso y el ucraniano. Una ley establecía, además, que el moldavo habría de escribirse en el alfabeto cirílico, un uso cuya zona de influencia está ligada casi exclusivamente a Rusia. El uso del alfabeto latino en cualquier dependencia estatal, constituía una falta administrativa punible por el monto de hasta cincuenta sueldos.

(3) TEDH, “Ilascu and Others v. Moldova and Russia”. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-61886>

Las escuelas moldavas que mantenían el alfabeto latino eran consideradas “de otros Estados” que quedaron dentro del territorio del MRT y fueron conminadas a inscribirse ante sus autoridades (lo que implicaba ajustarse a su plan de estudios y, consecuentemente, al alfabeto cirílico), pues, de lo contrario, “no serían reconocidas, y podrían ser privadas de sus derechos...”.⁽⁴⁾ Paralelamente, los establecimientos que enseñaban en el alfabeto prohibido comenzaron a ser cerrados o reubicados. Como consecuencia de estas prácticas, muchos alumnos decidieron abandonar las escuelas.

Así, uno de los colegios demandantes, que se negó a inscribirse ante el MRT, fue trasladado de su edificio, por las autoridades separatistas, a otro distrito. Posteriormente, los padres fueron requeridos para la inscripción ante el MRT y, según sus deposiciones, los amenazaban con la pérdida de sus empleos y de la patria potestad. Tras una intervención en 2004 de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la escuela pudo mantenerse con sus planes de estudio originales, pero en calidad de **escuela extranjera de educación privada**. Sin embargo, no pudieron recuperar el edificio originario, pues el MRT le daba otro uso, y debieron funcionar donde antiguamente era un jardín de infantes, molestados insistenteamente por actos vandálicos y amenazas. La República de Moldavia pagaba alquileres, sueldos y elementos educativos.

Similar situación ocurrió con la segunda demanda. Se trataba de una escuela construida por la República de Moldavia, que también usaba el alfabeto latino. Dada su negativa a inscribirse ante las autoridades separatistas, fue desconectada del suministro de agua y electricidad. La comunidad educativa tomó el edificio, pero no pudo resistir por demasiado tiempo. Posteriormente, la escuela fue reabierta, pero en tres diferentes edificios sin cafetería, salas de deportes ni transporte público. Los alquileres, autobuses y demás gastos eran solventados por Moldavia.

La tercera demanda se fundó en hechos con ribetes más violentos. Se trataba de una escuela que utilizaba los planes de estudio del MRT. Los padres y alumnos solicitaron a las autoridades separatistas que les permitieran el uso del alfabeto latino. El MRT respondió con una campaña de hostigamiento por parte de las fuerzas de seguridad que terminó en el desalojo de profesores, alumnos y padres, y la detención del Presidente

(4) "...they would not be recognized and would be deprived of their rights". *Ibid.*, párr. 44.

del Centro de Estudiantes por espacio de quince días. La República de Moldavia reabrió la escuela en una zona bajo su poder, mas cuando los alumnos y profesores viajaban en autobuses hasta el lugar, eran registrados por los separatistas, debiendo sufrir de estos diversos hostigamientos: eran escupidos o insultados.

3 | Análisis

3.1 | Competencia *ratione loci*

Antes de todo análisis, el Tribunal comienza por dilucidar respecto a cuál de los Estados demandados alcanzaría su competencia. Para este cometido, recurre a la herramienta de la jurisdicción, en punto a conocer cuál de ellos (Rusia o Moldavia) habría de ser imputado en lo sucesivo en atención a las violaciones denunciadas.

Respecto a Moldavia, el Tribunal se remite casi directamente a lo expuesto en "Iłascu", donde se determinaba que, si bien era obvio que el Estado moldavo no tenía control alguno sobre la zona que comprendía el MRT, permanecía obligado positivamente a echar mano de todos los medios legales y diplomáticos a su alcance para lograr el respeto de los derechos fundamentales de quienes se encontraban en el territorio de Transnistria. El factor que determinaba la jurisdicción moldava sobre el MRT era el clásico: el territorio conflictivo era reconocido internacionalmente como suyo.

Con Rusia, el TEDH tiene sus reparos. Citando algunas de sus doctrinas constantes, observa que la jurisdicción casi siempre se confunde con el ámbito territorial de un Estado; sin embargo, pueden reconocerse excepciones. Una de estas es el control efectivo de determinado territorio fuera del suyo por parte de un Estado contratante, en razón de una ocupación legítima o ilegítima. Sobre esta base asevera: "Cuando el hecho de la dominación sobre el territorio tal está establecido, no es necesario determinar si el Estado Contratante ejerce un control detallado de las políticas y acciones de la administración local subordinada. El hecho de que la administración local sobrevive como resultado del apoyo militar del otro Estado Contratante, implica responsabilidad del Estado por sus políticas y

acciones".⁽⁵⁾ Sobre este razonamiento, y estando ya dicho en "Ilascu" que existió una fuerte colaboración entre Rusia y el MRT, que se tradujo en alentar la contienda a través de ayudas económicas, financieras, políticas y bélicas, el Tribunal advierte que Rusia debe comprobar que este criterio atributivo de jurisdicción no puede extenderse a los hechos de este caso. En otras palabras, Rusia debe probar que no tuvo jurisdicción en el marco de las violaciones al derecho a la Educación.

Uno de los razonamientos de la defensa de cierta consistencia esgrimidos por Rusia se sustentó en un precedente de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, "CIJ"),⁽⁶⁾ donde se establecía como criterio que la situación de control se manifestaba cuando un Estado Parte manipulaba a otro a través de un órgano suyo. Según el Gobierno ruso, en el caso, el control efectivo era organizado por el MRT, un poder *de facto* ajeno a Rusia. El Tribunal rebate este argumento virtuosamente pues, además, elípticamente, separa los a veces confusos conceptos de atribución de responsabilidad y atribución de jurisdicción.

En su entendimiento, el criterio de la CIJ funcionaba cuando se trataba de dilucidar la responsabilidad por ilícitos de un Estado. En cambio, en este caso, el análisis versaba sobre la posibilidad o no de que un Estado fuese enjuiciado por estos hechos, atendiendo las normas de competencia del Tribunal Europeo. Sobre esta base, el TEDH decide la jurisdicción de Rusia sobre la zona del MRT y, en consecuencia, reconoce su competencia para someterlo al juicio, en atención de que ésta no pudo desvirtuar las pruebas que pesaban en su contra: las armas de la división N° 14 permanecían, aunque menos, en territorio moldavo, constituyendo un claro mensaje de soporte al MRT; la ayuda política y económica estaba harto probada, Rusia le proveía a Transnistria gas a montos irrisorios y además prodigaba a sus habitantes pensiones y cartas de ciudadanía rusa. En conclusión:

"…durante el período 2002-2004, el 'MRT' fue capaz de seguir existiendo, resistiendo el esfuerzo moldavo e internacional para resolver el conflicto y llevar la democracia y el imperio de la de la

(5) *Ibid.*, párr. 106.

(6) CIJ, "Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro".

ley a la región, sólo por el apoyo militar, económico y político de Rusia. En estas circunstancias, el alto nivel de dependencia del MRT del apoyo de Rusia, es un fuerte indicio de que Rusia ejerció un control efectivo y una influencia decisiva sobre la administración del 'MRT' durante el período de la crisis de las escuelas".⁽⁷⁾

3.2 | Derecho a la educación

Delimitando el contenido de este derecho, consignado en el artículo 2º, Protocolo N° 1 del Convenio Europeo, el Tribunal advierte ciertos aspectos constitutivos del mismo: por un lado, consagra un derecho de acceso al sistema educativo "en la primera frase del artículo 2º del Protocolo N° 1 (...) 'a nadie puede negarse el derecho a la educación', los Estados Contratantes garantizan a cualquier persona dentro de su jurisdicción el derecho de acceso a las instituciones educativas existentes en un momento dado".⁽⁸⁾

Por otro lado, la utilidad de los estudios debe ser garantizada a través de la convalidación de los títulos por parte del Estado. "Para que el derecho sea efectivo, es necesario además que, entre otras cosas, la persona tenga la posibilidad de obtener beneficios de la educación recibida, es decir, el derecho a obtener, de conformidad con las normas en vigentes en cada Estado, y de una forma u otra el reconocimiento oficial de los estudios que ha terminado...".⁽⁹⁾

Además, el sistema de estudios debe respetar el lenguaje de los individuos, "si bien el texto del artículo 2º del Protocolo N° 1 no especifica el idioma en el que la educación debe llevarse a cabo, el derecho a la educación no tendría sentido si no implica en favor de las personas, el derecho a ser educado en la lengua nacional o una de las lenguas nacionales".⁽¹⁰⁾

En otro orden de ideas, el Estado debe respetar el derecho de los padres a criar a sus hijos conforme sus convicciones y, consecuentemente, evitar

(7) TEDH, Gran Cámara, "Case of Catan and others v. Moldova and Russia", cit., párr. 137.

(8) *Ibid.*, párr. 137.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*

invadir esa reserva de los progenitores mediante la imposición de un sistema educativo con base en el adoctrinamiento político, moral o religioso. Sin embargo, el Estado tiene para sí la reglamentación de este derecho —de manera razonable, claro está, y sin alterar su ejercicio, respetando relaciones de medio-fin—, con cierto margen de apreciación.

Al momento de detectar la violación denunciada al derecho de marras, el Tribunal observa que ninguno de los Estados ha encarado una negación firme de los hechos que se les endilgan. Por tal motivo, fortalece el valor probatorio de las deposiciones de los demandantes confrontándolas con determinados hechos notorios, a saber: la existencia de un delito por uso del alfabeto latino, el traslado de las escuelas y la deserción escolar de hasta un 50%, injustificable por cuestiones demográficas.

Dicho esto, se establece que los hechos relacionados con los hostigamientos y el cierre forzoso de escuelas constituyeron violaciones al derecho a la educación de los niños. Violaciones éstas que se reprodujeron en sus padres, quienes además, fueron invadidos en su vida privada y familiar —art. 8º del Convenio Europeo— por cuanto estuvieron obligados a elegir entre educar a sus hijos en una lengua de origen, soportando hostigamientos y acosos, o mandarlos a estudiar en otro alfabeto distinto del suyo. Con todo, ninguna de estas medidas proponía fines legítimos, ni razonabilidad alguna, sino que sólo buscaban afianzar la “rusificación” del lenguaje y la cultura, y afianzar “la ideología separatista”.⁽¹¹⁾

En la sentencia “Ilascu”, el TEDH había consignado que el artículo 2º del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo imponía obligaciones positivas a Moldavia, encaminadas a restablecer el control sobre el territorio de Transnistria, además de abstenerse de apoyar al MRT. El Tribunal considera que Moldavia satisfizo tales obligaciones, negociando en el orden internacional y procurando los alquileres y demás gastos que irrogaba la escolarización.

A ojos del Tribunal, sin perjuicio de que no confeccionaba las medidas de acción del MRT, o que no había pruebas que ligaran directamente a agentes estatales rusos con los hostigamientos y amenazas, Rusia deviene responsa-

(11) *Ibid.*, párr. 144.

ble de las violaciones denunciadas en razón de "...su continuo apoyo militar, económico y político a la 'MRT', que de otro modo no podría sobrevivir...".⁽¹²⁾

4 | Consideraciones finales

En el caso analizado, en materia de jurisdicción, el Tribunal ha volcado conocimientos que ratifican lo ya expuesto por la Corte Internacional de Justicia. Al sólo efecto recordatorio, vale hacer notar escuetamente dos casos resueltos por ese Tribunal que, en cierto modo, ilustran el derrotero recorrido por el concepto jurisdicción en el derecho internacional: "Nicaragua v. Estados Unidos de Norteamérica" y "Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro".

En el primer caso, se demandaba a los Estados Unidos por la supuesta ayuda encubierta con que el Gobierno de Reagan promovió el movimiento de "la Contra", una organización que, mediante la violencia armada, pretendía el derrocamiento del Frente Sandinista, electo democráticamente hacia 1984 en Nicaragua. La CIJ entendió que:

"...lo que el Tribunal tiene que determinar en este punto es si la relación entre la Contra y el Gobierno de los Estados Unidos fue de tal dependencia por parte de uno y control del otro, que, sería justo equiparar a la Contra, para los propósitos legales, con un órgano del Gobierno de los Estados Unidos, o como si actuara en nombre del mismo...".⁽¹³⁾ Sin embargo, sostuvo que "...no hay evidencia clara de los Estados Unidos ejerciendo tal grado de control en todos los campos como para justificar el tratamiento a la Contra como si ésta actuara en su nombre".⁽¹⁴⁾

Por su parte, en "Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro", la CIJ delimitó la responsabilidad de la demandada (anteriormente Yugoslavia), respecto del delito de genocidio cometido en el marco de las masacres de Srebrenica. Allí, la CIJ citó el precedente "Nicaragua v. EEUU", y estable-

(12) *Ibid.*, párr. 150.

(13) CIJ, "Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua ('Nicaragua v. Estados Unidos de América')", Mérito, Sentencia, en *ICJ Reports*, 1986, párr. 109.

(14) *Ibid.*

ció que la atribución de responsabilidad respecto de actos que aparecen realizados por personas o entidades que, *prima facie*, le son ajenas a un Estado —pues no aparecen como órganos que ese país reconoce legalmente dentro de su órbita soberana—, puede hacerse extensiva al mismo de verificarse un cierto grado de control:

"…es apropiado mirar detrás del sólo estatus legal, en orden a captar la verdad de la relación entre las personas tomando acción y los Estados respecto de los cuales aquellas están tan cerca como para aparecer nada más que como sus agentes: cualquier otra solución permitiría a los Estados escapar de su responsabilidad internacional eligiendo actuar a través de personas o entidades cuya supuesta independencia sería puramente ficticia…".⁽¹⁵⁾ No obstante, la CIJ es conservadora respecto de este criterio: "Sin embargo, equiparar personas o entidades a órganos del Estado cuando estas no tienen ese estatus en el orden interno, debe ser excepcional, por eso se requiere probar un particular grado de control del Estado sobre ellos…".⁽¹⁶⁾

En otros términos, debe haber una "completa dependencia" a los efectos de trasvasar la responsabilidad de ciertos grupos a un Estado.

Sin embargo, estableció luego una diferencia: si bien absolvio a Serbia respecto de su alegada comisión directa del delito de genocidio⁽¹⁷⁾ (pues, no pudo verificarse conexión completa entre los genocidas y Serbia), sostuvo que tal análisis no termina allí. También, sobre la base de un test distinto, debe investigarse la existencia de un control ya no necesariamente absoluto, sino "efectivo", a los fines de conocer si el Estado demandado puede devenir responsable por dirección o instigación de un delito.⁽¹⁸⁾

(15) ICJ, "Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio ('Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro')", Sentencia, en *ICJ Reports*, 2007, párr. 392.

(16) *Ibid.*, párr. 393.

(17) *Ibid.*, párr. 471, punto resolutivo N° 2.

(18) "El test [de dirección o instigación] (...) difiere en dos aspectos respecto del test (...) para determinar si una persona o entidad debe ser equiparada con un órgano estatal aún si no tiene ese estatus en la legislación interna. Primero, en este contexto, no es necesario mostrar que las personas que cometieron esos actos (...) estuvieran en una relación de 'completa dependencia' respecto del Estado demandado. Debe probarse que ellos actuaron de acuerdo con las instrucciones del mismo, o bajo su 'control efectivo'. Sin embargo, debe probarse

En resumidas cuentas, todo este análisis lleva a concluir que un Estado puede ser llevado ante el estrado internacional, aun cuando no aparece como el brazo ejecutor de determinado crimen, de verificarse que los autores del mismo responden a él a punto tal que pueden equipársese. Además, debe indagarse si el Estado ha dirigido intelectualmente cada uno de los actos de determinada persona o entidad, aunque no exista total dependencia. Ambos tests constituyen estadios del criterio de atribución de jurisdicción que habilita la eventual descarga de responsabilidad en el plano internacional.

.....
que ese 'control efectivo' fue ejercido, o que las instrucciones de ese Estado fueron dadas [puntualmente] respecto de cada operación en la cual se alegan violaciones, no [de forma general] respecto de todas las acciones realizadas por las personas que cometieron esas violaciones..." *Ibid.*, párr. 400.

Derecho a la privacidad Procedimiento en casos de aborto

TEDH, "P. y S. v. POLONIA",
30 de OCTUBRE de 2012

por MARINA CHERTCOFF⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente texto trata sobre un caso concerniente a las dificultades enfrentadas por una adolescente de 14 años y su madre, en la búsqueda del acceso a un aborto legal, debido a la falta de un marco regulatorio preciso sobre esta práctica: a la negativa de los profesionales encargados de llevarla a cabo, y a abusos y malos tratos sufridos por la víctima.

Las denunciantes, P. y S., madre e hija son de nacionalidad polaca con residencia en la ciudad de Lublin. En abril del año 2008, P. quedó embarazada como resultado de una violación. Dado que la ley de planificación familiar polaca del año 2003 permite la realización de abortos en casos de violación, P. y su madre comenzaron los pasos legales para la realización del procedimiento: en primer lugar, obtuvieron un certificado del fiscal del

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

distrito, el cual daba fe de la situación; y por otro lado, pidieron asesoramiento en el Ministerio de Salud.

Más adelante, las denunciantes manifestaron haberse encontrado con múltiples dificultades en la obtención del aborto: en primer término, recibieron información contradictoria de dos hospitales distintos en Lublin sobre si necesitaban o no una derivación del asesor regional de ginecología y obstetricia, además del certificado del fiscal de distrito; sobre si se podría o no, efectivamente, llevar a cabo el procedimiento; sobre quién tenía la decisión sobre su realización y cuál era el tiempo establecido por ley dentro del cual era legal realizar el aborto.

Luego de obtener una derivación del asesor regional de ginecología y obstetricia, el jefe de ginecología de uno de los hospitales públicos de Lublin llevó a P. a hablar con un cura católico sin preguntarle si ella deseaba hablar con él. Durante la conversación que mantuvieron, fue notorio que el cura había sido ya informado sobre la situación de P. y las circunstancias del caso. Él trató de convencerla de llevar a término su embarazo y le pidió su número de celular. Por otro lado, el jefe de ginecología le solicitó a S. firmar un consentimiento informado, el cual aseguraba que el aborto que se le realizaría a P. podría producir su muerte. Finalmente, la jefa de ginecología se negó a permitir que el aborto se realizara en ese hospital, fundándose en sus creencias religiosas.

El 2 de junio del año 2008, el Hospital público de Lublin emitió un comunicado de prensa donde informaba que no se practicaría el aborto a P. Los periodistas que se comunicaron con el hospital fueron informados sobre el caso. Como resultado, numerosos artículos fueron publicados en diarios de circulación nacional e internet.

El 3 de junio, las denunciantes viajaron a la capital del país, Varsovia, donde fueron admitidas en otro hospital público. Allí, se les informó que el aborto podría ser practicado sólo con el certificado del fiscal y un certificado firmado por el consultor nacional de ginecología, pero que luego tendría que esperar tres días para que el procedimiento fuera realizado. En el transcurso de esos tres días, el médico que las atendía, encargado de realizar el procedimiento, manifestó su preocupación por estar siendo presionado por distintas personas para que no realizara el aborto, y que además, había recibido una gran cantidad de e-mails a tal efecto. P. también

recibió numerosos mensajes de texto de personas desconocidas tratando de convencerla de desistir de practicarse el aborto.

El 5 de junio, sintiéndose acosadas y relegadas a su suerte, las denunciantes abandonaron el hospital. Al retirarse, fueron agredidas y acosadas por grupos anti-abortistas, quienes, además llamaron a la policía. Al acudir la policía, P. y S. fueron arrestadas y llevadas a la comisaría, donde fueron interrogadas por más de siete horas sin agua ni alimentos. Ese mismo día, la policía informó les informó de una decisión del Tribunal de Familia de Lublin: ordenó separar a P. de su madre, haciendo lugar a una medida cautelar interpuesta por terceros, y situarla en un refugio de jóvenes. Esta medida cautelar se fundaba en que P., supuestamente, según mensajes de texto enviados a una compañera de su colegio, estaba siendo presionada por su madre para interrumpir su embarazo. Por la noche, la policía llevó a P. a un albergue juvenil, donde permaneció hasta la mañana siguiente, momento en que debido a dolores abdominales fue internada en un hospital por una semana.

Posteriormente, debido a la denuncia que la madre elevó al Ministerio de Salud, y distintas pruebas aportadas, el Tribunal de Familia de Lublin revocó la medida cautelar que retiraba los derechos parentales de S. y también se les informó a las denunciantes que P. podría someterse a un aborto en Gdansk, ciudad situada a 500 kms. de Lublin.

Según sostienen las denunciantes, el aborto se realizó en dicha ciudad de forma clandestina el 17 de junio del 2008. Para ese momento, P. llevaba entre 10 y 11 semanas de embarazo, mientras que el primer trimestre finaliza en la semana 12.

El procedimiento ante el Tribunal de Familia se interrumpió en febrero del año 2009. P. declaró que no había sido obligada por su madre a interrumpir el embarazo, y el tribunal estimó que no existían motivos para despojar a los padres de la patria potestad. El proceso penal contra P. por tener relaciones sexuales con un menor de edad, iniciado en julio 2008, fue suspendido en noviembre del mismo año. Una investigación criminal iniciada contra el presunto violador fue, de la misma manera, suspendida. Asimismo, los procedimientos penales iniciados contra terceros: personas responsables de la difusión de datos personales de P., policías que arres-

taron a P. y S., curas católicos y miembros de organizaciones anti-aborto fueron discontinuados.

2 | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Habiendo agotado los recursos de la jurisdicción interna, P. y S. realizaron una denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "El Tribunal") alegando que el Estado polaco había violado el art. 8 ("derecho a la vida privada y familiar") de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (En adelante, "la Convención" o "la Convención Europea") en dos sentidos: en primer lugar, por la ausencia de un marco legal que garantizara a P. el acceso a un aborto según las condiciones establecidas por las leyes polacas.⁽²⁾ En segundo término, se sostuvo que el art. 8 había sido violado producto de la desclasificación de los datos personales de P. Por otro lado, se alegó que también se había producido la violación del art. 5. 1. ("derecho a la libertad y seguridad") de la Convención, ya que la separación de P. de su madre y su posterior confinamiento en un refugio de jóvenes había sido contrario a la ley. Por último, las denunciantes sostuvieron que las circunstancias del caso habían producido la violación del art. 3º ("prohibición de la tortura").

En primera instancia, al analizar la admisibilidad del caso, el Tribunal observó que la denuncia realizada no se limita a una mera cuestión de acceso al aborto: las denunciantes no cuestionaron la legislación polaca sobre el aborto, ni denunciaron que la víctima no haya tenido acceso a la interrupción voluntaria del embarazo. Lo que la Corte debe examinar son las cuestiones conectadas con los procedimientos y las modalidades prácticas para determinar la legalidad de este acceso al aborto. El hecho de que P. finalmente haya obtenido acceso al aborto, no priva a la denunciante de su estatus de víctima.⁽³⁾

(2) TEDH, "P. y S. v. Polonia", sentencia del 30/10/2012, N° 57.375/08, párr. 78. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114098>

(3) *Ibid.*, párr. 82.

Al analizar la alegada violación del art. 8º, el Tribunal reiteró algunos de los principios generales: el objetivo del art. 8º es proteger a los individuos de las interferencias arbitrarias del Estado. Cualquier interferencia con el primer párrafo del art. 8º debe ser justificada en los términos del segundo párrafo, siendo solamente posible la existencia de esta interferencia cuando la misma sea "conforme a la ley" y responda a una "necesidad imperiosa"; los medios utilizados, además, deben ser proporcionales para la consecución del fin que se persigue. Es necesario agregar que, además de esta obligación negativa, mencionada previamente, el Estado posee obligaciones positivas para hacer efectivo el respeto a la vida privada y familiar. Estas acciones positivas pueden comprender la adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto por la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones entre individuos, incluyendo la provisión de un marco legal regulatorio y la implementación de medidas apropiadas.⁽⁴⁾ El Tribunal, en casos precedentes,⁽⁵⁾ había ya establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar a sus ciudadanos el derecho a que se respete su integridad psíquica y física.

Es de destacar que, refiriéndose a las circunstancias del presente caso, el Tribunal hizo hincapié en lo ya establecido en el caso "A, B and C v. Ireland":⁽⁶⁾ el art. 8º de la Convención no puede ser interpretado en un sentido que confiera un derecho al aborto. Sin embargo, el Tribunal ha entendido que la prohibición del aborto en casos donde corre riesgo la salud y/o el bienestar general de una persona entra en el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y, en consecuencia, debe ser visto a la luz del art. 8.⁽⁷⁾ Se sostuvo, según lo establecido en casos similares,⁽⁸⁾

(4) *Ibid.*, párr. 95.

(5) TEDH, "Glass v. Reino Unido", sentencia del 09/03/2004, N° 61.827/00, párrs. 74/83. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61663>; y TEDH, "Sentges v. Países Bajos", sentencia del 08/07/2003, N° 27.677/02. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-23318>

(6) TEDH, "A., B. y C. v. Irlanda", sentencia del 16/12/2010, N° 25.579/05, párr. 245. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102332>

(7) TEDH, "P. y S. v. Polonia", *cit.*, párr. 96.

(8) TEDH, "A., B. y C. v. Irlanda", *cit.*; TEDH, "Tysiak v. Polonia", sentencia del 20/03/2007, N° 5410/03. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79812>

que en estos contextos las obligaciones de los Estados incluyen la provisión de un marco regulatorio y mecanismos de aplicación para la protección de derechos individuales y la ejecución, dado el caso, de medidas específicas.⁽⁹⁾ Conforme el caso "Airey v. Ireland" y, en el mismo sentido, que toma la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia",⁽¹⁰⁾ se reiteró que la convención no garantiza derechos teóricos o ilusorios, sino que deben ser operativos y efectivos.⁽¹¹⁾ Esto es, los Estados deben adoptar medidas para garantizar el respeto de los derechos contenidos en la Convención. El marco legal ideado para la determinación de las condiciones para un aborto legal debe ser conformado de una manera coherente que permita tener en cuenta los diferentes intereses legítimos en juego, de manera adecuada y de acuerdo con las obligaciones derivadas de la Convención.

Refiriéndose específicamente a este caso, el Tribunal destaca que P. tenía un innegable derecho otorgado por la ley polaca a practicarse un aborto legal. No obstante, a pesar de esto último, las denunciantes se encontraron con grandes dificultades para acceder al procedimiento: se les brindó información contradictoria e incluso el hospital público de Lublin se negó a llevar a cabo el procedimiento fundándose en sus creencias religiosas. Para arribar a la determinación de si el art. 8º había sido violado por el Estado polaco, el Tribunal analizó dos aspectos relevantes para el caso: la objeción de conciencia de los profesionales que se negaron a realizar el aborto y el rol de los padres en los casos de abortos que involucran menores de edad. Con respecto a la objeción de conciencia, el Tribunal reiteró su declaración del caso "R. R. v. Poland" diciendo que los Estados tienen la obligación de organizar su sistema de salud de forma tal que concilie la libertad de conciencia de los profesionales de salud con el derecho de los pacientes.⁽¹²⁾ Y, por sobre todo, debe brindarse un asesoramiento adecua-

(9) TEDH, "P. y S. v. Polonia", *cit.*, párr. 96.

(10)"La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que importa la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos".

(11) TEDH, "P. y S. v. Polonia", *cit.*, párr. 99.

(12) *Ibid.*, párr. 106.

do e imparcial, donde las voces de los potenciales involucrados se tomen en cuenta.⁽¹³⁾

Luego, se refirió al rol de los padres sosteniendo que no se ha demostrado que el marco legal existente en Polonia haya permitido balancear los intereses y preocupaciones de la madre con la hija y que, de esta forma, se respetaran sus puntos de vista y planes de vida. Se destacó que la tutela legal de los padres no confiere automáticamente el derecho a tomar decisiones reproductivas sobre sus hijos, pero no pueden ser subestimados los intereses de la madre de una niña embarazada que, sin lugar a dudas, está involucrada en esta decisión de llevar adelante o no el embarazo.⁽¹⁴⁾ Teniendo en cuenta las circunstancias del caso expresadas, el Tribunal concluyó que el Estado polaco violó el art. 8º, dado que incumplió con su obligación positiva de garantizar a las denunciantes el derecho a la vida privada y familiar.

Siguiendo con la alegada violación del art. 8 en lo concerniente a la difusión de los datos personales, el Tribunal estimó que era indiscutible que el hospital de Lublin había emitido un comunicado de prensa y que se les había brindado a periodistas información lo suficientemente detallada como para que P. y S. pudieran ser contactadas. Se consideró que esta interferencia no respondía a un interés legítimo y que, de ninguna manera, podía ser un tema de interés para la opinión pública. Más aún, la Corte resaltó que el hecho de que la legalidad de la interrupción voluntaria del embarazo sea un tema controversial en Polonia no disuelve la obligación de mantener el secreto profesional del staff médico.⁽¹⁵⁾

En cuanto a la violación del art. 5º de la Convención Europea, el Tribunal estimó que había sido violado. Al haber sido P. trasladada a un refugio juvenil y separada de su madre, fue privada de su libertad. El gobierno objetó que dicha privación de la libertad había tenido "fines educacionales" según el significado del art. 5. 1. d., más específicamente, se argumentó que se intentó proteger a P. de ser obligada a llevar a cabo un aborto

(13) *Ibid.*, párr. 108.

(14) *Ibid.*, párr. 109.

(15) *Ibid.*, párr. 132.

contra su voluntad. No obstante, el Tribunal consideró que el propósito principal del confinamiento de P. fue separarla de su madre e impedir el aborto, ya que si el objetivo hubiera sido que P. no fuera forzada a abortar, medidas menos drásticas que privar de su libertad a una niña de 14 años en una situación de gran vulnerabilidad podrían haber sido implementadas.⁽¹⁶⁾

En última instancia, el Tribunal Europeo consideró la violación del art. 3º. De acuerdo con la jurisprudencia del mismo, el maltrato debe alcanzar un mínimo de severidad para ser tratado según el art. 3º. Este nivel mínimo de severidad es relativo y depende de las circunstancias del caso, la duración de los malos tratos, y en algunos casos del sexo, edad y estado de salud de la víctima.⁽¹⁷⁾

A la luz del presente caso, a pesar del estado de gran vulnerabilidad de la víctima, fue sometida a presión, coacción y manipulación tan pronto como llegó al hospital. El Tribunal hace énfasis en que, en lugar de ofrecer protección a la víctima, las autoridades la sometieron a malos tratos constantes. Por ejemplo, cuando ella y su madre buscaron la protección policial de activistas contra el aborto, la policía en lugar de protegerlas de las agresiones, las arrestó y envió a P. al centro de menores. El Tribunal destaca que se encuentra "sumamente impresionado" por el hecho de que una investigación penal se haya iniciado en contra de la adolescente por haber tenido relaciones sexuales con un menor, cuando estaba claro a partir de los documentos presentados que fue víctima de violación.

A pesar de que la investigación en su contra finalmente se suspendió, el Tribunal considera que el mero hecho de que se iniciara muestra una "profunda falta de comprensión de la situación" produciéndole, sin lugar a dudas, un gran sufrimiento psicológico a la víctima. En resumen, la combinación de la vulnerabilidad de la víctima y la falta de protección contra terceros, ponen de relieve que el enfoque de las autoridades está "marcado por la dilación, la confusión y la falta de orientación adecuada y objetiva y de información". Más todavía, la separación forzada de la madre, llevó al Tribunal a concluir que el sufrimiento de la demandante alcanzó el umbral mínimo de gravedad bajo el art. 3º. Esta conclusión se basa en el hallazgo

(16) *Ibid.*, párr. 148.

(17) TEDH, "Price v. Reino Unido", sentencia del 10/07/2001, N° 33.394/96. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59565>

en “R. R. v. Poland”, donde la Corte por primera vez, consideró que una violación relacionada con un aborto podría constituir un trato inhumano y degradante en virtud del art. 3.⁽¹⁸⁾

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se muestra consistente con la jurisprudencia que viene desarrollando en los últimos años tanto en el caso “Tysiak v. Poland” como en el caso “R. R. v. Poland”; lo cual, en definitiva, implica arrastrar el error de “Airey v. Ireland”, donde no confiere, en realidad el derecho al aborto, sino que estima que cuando se encuentra comprometida la salud física, emocional y/o el bienestar, se interfiere con el derecho a la vida privada y familiar. Esto, aunque no absolutamente restrictivo, prosigue sin reconocer el derecho de las mujeres a la autonomía personal, negándoles, de esta manera, la plena ciudadanía a las mujeres.

Aparte, el TEDH decide no analizar la violación del art. 3 en conjunto con el art. 8 por no habersele provisto a P. anticoncepción de emergencia luego de denunciar la violación y ser atendida en un hospital público. Esto difiere a lo recientemente establecido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que considera que el acceso a la anticoncepción de emergencia para víctimas de violación y abusos sexuales es una parte esencial de los servicios de salud y conforma una de las obligaciones positivas de los Estados para garantizar el derecho a la salud.⁽¹⁹⁾

En el mismo orden de ideas, el caso de P. constituía uno de los supuestos contenidos en el ordenamiento polaco para permitir el aborto. Sin embargo, durante 12 semanas la denunciante sufrió vejaciones, violación de su derecho a la intimidad, privación ilegítima de la libertad y como producto de esto, un gran sufrimiento psicológico que, a su vez, la revictimizó. Este tipo de actuación llevada a cabo por organizaciones, que supuestamente defienden el “derecho a la vida”, no constituye una militancia a favor de

(18) TEDH, “P. y S. v. Polonia”, cit., párrs. 164, 165, 166.

(19) COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “*Precautionary Measures 340/10. Women and girls victims of sexual violence living in 22 internally displaced persons camps*”. Ver texto en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.eng.htm>, 2010.

los derechos del *nasciturus*, dado que no se pugna a favor de su bienestar sino simplemente se limitan a impedir el goce de los derechos sexuales y (no) reproductivos de las mujeres.⁽²⁰⁾

De cualquier manera, este caso se encuadra dentro de la problemática de la inaccesibilidad al aborto no punible. Este ya no es un caso en el cual se discute el derecho genérico de las mujeres a abortar, como consagración de la autonomía personal (si bien dicho asunto está presente de forma tangencial), sino que lo que está en discusión son los impedimentos que se le impusieron a la víctima al tratar de ejercer su derecho al aborto no punible.

Este fallo, aparte, sienta un importante precedente al establecer que los servicios de salud reproductiva legales deben ser accesibles. Es importante destacar que el Tribunal ahonda en la vulnerabilidad especial de las víctimas de abuso sexual, así como también en la autonomía personal de los adolescentes y sus derechos reproductivos.

Estas situaciones de violencia institucional que se evidencian en los casos como el de "P. y S. v. Polonia" no es una situación coyuntural, sino que suele ser un problema estructural verificable en todos aquellos países donde se permite el aborto no como consagración de la autonomía personal de la mujer, sino como una excepción de la prohibición de abortar.

4 | Discusiones en torno al aborto no punible

Recientemente, en nuestro país tuvo lugar una situación similar: en el caso "pro familia" donde una víctima de trata de personas que había resultado embarazada, al momento en que iba a practicársele un aborto no punible en el hospital Ramos Mejía, se suspendió a raíz de una denuncia realizada por una ONG antiabortista. Empero, no solamente se realizó una denuncia amparándose en el derecho a la vida del *nasciturus* contra el derecho al

(20) HOPP, CECILIA, citado por Cartabia, Sabrina, "El caso pro-familia 'militancias y resistencias en torno al aborto legal'", en *Revista Derechos Humanos*, año I, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 101 y ss. Ver texto en: www.infojus.gov.ar

aberto no punible consagrado en el ordenamiento jurídico argentino; sino que previamente el Jefe de gobierno porteño había revelado datos personales de la víctima que permitieron su identificación por estos grupos. Luego de que un Juzgado Civil de primera instancia procediera a dictar la medida cautelar que suspendió la realización del procedimiento, y la revisión de la Cámara, las abogadas de la víctima plantearon el conflicto de competencia y las actuaciones fueron remitidas a la Corte Suprema de Justicia, donde se ordenó la inmediata realización del aborto con el fin de: "evitar consecuencias que comprometerían hondamente la administración de justicia".⁽²¹⁾

Dicha intervención de la CSJN se apoyó en un fallo recientemente emitido "F., A. L. s/medida autosatisfactiva" del 13 de marzo del 2012. En dicho fallo, se trató el problema de la inaccesibilidad del aborto no punible como una violación a los derechos humanos de las mujeres y se enfatizó en la necesidad de erradicar las prácticas de violencia institucional consistentes en demorar, obstruir y denegar los abortos expresamente permitidos por ley. Asimismo, exhortó a jueces y médicos a evitar dilaciones por medio de la innecesaria judicialización de los casos de aborto no punible e instó a todos los estados provinciales y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a regular procedimientos que faciliten el acceso a los abortos legales. Se hizo hincapié, también, en contemplar las pautas que garanticen la información y la confidencialidad de la solicitante y habilitar mecanismos que permitan resolver desacuerdos que pudieran existir, entre el profesional interviniendo y la paciente, respecto de la procedencia de la práctica médica requerida.⁽²²⁾

Aquella sentencia se motivó directa y explícitamente en la necesidad de terminar con las prácticas institucionales que revictimizaban a las mujeres, niñas y adolescentes que acudían a hospitales públicos para solicitar el acceso al aborto permitido expresamente por la ley y eran sistemáticamente rechazadas por el sistema de salud y remitidas a procesos burocráticos médicos y judiciales. Todo esto redundaba, además, en la falta de acceso oportuno a la práctica médica. Casos como el de "pro familia", "P. y S. v. Polonia", "L. M. R. c/ Argentina", entre una multiplicidad de casos si-

(21) Pro Familia Asociación Civil c/ GCBA y otros sobre impugnación Actos Administrativos", Expte.: 31117/0 cons. 6.

(22) CSJN, fallo "F., A. L. s/medida autosatisfactiva", cit., cons. 29.

milares, fueron las prácticas que la Corte con el fallo "F. A. L s/ medida autofatisfactiva" pretendió erradicar al instar al Poder Judicial a no judicializar los casos de aborto no punible, con el fin de garantizar el goce de un derecho consagrado en la ley.

A pesar de ello, terminar con dichas prácticas institucionales requiere más que formular una excepción a un tipo penal instaurado. El problema de la implementación del aborto no punible es que no parte del reconocimiento de autonomía personal de la mujer reconociendo su plena ciudadanía, sino que por el contrario, simplemente brindan excepciones a un principio general de "no abortar". Pero, ¿por qué las mujeres no pueden abortar? Relacionado con esto, se encuentran los estudios fundamentales del feminismo de Sherry Ortner, donde estudia y afirma que a la mujer se la relaciona con la naturaleza, a diferencia del hombre, a quien se relaciona con la cultura, dadas sus funciones biológicas (procreación, menstruación, dolores derivados de esto) y se le confiere, entonces, la función procreadora. Por lo tanto, ser mujer sería destino.

"(...) En otras palabras, el cuerpo de la mujer parece condenarla a la mera reproducción de la vida; el macho, por el contrario, al carecer de funciones naturales creativas, debe (o tiene la posibilidad de) afirmar su creatividad de modo exterior 'artificialmente', a través del medio formado por la tecnología y los símbolos. Y, al hacerlo, crea objetos relativamente duraderos, eternos y trascendentales, mientras que la mujer sólo crea algo perecedero, seres humanos".⁽²³⁾

"Puesto que ella también tiene existencia, siente la urgencia de superarse y su proyecto no es mera repetición, sino trascendencia hacia un futuro distinto; en el fondo de su corazón encuentra la confirmación de las pretensiones masculinas. Se suma a los hombres en las fiestas que celebran los éxitos y victorias de los varones. Su desgracia es estar biológicamente destinada a reproducir la Vida cuando, incluso desde su propio punto de vista,

(23) ORTNER, SHERRY, "¿Es la mujer al hombre lo que a la naturaleza la cultura?", en Harry Olivia y Kate Young (comps.), *Antropología y feminismo*, Barcelona, Ed. Anagrama, 1979, pp. 109/131.

la Vida no contiene en sí misma sus razones para existir, razones que son más importantes que la propia vida".⁽²⁴⁾

El aborto no punible, así pues, no consagra el reconocimiento de que la mujer no es destino (en término beauvarianos), sino que solamente en algunos casos puede evitarse un destino trágico. Por ende, se prosigue confinando a la mujer a la naturaleza, a un destino determinado por su biologismo, y aceptar esto como "natural", motiva y potencia la reacción de grupos anti-derechos para salvaguardar un *status quo* donde se oprime y se restringen los derechos de las mujeres. Si la mujer está más próxima a la naturaleza, querer evitar este destino sería un acto *contra-natura*, un comportamiento anormal y desviado que debe "enderezarse" con la presencia del derecho que performativiza, limitando la posibilidad de las mujeres a manifestar su identidad fuera de lo que marca el estereotipo.

"La sexualidad de los hombres es libre; la de las mujeres, que tienen prohibido abortar tiene fuertes ataduras (...) la penalización del aborto nunca protegió ni protegerá la vida, es más bien, un mecanismo de marginación de modelos desviados de femineidad, que puede castigar a las disidentes o no hacerlo, pero no deja de constituir un poderoso dispositivo simbólico para ubicar a las mujeres donde es necesario que estén, dentro de la normalidad heteroimpuesta, pero fuertemente internalizada".⁽²⁵⁾

"El derecho, de manera taxativa, indica quiénes serán sujetos de derecho y en qué condiciones. De ahí deriva la importancia de una apertura crítica que tienda siempre a ampliar los límites de lo normado. Si en un reclamo de reconocimiento de derechos se cuestiona el horizonte determinado por la ley, la única manera de satisfacer la pretensión es criticar el régimen de verdad vigente".⁽²⁶⁾

(24) DE BEAUVIOR, SIMONE, *El Segundo sexo*, Bs. As., Ed. de Bolsillo, 2009, p. 14.

(25) HOPP, CECILIA, citado por Cartabia, Sabrina, en *op. cit.*

(26) BUTLER, JUDITH, citado por Cartabia, Sabrina, en "Aborto: la vida o la libertad, la violencia de una falsa opción", en *Revista Derechos Humanos*, año I, n° 1, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p.50.

Prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado

TEDH, "CASE OF C. N. v. THE UNITED KINGDOM",
13 de NOVIEMBRE de 2012

por RODRIGO ROBLES TRISTÁN⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El fallo en análisis⁽²⁾ se basa en la demanda de C. N., una mujer ugandesa de identidad protegida, quien se agravia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o "El Tribunal") de la situación de esclavitud a que fue confinada en el Reino Unido.

Del relato de los hechos surge que ella dejó Uganda huyendo de las repetidas violaciones sexuales y psicológicas a las que fue sometida, con ayuda de S., un familiar que le proveyó la documentación necesaria para llegar a Inglaterra.

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

(2) TEDH, "Case of C. N. v. the United Kingdom", sentencia del 13/11/2012. Final: 13/02/13, demanda N° 4239/08. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114518>

Una vez allí, S. retuvo sus papeles y la precavió de no salir ni comunicarse con nadie, pues podría ser detenida o dañada físicamente. Durante varios meses, C. N. vivió en casas pertenecientes a él. Posteriormente, éste realizó tratos con un tal M., quien poseía un negocio de cuidado de personas, para que la demandante trabajara como asistente de una pareja de ancianos iraquíes. Los pagos eran remitidos directamente a S., por lo que C. N. no percibía salario alguno. Aquél se quedaba con el dinero, aduciendo que ahorraba para que ella pudiera educarse y mantenerse a futuro. Además, los domingos, único día franco, la llevaba a su casa, ergo, no tenía contacto alguno con el exterior.

En una ocasión, logró escapar del cuidado de S. y pedir ayuda en un banco, donde sufrió un colapso y debió ser internada en un hospital cercano. Allí se le diagnosticaron HIV positivo y otras afecciones de índole psicológica. Internada, C. N. solicitó asilo al Reino Unido, el cual le fue denegado sobre la base de que sus testimonios no eran creíbles, de que en Uganda pudo arbitrar medios a su alcance para protegerse de la violencia de que era víctima y no lo hizo y que, además, estando ya recluida en Inglaterra, no abandonó la casa de S.

A instancias de C. N., la policía cursó una investigación a través de una división especializada en trata de personas que, repitiendo los argumentos del dictamen del Centro de Trata de Personas del Reino Unido, determinó que no existían pruebas para sostener que la demandante había sido sometida a trata, observando que había sido “bien cuidada” por los ancianos iraquíes. Sobre esta base, se cerró la investigación policial, aunque el representante de C. N. solicitó que se mantuviera al menos sobre otros delitos de *ius cogens*, como el de esclavitud y trabajo forzado.

Al mismo tiempo, C. N. fue admitida en un proyecto gubernamental: “Poppy Project”, el cual brinda asistencia legal y comunitaria a las víctimas de trata de personas. Las autoridades de esta institución observaron que la demandante fue objeto de cinco de los seis indicadores que, según la OIT, configuran trabajo forzado, a saber: sus movimientos se restringían a sus lugares de trabajo, se le negaron sus ingresos para pagar deudas que desconocía, su salario fue retenido por espacio de cuatro años, y fue amenazada para que no denunciara ante las autoridades los hechos de que era víctima.

La investigación fue formalmente concluida⁽³⁾ cuando la policía inglesa sostuvo que el delito denunciado no reunía la entidad suficiente para calificarlo como trata de personas según la legislación penal inglesa (*Asylum and Immigration Act*, 2004). La sola existencia de servidumbre doméstica sin configurar trata, no recibía condena a la luz de la ley criminal.

El TEDH hace notar que posteriormente (abril de 2010) se sancionó una norma que tipificó la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, pero que no tuvo efectos retroactivos.

2 | Análisis

2.I | La prohibición de la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado

En primer término, vale expresar lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende sobre **servidumbre**: “una forma particularmente grave de la negación de la libertad, que incluye], además de la obligación de realizar ciertos servicios para otros (...) la obligación para el ‘siervo’ de vivir en la propiedad de otra persona, y la imposibilidad de modificar su condición”,⁽⁴⁾ y sobre **trabajo forzado**: “que incluye] ‘todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente’. El propio Tribunal señaló que el término trae a la mente la idea de ‘coacción física o mental’...”.⁽⁵⁾

Es posible señalar que, en el entendimiento del Tribunal, las obligaciones positivas emanadas de prohibición de la esclavitud consagrada en el art. 4 del Convenio Europeo —cuyo incumplimiento motiva la demanda— se proyectan en tres sentidos.

(3) Vale agregar que la policía observó que C. N. había accedido voluntariamente al acuerdo entre S. (a quien calificó como su tío) y M., en virtud del cual los pagos se remitían a S., lo que, en el entendimiento de las autoridades, tenía sentido desde que nunca podrían haberse abonado los salarios directamente a C. N. sin evidenciarse que ésta permanecía ilegal en territorio inglés.

(4) *Ibid.*, párr. 48; ver TEDH, “Case of Siliadin v. France”, sentencia del 26/07/2005, final: 26/10/2005, demanda N° 73.316/01, párr. 123. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1412014-1474284>

(5) TEDH, “Case of C. N. v. the United Kingdom”, cit., párr. 49.

En un sentido general, el Estado debe penalizar los actos constitutivos de esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, y perseguirlos con eficacia.⁽⁶⁾

Desde una visión orientada al caso particular, la disposición en trato manda que el Estado, de conocer —o deber estar al tanto— que una persona se encuentra en riesgo inmediato de sufrir maltratos del orden de la esclavitud, servidumbre o trabajo forzado, "...tom[e] medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de tratos contrarios a dicho artículo...".⁽⁷⁾ De comprobarse la situación de riesgo mencionada, el hecho de que el Estado, dentro de sus facultades, no tome "medidas adecuadas", enderezadas a la remoción del individuo de esas circunstancias, configura una violación del art. 4 del Convenio Europeo. Claro está, hay que atenders que esta obligación no debe extenderse a una carga imposible o desproporcionada, atento las dificultades inherentes a la vigilancia de las sociedades modernas.

En tercer lugar, pesa sobre el Estado una obligación de investigar, ante la existencia de una sospecha creíble. Esta sospecha no debe entenderse en un sentido formal, es decir, no debe pretenderse una denuncia para iniciar las investigaciones: basta que hechos de esta índole sean conocidos por las autoridades, para que éstas actúen de oficio.⁽⁸⁾ La investigación efectiva, a ojos del Tribunal, debe reunir ciertas características, a saber:

1. independencia respecto de las personas implicadas en los hechos;
 2. capacidad de llevar a la identificación y castigo de los responsables;
 3. prontitud y expedición razonable, (además, ante la posibilidad de sacar a la víctima de la situación perjudicial en que se encuentra, la investigación ha de ser tomada con carácter de urgencia); y
-

(6) *Ibid.*, párr. 66; ver TEDH, "Case of Siliadin v. France", *cit.*

(7) Ver TEDH, "Caso de Rantsev v. Chipre y Rusia", sentencia del 07/01/2010, Corte (Primera Sección). Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96549>; "Case of Osman v. The United Kingdom", sentencia del 28/10/1998, demanda N° 23452/94. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58257>; "Case of Mahmut Kaya v. Turquía", sentencia del 28/03/2000, demanda N° 22.535/93, párr. 115.

(8) TEDH, "Case of C. N. v. the United Kingdom", *cit.*, párr. 69; ver TEDH, "Case of Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom", sentencia del 14/03/2002, demanda N° 46.477/99, párr. 69. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-514203-515601>

4. participación de la víctima y sus familiares en el procedimiento, en la medida necesaria, para resguardo de su legítimo interés.⁽⁹⁾

Sentados los principios mencionados, el Tribunal circunscribe la pretensión de la demandante en la ausencia de legislación penal contemplatoria de la prohibición de esclavitud, servidumbre y trabajo forzado, la cual viene en la falla en la investigación de sus denuncias. Es necesario puntualizar que el Estado se defendió aduciendo, entre otros puntos, que aun de haber existido un tipo penal adecuado al momento de los hechos, el archivo de la investigación policial cursada a instancias de la denuncia de C. N. fue decretado por insuficiencia de prueba, no por la ausencia de un crimen reprimido por el derecho interno. Además, sostuvo que la esencia del delito de reducción a la servidumbre y el trabajo forzado, se encontraba dentro de los márgenes de prohibición contenidos en diversos tipos penales como el secuestro, la privación ilegal de la libertad, etcétera, con lo cual sus obligaciones positivas estaban satisfechas. Por lo demás, el Estado se mantuvo en la tesis de que la víctima había suscripto voluntariamente al trato de trabajo, para evitar que su situación de ilegal se hiciera notable.

El TEDH establece que las autoridades británicas fueron puestas en conocimiento, por varias vías, de la situación sufrida por C. N. De esa forma, se configuró la sospecha creíble de la concurrencia del art. 4 del Convenio Europeo, que activa la obligación de investigar por parte del Estado. Rechaza el argumento de la defensa del Reino Unido de que las denuncias de la víctima resultan inverosímiles pues, dice, de haber sido así, no se hubiera cursado investigación alguna desde un primer momento.

En este punto, el Tribunal llega a una cuestión medular para la resolución del caso: la eficiencia o ineficiencia de la investigación. Vale recordar que, según la pretensión, la falta de legislación penal específica implica el incumplimiento del art. 4 del Convenio Europeo.

El TEDH sostiene que, en efecto, la inexistencia de tipos penales sobre esclavitud, trabajo forzado y servidumbre, no se halla cuestionada. Observa, además, con cita del precedente Siliadin,⁽¹⁰⁾ que la protección de

(9) TEDH, "Case of C. N. v. United Kingdom", *cit.*, párr. 69; ver "Case of Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom", *cit.*, párrs. 70/73.

(10) TEDH, "Case of C. N. v. the United Kingdom", *cit.*, párr. 75; ver "Case of Siliadin v. France", *cit.*, párr. 148.

los derechos humanos exige "...una mayor firmeza en la evaluación de las infracciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas".

Sobre esta base, contestando el argumento del Estado, el Tribunal sostiene que la existencia de tipos que repriman delitos conexos a la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzado, no son suficientes para proteger de forma práctica y efectiva a las personas de los mismos. Si bien es cierto que a menudo los delitos proscriptos por el art. 4 del Convenio Europeo, se conectan con el secuestro, la privación ilegítima de libertad, etcétera, cuando se configuran situaciones en las que no se presentan acompañados, ante la ausencia de un tipo criminal específico, la persecución resulta impotente. Esta situación tuvo como efecto la ineficacia de la investigación encomendada por el Convenio Europeo.

En cuanto al argumento de que la investigación no fue archivada por ausencia de legislación específica, sino por la insuficiencia de pruebas que sustenten las denuncias en trato, el TEDH sostiene que, para analizar esta defensa, debe examinarse si la investigación fue correcta pero desechada por razones de prueba; o si, por el contrario, la misma fue deficiente en atención a la inexistencia de tipo penal. Naturalmente, sostiene el Tribunal, no es competente para analizar el mérito de los hechos, cuestión que siempre corresponde al Estado.

En este sentido, observa que, al margen de las consideraciones relativas a la insuficiencia de prueba mantenidas por la policía, es de destacar que ésta siempre se enfocó en el delito de Trata de Personas. Citando una interpretación sostenida en la intervención de una entidad con carácter de tercero en el caso, "Aire Center", el TEDH indica que el trabajo forzado, la esclavitud y la servidumbre, son delitos bien distintos de la Trata, que implican elementos más sutiles de coerción. El tercero sostuvo que muy pocas veces los Estados detectan los supuestos de trata de personas, atento a lo cual, en primer lugar, es necesario enfocarse de manera proactiva, analizando las "formas sutiles" en que una persona puede ser dominada por otra y, en segundo lugar, es importante ponderar responsablemente todas las denuncias de trata. A ojos del Tribunal, desde la inexistencia de un tipo específico, los investigadores carecieron de un conocimiento acabado de ese delito que implicara la sensibilidad necesaria para detectar estas formas sutiles bajo las cuales una persona puede caer bajo control de otra.



El TEDH considera que la omisión de interrogar a S. —el familiar que retenía sus documentos y salarios— y la indiferencia respecto de la existencia de otros factores conducentes (que, según la OIT, configuran indicadores de trabajo forzado), pueden explicarse a partir de la inexistencia de un tipo penal específico. En consecuencia, ante esa laguna del derecho, la investigación resultaría ineficaz para la protección del art. 4º del Convenio Europeo, y la satisfacción de las obligaciones positivas que consagra.

Sobre estos razonamientos, el TEDH determina que el Reino Unido violó el artículo en cuestión.

2.2 | La cuestión en el Sistema Interamericano

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la “Corte IDH”), en el caso de las “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, citó a la Corte Internacional de Justicia (en adelante, “CIJ”). Para la Corte regional, en el caso “Barcelona Traction”, la CIJ verificó la existencia de una norma imperativa de derecho internacional que prohibía la reducción a la servidumbre y la discriminación racial: “es una obligación internacional *erga omnes*, derivada ‘de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana’ y, por lo tanto, atañe a todos los Estados”.⁽¹¹⁾

El carácter poderoso de una norma así calificada ha sido bien definido por Cançado Trindade:

“A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen

(11) Corte IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 04/09/2012, párr. 141. Ver también: CIJ, “Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited”, 05/02/1970, párr. 33/34.

la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales)”.⁽¹²⁾

3 | Consideraciones finales

En el análisis respecto de “C. N. v. el Reino Unido”, el TEDH ha reinterpretado el art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siguiendo las consideraciones de un tercero en el proceso: —“Aire Center”—, y su propia doctrina, emanada de “Siliadin”.

Los antecedentes apuntados sirven de guía al Tribunal para entender que las obligaciones nacidas de la prohibición de la esclavitud, servidumbre y trabajo forzado, son reeditadas ante las nuevas formas —“sutiles”— de concurrencia de Derechos Humanos.

Ello no es más que sintonizar los constantes cambios de la sociedad, con la necesaria interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que, como hemos visto, han recogido normas “perentorias” de derecho internacional⁽¹³⁾ que obligan a la comunidad de Estados sin necesidad de signar convención alguna.

(12) Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, Opinión consultiva OC-18/03, 17/09/2003. Voto del Juez Cançado Trindade, párr. 77.

(13) ONU, Comité de Derechos Humanos, “Observación General N° 24”, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el art. 41 del Pacto, 52º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187, 1994.

Derecho a la vida privada y familiar

Derechos del niño

TEDH, "AFFAIRE FRANCESCO LOMBARDO c. ITALIA",
29 de ENERO de 2013

por **PAULA A. PRADOS⁽¹⁾**

I | Los hechos del caso

En el presente caso, se realiza una demanda contra Italia frente a la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante, "la Corte", "el Tribunal" o "TEDH"), alegando el demandante la violación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, "CEDH"), en razón de las dificultades para ejercer su derecho de visita respecto de su hija.

De la relación del demandante con A. D. nació una niña, S., el 31 de mayo de 2001 y en enero de 2003, debido a conflictos incessantes en la pareja, A. D. dejó al demandante y se fue de Roma para vivir con su familia en Termoli. Desde que dejó esa ciudad, A. D. manifestó una fuerte oposición frente a toda relación entre el demandante y S. En febrero de 2003, la madre de la niña pidió al Tribunal de Menores de Roma la custodia de S. y,

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

por una decisión de julio de 2003, el Tribunal de Roma le confió la guarda exclusiva de la niña y le otorgó al demandante un derecho de visita a razón de dos tardes a la semana: de un fin de semana cada dos, tres días en Pascua, seis días en navidad y diez días durante el veraneo.

En agosto de 2003, debido a dificultades encontradas en el ejercicio de su derecho de visita, el demandante se presentó ante el Juez de Termoli alegando que sólo había encontrado a su hija una vez en julio durante algunos minutos y en presencia de la madre y del tío de la niña y solicitó que se respetase su derecho de visita.

El Juez confirmó el decreto del Tribunal de Roma y precisó que los encuentros debían efectuarse en los locales de los servicios sociales de Termoli y en presencia de la madre de S. y de un asistente social. El demandante afirma que, entre 2003 y 2004, la madre durante los encuentros amenazaba a S. con abandonarla si prefería quedarse con su padre.

Sintetizando, el demandante interpuso numerosos recursos en los tribunales internos luchando para que se respetara su derecho de visita. Alegó que la reticencia de la madre y la ineficacia de los servicios sociales le causaron un perjuicio irreparable y le impidieron construir una relación sana con su hija, a la cual psicólogos expertos le diagnosticaron depresión infantil.

A pesar de que existió un esfuerzo por parte del Estado, el mismo fue ineficaz ya que recién en 2011 A. D. comenzó a permitir los encuentros y se verificó una evolución positiva en el tratamiento psicológico de S.

2 | Análisis del Tribunal (Cámara, Segunda Sección)

El caso es declarado admisible y es tratado por una Sala de la Segunda Sección del Tribunal. Este aprecia, como lo ha repetido en numerosas ocasiones, que "si el art. 8º esencialmente tiene por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos (...) a este compromiso más bien negativo pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida particular o familiar. Este compromiso puede implicar la adopción de medidas que apunten

al respeto de la vida familiar hasta en las relaciones de los individuos entre ellos”⁽²⁾ y que para ser adecuadas las medidas para reunir al padre con su hija deben ser implementadas en forma rápida ya que el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irreparables en la relación padre-hija.⁽³⁾

En la presente sentencia se puede apreciar un paralelismo con la dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Fornerón en el cual ésta se pronunció respecto al derecho a la identidad de los niños y niñas en el sentido de que:

“La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”.⁽⁴⁾

La Corte entiende que en el desarrollo de los procedimientos en el ámbito interno sólo se implementaron medidas automáticas, como pedidos sucesivos de información a los servicios sociales y un seguimiento por parte de los mismos para que se respete el derecho de visita para con el demandante. La Corte sostiene que las autoridades dejaron consolidarse una situación de hecho en desprecio de las decisiones judiciales, y que el transcurso del tiempo sólo contraía consecuencias negativas en la relación de la niña con su padre.

Las autoridades tampoco ordenaron a ambos progenitores seguir una terapia familiar y no propiciaron encuentros dentro de una estructura especializada, con lo cual su actuar no fue favorable a resolver la situación. Comprueba el Tribunal que, teniendo en cuenta la edad de la niña en el momento de separación de sus padres y la imposibilidad del demandante

(2) TEDH, “Caso Francesco Lombardo c. Italia”, sentencia del 29/01/2013, párr. 80. Ver texto completo del fallo en: <http://echr.ketse.com/doc/11519.85-en-19921126/view/>

(3) *Ibid.*, párr. 81.

(4) CORTE IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27/04/2012, serie C N° 242, párr. 123.

de ejercer su derecho de visita y la no realización de los encuentros programados, trajo como consecuencia que no se pudiera forjar una relación estable y beneficiosa entre el padre y la niña.⁽⁵⁾

La Corte consideró que en esta situación las autoridades deberían haber tomado medidas más específicas y directas para restablecer el contacto entre el demandante y su hija.⁽⁶⁾ Por lo tanto, los tribunales internos fueron ineficaces para tomar medidas apropiadas para crear condiciones en las que el demandante pueda ejercer su derecho de visita.

Por todas estas razones, a pesar del margen de apreciación de los Estados en materia del respeto de la vida privada y familiar, la Corte considera que los esfuerzos por parte de las autoridades fueron insuficientes para hacer respetar el derecho de visita del demandante y, por lo tanto, hubo violación del art. 8º CEDH.⁽⁷⁾

3 | Consideraciones finales

La sentencia es interesante en cuanto establece que la obligación que impone el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos no implica sólo una mera abstención del Estado sino que sienta un precedente en cuanto a las obligaciones positivas que pueden emanar de dicho artículo y que el margen de apreciación del mismo por parte de los Estados en materia de respeto a la vida privada y familiar no es absoluto.

Por otro lado, se entiende que no basta con un esfuerzo del Estado para proteger a los menores de una situación como la del caso, sino que tales medidas deben ser adecuadas y eficaces, respecto del deterioro que se ocasiona en la relación de un padre con su hija teniendo en cuenta la edad de dos años de la niña al producirse la separación de sus padres.

(5) TEDH, "Caso Francesco Lombardo c. Italia", cit., párr .92.

(6) *Ibid.*, párr. 93.

(7) *Ibid.*, párr. 94.

Libertad de religión Discriminación. Ejercicio de la patria potestad

TEDH, "VOJNITY v. HUNGRÍA",
12 de FEBRERO de 2013

por MARINA CHERTCOFF⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente caso concierne a la eliminación de los derechos de régimen de visita y tenencia del padre de un niño, el Sr. Vojnity, debido a que las cortes húngaras consideraron que sus convicciones religiosas no eran apropiadas para el normal desarrollo del niño.

El denunciante, Péro Vojnity, quien pertenece a una congregación religiosa *Hit Gyülekezele* se había divorciado de su ex esposa. El hijo de ambos, quien había nacido en el año 1994, quedó bajo custodia de la madre. En principio, luego del divorcio se reguló un régimen de visitas para el padre.

Durante los años 2003 y 2004, con motivo en la petición de la madre del niño de suspender el régimen de visitas dispuesto para el Sr. Vojnity, dos cortes húngaras determinaron que, si bien no deberían suspenderse,

.....

(1) Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho (UBA), sobre "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI".

deberían ser restringidas. Para arribar a dicha resolución, se realizaron pericias psiquiátricas que sostuvieron que el contacto con el padre, dada su adhesión a la congregación religiosa, no era favorable para la crianza del niño. Sin embargo, se consideró que la conducta del Sr. Vojnity no era maliciosa y, por ese motivo, el régimen de visitas no debía ser totalmente suspendido.

En el año 2006, la autoridad de tutela de Szeged presentó una moción para que el niño quedara bajo la guarda de su hermano mayor, luego de que la madre hubiera sido considerada no apta para cuidar de él. Con respecto al padre, se observó que su proselitismo vis-à-vis con su hijo, sumado a las condiciones de vivienda inadecuada, representaban un peligro para el niño.

En septiembre del mismo año, la Corte del distrito de Szeged consultó a un especialista psicólogo, quien en su opinión del 5 de septiembre del 2006, habiendo examinado a la madre, al niño y a su hermano (no al denunciante), remarcó que el Sr. Vojnity sostenía ideas educacionales fantasiosas bajo la impronta de su fanatismo religioso. Lo cual, según el especialista, producía una imposibilidad de criar con normalidad a su hijo. Se señaló, además, que el Sr. Vojnity había forzado las creencias del niño, lo cual había dado lugar a la alienación del mismo.

Por ende, el 12 de septiembre del 2006, la Corte del distrito confirió la guarda provisoria del menor al hermano mayor, pero se mantuvo un estricto régimen de visitas con el Sr. Vojnity. Posteriormente, el hermano del niño inició acciones para que se suspendiera el régimen de visitas dispuesto previamente.

Por dicho motivo, la misma Corte durante septiembre del 2007, realizó una nueva consulta con un psicólogo, que sostuvo luego de examinar al niño y a su hermano, que la participación del Sr. Vojnity era dañina, puesto que buscaba inculcarle sus convicciones religiosas. Así pues, se tuvo por demostrado que la presencia del padre en la vida de su hijo no era adecuada para su normal desarrollo, y se recomendó que el Sr. Vojnity fuera examinado por un psiquiatra. Más aún, la Corte decidió en su resolución que los derechos parentales fueran totalmente suprimidos, ya que sus visitas eran de naturaleza vejatoria y ponían en peligro el desarrollo y la educación del niño.

El denunciante apeló esta última decisión en febrero del 2008, y la Corte del condado de Csongrád se pronunció sosteniendo lo anteriormente determinado por la Corte del distrito. Se agregó que aun teniendo en cuenta el interés mutuo en mantener un vínculo familiar basado en el afecto, no era aplicable al caso, pues el denunciante había abusado de sus derechos al intentar influenciar al niño para que adoptara sus creencias religiosas. En particular, el Tribunal sostuvo que el solicitante tenía una “irracional visión del mundo”, lo cual lo hacía incapaz de criar a un niño y que “no hacía uso de sus derechos parentales de acuerdo con su verdadero propósito, sino para imponer sus convicciones religiosas”.

2 | Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Más allá de que la denuncia del peticionario se haya fundado en la violación del art. 14 en conjunto con el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades fundamentales (en adelante, “CEDH”), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH” o “el Tribunal”) para analizar el caso en cuestión utilizó el art. 9º del Convenio (“Libertad de Pensamiento, conciencia y religión”), así como también el Protocolo N° 1, art. 2º (“Derecho a la educación”).

En primer término, el Tribunal reiteró que el art. 14 complementa otras disposiciones sustantivas del Convenio Europeo y sus Protocolos. Dicho artículo no tiene una existencia independiente, dado que tiene efecto únicamente en relación con “el goce de derechos y libertades” salvaguardados por el convenio. Aunque la aplicación del art. 14 no presupone una violación de estas disposiciones, no puede haber espacio para su aplicación a menos que los hechos controvertidos se inscriban en el ámbito de una o varias de ellas.⁽²⁾

Al analizar el fondo de la cuestión, el Tribunal consideró probada la violación del art. 14 en conjunto con el art. 8º CEDH. El análisis realizado por el

(2) TEDH, “Vojnity v. Hungría”, sentencia del 12/02/2013, N° 29.617/07, párr. 27. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4256068-5069778>

Tribunal guarda una íntima relación con el existente en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos:⁽³⁾ una diferencia en el trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo perseguido.⁽⁴⁾

En el mismo orden de ideas, el TEDH enfatizó que el impedimento para que el Sr. Vojnity ejerciera sus derechos, se había basado en motivos religiosos, lo cual, sin lugar a dudas constituye una diferencia en el tratamiento con respecto a otros padres en una situación similar que no tuvieran las mismas convicciones religiosas.⁽⁵⁾

Al referirse a si existía una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido, el Tribunal hizo énfasis en que los Estados contratantes cuentan con un cierto margen de apreciación para determinar si, y en qué medida, las diferentes situaciones de una persona justifican una diferencia de trato. Aplicado al caso en cuestión, se señaló que el núcleo del problema radicaba en el tratamiento que recibió el peticionario en el contexto de la eliminación total de sus derechos como padre y la decisiva relación de este trato con sus creencias religiosas. Al respecto, se consideró que, a la luz de los derechos consagrados por el art. 9º del Convenio, que garantiza al individuo la auto realización, dicho trato diferencial sólo podría ser compatible con el Convenio si existiesen motivos de gran peso.⁽⁶⁾ Sin ir más lejos, con el mismo criterio fueron tratados distintos casos donde la diferencia en el trato se basaba en el sexo, nacimiento, orientación sexual y/o nacionalidad.⁽⁷⁾

Hay que destacar que, el gobierno húngaro ha señalado la importancia de proteger la salud psicológica del niño de la supuesta tensión ejercida por

(3) CORTE IDH, "Caso Atala Riff y Niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/2012, Serie C N° 239.

(4) *Ibid.*, párr. 32.

(5) TEDH, "Vojnity v. Hungría", cit., párr. 33.

(6) *Ibid.*, párr. 36.

(7) TEDH, "Inze v. Austria", sentencia del 28/10/1987, Series A N° 126, párr. 41; TEDH, "Gaygusuz v. Austria", sentencia del 16/09/1996, en *Reports of Judgments and Decisions* 1996-IV, párr. 42.

los intensos esfuerzos del solicitante para transmitir sus convicciones a él. Si bien el Tribunal admite que las autoridades nacionales hayan mostrado preocupación legítima en este sentido, tiene sus reservas en cuanto a si esta consideración califica como una razón de peso que permita un trato diferenciado.

Es necesario añadir que el derecho al respeto de la vida familiar y la libertad religiosa consagrada en los arts. 8º y 9º de la Convención, junto con el derecho al respeto de las convicciones filosóficas y religiosas de los padres en la educación, conforme a lo dispuesto en el art. 2º del Protocolo N° 1 de la Convención, confieren a los padres el derecho a comunicar y promover sus convicciones religiosas en la crianza de sus hijos. La Corte añade que este sería un derecho indiscutible en el caso de dos padres casados que comparten las mismas ideas religiosas o visión del mundo; y la promoción de estas ideas a su hijo, incluso de manera insistente o dominante, residiría dentro del ámbito de los mencionados derechos, a menos que al menor, en este último supuesto, se lo exponga a prácticas susceptibles de producir daño físico o psicológico. Asimismo, señala que no ve ninguna razón por la cual la posición de uno de los padres separados o divorciados que no tenga la custodia de su hijo o hija deba ser diferente a la de un matrimonio.⁽⁸⁾

De cualquier manera, el gobierno defendió la postura de las Cortes húngaras, en función del interés superior del niño, sosteniendo que la “visión irracional del mundo” y el proselitismo del Sr. Vojnity harían peligrar el desarrollo de su hijo.⁽⁹⁾ Por el contrario, el TEDH, desechando este argumento, entendió que no existía evidencia convincente para demostrar que la religión del peticionario expusiera a su hijo a daños psíquicos o físicos.

Con el mismo objetivo, señaló que a pesar del escrutinio estricto que deben realizar las cortes para la restricción de la patria potestad, las Cortes húngaras aplicaron una suspensión absoluta de dichos derechos sin siquiera justificar cuál sería el daño real que podría causar una “visión irracional del mundo”.⁽¹⁰⁾ Más aún, asumiendo que existiera una preocupación por el daño psicológico que pudiera sufrir el niño, la solución planteada

(8) TEDH, “Vojnity v. Hungría”, cit., párr. 38.

(9) *Ibid.*, párr. 14.

(10) *Ibid.*, párr. 38.

por las Cortes húngaras era inaceptable: los derechos del Sr. Vojnity fueron suspendidos sin considerar ninguna alternativa, como visitas parentales supervisadas, las cuales están previstas por las leyes húngaras.⁽¹¹⁾ Para el Tribunal, el enfoque adoptado por las autoridades ascendió a un total desprecio del principio de proporcionalidad, necesaria en este campo e inherente en el espíritu del Convenio.⁽¹²⁾

En suma, el Tribunal concluyó que ninguna circunstancia excepcional había existido para tomar una medida tan severa como lo es impedir todo contacto y posibilidad de encuentro entre el denunciante y su hijo. De manera que la medida resulta, en última instancia, desproporcionada con el fin legítimo perseguido (proteger el interés superior del niño). En vista de todo esto, se estimó el Sr. Vojnity fue discriminado por su religión en el ejercicio de su derecho a la vida familiar.⁽¹³⁾

3 | Consideraciones finales

El caso "Vojnity v. Hungría" reviste de gran importancia para la jurisprudencia del TEDH, dado que antes de este caso, el Tribunal no había tratado en profundidad a la religión como una categoría sospechosa. Si bien el caso "Hoffman v. Austria"⁽¹⁴⁾ había tratado tangencialmente a la religión refiriéndose a que "una distinción basada esencialmente en la religión no era aceptable",⁽¹⁵⁾ en el presente caso se la trata de forma más directa y adjudicándole un mayor peso; equiparándolo, a su vez, al estándar utilizado en casos de discriminación basada en el sexo, orientación sexual y/o nacionalidad.

(11) *Ibid.*, párr. 42.

(12) *Ibid.*, párr. 42.

(13) *Ibid.*, párr. 43.

(14) TEDH, "Hoffmann v. Austria", sentencia del 23/06/1993, N° 12.875/87, párr. 31.

(15) *Ibid.*



Entrevistas

Entrevista a Baltasar Garzón Real



BALTASAR GARZÓN REAL

Coordinador global de la defensa legal
de Julián Assange y WikiLeaks

Jurista español. Ex juez de la Audiencia Nacional. Recibió el Doctorado *Honoris Causa* por parte de más de 20 universidades, destacándose por su lucha a favor de los derechos humanos e investigaciones de delitos de genocidio, tortura, terrorismo y otros crímenes internacionales.

Es autor de *Cuento de Navidad: es posible un mundo diferente* (2002); *Un mundo sin miedo* (2005); *La lucha contra el terrorismo y sus límites* (2006); *La línea del horizonte. Una crónica íntima de nuestros tiempos* (2008); *Un hombre ilustrado* (2012); *La fuerza de la razón, entre otros*.

El pasado 19 de abril, Marcos Ezequiel Filardi entrevistó a Baltasar Garzón Real.

Entre la fecha de la realización de dicha entrevista y la de su publicación, mucha agua corrió bajo el puente en relación a este tema. El 22 de junio, Assange cumplió un año de encierro en la Embajada de la República de Ecuador en Londres, en la que goza del asilo diplomático que le concedió el gobierno ecuatoriano. En la inminencia de dicho aniversario, el canciller ecuatoriano, Ricardo Patiño, viajó a Londres para reunirse con su par británico, William Hague, con el objetivo de encontrar una solución diplomática para que Assange pueda obtener un salvoconducto que le permita viajar a Ecuador y gozar plenamente del asilo que le concedió su gobierno. En esa reunión, sin embargo, sólo acordaron establecer una comisión bilateral que seguirá estudiando esa posibilidad.

Por su parte, el soldado estadounidense Bradley Edward Manning se encuentra enfrentando un proceso penal ante un tribunal militar en Fort Meade, Maryland, Estados Unidos, por haber entregado —presuntamente— información clasificada a Assange y WikiLeaks.

Como si esto fuera poco, Edward Snowden, el contratista de la Agencia Nacional de Seguridad (NSA) estadounidense que reveló el espionaje masivo de las comunicaciones privadas por parte de los gobiernos de Estados Unidos y Gran Bretaña, también pidió asilo político al gobierno de Ecuador. Si bien Snowden solicitó que Garzón lo representara legalmente, en un comunicado del pasado 26 de junio éste señaló que ha decidido no asumir la defensa de su caso.

En este escenario, funcionarios del gobierno de los Estados Unidos presionaron al gobierno de Ecuador diciendo que si se concedía el asilo a Snowden, se le quitaría a Ecuador los beneficios comerciales de la Andean Trade Preference Act (ATPA). En respuesta a ello, el Presidente de Ecuador, Rafael Correa, denunció esas presiones públicamente como una forma de chantaje y anunció la voluntad de su gobierno de renunciar unilateralmente a dichos beneficios.

En el marco de un escenario internacional agitado por estos últimos acontecimientos, el contenido de la entrevista que se reproduce a continuación ha cobrado una actualidad inusitada.

En la presentación de su libro *Un mundo sin miedo en Washington DC* en 2005 se planteó la cuestión de los límites y potencialidades de la aplicación del principio de jurisdicción universal. En ese entonces, usted aún no se había declarado competente para investigar los crímenes del franquismo y sí había avanzado con las investigaciones de las violaciones a los derechos humanos en Argentina, Chile y Guatemala. En ese encuentro, le pregunté: ¿usted se imagina investigando los crímenes del franquismo en España? Y, más aún, ¿usted se imagina a un juez argentino, chileno o guatemalteco investigando los crímenes del franquismo? Parecía inimaginable y, sin embargo hoy, ocho años después de aquel encuentro...

Era tan inimaginable como que un juez, en el año 1996, investigara los crímenes cometidos en Argentina, pero las circunstancias y los hechos históricos que se producen son los que son, y casi son irrepetibles. Que se investigaran los delitos del franquismo cometidos durante y después de la guerra civil era una posibilidad, sobre todo a partir del desarrollo de las

investigaciones de los delitos cometidos en Argentina, Chile y Guatemala. Lo que sucede es que nunca se planteó, nunca se denunciaron esos hechos. El juez no podía salir a buscarnos, y cuando se hicieron las denuncias a fines del año 2006, la suerte quiso que correspondieran a mi tribunal. Es un poco la paradoja del bucle de la historia. A mí me preguntaban siempre en las conferencias: "¿y qué hará usted?". Y yo les decía: "mire, aún no me ha correspondido investigar eso. Si llegara ese caso, tomaré mi decisión —que, lógicamente, será la que corresponda en derecho— y tengo muy claro que lo voy a hacer así, suceda lo que suceda". Y así fue. Por eso digo que la historia es caprichosa y te pone frente a hacer cumplir y a ser coherente con lo que has dicho y lo que piensas y lo que escribes. Me parece lógico, lo más normal del mundo, que si yo defiendo la jurisdicción universal y el principio *pro actione* de investigación, de amparo de las víctimas, en este tipo de crímenes —en todos, pero en éstos en particular— obviamente no iba a rehuir a esa investigación, en ningún momento lo iba a hacer. Quise hacerlo con contundencia y emití mis resoluciones que, después, tuvieron sus consecuencias, muy negativas para mí. No lo siento yo como tal porque lo volvería a hacer, una y cien veces, porque creo que hay que hacer-

lo. Pero en mi país el Tribunal Supremo decidió que no se puede investigar este tipo de delitos. Creo que, en forma equivocada, se ha dejado en desamparo total a las víctimas del franquismo. 70 años después, seguimos sin ningún tipo de reparación judicial, la Justicia sigue sin mostrar un camino. Así están las reclamaciones penales, los aspectos civiles y los aspectos sociales. Sólo en el ámbito de la acción colectiva se ha conseguido algo, con la Ley de Memoria Histórica de 2007, pero muy escasamente. Y ahora, con el Partido Popular —con el partido conservador, pues— se están perdiendo los avances y los apoyos que se venían dando a los movimientos y organizaciones de derechos humanos y de víctimas, para avanzar en ese sentido. No es una prioridad, nunca lo ha sido en España. A efectos oficiales, es una vergüenza, es vergonzoso, pero es así: cada país tiene su lacra y su período luminoso, y las consecuencias de ello se ven en España. No se acabó con la transición. Se dijo que se había acabado con la transición de la dictadura, pero no es así y, desde luego, en la Justicia es evidente que hay todavía un capítulo pendiente. Y continuamos ahora, desde afuera de la Justicia, desde la fundación que presido, procurando una comisión de la verdad, dinamizando a otras organizaciones, trabajando en conjunto por la memoria y en la búsqueda de caminos posibles para que haya algún tipo de reparación para las víctimas. Y, dentro de este contexto de reparación, fue muy bienvenido que las víctimas abrieran la posibilidad de que, en Argentina, se investigaran estos hechos por la misma razón —pero a la inversa— que, en su momento, en España se investigaron los casos de Argentina. Había

ciudadanos argentino-españoles que estaban en España; y, aquí y ahora, hay españoles-argentinos que vinieron como consecuencia del exilio y que plantearon su acción al juez federal, en este caso María Servini de Cubría, quien primero dijo que no, pero después, tras la resolución de la Cámara Federal, avanzó con esa investigación. Y ahora —en estos días del mes de abril, mayo— se va a producir la primera oleada de declaraciones en España —en territorio argentino, pero en España, en la embajada— de víctimas del franquismo. Me parece que es lo correcto. Yo siempre he dicho que la jurisdicción universal es una jurisdicción de ida y vuelta, que se abre hacia afuera, pero también hacia adentro. Por tanto, hay que asumir esa posibilidad y esa necesidad, de modo que agradezco profundamente que Argentina esté investigando estos hechos porque es el único punto judicial de amparo que hay ahora mismo para las casi 200.000 víctimas desaparecidas entre 1937 y 1951 —y, como el procedimiento en Argentina sigue hasta el año 1975, también por los que, en ese período, han sufrido las consecuencias—. Esos 30.000 niños que fueron robados entre 1937 y el 1951, extraídos de sus familias de origen simplemente porque eran republicanos —los padres o la madre estaba presa o había sido desaparecida y no se consideraba adecuado o conveniente, de acuerdo con las nuevas normas, que su familia natural, sus abuelos o sus tíos los cuidaran—, fueron sustraídos “legítimamente”, con toda una parafernalia legislativa franquista-fascista, porque era más adecuado que se educaran en familias probas, católicas, apostólicas y romanas. Eso me suena a precedente a lo que luego sucedió en Argentina, a pesar de

que a muchos ciudadanos españoles les duela que alguien que es español diga que fueron precedentes, una vez más, de algo muy negativo.

En el libro *Un mundo sin miedo usted escribió que se formó desde pequeño con la vocación de ser jurista y de ser juez, y que estos "buclees de la historia", como usted dijo, hoy lo ponen en el rol de abogado defensor. Y ya que vamos a hablar, sobre todo, del caso de Julian Assange, le quería preguntar: ¿cómo se siente con este nuevo rol que tiene que asumir, por estos "buclees de la historia", como abogado defensor de él y de WikiLeaks?*

La Justicia se vive desde muchos ámbitos. Yo no la había vivido desde el rol de abogado. En Argentina es diferente porque la mayoría, antes de ser jueces o fiscales, pasan por el ejercicio de la abogacía. En España puede ser así o puede ser diferente. En mi caso no fue así porque, inmediatamente luego de que concluí mi carrera de derecho a los 22 años, pasé a estudiar el examen de juez y, con 24 años, ya era juez. Lo sigo siendo hasta ahora aunque, tras la sentencia del Tribunal Supremo español por las investigaciones en el caso de corrupción que afecta al Partido Popular y a mucha más gente en España, estoy inhabilitado para ejercer por diez años. Ya han pasado algunos de estos años, pero faltan siete. Pero sigo siendo juez. Yo, desde los 17 años, quise hacer derecho para ser juez y creo que es una labor básica y nuclear en las sociedades democráticas, siempre que se ejerza con independencia, de

acuerdo con la legalidad, de una manera comprometida, en contacto con la sociedad, no en forma elitista ni corporativa. He sido anti-corporativo. Así me ha ido. Pero sigo siéndolo. Lo peor que puede haber en la judicatura es la corporación, es abominable porque pierdes todo sentido de justicia, todo sentido de defensa de los derechos de los ciudadanos y ciudadanas. Es así. Y cuando veo situaciones como las que ahora se producen en Argentina, en donde se defiende a la corporación judicial como tal corporación, me preocupa, y me preocupa mucho porque ya he pasado por ahí y no es un camino bueno. El transitar desde la judicatura a la abogacía digamos que, en España, es lo normal. Aunque sea al final de tu vida como juez, te jubilas y, si todavía tienes energía, lo normal es que dediques un tiempo al ejercicio de la abogacía. En mi caso ha sido una entrada abrupta, aunque deseada, porque es un enfoque no sólo necesario y fundamental sino también desafiante. La Justicia desde la otra parte de la mesa es muy interesante: te das cuenta de los abusos que se cometen desde la parte judicial y también desde los que se cometen, o se pretenden cometer, desde el ámbito de la abogacía. Porque también, a veces, es muy grave lo que se ve: la incompetencia, la falta de preparación, el no defender adecuadamente a los clientes, el poner el interés económico por encima del interés del cliente, el excesivo monetarismo que hay en muchos bufetes de abogados. Esa es una visión que respeto pero que no comparto ya que veo la función y el trabajo como abogado como el rol social de colaborador de la Justicia para apoyar a las víctimas y, en ese contexto, mi despacho como abogado tiene

muy claro cuáles son los principios éticos por los que se rige, aparte de procurar tener un trabajo digno y unos ingresos dignos. Eso conlleva a que parte del trabajo de mi bufete es *pro bono, ad honorem*. El caso de Julian Assange, por ejemplo, se enmarca en ese sentido: primero, porque cuando Julian Assange me pidió que le representara, la única condición que le puse era la independencia para trabajar —y la tengo—; le dije y que no iba a cobrar honorarios para sentirme libre en un caso de violación tremenda de los derechos de este hombre y de WikiLeaks. Y segundo, porque no quiero estar sujeto a la presión de unos honorarios. Lo cual no quiere decir que no defienda total y absolutamente, y con más fuerza si se quiere. Porque es un principio de mi despacho y hay otra serie de cosas: por ejemplo, todos los casos que se refieren a pueblos indígenas, los hacemos también *pro bono*, y tenemos también otros casos en que cobramos honorarios, pero siempre buscando ese equilibrio que debe tener la abogacía en un contexto en que hay que proteger y defender a las víctimas, tanto o más que cuando se estaba como juez. Pero es un desafío; es una perspectiva de la Justicia totalmente impactante, difícil. Parece que ser abogado es fácil pero es de las profesiones más difíciles que se pueden abordar. Hacerlo bien. Hacerlo mal lo puede hacer cualquier profesión, pero hacerlo bien es muy difícil porque te exige no sólo estar al tanto de las reformas, de las leyes, sino que te exige tener unas dosis de psicología muy importantes.

Cuando Julian Assange le propuso asumir el liderazgo de su defensa

jurídica, ¿le transmitió los motivos que lo llevaron a tal decisión?

No necesariamente, pero creo que acude a mí por la independencia que considera que tenía —y que había demostrado a lo largo de los años— y porque también, de alguna forma, considera que mis conocimientos o mis planteamientos éticos en todos los ámbitos en que él me podía conocer eran muy claros. También supongo —esto ya es una suposición— que me eligió por mi clara posición y firmeza frente a los poderosos, que es un *leitmotiv* de WikiLeaks y de Julian Assange. Cuando asumes riesgos porque crees que es justo lo que estás haciendo y defiendes aquello en lo que crees —el derecho que desarrollas—, te encuentras a personas que, en otros ámbitos, lo han hecho también. Los destinos se puedan unir en el sentido de que veas que, profesionalmente, te puede servir. No hablamos en sí mismo de por qué, pero lo inferimos de nuestra relación, de por qué él me ofrece su defensa y yo la acepto. No acepto que se pueda perseguir a una persona u organización porque dé a conocer información de unos hechos que, si están declarados secretos, no es porque sean temas que afecten a la humanidad o a la seguridad de las personas, sino que hablan de un mal hacer, de un hacer trámoso en las relaciones diplomáticas entre los distintos países; y demuestran cómo no debería ser esa relación y como no se debe interferir, por vía injusta, en los asuntos; y como no se puede tratar de doblarle el brazo a la Justicia —como era la expresión que se refería a mí— en esos documentos. Se trataba de torcerme el brazo porque yo estaba intentando investigar unos delitos de tortura en

Guantánamo. Eso es inaceptable. Y que eso no se investigue y que, por el contrario, se investigue a quien lo pone a la luz pública cuando estamos proclamando *urbi et orbe* la libertad de prensa, de información, y cuando la vemos todos los días en ese ejercicio democrático —muchas veces, agresivo contra el poder, contra las instituciones—... Pues entiendo que perseguir a una persona por eso es alucinante: me confirma más que estaba en lo cierto. Y esto es una paradoja: después, por el ejercicio del derecho de defensa que estoy haciendo de Julian Assange, sufro represalias por parte del gobierno de los Estados Unidos, plasmadas en una pérdida de autonomía, de pérdida de puestos de trabajo, como ocurrió con la posición en la Organización de los Estados Americanos (OEA) que tenía: tuve la exigencia de que tenía que salir de allá y, curiosamente, fue el argumento que el Tribunal Supremo utilizó para decirme que tenía que salir: el Tribunal me condenó por haber limitado el derecho de defensa. Es una paradoja en la que me encuentro. Resulta que pierdo la posición judicial porque dicen que limité el derecho de defensa, cosa con la que no estoy de acuerdo; creo que está muy claro cuáles fueron las razones de la sentencia en mi contra: razones políticas. Y ahora me tratan de limitar el ejercicio del derecho de defensa como abogado.

¿La defensa de Julian Assange y de WikiLeaks se extiende a todos los órdenes de litigio que tienen? Me refiero, por ejemplo, al litigio contra el bloqueo financiero realizado por Paypal, Western Union, Visa y Mastercard; al litigio contra Canongate por la publicación de la

autobiografía no autorizada; al proceso de extradición...

Mi trabajo consiste en la coordinación de los distintos ámbitos de defensa que se extienden, territorialmente, a varios países: Gran Bretaña, Suecia, Australia, Ecuador, Estados Unidos y otros, porque estamos entablando acciones en otros países y en la Unión Europea, en otras instituciones. Julian Assange y WikiLeaks tienen en cada lugar los abogados correspondientes, como marca la ley para que puedan actuar. Mi bufete lo que hace es coordinar esos esfuerzos para que el trabajo que se desarrolla se pueda hacer con globalidad e integralidad para que produzca más efecto; por lo tanto, se extiende a todos esos aspectos. Cuando las matrices de Visa, Mastercard y otras se han negado o han dado instrucciones para que no se acepten donaciones a WikiLeaks, se han planteado acciones ante la Comisión Europea.

Y ganaron también el juicio en Islandia

Eso es, en Islandia se ganó. Luego, en otros países hay acciones que se están entablando. En Estados Unidos los abogados están trabajando, pero con una perspectiva de coordinación, de modo que —digamos— la labor nuestra, aparte de participar en la emisión de juicios jurídicos como defensores, está en la coordinación de los esfuerzos para conseguir el objetivo final que es el de que se materialice el derecho de asilo por parte de Ecuador con un traslado de Julian hasta dicho país. Todos los demás aspectos, respetando la autonomía de cada uno de los abogados y siguiendo las instrucciones de Julian Assange, lo que yo hago es coordinarlos.

¿Cuál es el estado actual de las negociaciones diplomáticas con el Reino Unido para obtener el salvoconducto para Julian Assange?

No las sabemos. Nosotros estamos a la espera. Conocemos la decisión de Ecuador y la clara actitud favorable a que el asilo se materialice como asilo político. Si bien es excelente la atención por parte de Ecuador en la embajada en Gran Bretaña, lógicamente, si se prolonga esa situación ya pasará a ser una situación inhumana, claramente dañina para la salud de cualquier persona —llámese Julian Assange o Juan Pérez—, para cualquier hombre o mujer que durante un tiempo prolongado esté en la situación en que está Julian Assange. Pues no puede ser bueno: el hábitat natural en el que vive Assange es el de no poder ver siquiera la luz del sol porque si se asoma a una ventana, lo pueden sacar; si pasa la cabeza afuera de la línea del edificio, lo pueden detener. Me parece que es una aberración y, si esta situación se prolonga, pasa a ser una situación de maltrato y esto puede tener una consecuencia jurídica importante. Esperemos que esa aproximación entre los dos países —que está claramente determinada por parte de Ecuador y no tanto por parte de Gran Bretaña se produzca—. Hay una situación jurídica que lo amerita y una situación humanitaria que lo exige. Deberán tomar una decisión porque nunca Julian ha rehuído el juicio por el que se le reclama en Suecia, todo lo contrario. Lo único es que ha solicitado unas garantías mínimas, unas garantías que le permitan afrontar ese juicio con solvencia, y eso es precisamente lo que no se le otorga. En el momento en que se les otorgue por

parte de Gran Bretaña y Suecia, y Estados Unidos lo diga claramente, pues ahí se acaba el problema. Lo que sucede es que es todo lo contrario. Lo que Estados Unidos está diciendo, los mensajes que transmite, son exactamente los contrarios. Si Estados Unidos asumiera la función que le corresponde de respetar los derechos fundamentales, en este caso el de libertad de información y libertad de prensa, y dejara la persecución de Julian Assange y de WikiLeaks, se habría acabado el problema. Lo que sucede es que los mensajes que nos llegan, las manifestaciones que se producen por parte de la Fiscalía, son justamente las contrarias. Se está llegando a considerar a Julian Assange como enemigo de los Estados Unidos. Eso ya sabemos lo que significa y lo que implica, por tanto es inaceptable. ¿Por qué Julián Assange y WikiLeaks? ¿Por qué no el *New York Times*, *El País*, o el diario *Le Monde*, o *The Guardian*, o todos aquellos medios que también publicaron? Ahora se ha constituido una asociación de prensa independiente que está recibiendo información fundamental acerca de temas económicos y financieros, y van a hacer una especie de publicación masiva. Nadie que yo sepa se puede plantear que, en la era de la comunicación, se pueda proceder porque se están desvelando datos que afectan a derechos fundamentales de las personas y que implican hechos delictivos, y que nadie investigue el contenido. Por tanto, no tiene sentido esa fijación contra Julian Assange que no parta de ese rencor o esa animadversión porque te han descubierto, en un sistema que en todo caso tú serás el responsable de no haber protegido adecuadamente, y que hay que investigar. Claro que investigar y perseguir al

soldado Manning —como lo han hecho, aunque al final él haya asumido parte de esa responsabilidad—, para mí no tiene tampoco sentido, pero entra dentro de lo normal, siempre que se hubiera hecho respetando sus derechos y, simultáneamente, investigando lo que se denunció: los asesinatos en Irak, la corrupción de las instituciones y algunos aparatos o empresas. En el momento en el que se investigue esto será innecesario proceder contra quien lo puso de manifiesto.

Con anterioridad a la concesión del asilo, Ecuador buscó, en primer lugar, garantías de la no extradición a Estados Unidos —que nunca obtuvo— y la posibilidad de que las declaraciones de Assange se hagan en el local de la embajada de Ecuador en Gran Bretaña, cosa que el gobierno sueco tampoco aceptó. Con posterioridad a que Ecuador le concediera el asilo, ¿hubo alguna modificación al respecto?

Nosotros estamos exactamente igual. Nosotros continuamos ofertando esa posibilidad, porque la cuestión está en algo fundamental, que es en lo que no se quiere entrar. Julian Assange ahora es titular de un derecho humano, cual es el derecho al asilo. Y los derechos humanos son irrenunciables. A Julian Assange no se le puede exigir que renuncie al asilo para ir a rendir cuentas ante la Justicia. Lo que estamos diciendo es: no podemos renunciar a este derecho y queremos responder de los cargos que se formulan —o, mejor dicho, que se formulen, porque todavía no se han formulado—. Y lo que decimos es que la única forma de

conjugar esos dos intereses es que ustedes vengan a donde Julian Assange está y de donde no puede salir sin renunciar a sus derechos. El Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal Europeo permite la posibilidad de que fiscales de cualquier país de la Unión Europea se trasladen a otro país y que, con las debidas garantías o a través de videoconferencias o presencialmente, se haga esa declaración, y produce todos sus efectos. Eso es lo que estamos ofertando y todavía vamos a colaborar más, mediante otro tipo de acciones que estamos preparando, en esa voluntad de cooperación. Porque lo que ha ocurrido es que, por ejemplo, se ha desvelado que en Suecia yo tengo dudas fundadas de que pueda haber, a estas alturas ya, un juicio justo, con las debidas garantías. ¿Por qué? Porque si oyenes u observas el catálogo de declaraciones que han hecho autoridades políticas suecas —desde la cancillería, ministros de otros ramos, la propia fiscalía—, verás que ha habido una campaña atroz en contra suya. Porque se han manifestado en contra de él llamándole cobarde ¿Con qué garantías se afronta un juicio de ese tipo? Y, a pesar de eso, está dispuesto a hacerlo. Pero lo que estamos pidiendo es: encontrémonos la vía adecuada para que, sin renunciar a sus derechos, pueda cumplir con la Justicia sueca. Porque lo que se está debatiendo no es el tema de la Justicia sueca. Eso nos preocupa relativamente porque, amén de que consideramos que no hay delito, será algo que se tenga que desarrollar ante la Justicia sueca. Ese no es el tema. Eso se puede resolver aún estando Assange con el asilo político concedido en Ecuador, que muy bien que se lo juzgue por ese delito en Suecia. Pero que alguien garantice que

este señor no va a ser entregado a los Estados Unidos —que tiene un procedimiento abierto con un jurado secreto en Alexandria, Virgina, que están investigando a Wikileaks, Julian Assange y otros fundadores de Wikileaks—. Lo sabemos porque van saliendo informaciones, pero estamos totalmente indefensos.

Tengo entendido que la defensa de Julian Assange hizo un pedido formal al Procurador General de Estados Unidos para conocer si había efectivamente o no una investigación contra Julian Assange o Wikileaks. ¿Hubo una respuesta oficial a dicho pedido?

Sí, hubo una respuesta no demasiado explícita, pero la hubo. No te puedo decir con exactitud los términos de la respuesta, pero daba a entender que efectivamente había un procedimiento abierto. Nohayunaacusaciónformalcontra Julian Assange pero, obviamente ya hay una investigación abierta, y ya han dado datos concretos que dan cuenta de que esa investigación está abierta.

Usted planteó en una oportunidad que, para materializar el derecho de asilo, estaba contemplando la posibilidad de llevar el caso ante la Corte Internacional de Justicia...

Eso es una posibilidad que está ahí, pero no nos toca a nosotros decidirlo. Como usted sabe bien, para acudir a la Corte Internacional se debe tratar de un tema bilateral, y es de Estado a Estado o de un tercer Estado que lo plantee. Lo que nosotros sabemos es que en este momento

está en trámite la negociación diplomática para conseguir que Julian Assange sea enviado a Ecuador y evitar otros escenarios, pero en todo caso tendrán que ser Ecuador y Gran Bretaña quienes decidan.

Lo que si compete a la defensa particular de Assange es la posibilidad de llevar el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos...

Sí, pero en el momento que corresponda. Porque ya se planteó la finalización del caso en Gran Bretaña y tendrá que acontecer algún otro acontecimiento para que ello suceda; pero siempre está esa posibilidad. Yo creo, personalmente, que en este momento se están violentando los derechos fundamentales de Julian Assange porque se lo está reteniendo al no concedérsele un salvoconducto y, por tanto, se están afectando los derechos de libertad y los derechos de libre circulación, cuando ese estatus que tiene de asilado debería permitirle todo lo contrario.

¿Usted conoce si, con anterioridad al acercamiento que tuvo Julian Assange a la embajada de Ecuador, intentó, o inició conversaciones con otros países para pedir asilo?

Creo que no. Creo que él ha explicado ya en alguna ocasión por qué razón fue a Ecuador. Era un momento en que tenía que tomar esa decisión. La tomó y no creo que fuera ni acudiera a ningún otro lugar.

En su momento, Julian Assange anunció que tenía un proyecto en Islandia para construir lo que él llama "un refugio de la libertad de información" y de hecho él estuvo

un tiempo allá tratando de instalar todos los servidores de Wikileaks, de modo que los editores de todo el mundo pudieran asentarse allá. ¿Usted cree que se si se materializa el derecho de asilo y Assange puede viajar finalmente a Ecuador va a tratar de convertir a Ecuador en este paraíso de libertad de información que pretendía establecer en Islandia?

Desconozco totalmente, lo que sí sé es que ya se ha dado forma a una asociación de defensa de la libertad de expresión para que, precisamente, no acontezcan situaciones como la que está sufriendo WikiLeaks, sus colaboradores, y Julian Assange en forma principal. Esa asociación o esa fundación va a tener por objetivo prevenir precisamente esas situaciones y se va a instalar en distintos países. Ya ha sido anunciada, precisamente para que la información se proteja y circule libremente. Los proyectos que Julian Assange vaya a realizar en ese ámbito no suele compartirlos con mucha gente y además me parece correcto. Me parece que es un hombre muy inteligente y con una gran capacidad de trabajo: creo que eso le salva un poco de la situación en la que está, esa dinámica de trabajo permanente que tiene y de su forma de actuar y de pensar en forma constante a través de internet y cómo genera espacios nuevos, y sus proyectos de denuncia política y demás... cualquier cosa que haga, después de luego nos sorprenderá.

¿Cómo evalúan hoy el derecho a la representación consular por parte del Estado australiano, ya que tras-

cindió que la abogada de Julián Assange, Jennifer Robinson, había tenido un intercambio de cartas con la procuradora de Australia por este tema?

No hay ninguna vía abierta. El consulado australiano nunca fue muy proclive a apoyar a Julian Assange y ahora creo que mantiene con él una relación inexistente. El gobierno australiano opta más por el apoyo a Estados Unidos, que a Julian Assange. Pero creo que Assange tiene mecanismos para plantarse, no sólo a través de las denuncias sino también a través de la incidencia política en Australia. Yo creo que en Australia la figura de Julian Assange está en alza y se está viendo claramente que hay mucho mar de fondo —político, principalmente— para obtener el silencio de esta organización, y esto le está generando cada vez más opciones.

Algunas personas sostienen que lo que plantea el caso de Julian Assange es si el derecho a la información tiene que tener algún límite o no. El derecho internacional de los derechos humanos, de algún modo, admite un límite cuando el Estado persigue con la restricción una finalidad legítima, como puede ser la protección de la seguridad de las personas...

Yo entiendo que todas las actividades pueden ser perfectamente compatibles. Yo no me voy a oponer a que haya determinados grados de reserva o de secreto en determinadas acciones que puedan afectar a la seguridad del Estado, siempre que no transgredan la seguridad de

mocrática de los ciudadanos. Yo lo tengo muy claro, desde hace muchos años, no sólo desde el caso Assange sino ya desde el año 1988, con los grupos antiterroristas de liberación en España, en su lucha ilegal contra miembros de ETA, amparados por algunos aparatos del Estado, donde se planteó la confrontación de los límites de la inteligencia y del secreto, y de los servicios de inteligencia en un Estado que está claramente subordinado a la seguridad democrática de los ciudadanos —que, para mí, es el valor principal—. Siempre se podrá hacer todo aquello que no afecte a esa seguridad. Si, por tanto, se oculta la comisión de hechos delictivos, estamos hablando de una inseguridad y es absolutamente rechazable. Si el Estado transgrede sus límites, no debería haber ningún límite para que rinda cuentas ante la Justicia o ante los mecanismos de control correspondientes. Tenemos que evolucionar hacia una inteligencia democrática que se base, no en la ilegalidad, sino en el respeto a esos límites. Y esos límites son muy amplios: exigen más preparación, más conciencia democrática, más visión global de lo que está sucediendo; y, a partir de ahí, lo que se no puede hacer es echar la culpa al medio de comunicación que consigue una información. Ahora, recientemente, ha salido otra oleada de documentos que se refieren a momentos históricos ocurridos en los años 70 —que afectan a Chile, a Argentina, y a una serie de países—. Es una labor loable que está haciendo WikiLeaks. Para nada se puede anteponer la llamada "seguridad" de un país a los perjuicios que puedan sufrir los ciudadanos. Yo no puedo aceptar que, si hay información de unos asesinatos múltiples, o de unas desapariciones, o de otros crímenes contra

la humanidad, los documentos se queden ahí porque los clasifican secretos. ¿Por qué los clasifican secretos? Porque demuestran la responsabilidad posible, penal, de autoridades que respondan. Esa es la verdadera seguridad: no ocultarlo y, 50 años después, decir: "nosotros montamos el golpe de Estado en Chile". Cuando la Justicia comienza a investigar esos hechos, ahí es donde se debe aportar, no puede haber esa limitación. En fin: esa es mi posición y he peleado por ella por mucho tiempo. Desde luego, no voy a echarle la culpa a un periodista que devela que esa situación es así. Ni siquiera el que lo ha hecho, que si tiene su responsabilidad, que debe responder, pero no por el contenido de esos documentos. Y eso sí, si se develan datos, como en algún caso ha podido ocurrir, que afecten a identificación de personas y demás, hay que establecer mecanismos para proteger a esas personas.

Usted mencionaba anteriormente las restricciones que están teniendo WikiLeaks y Julian Assange para el ejercicio pleno del derecho de defensa. Jennifer Robinson, también abogada de Assange, en su momento había sido "inhibida" de subir a un avión en un episodio que nunca fue del todo esclarecido, y también hay ciertos ataques e intentos de bloqueo financiero al fondo de asistencia legal para Julian Assange. ¿Cómo se está interfiriendo actualmente en el ejercicio de esa defensa?

Si me permites, voy a guardar un respetuoso paréntesis, no de silencio sino de

explicación, porque estos puntos que me preguntas, y otros que han sucedido y están sucediendo, constituyen una línea de defensa en la que tenemos pensado actuar, porque no hay que estar sólo en el cuadrilátero recibiendo golpes, sino que también hay que ejercer la defensa proactiva.

Ya que estamos reunidos para hablar de Julian Assange, y de Baltasar Garzón defendiendo a Julian Assange, me tomé el atrevimiento de buscar en Wikileaks los cables del Departamento de Estado de los Estados Unidos que se refieren a usted y permítame que le diga lo que yo observo ahí. En los cables veo que el gobierno de Estados Unidos no ha logrado nunca "encasillarlo", por lo menos hasta el 2009: destacan que usted dictó una orden de detención contra Bin Laden; hay, incluso, un cable del embajador estadounidense en Madrid —Aguirre— que dice que, si bien usted ha sido muy crítico con la política exterior de Estados Unidos en Irak, en Afganistán, ha colaborado con la TVE en ese famoso documental; por otro lado, se dice que en las causas por delitos comunes ha colaborado mucho con el gobierno de Estados Unidos y que sus puertas siempre han estado abiertas para recibir al personal de la embajada. ¿Qué reflexión le merece eso?

Si quieren saber, además, cuál es el criterio de la Audiencia Nacional, que llamen

a todos los jueces y que se reúnan con los jueces para que todos le expliquemos cuál es el criterio, pero que no lo hagan uno en uno. Me imagino que siempre he sido una especie de dolor de cabeza. Pero es verdad. Yo he colaborado, he trabajado en mi juzgado y en los asuntos en los que ha habido que colaborar con las autoridades de Estados Unidos, sea en terrorismo, sea en narcóticos, sea en drogas, en crimen organizado, lo he hecho y lo he hecho proactivamente, como con cualquier país, salvo los no democráticos —en los que, o no lo he hecho o he puesto unos requisitos severos para que se pueda desarrollar esa cooperación—. Por supuesto que he sido muy crítico en lo que son las posiciones políticas de Estados Unidos en muchos ámbitos, en todos aquellos en los que se excedía del marco de la ley o de los límites del Estado de derecho. Absolutamente, la política de George Bush, de la administración norteamericana de los 8 años de George Bush me parece una aberración, en lo que se refiere a la guerra contra Irak, la invasión de Irak, el tratamiento de Afganistán. Un momento después del ataque a las torres gemelas uno de los primeros artículos en el mundo que salió criticando lo que ya era inminente, la invasión de Afganistán, fue un artículo mío titulado "La respuesta", que se publicó en el diario *El País* de España y, luego, en más de 100 periódicos de todo el mundo, donde ponía de manifiesto lo que tristemente ahora viene sucediendo. Once años después no se ha conseguido para nada acabar con la situación de Al Qaida en Afganistán, los talibanes están de nuevo tomando posiciones importantísimas, las propias tribus y las propias etnias de Afganistán no quieren ya la presencia extran-

jera ni la de un gobierno que está ya transversalmente, vertical y horizontalmente corrompido por hechos notorios, con una situación que, a otro nivel, es bastante similar a la que había en 2001. Por lo tanto, es mi planteamiento político: he criticado lo de Irak absolutamente. Así esta también la situación en este momento y, por tanto, es verdad que Estados Unidos, digamos, me ha puesto en un fichero incatalogable, quizás porque no saben asumir y comprender que lo que haces es cumplir con unos principios éticos y con el principio de legalidad y la defensa de las víctimas. Yo no puedo aceptar que Guantánamo esté y exista y mi rechazo no es sólo contra Estados Unidos, sino contra todos y cada uno de los países que siguen manteniendo ese sistema. Es una aberración jurídica que, ya por el paso del tiempo todo el mundo asume: ya no se habla de Guantánamo y todavía hay personas allí que llevan once años sin una acusación. ¡Siglo XXI sin una acusación judicial y, además, con el reconocimiento de que no saben de qué acusarles, pero a la vez no los sueltan! ¿Cómo es posible que eso esté ocurriendo y que esté ocurriendo a la vista, ciencia y paciencia de todos? Por tanto, el que yo intentara sacar a alguno de los que estaban allí, porque había ordenes de detención contra ellos por hechos delictivos que yo estaba investigando y, después, que ordenara una investigación por supuestas torturas, maltrato —es decir, por crímenes de lesa humanidad— es lo mínimo, es lo mínimo. ¿Eso qué me reporta? Que en los cables de Wikileaks aparezca que la Embajada de Estados Unidos aceptaba la entrevista con determinados funcionarios de la Audiencia Nacional y que se cuente que, de lo que

se trata es de torcerme el brazo, y que se oferten posibilidades para torcerme el brazo —es decir, para tumbar por vías no jurídicas las resoluciones que yo estaba adoptando para que se investigaran esos delitos de lesa humanidad—. A mí me parece una negación de la justicia que haya gente que se preste a ese juego. Lo considero inaceptable e imperdonable desde el punto de vista de jurista y de ser humano. Por tanto, eso es lo que hice. Si mal no recuerdo, hay un cable que dice por parte de la Embajada que no se hace mucho lo que el fiscal dice porque el juez Garzón es bastante incontrolable....

Y termina diciendo el cable que “no nos hacemos ilusiones con Baltasar Garzón” y concluye el comentario señalando que no somos partidarios de un “direct approach” para resolverlo.

Y eso es lo que me dejó un poco tranquilo porque, de forma indirecta, sí trataron. Eso me lleva a una reflexión: muchas veces, mis colegas jueces —aquí, estos días, el día 18 de abril, ha habido una manifestación importante en contra de la corrupción: perfecto, todos luchamos en contra de la corrupción—. A mí me encantaría ver cuántos de los que gritaban, o cuántas de las corporaciones que allí estaban, combaten realmente la corrupción. Y otros decían ¡por la independencia judicial! Perfecto: la independencia judicial. Pero, luego, hay colegas que se quejan de que atacan su independencia, ¿y qué hacen ellos por defenderla? Porque, a lo mejor, ese desaconsejar ese “direct approach” viene como consecuencia de que el juez —en este caso, yo—, ha dejado clarísimamente establecido cuál es el ámbito de juego, cuál es el campo de juego. “No

vamos a intentar siquiera presionar a este tipo porque no se deja presionar, ahora vamos a ir indirectamente a ver si lo tum-bamos con la colaboración de alguien". Eso es lo que yo reclamo de la Justicia: que evite una aproximación y que todas las instituciones y las corporaciones digan: "es imposible una aproximación directa a este tipo". Si hay algo que hacer, habrá que hacerlo por detrás. Efectivamente, por atrás siempre se puede hacer. Ya lo hicieron. El caso de Giovanni Falcone, por ejemplo. Con 750 kgs. de dinamita reven-tándole el vehículo en el que iba y ma-tándole, y lo hicieron con otros jueces de Palermo, en Colombia o en cualquier otra parte del mundo, o con policías y perio-distas. Siempre que el "*direct approach*" no es posible, siempre hay otros caminos, algunos bastante tremendos.

Hay dos cables que se refieren a su posición en materia de libertad de expresión: uno, es en oportunidad de su visita Venezuela y de su comentario sobre la situación de RCTV que dio lugar a una respuesta bastante fuerte por parte de la can-cillería, en ese entonces a cargo de Nicolás Maduro; el otro está referido a un reclamo de mayor apertura al régimen de Raúl Castro en el caso de la bloguera cubana Yani Sánchez.

Yo soy coherente en ese sentido. Eso de-muestra que, antes de asumir la defensa de Julian Assange, yo he sido muy claro: que, cuando hay que defender la libertad de expresión, ahí voy a estar. Ahora bien, he sido muy crítico y soy muy crítico del poder de las corporaciones mediáticas; siempre me he posicionado en contra

de aquéllos que, desde un medio de comunicación, cometan hechos delicti-vos en una manipulación permanente de la información en contra de individuos, en contra de instituciones, como forma de presión permanente hacia aquéllos que opinan de una forma diferente a quien, desde el poder económico del medio, utiliza el medio como un instrumento, incluso delictivo. También yo tomé una decisión muy grave en el año 1998 en una investigación contra la organización terro-rista ETA: ordené la clausura de un medio de comunicación, de un diario y de una emisora de radio, y después me mostré contrario a que se cerraran otros medios de comunicación argumentando simila-res acontecimientos. En mi caso, mis me-didas fueron ratificadas y, en otro caso, se dijo que estaban mal hechas. Cuando yo tengo indicios de que un medio se utiliza como instrumento de una organización delictiva, hay que profundizar en los he-chos pero, simultáneamente, por muy duro que sea un medio de comunicación con una institución o una persona, hay que protegerlo. Puedes no compartirlo, pero hay que protegerlo. Ahora, cuando lo que estás observando es que se utili-zá toda la parafernalia empresarial de un medio de comunicación, poniéndosela al servicio de intereses financieros y de intere-ses espurios, y además se utiliza ocul-tándose detrás del principio de libertad de expresión, de libertad de prensa: ojo, allí enfrente voy a estar yo. Y he sufrido las consecuencias. Y, sin embargo, voy a estar siempre peleando. Y digo: "sufrir las consecuencias" porque, en España, he tenido una confrontación clarísima con los que yo denomino "la caverna mediática": la extrema derecha, oculta ahí tras los medios de comunicación que

aprovechan su existencia en concesiones políticas del mismo signo y que ya no van a informar, sino a militar, a destruir y a manipular. Eso no es libertad de expresión.

Cuando Assange tuvo la entrevista televisiva con el presidente de Ecuador Correa, el presidente terminó diciéndole: "Bienvenido, Julian, al club de los perseguidos". Usted, que es hoy el abogado de Assange, ¿se considera parte de ese club?

Yo he tenido muchas fijaciones o persecuciones en mi vida. No me preocupan demasiado. Me preocupa lo que yo haga. Me preocupa mi seguridad: no me gusta para nada que me ocurra algo a mí ni a los míos. Pero nunca voy a dejar de hacer lo que tenga que hacer porque haya riesgos, o porque haya corporaciones enfrente, o porque haya un país como Estados Unidos que ejerce toda su influencia para que no esté en un lugar determinado, para que deje lo que esté haciendo. Porque lo que consiguen es exactamente lo contrario. Entonces, si hay persecuciones, no voy a decir bienvenidas sean, porque no me gustan, porque uno está más tranquilo sin ellas, pero no voy a dejar de hacer lo que corresponda. Julian Assange sí está siendo perseguido efectivamente. No es justo lo que le está sucediendo por haber develado una situación masiva de corrupción, de hechos que afectan a la seguridad de las personas —pero no desde el punto de vista de los servicios de inteligencia, sino desde el punto de vista de la seguridad democrática—. El tema de la seguridad para mí hay que verla desde otra óptica: no desde la seguridad del Estado, sino desde la seguridad de los ciudadanos. Porque

la perspectiva cambia totalmente. Ese señor Kissinger que teme que se revelen los hechos que hizo en su momento porque teme una persecución penal, para mí habla de seguridad del Estado. Para mí, la verdadera seguridad es que los ciudadanos estén protegidos frente a agresiones de ese tipo. En ese sentido, yo creo que es injusta la persecución que está sufriendo Julian Assange. Dime: ¿quién de los ciudadanos, en el mundo entero, está en contra de las publicaciones de WikiLeaks? Más bien, están en contra algunos gobiernos que sienten peligrar unos mecanismos de ocultamiento de circuitos de información que deberían ser mucho más transparentes, mucho más normalizados, mucho más legalizados, y ahí se acaba. Porque en una sociedad democrática yo no puedo aceptar que una embajada extranjera intente torcer el brazo a la justicia de un país, porque hay mecanismos para plantear esos temas, sin trampas. No es necesario, porque hay mecanismos de cooperación jurídica internacional, se pueden plantear, y se puede hablar todo, y se puede explicar. Y se pueden conducir investigaciones o colaboraciones diciendo: "mire, esto lo podemos hacer, esto no lo podemos hacer". Así hemos ido construyendo la cooperación judicial en el mundo entero. En mi caso, me ha tocado una parte de la historia. 24 años de trabajo y de construcción de esa cooperación jurídica desde mi país porque, junto con otros, he sido actor principal de esa construcción. Y te aseguro que se pueden hacer muchísimas cosas dentro de los márgenes de lo legal, del derecho. Muchas veces, las personas piensan que esto es una especie de película o una serie de televisión de espías que actúan ilegalmente, y eso no puede ser.

Entrevista a Mario J. Kestelboim



MARIO J. KESTELBOIM

Defensor General
de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires

Ha ejercido la docencia en la Universidad Nacional de Quilmes y en las Facultades de Filosofía y Letras y Derecho (UBA), siendo Decano normalizador de esta última entre junio de 1973 y septiembre de 1974. Además, fue Directivo de la Asociación Gremial de Abogados de la Capital Federal (1971-1974).

Teniendo en cuenta que Ud. ha sufrido el exilio en los años de la dictadura cívico-militar, y que en su trayectoria como referente de los derechos humanos ha presenciado y protagonizado un cambio en la agenda de estos derechos. ¿Cómo puede explicar este proceso en la Argentina y la región?

Durante los años previos a 1972, los derechos humanos fueron en nuestro país y en la región ignorados y conculcados por las dictaduras militares y las oligarquías instauradas, las que, además, han sido sostenidas por el imperialismo yanqui.

En la Argentina, la recuperación transitoria de la soberanía popular permitió abrir las cárceles en las que estaban privados de su libertad los combatientes que fueron apresados por la dictadura. Durante poco más de un año se libró una dura contienda dentro del país entre "apresurados y retardatarios" que condujo a un nuevo asalto al poder político por parte de los grupos corporativos que impulsaron la dictadura cívico-militar que gobernó la Nación entre 1976 y finales de 1983.

Cabe señalar que la "aventura" de Malvinas, también, dio fin al respaldo del imperialismo y abrió el camino a la restauración democrática. El recuerdo de la gestión de Isabel Martínez, y de la dirigencia sindical y política que la acompañó, determinó la primera derrota electoral del peronismo en manos de los radicales renovadores de Raúl Alfonsín.

Se abrió una esperanzada instancia democrática, que fue rápidamente frustrada por la impericia del gobierno radical en el manejo de la economía; el cual no supo, o no pudo, impedir la desestabilización a la que fue sometido por los poderes fácticos.

Ello así, el radicalismo debió abandonar el gobierno antes del término de su mandato constitucional, por lo que asumió anticipadamente el presidente electo del peronismo, Carlos Saúl Menem.

El estado de las cuentas de la Nación y la experiencia gubernamental del alfonsinismo hicieron que Menem arrojara por la borda el programa de gobierno del radicalismo y se inclinara por dar continuidad a la política económica neo liberal de la dictadura militar.

¿Qué ocurrió en materia de derechos humanos en los años que transcurrieron desde la asunción de Alfonsín hasta el fin del gobierno de la Alianza (radicalismo y Frepaso) que, por breve lapso, sucedió a Menem manteniendo centralmente su política económica?

Hubo un promisorio inicio en que juzgaron a las últimas juntas militares, se constituyó la CONADEP y se elaboró el NUNCA MÁS, posteriormente producto del levantamiento de Semana Santa, se dictaron las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida con lo que se canceló la investigación de los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar; las políticas sociales por fuera de la Caja Pan, (utilizando políticamente su distribución) estuvo limitada por la desastrosa situación económica financiera que impulsó la declaración de la economía de guerra y el "Plan austral".

En tanto el gobierno de Menem, continuando como se dijo las políticas económicas de la dictadura, sumió al país en la miseria y la desocupación y procedió a amnistiar a los militares condenados por sus crímenes que habían sido sentenciados o podrían serlo.

Luego De la Rúa no produjo innovaciones y profundizó el desastre económico y

debió abandonar el gobierno dejando a la Nación en una situación de crisis terminal y con una cruenta represión de muerte y desolación.

El interregno del interinato de Duhalde, quien gobernó con la participación radical, no innovó respecto a la crisis, y lo dable de destacar fue la represión que ejerció su policía, que derivó en los asesinatos de dos jóvenes activistas, Kosteki y Santillán, lo que le hizo dejar la presidencia precozmente.

La elección como presidente, en el año 2003 de Néstor Carlos Kirchner hizo girar 180 grados las políticas económicas y sociales. Con un porcentaje del 22% del electorado pudo disminuir ostensiblemente la pobreza y la desocupación, incrementó la producción que creció a tasas chinas y, fundamentalmente, en materia de derechos humanos, impulsó la derogación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, reinstaló las Convenciones Colectivas de Trabajo, amplió los planes sociales, construyó viviendas, y reasumió la conducción de la economía nacional.

Esto continuó con los dos (el segundo está transcurriendo) mandatos presidenciales de la Dra. Cristina Fernández, debiéndose de lamentar el deceso de aquél 2011.

Cabe destacar que ha contribuido a los resultados positivos de los gobiernos el hecho de que fenómenos de igual naturaleza popular hayan tenido lugar en los países vecinos, con Lula y su sucesora Dilma Rousseff en Brasil, Chávez y Maduro en Venezuela, Evo Morales en Bolivia, Tabaré Vázquez y Pepe Mujica en Uruguay, Correa en Ecuador, así como la continuidad

del Mercosur y otros acuerdos en esta zona de América.

Usted ha hecho público en varias oportunidades que ha orientado su gestión en dos grandes pilares como son: el acceso a la justicia y la eficacia de los derechos y garantías constitucionales para los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires, principalmente para sus sectores más vulnerables. ¿Cómo ha sido esa experiencia y qué balance realiza?

Es cierto. La ciudad con el ingreso per capita más grande del país, comparable con las ciudades más ricas del occidente europeo, tiene un porcentaje significativo de su población por debajo de la línea de pobreza, asentada principalmente en los barrios de la zona sur, en viviendas precarias y conformando barrios pobres. Paradojalmente, la Constitución de la Ciudad contiene el repertorio más amplio de derechos para su población y, además, dispone que tales prerrogativas son operativas, por lo cual las instituciones estatales de la Ciudad están obligadas a hacer frente a las deudas en materia de derechos fundamentales a los habitantes ciudadanos.

Hemos abierto oficinas en los barrios pobres, incrementando el número de defensorías para la atención de consultas y trámites; estamos intentando unir las necesidades insatisfechas con el acceso a la justicia, en fin, la experiencia resulta positiva; lo percibimos por el trato que nuestros magistrados, funcionarios y empleados reciben en los barrios en que habita la población vulnerable.

¿Cómo ve a la Ciudad en comparación con otras jurisdicciones del país en materia de litigiosidad, acceso a la justicia y permeabilidad de argumentos de DDHH?

La Ciudad tiene una estructura judicial amplia considerando la competencia que tiene asignada. El fuero contencioso administrativo y tributario, donde se sustancian las causas en que los sectores vulnerables de la población demandan sus derechos a la vivienda digna, a la salud, a la educación y a los servicios públicos son generalmente receptivos a dichos reclamos cuando se judicializan.

¿Cuáles son los grupos o sectores que cree que tienen más dificultades en el acceso a la justicia en la Ciudad?

Por supuesto que no podemos cubrir la totalidad del universo de los reclamos de vecinos, pero tenemos un índice satisfactorio, teniendo en cuenta el escaso conocimiento al inicio de nuestra gestión que tenía la población y la confusión que se genera con nuestro nombre con otras defensorías. Las de la Nación, las del pueblo de Nación y de la Ciudad, entre otras.

Por lo que podemos percibir que los grupos que tienen dificultades para el acceso a la justicia en la Ciudad son los que están en situación de calle.

¿Cuáles son para usted hoy las principales violaciones estructurales de DDHH por las que tienen que intervenir en ciudad?

Las que resultan de la carencia de vivienda digna y de alimentación adecuada.

En materias como vivienda o programas sociales, la actuación de la justicia parece ser la única opción y se ha extendido su empleo. ¿Cómo se puede evitar que la justicia sea la única vía de acceso a la política social?

Con una mayor sensibilidad y compromiso social de los funcionarios del gobierno de la ciudad, con una atención correcta de las necesidades de la población carenciada y la ampliación de recursos presupuestarios que privilegian los rubros de construcción de viviendas sociales y de programas asistenciales. Por supuesto, con la ejecución plena y adecuada de los presupuestos asignados por la legislatura que, año tras año son subejecutados y reasignados.

¿Cuál fue la experiencia ante la Corte Suprema en el caso Q. Y.? ¿Cree que se pudo comenzar a revertir el precedente "Alba Quintana" en materia de vivienda?

Accedimos a la Corte Suprema por vía de una queja, dado que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad declaró inadmisible el recurso extraordinario que interpusimos contra la sentencia que dictó. El llamado a audiencia pública nos dio el indicio de que el Tribunal se abocaría positivamente a la resolución del reclamo. La posterior demora en el dictado de la sentencia nos introdujo dudas que fueron despejadas cuando se nos notificó la sentencia. Indudablemente esa sentencia tiene una incidencia favorable en los pronunciamientos locales que revierten el precedente de "Alba Quintana", en que se dispuso restringir los planes de atención a la emergencia habitacional.

¿Cómo reciben y utilizan los argumentos de DDHH los jueces y demás operados de la Ciudad?

No de manera uniforme. Los hay quienes se convierten en abanderados de los derechos humanos y quienes más tradicionales y conservadores, se hacen los distraídos respecto a la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos a la legislación nacional.

Asumieron nuevos jueces/zas, defensores/as y fiscales, ¿cree que el perfil del fuero CAyT cambiará?

Es de esperar que no varíe el perfil que ha mantenido el fuero, aun cuando algunas de las designaciones presagian cierto posible retroceso.

A nivel nacional se han introducido cambios en el sistema de justicia y se dio inicio a un proceso de democratización. Con respecto a la justicia de la Ciudad, ¿qué cambios cree que se necesitan?

La democratización del Consejo de la Magistratura en los mismos términos de la justicia nacional y las demás normas sancionadas por el Congreso de la Nación, salvo las correspondientes a las medidas cautelares.

¿En qué medida estos procesos beneficiarán a la agenda de los DDHH?

Dado que la modificación de la integración del Consejo de la Magistratura requeriría una reforma de la Constitución, estimo que tal decisión es inconveniente dado que nuestra ley fundamental resulta realmente satisfactoria en materia de derechos humanos y sería riesgoso someter la Constitución a una revisión.



Reseñas bibliográficas

Derecho Internacional Pùblico

Juan Antonio Travieso

Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, 942 páginas.

por **MATÍAS J. BARRIONUEVO⁽¹⁾** y **AUGUSTO A. CARZOGLIO⁽²⁾**

Resulta indispensable, a la hora de interiorizarse en el amplísimo mundo del estudio del Derecho Internacional Pùblico, poder contar con esta excelsa obra, ya sea por su completo y consistente contenido jurídico o por la atractiva experiencia que produce introducirse en cada una de sus páginas. No es habitual encontrar en un texto jurídico de tales magnitudes una prosa tan distendida y amena que le haga sentir al lector que se encuentra tomando un café con el autor del libro en vez de encontrarse leyéndolo.

Organizativamente, el libro se encuentra distribuido en 16 capítulos y 3 anexos, en los cuales se sistematiza de manera muy clara el contenido abordado por el Dr. Travieso. En cada uno de los capítulos podemos encontrar un hilo conductor que nos lleva desde los conceptos básicos y esenciales de cada tema hasta el final del mismo, donde la bibliografía específica deja ver entre líneas, además de los amplios conocimientos del autor, la continua vocación de enseñanza, ya que con este simple gesto de explicar la bibliografía todo el que tenga el placer de leer esta gran obra tiene en sus manos una posibilidad única de entendimiento que va más allá de la simple comprensión del texto.

.....

(1) Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Docente de la Derechos Humanos y Garantías (UBA) y de Derecho Procesal Penal (Universidad de Morón).

(2) Abogado con orientación en Derecho Penal (UBA). Docente de la Derechos Humanos y Garantías (UBA).

En el capítulo I, titulado “**El Derecho Internacional**”, encontramos las bases de esta rama del derecho, los pilares que sustentan toda la intrincada gama de paradigmas, dogmas y conceptos que conforman lo que hoy se conoce con el nombre de derecho internacional. Asimismo, hallamos la relación continua con las demás vertientes del derecho, así como también los principales caracteres de este derecho tan actual (y obligadamente actualizable) hoy en día. Imperdible perla puede encontrarse en este capítulo, ya que luego del sumario del mismo encontramos una referencia literaria que da cuenta de una conferencia en la que el célebre escritor Jorge Luis Borges cuenta una historia referente a *Las mil y una noches*. No resulta ser común encontrar en estos textos duros y rígidos una escapada a la imaginación, un ventiluz que nos refresque la mente con un poco de literatura. Y, adelantándonos un poco al análisis completo del libro, les confesamos que no va a ser la última vez que volvamos a toparnos con regalos como éstos.

En el capítulo II, titulado “**Las fuentes del Derecho Internacional**”, tenemos como eje los principales conceptos que hacen a la raíz del derecho internacional, de dónde se nutre y cuáles son los elementos que hacen a sus pilares. Si bien se toma como centro, como piedra fundante, lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (el único órgano judicial que tiene la Organización de las Naciones Unidas) la mayor parte del capítulo se centra en el estudio y la especificación técnico-jurídica de lo que es la costumbre, entendida como uno de los elementos constitutivos de las fuentes del derecho internacional. El desarrollo que se hace del concepto y de su alcance resulta ser a todas luces ilustrativo, ya que no quedan aspectos fuera de su consideración, como así tampoco quedan vacíos teóricos a ser llenados. Si bien la costumbre resulta ser el elemento donde más centra su atención el autor, no debemos pasar por alto aquellos otros que el Estatuto refiere, ya que son también importantes. Y para aquellos que nunca creyeron que iba a ser necesario leer un libro de Derecho Internacional Público con un espejo a su lado, el final del capítulo nos refleja la capacidad del autor para sorprender al lector con pequeños detalles que dejan entrever la amenidad ya enunciada.

En el tercer capítulo, que se titula “**El Derecho Internacional de los Tratados**” encontramos uno de los puntos neurálgicos de la obra, ya que trata de la rama del derecho internacional con más injerencia a nivel mundial, dado que es difícil que un Estado no haya firmado un tratado internacional, por el cual haya comprometido parte de su soberanía.

Estas líneas nos presentan el tema en cuestión de una manera simple, ágil y muy aprehensible, hasta para el lector más neófito, el cual se encontrará en un momento muy placentero leyendo las concretas definiciones que allí se esbozan. Como introducción al tema central, el autor destaca el ámbito de aplicación, la estructura y los elementos comunes de los tratados internacionales, pero dedica el grueso del capítulo a analizar, con la claridad y sencillez que lo caracterizan, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta Convención se encuentra analizada a punto tal que no quedan matices de duda respecto del tema, y esto sirve de eslabón perfecto para las siguientes temáticas analizadas: la formación del derecho internacional y la celebración de los tratados internacionales. Aquí se desarrollan los principales aspectos que rigen desde el momento en que se celebran los tratados hasta los pilares en los que se sostienen. No puede dejarse pasar por alto el apartado especial que reciben las reservas, como actos unilaterales de un gobierno que firma un tratado pero que se retiene de aplicar cierta particularidad, ya sea por coyunturas internas o simplemente por cuestiones de política internacional.

Pero no termina allí este capítulo, sino que se adentra aún más en el tema, analizando particularmente los pilares sobre los cuales se encuentra parado este derecho. Estos son el principio *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe. También encontramos analizados temas como las enmiendas, las nulidades y la suspensión de los tratados.

Por último, se analiza con una concreta visión el caso de la Argentina, y cómo las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han penetrado en nuestro sistema, y por ende, el control que judicialmente se hace de los mismos.

En el capítulo IV, profundiza las relaciones entre "**El Derecho Internacional y el Derecho Interno**", tratando la problemática de la interacción que tiene el derecho internacional con el derecho interno, explicando los dos modelos posibles, Monismo y Dualismo, con sus dos variantes cada uno. En esta ocasión, nuevamente encontramos una cita a Jorge Luis Borges. Luego de analizar las distintas variantes, hace un estudio pormenorizado del caso de Estados Unidos de Norteamérica y del Reino Unido. Siguiendo la lectura de este capítulo, podemos ver cómo el autor le da un significado actualizado a la relación entre las normativas internas e

internacionales, y aquí es donde cita distintas jurisprudencias internacionales. Es inevitable no hacer mención a la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados. Es por ello, que transcribe parte de los arts. 27 y 46 de la mencionada Convención. Por último, se explica el caso de la República Argentina, y la interacción que tienen el derecho interno con el internacional. Menciona la reforma constitucional de 1994, donde se realizó una reforma sustancial en lo que hace a los Derechos Humanos y a la jerarquía normativa en la Argentina.

El Capítulo V de esta obra, denominado “**Los Principios del Derecho Internacional**”, comienza tratando la forma en la que se conducían los Estados antes de que se conformara la comunidad internacional organizada. Explica las causas y los orígenes de la guerra, como la amenaza y el uso de la fuerza. Se destaca la importancia de la jurisprudencia internacional aplicable a los distintos casos que cambiaron los paradigmas sobre del uso de la fuerza.

El capítulo continúa con la historia del derecho internacional, analizando la solución pacífica de controversias, donde se tratan sus distintas etapas, la de negociación, buenos oficios y mediación, investigación o encuesta y la conciliación. Al finalizar este tema, menciona los procedimientos jurisdiccionales donde entran en juego el arbitraje, el arreglo judicial y los procedimientos de solución de controversias en organizaciones internacionales.

El último acápite del capítulo, enumera pormenorizadamente todos los Principios de Derecho Internacional, explicándolos uno por uno. Estos son: “Principio de no intervención en los asuntos internos”, “Principio de la obligación de los Estados de cooperación internacional”, “Principio de igualdad de derecho y libre determinación de los pueblos”, “Igualdad soberana”, “Estados y buena fe en el cumplimiento de las obligaciones” y “Ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

Es importante destacar que la dinámica del libro atrapa permanentemente al lector, al que introduce en los diferentes temas a través de cuentos, tomados de la pluma de Slawomir Mrozec, dejando en suspenso su desenlace hasta el final del capítulo, que cierra con la conclusión del cuento.

El capítulo VI, el más largo de esta obra, consta de 112 páginas y trata **las Personas en el Derecho Internacional**. En primer lugar, da una definición

de subjetividad internacional. A continuación, plantea el problema de que al ser el derecho internacional una materia que se aplica a todos los países es difícil, pero necesario, encontrar una doctrina unificada, un monopolio doctrinario. Luego, hace un análisis de las diferentes posturas doctrinarias de la subjetividad Internacional. En primer lugar, desde la óptica Kelseniana de la Teoría Pura del derecho, después desde la teoría de la responsabilidad (tener el derecho y el poder de ejercerlo internacionalmente y tener el deber jurídico y capacidad de cometer un delito internacional). Y finaliza el capítulo haciendo una división en cuatro partes para explicar la realidad del sujeto y agente generador de norma jurídica, es decir, el Estado.

En la primera parte, se refiere a la soberanía que tienen los Estados, haciendo una diferenciación entre soberanía y supremacía territorial. En segundo lugar, ubica la autodeterminación de los pueblos para abordar este tema realiza un desarrollo histórico. Luego, explica el tema desde el punto de vista contemporáneo, analiza normas y pactos internacionales. En la tercera parte, da una definición y caracteres del Estado, estudia cada uno de sus elementos, es decir: población, territorio, gobierno propio e independiente, con personas que persiguen un fin social y político. Finalmente, y luego de haber explicado el reconocimiento de los Estados por otros Estados y los distintos tipos de sucesión de Estados, concluye el capítulo con la cuarta parte hablando de las personas en el derecho internacional, es decir, los sujetos del derecho público internacional propiamente dichos. Dentro de ellos podemos encontrar a las Organizaciones Internacionales, la Iglesia Católica y Ciudad del Vaticano, la Soberana Orden de Malta, pueblos originarios, refugiados, Movimiento de liberación Nacional, la Cruz Roja, las ONGs, entre otros. También hace mención a los seres humanos y las empresas transnacionales como sujetos de derecho internacional. Concluye el capítulo con el final de una adaptación del mito de Ulises u Odiseo de Homero, reinterpretada por Kafka.

"Los Órganos de las Relaciones Internacionales. Diplomáticos y cónsules", es el título del capítulo VII, y aquí se tratan los privilegios e inmunidades de los Jefes de Estado y de Gobierno así como también a los Ministros de Relaciones Exteriores. Menciona distintas normas de derecho internacional que, si bien no detallan los alcances de los privilegios e inmunidades, admiten explícitamente la existencia de éstos. Luego, explica las funciones diplomáticas y consulares que dan fundamento a las inmunida-

des mencionadas. Siguiendo con la lectura del capítulo, vemos tratado el problema del terrorismo y cómo algunos países como Libia hicieron abuso de las inmunidades diplomáticas para realizar atentados terroristas. La última parte del capítulo la dedica a desarrollar toda la actividad consular y diplomática de la Argentina, mencionando legislación y jurisprudencia nacional. Así es como avanza sobre temas como las funciones consulares de los consulados argentinos, la designación de los funcionarios diplomáticos y consulares (tanto en nuestro país como en general), la posibilidad e imposibilidad de la designación de nacionales como representantes diplomáticos, los cónsules honorarios, las inmunidades y privilegios de los funcionarios diplomáticos y consulares, la renuncia a estas inmunidades, quien puede efectuarla, el pasaporte diplomático, otras personas que son alcanzadas por estas inmunidades, los límites a estas inmunidades, los privilegios aduaneros e impositivos que poseen los funcionarios de esta rama, la protección y asilo diplomático e inmunidad de los bienes del Estado en el extranjero, entre otros. En este capítulo se explica y desarrolla un tema muy importante, que puede llegar a considerarse un derecho humano, que es el deber de informar a los funcionarios consulares, cita jurisprudencia internacional.

En el Capítulo VIII vamos a encontrar **La Organización de las Naciones Unidas en acción**, donde se desenmaraña la estructura y los órganos de ese organismo fundamental para el derecho internacional público y los derechos humanos. Luego de una introducción, se encamina directamente a la Carta de las Naciones Unidas, que es interpretada románticamente como el certificado de nacimiento de la ONU. Aquí se hace mención a los antecedentes, preámbulo, propósitos y miembros. Sigue la explicación con los distintos Órganos que integran la ONU, la Asamblea General (detallando sus competencias y su forma de funcionamiento), el Consejo de Seguridad (con su integración, función, la forma de votación y la necesidad de reformarlo), el consejo Económico Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia (con sus miembros, competencias y el derecho aplicable) y la Secretaría General. Por último, explica el caso de la Argentina con respecto a la Carta de la ONU.

En el noveno capítulo, titulado "**El uso de la fuerza en el derecho internacional**" vemos cómo funciona el Derecho Internacional para evitar los conflictos armados. En primer término, hace un *racconto* del contexto

normativo, y explica detalladamente el Consejo de Seguridad de la ONU, comenzando por el rol que cumple, siguiendo por la naturaleza jurídica de las medidas que adopta, las acciones que realiza, y concluye con distintos ejemplos donde actuó el organismo. Luego, describe las medidas de características especiales o *sui generis* como la constitución de Tribunales Internacionales o la creación de zonas de protección civil. Finaliza el Capítulo con un repaso por las acciones del Consejo de Seguridad luego de los atentados del 11 de septiembre y haciendo un análisis de cuál será el rol del Consejo de Seguridad en el futuro.

El capítulo X se titula “**La Responsabilidad en el Derecho Internacional**” y se divide en cinco partes. En un primer punto, encontramos una clara introducción al tema en cuestión, que en la actualidad resulta de suma importancia. Ya en la segunda parte el autor nos introduce de lleno en la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. En tercer lugar, habla de la responsabilidad del Estado por consecuencias perjudiciales, por actos no prohibidos por el derecho internacional. Luego, hace hincapié en la responsabilidad internacional penal del individuo y finaliza con las realidades y paradojas. En la conclusión final, hace una relación entre los juicios de Nüremberg y lo que sucede en la actualidad con la responsabilidad en el ámbito internacional.

En el capítulo XI, “**El Derecho Internacional Económico**”, hace un profundo y exhaustivo análisis de la relación que tienen la economía y el Derecho Internacional. En la introducción al capítulo, el autor opta por la relación de ambas disciplinas más que por establecer cuál es la primera. Desarrolla Bretton Woods, un tema inevitable, explicando su origen, contexto y objetivos. Analiza el Fondo Monetario Internacional, su origen, formación, cómo se hace de capital, cómo se vota, cuándo y por qué sanciona, cómo es el sistema de préstamos que otorga el organismo, y explica la llamada “crisis de la deuda externa”. Luego, realiza un ineludible y detallado análisis del Banco Mundial. Explica las recomendaciones realizadas por el “Consenso de Washington”.

Le dedica gran parte del capítulo al GATT y a la OMC donde hace un detalle de sus orígenes, la manera que funciona, de los principios y excepciones y explica los sistemas de solución de controversias, da ejemplos que nos demuestran claramente el funcionamiento de esta organización. Ya casi en la última parte del capítulo, explica los sistemas de solución de

controversias tanto del Tratado de libre Comercio de América del Norte como de la Unión Europea. Una vez más finaliza un capítulo con una mirada hacia el futuro y pone sobre la mesa los problemas que vendrán con las nuevas tecnológicas y las nuevas formas que están adoptando las relaciones comerciales internacionales.

Ya en el capítulo XII, encontramos todo lo referente al estudio del **Derecho del Mar**, tema que ha sabido ser conceptualizado de manera concreta y consistente, permitiendo que un lector con escasos conocimientos previos y nada especializados al respecto se encuentre en una situación amena a la hora de enfrentarse con este tema tan complejo del derecho internacional público debido a su particular especificidad y su precisa terminología. En el acápite tercero se lee con total claridad los caracteres especiales que componen el derecho del mar, los cuales son la operatividad, la definición, la cuantificación, la tipificación y su constitución.

Pero no termina allí el capítulo, ya que trata también todo lo referente a los **espacios marítimos**, a los que describe uno a uno, particularmente las aguas interiores, los golfos y bahías, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, la plataforma continental y el patrimonio común de la humanidad en los espacios no sometidos a la jurisdicción nacional. Para finalizar el capítulo, además de encarar el tratamiento de controversias por la Convención sobre Derecho del Mar de 1982, ofrece un espacio de reflexión acerca de los nuevos paradigmas del derecho del mar.

Imposible no destacar la ilustrativa inclusión de los dibujos a la hora de desarrollar cada espacio marítimo, ya que esto posibilita que el lector alcance una comprensión más clara de forma más rápida y sencilla.

En el Capítulo XIII, el autor vuela todo su conocimiento al abordar un tema que no resulta ser frecuente entre los libros de derecho internacional público. Nos encontramos hablando del **Derecho Internacional del Medio Ambiente**. Ya la introducción del capítulo nos adelanta el contexto en el cual se desarrolla, el mismo tiene como introducción una recopilación de algunas catástrofes naturales recientes y de la literatura que las trata. Conforme las bases desarrolladas en la introducción podemos leer los principios ambientales en el derecho internacional: el principio de soberanía, el principio de cooperación internacional para la protección del ambiente, el

principio del desarrollo sostenible, el principio de protección, el principio de precaución, el principio de responsabilidad y recomposición del daño ambiental y el principio de acceso a la información y participación ciudadana. Conforme tales principios, se enuncian a continuación las bases y los fundamentos de derecho ambiental, para derivar en una completa revisión de las convenciones y tratados internacionales que tienen al derecho ambiental como uno de sus temas a tratar, los cuales han sido implementados por Argentina.

No podría cerrarse el tratamiento del derecho ambiental en el orden internacional si no se relevara la jurisprudencia que ha sido producida a nivel internacional. Las controversias que se analizan son cinco, a saber: el arbitraje Trail Smelter, el caso del Canal de Corfú, el asunto de los ensayos nucleares "Australia vs. Francia" y el caso de las papeleras "Argentina vs. Uruguay", mientras que también se mencionan los casos resueltos en el marco del Tribunal Internacional de Mar. Asimismo, no escapan del análisis las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia.

Para finalizar el capítulo, el autor recurre a Heidegger y se lamenta de no poder cerrarlo de manera optimista, ya que la misma humanidad es la que genera los problemas de los cuales se nutre el pesimismo en materia de medio ambiente.

En uno de los capítulos más importantes —a nuestro criterio— de esta completa obra literaria, el capítulo XIV está dedicado al **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**.

Con una precisión y un conocimiento excelsos del tema que se desarrolla, en pocos renglones encontramos algunos de los temas más confusos y más comprometidos de los derechos humanos, tales como su concepto y sus caracteres, su fundamento, la relación entre el universalismo y el regionalismo y la soberanía de los Estados, todos desarrollados con la sencillez y claridad que define el lineamiento de la obra en su totalidad.

Ahora bien, ya adentrándonos de lleno en el derecho internacional de los derechos humanos, las primeras líneas que desarrolla el autor dan cuenta de la normalidad con la que el lector va a conocer los temas que este capítulo trata, ya que desde hace más de 50 años ha sido la rama de derecho que más se ha transitado dentro del gran campo del derecho internacional

público. Luego de desarrollar los principales caracteres del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el análisis pasa a centrarse en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, comenzando por la Organización de las Naciones Unidas, y el completo entramado de protecciones que se han creado a lo largo de los años y de la firma de diversas convenciones y tratados, los cuales prevén diferentes Comités, que tienen como principal función velar por el cumplimiento de los diferentes derechos reconocidos y protegidos.

En lo sucesivo, se analiza tanto el sistema de protección europeo, como el sistema de protección americano, haciendo hincapié en los principales instrumentos y organismos que lo conforman, centrando el desarrollo del mismo en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos, por el lado de los instrumentos, y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como los organismos.

Imposible resultaría cerrar el desarrollo de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos si no se interiorizara el texto en el sistema africano de protección, teniendo como referencia fundamental la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Ya en el anteúltimo capítulo, el XV, titulado “**La Comisión de Derecho Internacional: herramienta normativa para el siglo XXI**”, encontramos que el autor comienza con un cuento breve de Borges, que ilustra el entrañado escenario en el cual se han ido elaborando los principales tratados internacionales sobre temas de derecho internacional público, toda vez que la Comisión de Derecho Internacional, creada por la Asamblea General por medio de la resolución 174 (II) de 1947 para tales fines, ha sabido ser el nido de las principales deliberaciones en cuanto a estos temas. La continuidad del capítulo se desarrolla en los aspectos formales del trabajo de esta Comisión, la cual ha sido de fundamental importancia, tanto desde el aspecto jurídico como desde el aspecto político.

Van a verse esquematizadas las principales convenciones internacionales de acuerdo al éxito que han tenido en el ámbito de la CDI, sobre la cual se realizan —a modo de conclusión— observaciones generales, se plantean perspectivas a futuro y se ponderan los escenarios de debilidades y fortalezas de la labor codificadora de la misma.

Asimismo, en el capítulo XVI titulado “**El Derecho Internacional en la Comunidad Internacional del siglo XXI**”, el último del libro, podemos encontrar una fotografía de la realidad del derecho internacional hoy, la cual ha sido tomada por el autor del libro a los fines de poder explicar cómo es trabajado el derecho internacional público desde sus principales actores, los Estados. Realiza una innovadora interpretación del DIP al enfocarlo no como una producción jurídica estática, sino como acción.

Los principales factores que ameritan este cambio del derecho internacional público —del estatismo a la acción— son identificados como la globalización, el crecimiento cuantitativo de agentes internacionales y la solución de controversias entre los mismos, entre otros muchos factores, ya que es imposible contextualizar todas aquellas cuestiones que a nivel mundial afectan las relaciones entre Estados, tales como las que dependen de la economía como de la política exterior de los países con incidencia mundial.

Si bien deberíamos dar por terminado el análisis efectuado, es necesario no agotar aquí nuestro esfuerzo, ya que el autor ha conseguido una vez más sorprendernos con la inclusión de tres anexos, los cuales son la “frutila del postre” en esta completísima obra de estudio.

El primero de estos anexos está compuesto por un diccionario de tratados, el cual es de suma importancia para todo aquel que tenga como tema de estudio y/o trabajo el amplio campo del DIP. En este diccionario, encontraremos definiciones de los términos más contradictorios y las cuestiones más relevantes en este ámbito.

El segundo de estos anexos resulta también un diccionario, pero esta vez nos encontramos en presencia del diccionario de derecho del mar, donde podemos encontrar completas definiciones de los complejos términos que inundan el intrincado derecho del mar. Dentro del mismo encontramos secciones: I. Derecho del mar; II. Líneas de base rectas y normales; III. Especies Marinas; IV. Buques; V. Tribunal Internacional del Derecho del Mar; y VI. Contaminación del medio marino.

Por último, en el tercer anexo encontramos un lugar de privilegio para las nuevas voces del derecho internacional público. En esta sección, el autor se da el gusto de titularlo “**Los profesores del siglo XXI**”, denostando así

la confianza que deposita en ellos y la esperanza de que el día de mañana sean quienes continúen esta ardua pero hermosa tarea de enseñar el derecho internacional público.

Podemos encontrar muchos y muy variados temas, ya que el espectro del derecho internacional público es amplísimo, tal y como se ha venido demostrando con la presente reseña. Este apartado trata temas como la Costumbre internacional, el MERCOSUR, las resoluciones internacionales, el Consejo de seguridad de la ONU, el medio ambiente y el FMI.

Habiendo descripto el completo de esta obra, no nos resta más que concluir que la misma es, en materia de derecho internacional público, una invaluable pieza que no debe faltar en ninguna biblioteca, ya que es difícil poder hallar una que se le asemeje, teniendo en cuenta que ha sido escrita por una persona con excelsas capacidades para el tratamiento del objeto de su pasión: el derecho internacional público.

Juicio y Castigo. Las obligaciones de los Estados americanos y su incidencia en el derecho argentino

Sebastián Alejandro Rey

Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, 437 páginas.

por NICOLÁS LAINO⁽¹⁾

Como sostuvo Theodor Adorno parafraseando a Kant, Hitler impuso a los hombres un nuevo imperativo categórico: el de orientar su pensamiento y su acción de modo que Auschwitz no se repita, que no vuelva a ocurrir nada semejante.⁽²⁾

El **universo concentracionario** y el Holocausto, como paradigmas de la barbarie en la que devino la **modernidad civilizada** promediando el siglo XX, se constituyeron como puntos de inflexión para toda la especie humana. En la Segunda Posguerra Mundial las naciones no permanecieron ajenas al sufrimiento de las millones de víctimas de la enajenación autoritaria y, como respuesta a esa gran tragedia que azotó a la humanidad, el **derecho internacional de los derechos humanos** tradujo jurídicamente el grito de **nunca más**.

.....
(1) Abogado (UNMdP). Master en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universitat de Barcelona). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor de grado y posgrado en la Universidad de Buenos Aires y Universidad de Palermo. Secretario de la Asociación Civil Pensamiento Penal.

(2) ADORNO, THEODOR, *Dialéctica negativa*, trad. de José María Ripalda, Madrid, Ed. Taurus, 1984.

Sin embargo, de espaldas a ese imperativo invertido del que hablaba Adorno, y a pesar de la existencia de convenciones de derechos humanos y de tribunales internacionales encargados de aplicarlos, las graves violaciones a los derechos humanos continuaron sucediéndose, de lo que dan cuenta no sólo los genocidios ocurridos en Camboya, África Central o Bosnia, sino también —y mucho más cerca de nuestro margen del planeta— las desapariciones forzadas, las torturas y las ejecuciones extrajudiciales que nos dejaron las cruentas dictaduras latinoamericanas del último tercio del siglo XX.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) desempeñó un rol esencial en la desestabilización de las dictaduras en la región y acompañó los procesos de transición a la democracia. En las últimas dos décadas, los sistemas jurídicos de varios países de América Latina se internacionalizaron, aceptando la competencia de la Corte Interamericana y otorgando a la Convención un rango privilegiado dentro de la jerarquía normativa.

El trabajo que nos presenta Sebastián Alejandro Rey se ocupa, casi como ningún otro, de la función que el derecho internacional de los derechos humanos y los tribunales encargados de su aplicación, en especial los del SIDH, cumplieron en la definición del alcance de la obligación de investigar las graves violaciones a los derechos humanos, enjuiciar y castigar a los responsables, asumida por los Estados americanos al firmar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), con un particular énfasis en el modo en que dicho proceso repercutió en la República Argentina.

La obra se organiza en seis capítulos. Luego de una breve introducción —capítulo 1—, realiza una completa exposición histórica, jurídica y filosófica sobre el derecho internacional de los derechos humanos —capítulo 2—, a partir de lo cual se adentra en el análisis de la cuestión de la responsabilidad internacional de los Estados y de los individuos en materia de derechos humanos —capítulo 3—. En el capítulo 4 desarrolla los estándares del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos sobre investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, para discurrir luego acerca de cómo esos estándares impactaron en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina —capítulo 5—. En el capítulo final, el autor expone sus conclusiones.

A diferencia de otros trabajos que se han publicado sobre un tema tan caro para todos nosotros, el estudio de Rey no plantea el asunto de una manera aislada sino que lo contextualiza en el marco del surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos en la más reciente historia del derecho internacional público. A partir de allí, el autor teje una trama solvente en la que, a partir del análisis de ciertas fuentes de ese derecho internacional de los derechos humanos, llega a posicionarse frente a la obligación asumida por los Estados, como norma de *ius cogens*, de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos.

Todo ello es hecho con gran erudición, manejando fluidamente buena parte de la doctrina nacional y extranjera que ha estudiado el tema, así como la jurisprudencia existente —y no sólo del Máximo Tribunal Interamericano, sino también de los tribunales penales internacionales, de la Corte Internacional de Justicia, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e, incluso, de la Corte Permanente de Justicia Internacional—. En este aspecto, nos atreveríamos a afirmar que el trabajo de Rey no tiene parangón con ninguna otra obra de la especie, ya que se ocupa de desmenuzar no sólo los votos mayoritarios sino también los votos concurrentes y disidentes.

La obra muestra, asimismo, que el autor maneja ampliamente las principales teorías iusfilosóficas y sociológicas que se han elaborado en torno al origen y los fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos.

El trabajo es de lectura recomendada no sólo para los versados en la materia, sino también para quienes pretendan introducirse por primera vez en el estudio de la temática. Prueba de ello es el hecho de que el autor expone con tremenda eficacia ciertos conceptos esenciales, como pueden ser —por mencionar sólo algunos— la distinción y relación entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional penal; la diferenciación entre obligaciones *erga omnes* y normas de *ius cogens*; o la identificación de los casos en que los Estados responden internacionalmente por actos de particulares, conforme al estándar de la “debida diligencia”.

En el capítulo 3, vale la pena destacar que el autor entra en diálogo con algunos desarrollos doctrinarios nacionales críticos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la obligación de investigar, enjuiciar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos,

que han —por ejemplo— tildado a la jurisprudencia del máximo tribunal interamericano de antidemocrática y antiliberal, logrando refutar adecuadamente las críticas a partir de una correcta inteligencia del art. 29 de la Convención y de un minucioso análisis de las sentencias de la Corte IDH.

En el capítulo siguiente, Rey se adentra específicamente en la cuestión de la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. A partir de un análisis histórico de cómo se fue gestando en el derecho internacional de los derechos humanos dicha obligación, realiza una exposición de los primeros informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre los Estados, donde los exhortaba a sancionar a los responsables tras investigaciones exhaustivas, completas e imparciales de los hechos como modo eficaz para prevenir y erradicar nuevas violaciones. Entre ellos se destaca, desde luego, el célebre informe realizado por la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Argentina, confeccionado tras la visita *in loco* de 1979, en plena dictadura militar. En aquellos informes aparece también, por vez primera, la idea de un **derecho a la verdad** de las víctimas (Informe Anual 1985-1986).

Luego se ocupa de las primeras sentencias de la Corte IDH en su competencia contenciosa, recaídas en los llamados “casos hondureños”, en particular el caso “Velázquez Rodríguez”, donde se sentarán las bases de su jurisprudencia posterior, vigente hasta nuestros días, respecto de las obligaciones de los Estados frente a violaciones graves a los derechos humanos —sobre todo en lo que respecta a su prevención e investigación, a la identificación y sanción de los responsables, así como a la reparación a las víctimas—. Tal como lo deja ver de modo claro el autor, aquella jurisprudencia repercutió inmediatamente en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destacándose respecto de Argentina el Informe 28/92, donde se declaró la invalidez convencional de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final y de los decretos de indulto que, en la década de los 90, favorecieron a muchos responsables de graves violaciones a los derechos humanos.

A partir de allí, la obra se adentra en un desarrollo exhaustivo de la jurisprudencia posterior de la Corte IDH en la materia hasta sus fallos más recientes, analizando —entre otros extremos— la obligación de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos como correlato del deber de garantía establecido en el art. 1. 1. de la

Convención; la incompatibilidad de las leyes de amnistía con aquella manda convencional y la clarificación que sobre este punto realiza la Corte en las sentencias "Almonacid Arellano vs. Chile" y "Gómes Lund vs. Brasil"; así como el derecho a la verdad de las víctimas y el cambio de posición de la Corte en el caso "Bámaca Velázquez vs. Guatemala".

En este capítulo encontramos también una ineludible alusión a las tensiones que se han generado entre ciertos postulados del derecho internacional de los derechos humanos y algunas de las garantías penales clásicas, como los principios de ilegalidad e irretroactividad, de cosa juzgada o *ne bis in idem*.

En el capítulo 5, tras una breve referencia a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados, Rey se introduce en el análisis de la recepción de aquél por parte del derecho interno argentino, cuestión que concreta a través de un acabado desarrollo normativo, doctrinario y jurisprudencial, donde reseña los fallos más significativos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tanto anteriores como posteriores a la reforma constitucional de 1994.

Al analizar la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH en el ámbito interno hace un pormenorizado desarrollo de la doctrina del **control de convencionalidad**. En lo atinente al valor de los informes de la CIDH en la esfera local, la obra realiza una correcta y frecuentemente omitida diferenciación entre los informes dictados por la Comisión en los términos de los arts. 50 y 51 de la Convención, respectivamente. Asimismo, resulta a nuestro juicio digna de elogio la contundente toma de postura que realiza el autor a favor de la inmediata exigibilidad, no sólo de los fallos de la Corte IDH sino también de las decisiones de la CIDH, en especial ante ciertas tendencias a minimizar al máximo el valor de estas últimas, observables, por ejemplo, en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en "Acosta" y "Felicetti" (en una anterior composición), o en el más reciente dictamen del Procurador General de la Nación en la causa "Carranza Latrubesse" (pendiente de resolución por la Corte).

Hacia el final del capítulo 5, Rey realiza un desarrollo exhaustivo de los distintos votos de los jueces del Máximo Tribunal argentino en las causas "Simón" y "Mazzeo", referentes, respectivamente, a la declaración de invalidez de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida, y de los indultos

presidenciales que beneficiaron a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos. Por último, el autor concluye, en el capítulo 6, con algunas consideraciones finales, donde condensa adecuadamente los puntos fundamentales de su trabajo y reafirma las posturas personales adoptadas en él.

Terminaremos con una breve reflexión. Como decíamos al comienzo de esta glosa, el trabajo que nos presenta Sebastián Alejandro Rey logra condensar el tema bajo análisis de manera completa y muy bien documentada. El amplio manejo de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en particular del SIDH, difícilmente encuentre comparación en otro trabajo de la especie. Esto, que desde luego constituye una virtud, podría ser visto las veces como una debilidad no sólo de esta obra sino de buena parte de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.

Es que de modo creciente la dogmática del derecho internacional de los derechos humanos se ha centrado en (o reducido a) la transcripción acrítica de lo que los tribunales encargados de la aplicación de los tratados han dicho respecto de los derechos reconocidos en ellos. Desde ya que los desarrollos jurisprudenciales han sido cruciales para la configuración de esta moderna rama del derecho internacional público, al punto que su estado de avance actual no podría explicarse sin la loable labor de aquellos órganos. Empero, no es menos cierto que, en general, los fallos de los tribunales internacionales de derechos humanos cada vez menos han aportado fundamentaciones solventes que justifiquen sus decisiones y, en cambio, cada vez más han recurrido a argumentos de autoridad sin demasiada elaboración científica.

Es por ello que nos parece imperioso que la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos abandone su fetichismo por la jurisprudencia y comience a elaborar, autónomamente, teorías y argumentaciones sólidas que se justifiquen intrínsecamente. Sin duda alguna, la gran calidad y rigurosidad académicas de Sebastián Alejandro Rey lo colocan entre los mejores candidatos para avanzar en esta línea.

Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Palacios, Agustina y Bariffi, Francisco (coords.)

Buenos Aires, Ediar, 2012, 640 páginas.

por **VALERIA A. MONÓPOLI⁽¹⁾**

La relación entre la capacidad jurídica, la discapacidad y los derechos humanos no es evidente para todo el mundo y por ello este libro, publicado en marzo de 2012, ya desde su título propone un desafío: vincular una institución como la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, tradicionalmente asociada al derecho civil y la psiquiatría, con los derechos humanos, que en los últimos años han resultado para nuestro país instrumentos valiosos para la consecución de importantes avances en materia de igualdad e inclusión de grupos desventajados.

La forma elegida ha sido la compilación de textos de autores provenientes de distintas disciplinas y países con diferentes recorridos profesionales; muchos de ellos desarrollan sus actividades en ámbitos académicos y otros en organizaciones no gubernamentales.

.....

(1) Abogada. Maestranda en Derechos Humanos, Estado y Gobierno (ECAE-UNTREF). Asesora jurídica de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Los coordinadores, por su parte, tienen una importante trayectoria académica en materia de derechos humanos, con significativos aportes en lo que a derechos de las personas con discapacidad respecta.

La elección de la capacidad jurídica como disparador para la compilación seguramente no es casual. Como muchos de los autores convocados reíren, y el prólogo se encarga de resaltar, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad plantea un profundo cambio de paradigma y el ejercicio de todos y cada uno de los derechos que reconoce tiene una íntima relación con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En Argentina, la oportunidad que implica la decisión de unificar y reformar los Códigos Civil y Comercial de la Nación ha servido de impulso para un debate indispensable sobre la necesidad o alcances que la insanía o la inhabilitación debieran tener en la actualidad, debate que se ha visto enriquecido con los aportes que el enfoque de derechos humanos tiene para ofrecer al análisis de esas instituciones legales de raigambre tutelar y tradicionalmente vinculadas al Derecho Privado.

El libro aquí reseñado presenta la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde miradas muy diferentes, pero que en relación a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos propia de la perspectiva de derechos humanos, enfatiza la transversalidad que ese derecho tiene con los restantes.

El libro se divide en seis partes.

La primera de ellas, **Capacidad Jurídica, autonomía y dignidad humana: reflexiones filosófico-jurídicas**, interpela sobre el alcance del discurso de los derechos y la dignidad humana, el lugar de la racionalidad en la descripción de la personalidad y el histórico vínculo entre protección estatal y el derecho a la autonomía.

La segunda, **Capacidad jurídica y sociedad**, da cuenta del papel fundamental que el contexto social aporta en la construcción y el reconocimiento de las capacidades de las personas con discapacidad y propone la responsabilidad social de los sectores público y privado junto con la cooperación internacional, en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ONU), como recursos valiosos para promover y proteger los derechos de las personas

con discapacidad. Por otro lado, ofrece la experiencia del movimiento social español de personas con discapacidad como aporte para la adecuación del marco legal interno en materia de capacidad jurídica a la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad respecta y evidencia el rol que la familia y los ámbitos sociales juegan desde temprana edad en la educación para la autonomía.

La Parte III, **Capacidad jurídica, derechos humanos y derecho internacional** nos acerca a lo que fue el proceso de adopción del texto de la Convención por la Asamblea General de Naciones Unidas, lo que resulta un invaluable aporte en materia de interpretación del tratado. A su vez, se desarrolla el alcance de las obligaciones internacionales para los Estados parte en virtud de los arts. 12 y 13 y su impacto en el derecho interno y se analiza el impacto y admisibilidad de las reservas efectuadas al art. 12 por distintos Estados.

La Parte IV, **Capacidad jurídica, derechos humanos y derecho privado**, ofrece en primer lugar un análisis comparativo y crítico de algunas normas vigentes en distintos Estados que podrían servir de base para elaborar y diseñar proyectos de reforma legislativa adecuados a la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Luego, se desarrolla el aporte del derecho internacional de los derechos humanos para el reconocimiento de los actos de autoprotección (directivas anticipadas) en el derecho argentino, describiendo también los aportes de la jurisprudencia en la materia y comentando los alcances que el contenido, la forma y la registración de las directivas deben cumplimentar. En esta parte se aborda también **el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento** y finalmente, se va de lleno hacia una cuestión medular de la Convención y específicamente su art. 12: los apoyos para la toma de decisiones.

La Parte V, denominada **El juicio de capacidad ante los operadores jurídicos y sociales**, se inicia con el análisis crítico del rol del juez en el proceso de interdicción, bajo la convicción de que el juez está obligado a la aplicación de la norma más favorable a la persona humana. Continúa desarrollando los alcances de una actuación notarial acorde a las exigencias de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y cierra describiendo la labor del Ministerio Fiscal Español en la promoción de la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad intelectual o mental.

Por último, la Parte VI, **Capacidad jurídica, derechos humanos y protección de la integridad física y personal de las personas con discapacidad**, aborda la viabilidad del ingreso y permanencia involuntaria de personas con discapacidad en centros de internación a la luz de la Convención, para luego pasar al derecho a no ser sometido a tratamiento médico obligatorio y su vínculo con la capacidad jurídica. El ejercicio de los derechos personales y personalísimos es analizado para finalmente concluir con dos textos relativos a la discapacidad y sus intersecciones con la bioética; uno relativo a la noción de incompetencia y otro al consentimiento informado.

Como se señalara inicialmente, el libro logra (más allá de la justificación jurídica) instalar en el lector la convicción de que la capacidad jurídica se vincula inevitablemente con el ejercicio de todos los derechos y que se trata de una cuestión de derechos humanos, que nos compromete a todos como sociedad, pero que demanda especialmente la modificación de políticas públicas, entre ellas la legislación, para una real igualdad e inclusión de todas las personas con discapacidad.

A su vez, ofrece distintas perspectivas sobre la cuestión, lo que resulta un aporte novedoso, aun para quienes vienen trabajando en el campo de los derechos de las personas con discapacidad.

No obstante ello, debe advertirse que los textos no presentan una interpretación unívoca de los alcances del art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que podrán advertirse conclusiones disímiles entre los autores.

Aun así, teniendo presente las Observaciones Finales formuladas al Estado argentino por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2012, donde se “urge al Estado a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica”,⁽²⁾ cabe señalar, también que en el párrafo 22 se insta a la eliminación de la figura de la interdicción judicial del Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, la propuesta del libro comentado merece especial atención en nuestro país.

.....

(2) Párr. 20.

Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica

Martín Lettieri (editor)

Lanús, Ediciones de la UNLa, 2012, 504 páginas.

por ANALÍA I. CASCONE⁽¹⁾

El año pasado, la Universidad de Lanús publicó el libro *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica*, fruto del esfuerzo conjunto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH) y el Centro de Derechos Humanos de dicha Universidad. El libro fue editado por Martín Lettieri, consultor de la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR, y cuenta con las valiosas contribuciones de diversos autores que se desempeñan en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, tanto laboral como académicamente. Es éste el primer aspecto a destacar del libro bajo reseña: la variedad de voces que refleja en sus páginas. Los autores no sólo provienen de distintos países del sur de América del Sur (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay), sino que además representan a actores diversos que desempeñan roles diferenciados en materia de protección internacional de refugiados. Así, contamos con representantes de organismos gubernamentales encargados de realizar determinaciones respecto de la condición de refugiados de las personas que solicitan

.....

(1) Abogada (UBA). Docente de Derecho Internacional Público (UBA). Se desempeña en el Programa de Asesoramiento y Representación Legal para Personas Refugiadas y Solicitantes del Reconocimiento de la Condición de Refugiados de la Defensoría General de la Nación.

.....

dicho reconocimiento, profesores de derechos humanos, investigadores, consultores del ACNUR, abogados defensores de refugiados, etc.

Tal como señala el editor en la introducción del libro, la bibliografía académica relativa a la protección de refugiados producida en la región "no es muy abundante".⁽²⁾ La escasez de material académico en la materia resalta aún más la importancia de un libro de esta naturaleza. En ausencia de textos que aborden el derecho de los refugiados de manera integral, actualizada, en español y que reflejen no sólo la práctica, sino también los problemas e inquietudes de la región, una compilación como esta resulta sumamente oportuna.

El eje conductor del libro, tal como lo describe Martín Lettieri, radica en "la vinculación estrecha que actualmente existe entre la protección internacional de refugiados y la protección internacional de los derechos humanos".⁽³⁾ Dicho eje es desarrollado desde "una perspectiva eminentemente jurídica".⁽⁴⁾ Si bien cada capítulo se centra en un tema diferente, relacionado con la práctica o los intereses de sus respectivos autores, se encuentran agrupados en cuatro partes que organizan el contenido del libro. La primera parte se refiere a la protección internacional de los refugiados en la actualidad. La segunda parte aborda un aspecto puntual de dicha protección internacional: la de niñas, niños y adolescentes refugiados y migrantes. La tercera parte recoge diversas experiencias nacionales en materia de protección internacional de refugiados. Finalmente, en la cuarta parte se relevan los marcos normativos de los países de la región en materia de refugiados.

En líneas generales, el libro aborda algunos temas clásicos en la materia, tales como el asilo y las diversas protecciones que emanen del estatuto de refugiado,⁽⁵⁾ especialmente el principio de no devolución, pero se destaca sobre todo la presencia de algunos temas más actuales, tales como las

(2) Página 15.

(3) Página 16.

(4) *Ibid.*

(5) Véanse, por ejemplo, los capítulos de Federico Martínez Monge, la Unidad Legal Regional de la Oficina para América del ACNUR y Juan Ignacio Mondelli.

respuestas frente a los desastres naturales y el cambio climático,⁽⁶⁾ el rol del MERCOSUR en la coordinación de políticas en derechos humanos⁽⁷⁾ y el acceso a derechos económicos, sociales y culturales,⁽⁸⁾ entre otros. Asimismo, se desarrollan algunas cuestiones puntuales que resultan de gran utilidad e importancia para quienes deben aplicar el derecho internacional de los refugiados: nos referimos específicamente a las cuestiones de prueba que se suscitan en el marco de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado,⁽⁹⁾ a las garantías del debido proceso aplicables durante dichos procedimientos⁽¹⁰⁾ y a la importancia de la llamada "información de país de origen".⁽¹¹⁾

En una línea similar a la del libro editado en el año 2003 por el ACNUR y la UNLa,⁽¹²⁾ el primer capítulo, a cargo de Federico Martínez Monge, oficial de Protección de la Oficina del ACNUR en República Dominicana, reflexiona sobre la fragmentación entre los conceptos de asilo y del estatuto de refugiado y destaca el "carácter instrumental" del derecho de asilo,⁽¹³⁾ caracterizando al asilo como una consecuencia de la condición de refugiado⁽¹⁴⁾ y, al mismo tiempo, como el fundamento de la protección de los refugiados.⁽¹⁵⁾

La Unidad Regional de la Oficina para América del ACNUR, por su parte, realiza aportes sobre el desplazamiento forzoso desde la óptica del Sistema

(6) Véanse los capítulos de Juan Pablo Terminiello y Gabriel Gualano de Godoy.

(7) Véase el capítulo de Víctor Abramovich y Laura Saldivia.

(8) Véase el capítulo de Nicolás B. Figari Costa.

(9) Véase el capítulo de Martín Lettieri.

(10) Véase el capítulo de Marcos Ezequiel Filardi, Karina Dubinsky y Lucas Ramón Mendos.

(11) Véase el capítulo de Andreas Feldmann, Alexandra Galvis, Paula Lekanda y Mauricio Ortegón.

(12) FRANCO, L. (coord.), *El asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina. Análisis crítico del dualismo "Asilo-Refugio" a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*, UNLa, ACNUR, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003.

(13) Página 26.

(14) *Ibid.*, p. 37.

(15) *Ibid.*, pp. 40/41.

Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, expresa que “[...]a Corte [Interamericana de Derechos Humanos] aún no ha conocido un caso directamente relacionado con el asilo y la protección de refugiados”.⁽¹⁶⁾ Cabe destacar al respecto que la situación se ha modificado desde la publicación del libro, ya que actualmente se encuentra pendiente de resolución ante la Corte Interamericana el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia (Caso N° 12.474)”, el primer caso contencioso “sometido a la jurisdicción de la Corte IDH sobre violaciones ocurridas en el marco de un procedimiento de solicitud de reconocimiento del estatuto de refugiados”,⁽¹⁷⁾ siendo así mismo la primera vez que la Corte se pronunciará sobre el principio de no devolución en un caso contencioso.⁽¹⁸⁾

Juan Ignacio Mondelli, asesor legal de la Oficina Regional para el Sur de América Latina del ACNUR, continúa relevando la legislación y práctica de los países de la región en materia de extradición y asilo, al tiempo que expone la posición del ACNUR sobre la protección de los refugiados en el contexto de la extradición. Destaca que “en virtud del efecto meramente declarativo del acto de reconocimiento de la condición de refugiado, [la protección contra la devolución] se aplica por igual a los solicitantes de asilo”,⁽¹⁹⁾ no obstante lo cual analiza la operación del principio de no devolución y las garantías procedimentales en torno a la extradición de manera separada, según se trate de refugiados o solicitantes de asilo.

En el capítulo titulado “Procedimientos de determinación del estatuto de refugiado y cuestiones de prueba”, el editor del libro, Martín Lettieri, aborda un tema de fundamental importancia considerando que las decisiones relativas al rechazo o reconocimiento del estatuto de refugiado habitualmente hacen “referencias a la falta de pruebas, a la falta de credibilidad de los hechos o testimonios o, en general, a la falta de veracidad de los hechos de una solicitud, sin que estas conclusiones sean motivadas de manera

(16) *Ibid.*, p. 50.

(17) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “CIDH presenta caso sobre Bolivia ante la Corte IDH”, Comunicado de Prensa N° 22/12, 23 de febrero de 2012 [en línea], <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/022.asp>, última visita: 31 de marzo de 2013.

(18) *Ibid.*

(19) Página 74.

adecuada”.⁽²⁰⁾ En este sentido, expresa que “la protección de refugiados en el sur de Sudamérica se ha caracterizado por una particular opacidad dentro de la opacidad propia del discurso del derecho”,⁽²¹⁾ considerando que “[l]a confidencialidad que rige estos procedimientos como protección para la persona solicitante (...) ha generado un tipo de políticas y prácticas en materia de refugiados que excede ese objetivo para derivar en decisiones públicas carentes de suficiente control...”.⁽²²⁾ En efecto, organismos de la región con competencia en materia de refugiados tales como la Comisión Nacional para los Refugiados (Co.Na.Re.) de la Argentina no publican sus decisiones, con lo cual el criterio de resolución de los casos no puede ser conocido ni por los solicitantes, ni por sus representantes legales, ni por la sociedad civil en general. De este modo, situaciones similares pueden ser tratadas de manera arbitrariamente distinta, suponiendo ello una vulneración a los derechos de todo peticionante, especialmente teniendo en cuenta que la carga de la prueba durante el procedimiento de determinación del estatuto de refugiado es compartida.⁽²³⁾ Vale aclarar que las resoluciones de los organismos decisorios sí pueden ser publicadas, siempre y cuando se proteja la confidencialidad del solicitante de asilo (por ejemplo, ocultando nombres, fechas, lugares, etc.), tal como lo hacen países como Nueva Zelanda, Australia o Canadá, entre otros.

Concluyendo con la primera parte del libro, Juan Pablo Terminiello aborda un tema de suma actualidad, planteando los desafíos que representa el desplazamiento forzado fruto de los desastres naturales y el cambio climático. A lo largo del capítulo, cuestiona la dicotomía entre desplazamientos “voluntarios” y “forzados” y caracteriza al desplazamiento forzado asociado al cambio climático como “uno de los principales desafíos humanitarios del siglo XXI”,⁽²⁴⁾ especialmente en lo que se refiere al tratamiento legal que correspondería otorgarles a quienes por esos motivos se ven obligados a trasladarse más allá de las fronteras de sus países.⁽²⁵⁾

(20) Página 107.

(21) Página 110, citas omitidas.

(22) Página 111.

(23) Página 123.

(24) Página 133.

(25) Página 135.

Emelina Alonso, Pablo Ceriani Cernadas y Alejandro Morlachetti inauguran la segunda parte del libro con un capítulo sobre políticas migratorias, movilidad humana y derechos de la niñez en América Latina y el Caribe, haciendo hincapié en lo que describen como "dos déficits complementarios e interdependientes: la invisibilidad de la niñez (...) en el campo de las leyes migratorias (...) y la ausencia de una perspectiva que contemple específicamente la situación de [niños, niñas y adolescentes] migrantes e hijos/as de migrantes en las políticas de infancia y adolescencia...".⁽²⁶⁾

Por su parte, los abogados de la Comisión para la Asistencia y Protección Integral del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación, Marcos Ezequiel Filardi, Karina Dubinsky y Lucas Ramón Mendor, dedican un capítulo al debido proceso en el reconocimiento de la condición de refugiado de niños y niñas no acompañados o separados de sus familias. Si bien las garantías procesales que desarrollan son aplicables a cualquier procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado, la situación de particular vulnerabilidad de los niños y niñas no acompañados torna aplicables algunas garantías específicas, tales como la designación expedita de un tutor que ejerza la representación legal del niño,⁽²⁷⁾ el derecho a ser oído con consideración del grado de desarrollo mental y la madurez⁽²⁸⁾ y la flexibilización de la carga y el estándar de prueba.⁽²⁹⁾

Víctor Abramovich y Laura Saldivia, ambos del IPPDH, escriben sobre el MERCOSUR como espacio de coordinación de políticas en derechos humanos, haciendo especial referencia a los antecedentes de la solicitud de opinión consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre derechos de la niñez migrante, formulada por los países miembros del MERCOSUR, y destacando la importancia de dicha iniciativa para el fortalecimiento del bloque.⁽³⁰⁾

(26) Páginas 177/178.

(27) Página 232.

(28) Página 237.

(29) Página 240.

(30) Página 270.

En la tercera parte del libro, Nicolás Figari Costa analiza cuestiones relativas al acceso a derechos económicos, sociales y culturales de refugiados y solicitantes de asilo en Argentina, brindando un panorama concreto y realista sobre la realidad que enfrentan dichas personas. Describe los derechos contemplados por el "certificado de residencia precaria" que la Co.Na.Re. otorga a los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado durante la duración del procedimiento, así como también el alcance real de tales derechos. Esto resulta fundamental dado que, en la práctica, el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los solicitantes de asilo se encuentra íntimamente ligado a la "precaria", tanto en su carácter de documento emanado de una autoridad pública y productor de efectos jurídicos, como en su carácter de "carta de presentación" de los peticionantes frente a la sociedad civil. De esta forma, el autor destaca, entre otros efectos, las dificultades emanadas del hecho de que el certificado consigne expresamente el carácter de "peticionante de refugio" del portador, ya que se "establece una diferencia que el empleador desconoce".⁽³¹⁾ Nos permitimos hacer referencia a un problema adicional ligado con esto: la violación del principio de confidencialidad, recogido en los arts. 2º, 32 y 48 de la ley 26.165. El capítulo expone asimismo los diversos problemas que enfrentan refugiados y solicitantes de asilo en materia de acceso al empleo, a la vivienda, a la salud y a la educación, recordando el "rol fundamental que cumple el Estado al obligarse a garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo de una vida digna en favor de personas que ya han sufrido graves violaciones a los estándares de vida mínimos".⁽³²⁾

En la línea del capítulo de Juan Pablo Terminiello, Gabriel Gualano de Godoy, oficial de protección de la Oficina del ACNUR en Brasilia, analiza el caso de los haitianos que arribaron a Brasil luego del terremoto de enero de 2010. La respuesta de las autoridades brasileras consistió en gran medida en el otorgamiento de "visas humanitarias", lo que es destacado por el autor como una "buena práctica de protección a las víctimas de desastres naturales".⁽³³⁾

(31) Página 284.

(32) Página 307.

(33) Página 323.

Andreas Feldmann, Alexandra Galvis, Paula Lekanda y Mauricio Ortegón, por su parte, recogen las lecciones de una experiencia piloto llevada a cabo por el ACNUR en Chile con el objeto de mejorar los procesos de determinación del estatuto de refugiado a través del fortalecimiento de los mecanismos de búsqueda de información de país de origen.⁽³⁴⁾ Más allá de los logros del proyecto, el capítulo señala que, tras su finalización, la Sección de Refugio del Departamento de Extranjería chileno retornó a prácticas similares a las existentes con anterioridad,⁽³⁵⁾ lo que da cuenta de algunos vicios que persisten entre las autoridades con competencia en materia de refugiados en la región, en particular en lo relativo a la deficiente fundamentación de las decisiones.

Finalmente, y como ya se señaló, la cuarta parte del libro releva los marcos normativos nacionales sobre protección internacional de refugiados. Los capítulos se encuentran en su mayoría escritos por funcionarios de los diversos órganos con competencia en materia de refugiados, y se caracterizan por reflejar las modificaciones que, en mayor o menor medida, se fueron produciendo en las legislaciones relevantes, de la mano, por un lado, del retorno de la democracia en los diversos países de la región y, por el otro lado, de tendencias más recientes en materia de protección de los refugiados.

María Soledad Figueroa y María José Marcogliese comienzan analizando los avances normativos e institucionales en la protección de los refugiados en la República Argentina, destacando el enfoque de derechos de la ley 26.165, a diferencia de la perspectiva de seguridad que predomina en la mayoría de los países del mundo.⁽³⁶⁾

Boris Calderón Arandia y Marcos Rasgado Serrudo, por su parte, escriben sobre la protección de los refugiados en Bolivia, destacando, por un lado, los avances normativos en la materia y, por el otro, la existencia asimismo de normas que no se adecuan a los estándares internacionales.⁽³⁷⁾ Como ya se mencionó, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se

(34) Página 333.

(35) Página 341.

(36) Página 360.

(37) Página 392.

encuentra pronta a dictar sentencia en un caso que involucra supuestas violaciones en el marco de un procedimiento de determinación del estatuto de refugiado en el Estado Plurinacional de Bolivia.

Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto dedica un capítulo a la protección internacional de los refugiados en Brasil, recordando que el desarrollo de las políticas en materia de protección internacional de refugiados se produjo con posterioridad a la dictadura, periodo durante el cual Brasil provocaba un movimiento de salida de sus nacionales.⁽³⁸⁾

Carmen Gloria Daneri Hermosilla escribe sobre el marco jurídico chileno y Rodolfo Manuel Aseretto hace lo propio con Paraguay. Patricio Rubio Correa, por su parte, se centra en el Perú, donde la ley prevé dos tipos de respuestas distintas por parte del Estado, según que el reconocimiento de la condición de refugiado provenga del propio Estado o del ACNUR.⁽³⁹⁾ Finalmente, Olga Díaz Pedemonte analiza la cuestión en el ámbito del Uruguay.

A lo largo de sus páginas, el libro *Protección Internacional de Refugiados en el Sur de Sudamérica* ofrece herramientas que ayudan al lector a comprender la normativa, los procedimientos y los desafíos en materia de refugiados en la región. Ante la carencia de bibliografía general sobre la materia, el libro aporta información concreta y actualizada que puede resultar de suma utilidad para quienes se encuentren llamados a aplicar el derecho internacional de los refugiados en el contexto regional, o bien para quienes simplemente busquen reflexionar sobre estos temas.

(38) Página 404.

(39) Página 445.

Novedades

Novedades

► 2º Congreso Internacional sobre Discapacidad

El 2º Congreso Internacional sobre Discapacidad, que tuvo lugar del 21 al 23 de agosto en Chaco, se propuso construir un discurso en el que distintas miradas y pluralidad de voces se encuentren para pensar la vida de la persona con discapacidad.

El encuentro tuvo como objetivo la creación de un espacio que genere instancias de comunicación y debate reflexivo para el fortalecimiento de prácticas saludables que respondan a los desafíos de un mundo global. Asimismo, se propuso que, desde lo individual, se sustenten prácticas colectivas para el mejoramiento de la calidad de vida.

El propósito del Congreso fue la elaboración de una línea de pensamiento que, ampliando la mirada respecto de todos aquellos aspectos que hoy parecen indiscutibles, facilite los procesos de mejora.

► Primeras Jornadas sobre la Prevención de la Tortura en el Cono Sur

El 14 de agosto de 2013 en la Ciudad de Buenos Aires se llevó a cabo el "Encuentro Regional de Organismos dedicados a la Prevención de la Tortura en el Cono Sur". Invitó a participar la Procuración Penitenciaria de la Nación (PPN), y la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT). El encuentro fue el marco de la celebración del vigésimo aniversario de la Procuración Penitenciaria de la Nación y de la entrada en vigor de la ley que establece el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o

Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y contó con el apoyo de:

- La Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de su Libertad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- La Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH).

- El Instituto de Políticas Públicas de Derecho Humanos Mercosur.
- La Defensoría General de la Nación de Argentina.

El objetivo consistió en avanzar en la puesta en común de un diagnóstico de situación sobre los principales desafíos que la prevención de la tortura implica en la región.

► Se implementan tres nuevos seguros de (des)empleo

Seguro de empleo para víctimas de violencia de género

El Ministerio de Trabajo, por resolución 332/2013, extendió la cobertura prevista por el Seguro de Capacitación y Empleo, a las mujeres que sean víctimas de violencia doméstica en los términos previstos por la ley 26.485.

La situación de violencia doméstica podrá ser acreditada mediante: 1) la notificación de su relevamiento por un organismo público nacional, provincial o municipal, o por una organización de la sociedad civil con trayectoria en la temática o en la prestación de servicios sociales; 2) la presentación por parte de la víctima de exposición o denuncia realizada sobre su padecimiento ante autoridad competente.

Seguro de empleo para personas en situación de desempleo cuya identidad de género (art. 2, ley 26.743) no sea coincidente con el sexo asignado al momento de su nacimiento

El Ministerio de Trabajo, por resolución 331/2013, extendió la cobertura prevista por el Seguro de Capacitación y Empleo (instituido por el decreto 336/2006), a personas en situación de desempleo cuya

identidad de género (art. 2, ley 26.743), no sea coincidente con el sexo asignado al momento de su nacimiento.

Para acceder a la cobertura prevista por el Seguro, deberán cumplir las condiciones establecidas por la resolución del Ministerio de Trabajo 502/2006 y sus modificatorias y complementarias.

La no coincidencia de la identidad de género autopercebida con la asignada al momento del nacimiento será acreditada mediante: 1) la simple manifestación de la persona al momento de completar su Historia Laboral en una Oficina o Unidad de Empleo de la Red de Servicios de Empleo o en una Gerencia de Empleo y Capacitación Laboral, dependiente de la Secretaría de Empleo; 2) la notificación de un organismo público nacional, provincial o municipal, o por una organización de la sociedad civil con trayectoria en la temática o en la prestación de servicios sociales.

En los casos en que las personas comprendidas por la medida no hubieran realizado el trámite de rectificación registral habilitado por la ley 26.743, las dependencias intervenientes en el trámite de adhesión al Seguro asentarán el nombre de pila, correspondiente a la identidad de género autopercebida, definido por la persona interesada. Dicho nombre será utilizado para todo trato interpersonal o comunicación que se derive de su participación en el Seguro.

Todos los actores que intervengan en procedimientos vinculados con la participación en el Seguro de las personas comprendidas en la medida, deberán

observar las obligaciones de confidencialidad previstas por la Ley de Protección de Datos Personales (25.326), para el tratamiento de datos sensibles como la identidad de género autopercebida.

El Seguro prevé la asignación de una prestación de dinero mensual para trabajadoras y trabajadores desocupados, el reconocimiento a los fines previsionales del tiempo de permanencia en el mismo y la participación de la trabajadora o el trabajador en acciones de formación profesional, de certificación de estudios formales, de entrenamiento para el trabajo, de orientación y apoyo a la búsqueda de empleo, y de asistencia a la inserción laboral, bajo relación de dependencia o en forma autónoma.

En los fundamentos señala que, con el objetivo de efectivizar el cumplimiento del espíritu integrador de la Ley de Identidad de Género (26.743) y para promover la inclusión laboral y la igualdad de oportunidades en la obtención y permanencia en un empleo, atendiendo a la situación de vulnerabilidad de la población travesti, transsexual y transgénero, deviene necesario mejorar sus condiciones de empleabilidad a través de la implementación de políticas públicas de acción afirmativa.

Seguro de desempleo para víctimas de Trata de Personas

Toda persona relevada como víctima de prácticas de explotación sexual o de trata de personas, o en situación de vulnerabilidad vinculada a la prostitución, podrá ser beneficiaria del Seguro de Capacitación y Empleo según la resolución 1504, publicada el 2 de julio en el Boletín

Oficial. Es un paso más contra la lucha del delito de Trata de Personas que realiza el Estado Nacional.

La resolución establece que la persona deberá estar relevada por un organismo público nacional, provincial o municipal, o por una organización no gubernamental con trayectoria en la temática o en la atención de esta población.

Además, los beneficiados y las beneficiadas serán registrados, previo análisis de su pertinencia, en la Plataforma Informática de la Red de Servicios de Empleo como destinatarias de la co-

bertura del seguro y podrán iniciar en forma personal el trámite de inscripción correspondiente.

Todos los actores que intervengan en procedimientos vinculados con la participación en el seguro deberán observar las obligaciones de confidencialidad previstas por la Ley de Protección de Datos Personales (25.326) y de Protección a la Privacidad e Identidad de las Víctimas de la Trata de Personas, establecida por el art. 8 de la Ley de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas (26.364).

► Ley de Fertilización Asistida (26.862)

La norma sancionada por el Congreso Nacional el 5 de junio pasado, entiende como reproducción médica asistida a los "procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Podrán incluirse nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación".

La autoridad de aplicación de la ley 26.862 será el Ministerio de Salud de la Nación, a la vez que se crea un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar estos procedimientos.

El Ministerio de Salud deberá publicar la lista de centros de referencia públicos y privados habilitados.

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médica asistida toda persona

mayor de edad que haya explicitado su consentimiento. Este consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer.

Deberán proveer esta cobertura de reproducción médica asistida tanto el sistema público de salud, las obras sociales sindicales y las empresas de medicina prepaga.

Entre las prestaciones se incluye la inducción de ovulación, la estimulación ovárica controlada, el desencadenamiento de la

ovulación, las técnicas de reproducción asistida, la inseminación intrauterina, intracervical o vaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación.

Estos procedimientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación.

► Resolución nacional 736/2013 (publicada en BO 03/06/2013): concientización social sobre la donación de órganos

Resolución nacional que tiene como objetivo la concientización social sobre la donación de órganos. El ciudadano podrá manifestar su voluntad de expresión al efectuar su trámite identificatorio mediante opción que tiene el sistema. En virtud de la ley 24.193, de Trasplante de Órganos y Tejidos, el Registro Nacional de las Personas dictó la resolución 736/2013, estableciendo que las expresiones de voluntad afirmativa o negativa a la ablación de órganos o tejidos efectuados por ciudadanos mayores de 18 años al instante de tramitar el Documento Nacional de Identidad serán asentadas al frente del mismo.

La resolución aclara que: "la medida establece además que la decisión individual de expresar la voluntad respecto a la donación de órganos debe surgir exclusivamente por iniciativa propia del ciudadano y que el empleado que tome el trámite en ningún caso deberá indagar o inquirir al ciudadano a que exprese su voluntad si no surge como inquietud de quien realiza el trámite".

- Ley 143 de Chubut (publicada en BO 19/04/2013): creación del Banco de Datos Genéticos de Familiares de excombatientes fallecidos o desaparecidos en Guerra

Se crea el Banco de Datos Genéticos de Familiares de excombatientes fallecidos o desaparecidos en Guerra, sepultados en nuestras Islas Malvinas.

La Legislatura de la Provincia de Chubut sancionó con fuerza de ley la creación de este Banco de Datos Genéticos, en el marco del cumplimiento de la Convención de Ginebra, en sus arts. 16 y 17, sobre identificación de los muertos.

La inscripción deberá ser decisión voluntaria de los familiares directos en primer grado de consanguinidad y expresada en un consentimiento informado.

El Banco de Datos Genéticos se pondrá con los registros de muestras obtenidas de familiares de los excombatientes fallecidos o desaparecidos que hubieren tenido domicilio real en la Provincia de Chubut a partir del día 2 de abril al 14 de junio de 1982, debidamente acreditado por el Registro Nacional del Estado Civil y Capacidad de las Personas. El Poder Judicial de la Provincia del Chubut será el encargado de la guarda del Banco de Datos Genéticos.

-
- Decreto 712/2013 de Santa Fe (publicado en BO 23/04/2013): pensión mensual vitalicia a personas privadas de libertad durante la dictadura militar

Se establece pensión mensual no contributiva de carácter vitalicio a personas privadas de libertad durante la dictadura militar. Se aprueba la reglamentación de la ley 13.298.

La Legislatura de la Provincia de Santa Fe sancionó la ley 13.298 que establece una pensión mensual no contributiva de carácter vitalicio para aquellas personas que acrediten haber estado detenidas entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983 como consecuencia del accionar del terrorismo de Estado.

El Gobernador de la Provincia decreta la reglamentación de la ley 13.298.

El art. 1º de la reglamentación dispone: "Se presume que la causa de detención fue por motivos políticos, gremiales o estudiantiles cuando se acredite que existe condena de Consejo de Guerra; Decreto de puesta a disposición del

Poder Ejecutivo Nacional; haber sido sometidos a procesos por la Justicia Penal Federal o Provincial o a Tribunales Militares por causas políticas, gremiales o estudiantiles; hayan sido beneficiario de la ley 24.043; o haya sido probado dicha circunstancia por Tribunales Orales Federales en procesos tramitados por delitos de lesa humanidad".

-
- ▶ Ley 495 de Chubut (publicada en BO 09/05/2013): adhesión a la ley nacional 26.816 de Creación del Régimen Federal de Empleo protegido para personas con discapacidad

La Legislatura de la Provincia de Chubut sancionó con fuerza de ley la adhesión a la ley nacional 26.816, que crea el Régimen Federal de Empleo Protegido para Personas con Discapacidad.

Dicha ley tiene como objetivo la promoción del desarrollo laboral de las personas con discapacidad mejorando el acceso al empleo, obtención y progreso, tanto en el ámbito público como privado. Conformada con distintas modalidades: 1) Taller Protegido Especial para el Empleo; 2) Taller Protegido de Producción; y 3) Grupos Laborales Protegidos.

-
- ▶ Ley 835 de San Luis (publicada en BO 29/04/2013): el derecho al acceso, deambulación y permanencia en lugares públicos y privados de perros guía o de asistencia

Personas con discapacidad: se establece el derecho al acceso, deambulación y permanencia en lugares públicos y privados de acceso público y a servicios de transporte público de perros guía o de asistencia.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de San Luis sancionaron la ley 835 sobre el libre acceso de personas con perros guías o de asistencia.

El objetivo de la ley es asegurar el derecho al acceso, deambulación y permanencia a lugares públicos y privados de acceso público y a los servicios

de transporte público, de toda persona con discapacidad, acompañada por un perro guía o de asistencia.

El ejercicio del derecho de acceso, deambulación y permanencia consiste en la constante presencia del perro guía o de asistencia acompañando a la persona con discapacidad.

La ley establece que se entiende por perro guía o de asistencia:

a) Perro guía: todo perro que tras superar un proceso de selección, finalice satisfactoriamente su adiestramiento, para acompañar, conducir, auxiliar y alertar a personas con discapacidad visual, obteniendo el certificado que así lo acredite.

b) Perro de asistencia: todo perro del que se acredite haber sido adiestrado en centros especializados habilitados para el acompañamiento y auxilio de personas con capacidades diferentes.

► Rondas Finales de la 4^a Competencia Interna sobre Derechos Humanos

El viernes 13 de septiembre de 2013 de 17:00 a 20:00 en el Salón Verde de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires se llevarán a cabo las Rondas Finales de la 4^a Competencia Interna sobre Derechos Humanos organizada por dicha unidad académica. La actividad es gratuita y abierta a todo público.

La competencia simulará un procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos basado en un caso hipotético. Los estudiantes asumen los roles de los representantes de la presunta víctima y del Estado demandado, y deben presentar

sus alegatos orales frente al tribunal. El caso de este año es sobre derechos de las personas con discapacidad y derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El Jurado está integrado por Marisa Herrera (Doctora en Derecho, Investigadora Adjunta del CONICET y Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones —UBA—), Francisco J. Bariffi (Profesor de Derecho Constitucional —UNMdP y Universidad Carlos III de Madrid— y Coordinador Académico de la Red Iberoamericana de Expertos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), Marisa Graham (Profesora Adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones —UBA— y Directora Nacional de Promoción y Protección de Derechos —Ministerio de Desarrollo Social de la Nación—), Pablo Oscar Rosales (Experto independiente ante el Comité contra todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de la OEA. Coordinador Jurídico de ADAJUS) y Marcos Ezequiel Filardi (Profesor Adjunto Interino —UBA— y Tutor Académico en distintas competencias de derechos humanos en 2008-2012).

Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

ASIMOV, M. ET. AL., “*Perception of Lawyers. A transnational study of students’ views on the image of law and lawyers*”, en *International Journal of the Legal Profession* 407-36, Reino Unido, 2005.

BERGALLO, PAOLA, “Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina”, en SELA. *Derecho y Pobreza*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2005, pp. 161/185.

COOK REBECCA Y CUSACK SIMONA, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010.

COURTIS, CHRISTIAN (COMP.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001.

FARÍA, JOSÉ EDUARDO, “El poder judicial frente a los conflictos colectivos”, en Christian Courtis (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, p. 223/254.

FEIERSTEIN, DANIEL, *El Genocidio como práctica social*, Bs. As., Sudamericana, 2007.

FILIPPINI, L., “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, n° 1, Bs. As., 2007, pp. 191/202.

IUD, ALAN, “La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio”, en G.I. Anita y M. Gaitán (comps.), *Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos*, Bs. As., Editores Del Puerto, 2012.

KENNEDY, DUNCAN, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en Christian Courtis (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, pp. 373/401.

MILLÓN QUINTANA, JOAQUÍN, “Triunfos de Papel: a propósito de Viceconte”, en *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional, Bs. As., La Ley, 2008, pp. 1/10.

PIÑOL SALA, NURIA, “Los delitos del art. 146 del CP a la luz del derecho a la identidad y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en *Derecho a la identidad y persecución de crímenes de lesa humanidad*, Bs. As., Abuelas de Plaza de Mayo, 2006.

RUIZ, ALICIA E. C., “Derecho, democracia y teorías críticas al fin del siglo”, en Christian Courtis (comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Bs. As., Eudeba, 2001, pp. 9/17.

SALDIVIA, L., “Documentos de Trabajo sobre Derecho de Interés Público - Derechos Humanos y Derecho de Interés Público en Argentina: ¿Quiebre o Continuidad?”, en *Programa de Derecho de Interés Público*, Centro de Estudios de Postgrado, Facultad de Derecho (Universidad de Palermo), Bs. As., UP, 2002.

VAN SCHAACK, BETH, “*The crime of political genocide: repairing the Genocide Convention’s Blind Spot*”, en *The Yale Law Journal*, vol. 106, 1997, p. 2259.

VILLALÓN, R., “*Neoliberalism, Corruption, and Legacies of Contention: Argentina’s Social Movements, 1993-2006*”, en *Latin American Perspectives*, Vol. 34, n° 2, *Globalizing Resistance: The New Politics of Social Movements in Latin America*, 2007, pp. 139/156.

Índice Temático

A

- ABOGADO P. 39, 42, 49, 50, 51, 117, 187, 189, 201, 202, 204, 205, 206, 264, 316, 317, 326
rol de los abogados P. 52, 315
- ACCESO A LA JUSTICIA P. 51, 59, 75, 144, 145, 329
- AMNISTÍA P. 43, 123, 126
- ASILO POLÍTICO P. 312, 318, 319

Plan sistemático de apropiación de niños

P. 3, 4, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 22

terrorismo de Estado

P. 4, 12, 13, 20, 22, 29, 34, 65, 128

DEMOCRACIA

P. 5, 37, 38, 43, 47, 48, 51, 52,

70, 92, 134, 159, 202, 203, 209, 213, 214, 223, 225, 226, 228, 231, 237, 238, 239, 241, 250, 273, 326

construcción de la ciudadanía

P. 91

DERECHO A LA INFORMACIÓN

P. 78,

89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96

DERECHO A LA SALUD

P. 94, 287

DERECHOS DE LAS MUJERES

P. 58, 62,

90, 95, 96, 97, 100, 289, 291

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer

P. 93

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

P. 93

discriminación contra la mujer

P. 44, 93,

99, 106

violencia contra la mujer

P. 55

DERECHOS HUMANOS

P. 23, 26, 34, 44, 45,

47, 60, 63, 64, 65, 74, 78, 79, 85, 86, 90, 91, 99, 100, 101, 112,

113, 121, 123, 124, 129, 131, 138, 147, 149, 154, 160, 162, 163,

165, 168, 171, 177, 178, 185, 186, 191, 195, 198, 207, 217, 220,

221, 227, 233, 242, 243, 251, 255, 279, 289, 298, 301, 305, 312,

313, 314, 319, 321, 327, 328, 330

Asamblea Permanente por los Derechos Humanos

P. 42, 43

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

P. 7, 31, 62, 89, 93, 103, 104, 139,

187, 189, 287

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas

P. 328

Corte Interamericana de Derechos Humanos

P. 32, 59, 92, 126, 127, 137, 140, 151, 153,

158, 170, 190, 205, 284, 299, 303

D

- DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 3, 44, 59, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 127, 128, 129, 130, 324
desaparición de personas P. 13, 14, 31, 32, 33, 34, 45, 60, 124, 181, 182
genocidio P. 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 124, 276, 277, 312

ÍNDICE TEMÁTICO

derecho internacional de los derechos humanos	P. 23, 26, 42, 43, 44, 45, 47, 103, 104, 242, 321	IMPUTACIÓN	P. 80
Sistema Interamericano de Derechos Humanos	P. 56, 102	INTEGRIDAD PERSONAL	P. 66, 81, 91, 140, 141, 143, 144, 152, 154, 157, 171, 172, 177, 181, 183, 267
Tribunal Europeo de Derechos Humanos	P. 193, 201, 209, 222, 232, 245, 246, 249, 252, 260, 263, 269, 270, 282, 287, 293, 295, 307, 320	J	
DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS <i>véase</i> SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA		JURISDICCIÓN UNIVERSAL	P. 4, 26, 27, 29, 30, 31, 32, 313, 314
DICTADURA MILITAR	P. 38, 43, 44, 117, 129, 327, 328	L	
DIGNIDAD HUMANA	P. 67, 109, 122, 219	LEYES DE OBEDIENCIA DEBIDA Y PUNTO FINAL	P. 7, 9, 328
G		LIBERTAD DE CONCIENCIA <i>véase</i> OBJECIÓN DE CONCIENCIA	
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	P. 70, 151, 154, 157, 162, 187, 189, 190, 188, 329	LIBERTADES FUNDAMENTALES	P. 74, 95, 242
hábeas corpus	P. 45	libertad de expresión	P. 153, 154, 157, 159, 160, 163, 172, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 215, 222, 223, 224, 227, 231, 232, 246, 247, 249, 250, 251, 252, 253, 321, 325, 326
I		libertad de pensamiento	P. 92, 158
IDENTIDAD DE GÉNERO	P. 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113	N	
bisexualidad	P. 101, 102, 103, 105, 107	NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	P. 134
expresión de género	P. 99, 103, 104, 105, 108, 109, 110	derechos de niñas, niños y adolescentes	P. 81
heterosexualidad	P. 106	O	
homosexualidad	P. 101, 102, 103, 104, 105, 107, 108, 110	OBJECIÓN DE CONCIENCIA	P. 95, 284
intersexualidad	P. 101, 104, 105, 106	ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS	P. 105, 124
orientación sexual	P. 56, 68, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 308, 310	Corte Internacional de Justicia	P. 23, 24, 125, 273, 276, 299, 320
transexualismo	P. 101, 103, 104, 105, 107	ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS	P. 90, 91, 317
transgenerismo	P. 105, 107, 108		
transgénero	P. 105, 108		
IGUALDAD	P. 28, 34, 56, 57, 61, 70, 74, 79, 81, 84, 89, 91, 93, 96, 97, 109, 110, 147, 250		
igualdad de género	P. 62, 75, 90		
principio de igualdad y no discriminación	P. 99		

ÍNDICE TEMÁTICO

ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES	P. 45, 46, 48	PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL	P. 77, 118
Asociación Abuelas de Plaza de Mayo	P. 4		
Centro de Estudios Legales y Sociales	P. 42		
Madres de Plaza de Mayo	P. 42		
P			
PARTICIPACIÓN CIUDADANA	P. 45	SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA	
audiencia pública	P. 45, 330	P. 75, 90, 91, 94, 96, 97	
PERSONAS CON DISCAPACIDAD	P. 71,	SOBERANÍA	P. 31
73, 74, 75, 79, 85, 137, 145, 147		soberanía popular	P. 327
Certificado Único de Discapacidad	P. 73	SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA	
Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad	P. 72	P. 58, 62, 63, 65	
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	P. 71,		
72, 73, 74, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 137, 147			
discriminación por motivos de discapacidad	P. 74, 87		
PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL	P. 60, 119, 125		
PRINCIPIO DE DEFENSA EN JUICIO	P. 32, 61, 80, 141, 142, 158, 189, 317, 322		
PRINCIPIO DE LEGALIDAD	P. 62, 66,		
125, 324			
PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM	P. 8		
PRINCIPIO PACTA SUNT SERVANDA	P. 104		
T			
TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS	P. 44, 64,		
99, 100, 102, 121, 330, 299			
Convención Americana sobre Derechos Humanos	P. 44, 99, 126, 151, 154		
Convención sobre los Derechos del Niño	P. 44, 99, 132, 134, 183		
Declaración Universal de Derechos Humanos	P. 44, 99		
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	P. 44, 61, 99, 126		
V			
VIOLENCIA DE GÉNERO	P. 55, 58, 60, 69		

Este libro con una tirada de 7.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en agosto de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar