ISSN 2314-1603

Derechos Humanos

AÑO III NÚMERO 5

Director: Sebastián Alejandro Rey

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO III - NÚMERO 5

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 ACCESO A LA JUSTICIA
Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Dra. María Paula Pontoriero

ISSN: 2314-1603
Derechos Humanos
Año III - N° 5 - Junio 2014
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 esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

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

Ana Oberlin
Fernando Valsangiacomo Blanco
Juan Pablo Vismara
Secretarios de Redacción

Ariel Bernal - María Laura Iseas
Jorge Murillo - Iñaki Regueiro de Giácomi
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
Alan Iud
Nicolás Laino
Rodolfo Mattarollo
Silvina González Napolitano
María José Lubertino
Stella Maris Martínez
Diego Morales
Pedro Mouratian
Alejo Ramos Padilla
Marcelo Raffin
José Ernesto Rey Cantor
Fabián Salvioli
Liliana Tojo
Juan Antonio Travieso
Carolina Varsky
José Luis Zerillo
Silvina Zimmerman

Índice General

Dossier p. 1

El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas. La jurisprudencia y la doctrina argentinas a casi veinte años de la Reforma
por Silvina Zimerman ..... p. 3

La libertad de expresión en la Argentina. Apuntes sobre la audiencia temática convocada por la CIDH
por Secretaría de Derechos Humanos de la Nación ..... p. 39

Multiculturalismo, género y derechos humanos. Repensando la "defensa cultural". Repensando la cultura
por Guido L. Croxatto ..... p. 55

El Memorándum de entendimiento con Irán como una herramienta de cooperación internacional
por Esteban P. Bessone ..... p. 97

Hacia la efectiva prevención y sanción del acoso sexual en Argentina
por Cecilia Gebruers ..... p. 105

Jurisprudencia anotada p. 133

Derecho a la salud. CSJN, "Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ Amparo", Sentencia de 30 de abril de 2013
por Giuliana del Rosario Mucci Migliano ..... p. 135

Libertad de expresión. Derecho de propiedad. Constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. CSJN, "Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa", 29 de octubre de 2013
por Damián M. Loreti ..... p. 139

Intervenciones de contracepción quirúrgica de las personas con discapacidad. Cámara de Familia de Mendoza, "M., S. O. y A., E. S. p/ su hija menor M. P. A. p/ medida autosatisfactiva", 11 de junio de 2013
por Romina Pzellinsky ..... p. 165

Derecho a la salud. Corte IDH, "Caso Suárez Peralta vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 21 de mayo de 2013, Serie C N° 261
por Amilcar Crosio ..... p. 175

Derecho a la vida de una mujer embarazada. Aborto. Corte IDH,
Medidas Provisionales respecto de El Salvador, "Asunto B", 29 de mayo de 2013
por Marianne Mollmann ..... p. 185

Derechos de las personas con discapacidad. Accesibilidad a los servicios privados. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Comunicación 1/2010, abril de 2013
por Lucía Belén Penso ..... p. 195

Prohibición de la tortura. TEDH, *El Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia,* sentencia del 13 de diciembre de 2012
por Agustín Mogni ..... p. 199

Libertad de religión en el proceso penal. TEDH, *Dimitras y Otros c. Grecia* (N°3),
8 de enero de 2013 (Definitivo: 8 de abril de 2013)
por Katia Rosenblat ..... p. 207

Vida privada, libertad personal y salud mental. TEDH, *Lashin c. Rusia*, 22 de enero de 2013
por Rodrigo Robles Tristán ..... p. 211

Discriminación basada en la orientación sexual. TEDH, *X. y otros c. Austria*,
19 de Febrero de 2013
por Marisol Dorrego ..... p. 221

Debido proceso. Libertad de expresión. TEDH, *Varela Geis c. España*, 5 de marzo de 2013
por Julia Ben Ishai ..... p. 229

Derecho a la salud en situaciones de detención. TEDH, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*,
14 de marzo de 2013
por Rodrigo Robles Tristán ..... p. 237

Derecho a la vida privada y familiar. Robo de bebés. TEDH, *Zorica Jovanovic c. Serbia*,
26 de Marzo de 2013
por Agustín Mogni ..... p. 245

Libertad de expresión. TEDH, *Novaya Gazeta y Borodyanskiy c. Rusia*, 28 de marzo de 2013
por Katia Rosenblat ..... p. 251

Debido proceso. Derecho al acceso a un tribunal y publicidad de las sentencias.
TEDH, *Fazliyski c. Bulgaria*, 16 de abril de 2013
por Marina Chertcoff ..... p. 257

Conservación de huellas digitales. Derecho a la vida privada y familiar.
TEDH, *M.K c. Francia*, 18 de Abril de 2013
por Marisol Dorrego ..... p. 263

Garantías del debido proceso penal. TEDH, *Zahirovic c. Croacia*, 25 de abril de 2013
por Marina Chertcoff ..... p. 269

Derecho a la vida privada y familiar. Derecho a la vida digna y suicidio asistido.
TEDH, *Gross c. Suiza*, 14 de mayo de 2013
por Pablo Alejandro González ..... p. 275

Derecho al nombre. Derecho a la igualdad. TEDH, *Garnaga c. Ucrania*,
16 de mayo de 2013; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turquía*, 28 de mayo de 2013
por Katia Rosenblat ..... p. 281

Violencia de género, violencia doméstica y torturas.
TEDH, *Eremia and Others c. Moldova*, 28 de mayo de 2013
por Marina Chertcoff ..... p. 287

Derecho a la educación. Igualdad y no discriminación. TEDH, *Lavida y otros c. Grecia*,
30 de mayo 2013, (definitiva de 30 de agosto de 2013)
por Katia Rosenblat ..... p. 295

Derecho al acceso a la información. TEDH, *Iniciativa Juvenil por los Derechos Humanos c. Serbia*, 25 de junio de 2013
por Rodrigo Robles Tristán ..... p. 301

Derecho a la vida privada y familiar. Separación del niño de sus progenitores.
TEDH, *R. M. S. c. España*, 18 de junio de 2013
por Julia Ben Ishai ..... p. 309

Derecho a la vida, obligaciones positivas de los Estados
TEDH, *Nencheva y otros c. Bulgaria*, 18 de junio de 2013
por Marisol Dorrego ..... p. 315

Jurisdicción. Derechos políticos. Libertad de asociación. CADHP, *"Tanganyika Law Society, Legal and Human Rights Center and Reverend Christopher Mtikila v. the United Republic of Tanzania"*, aplicaciones 09/2011 y 11/2011, 14 de junio de 2013
por Julia Ben Ishai ..... p. 321

Entrevistas p. 329

Entrevista a Víctor Hugo Morales (Periodista y locutor uruguayo)..... p. 330

Entrevista a Willem De Haan (Profesor Emérito de Criminología e Investigador Senior en el Departamento de Derecho Penal y Criminología y en el Centro de Justicia Internacional Penal de la Universidad VU de Amsterdam, Holanda)..... p. 335

Reseñas bibliográficas p. 341

Derecho penal internacional y memoria histórica.
Desafíos del pasado y retos del futuro.
por Florencia Gabriela Plazas ..... p. 343

¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera".
por María Luisa Piqué ..... p. 349

Convención sobre los derechos del niño. Comentada, anotada y concordada.
por Juan Facundo Hernández ..... p. 363

Derechos Humanos en la Jurisprudencia
de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013).
por Ariel Bernal ..... p. 371

Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual: un estudio jurídico penal.
por Micaela Galanternik ..... p. 383

Procedimiento ante el Sistema Interamericano
de Derechos Humanos. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos.
por Roxana Perel ..... p. 413

Novedades p. 427

Fuentes citadas p. 445

Índice Temático p. 451

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

Dossier

El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales indígenas

La jurisprudencia y la doctrina argentinas a casi veinte años de la Reforma

por **SILVINA ZIMERMAN**[1]

> "... La identidad de un pueblo es causa y consecuencia de un proceso de autoafirmación comunitaria que implica el sentimiento de pertenencia a una colectividad particular.
>
> Este modo de entender la identidad cultural que proponemos rechaza la vieja y difundida versión antropológica que enunciaba la existencia de culturas 'superiores', y supone sí, una conciencia de alteridad, compartida por todos los miembros de una comunidad...
>
> (...) Terminar con las exclusiones, admitiendo la diversidad de culturas, religiones, etnias, pueblos, naciones, aceptando todas las tradiciones y reconociéndolas como verdaderos legados es

(1) Abogada. Doctorado en curso con tesis finalizada. Profesora Adjunta de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho, UBA y de diferentes cursos de postgrado. Como abogada del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) ha acompañado a diversas comunidades indígenas en el reclamo por el cumplimiento de sus derechos. Actualmente trabaja en la Procuración General de la Nación.

> incorporar a la nacionalidad un concepto de unidad heterogénea y dinámica.
>
> Es tiempo de avanzar en construir una integración nacional igualitaria y basada en el respeto a la diversidad que, reconociendo una herencia y un patrimonio cultural plural, dé finalmente por tierra con una historia desgarradora que nos ha tenido, y aún nos tiene, por sus protagonistas".[2]

1 | Introducción

Con la última reforma constitucional, en 1994, el Estado argentino consagró, en el art. 75, inc. 17 CN un conjunto de derechos específicos para los pueblos indígenas. Así, se derogó la antigua disposición del art. 67, inc. 15 de la Constitución de 1853 que le ordenaba al Congreso Nacional: "Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo".

Con esta Reforma quedó plasmado, con la máxima jerarquía en el sistema legal argentino, el paradigma de protección de la diversidad cultural que venía siendo promovido desde los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y desde distintas disciplinas que impulsaron nociones como las de multiculturalismo, pluralismo jurídico y cultural, interculturalidad y Estado intercultural. En este nuevo paradigma, a partir de la premisa de que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una cultura superior a otra, aparece la concepción de que no solo se debe respetar la cosmovisión de los grupos, sino también sus sistemas normativos (su derecho a su derecho), que es necesaria la puesta en comunicación y el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad) y que el diseño de las instituciones que regulan la vida social no debe ser el resultado de la imposición de una cultura sobre otra (Estado monocultural), sino del debate y el consenso plural (Estado intercultural).

Sin embargo, la implementación efectiva de los derechos indígenas se enfrenta con innumerables obstáculos, trabas y resistencias en nuestro

(2) Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, "29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación)", 11/08/1994, Convencional Sra. Lipszyc, Cecilia Norma.

país, pues implica echar por tierra doscientos años de exclusión, sometimiento y negación de las culturas indígenas a nivel ideológico, político, social y jurídico.

Respetar la identidad cultural indígena exige revisar múltiples instituciones jurídicas de Occidente que no logran abarcar la cosmovisión ni la forma de vida indígena. Algunas de ellas simbolizan o forman parte de los cimientos mismos del Estado-Nación moderno, como el reclamo de derechos colectivos por oposición a los tradicionales derechos individuales, de una propiedad comunitaria y colectiva frente a la propiedad individual y privada y la noción de pueblo indígena, que plantea un enfoque novedoso del territorio y exige el ejercicio de niveles de autonomía para tomar decisiones a través de sus propias autoridades en asuntos atinentes a la vida cultural indígena. Todo esto plantea importantes desafíos y requiere de esfuerzos teóricos y de voluntad política para lograr conciliar los valores del liberalismo con la diferencia cultural.

Los órganos de protección universal y regional de los derechos humanos vienen realizando una enorme contribución para que los Estados logren implementar los derechos humanos de los pueblos indígenas.[3] A través de la interpretación de los instrumentos internacionales de protección específica indígena, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas —en ade-

(3) La escasa implementación en el Estado argentino de los derechos indígenas en general, y de los derechos territoriales en particular, es objeto de recomendaciones permanentes por parte de los órganos de derechos humanos. En tal sentido, Comité de Derechos Humanos, "Examen de los informes presentados por los Estados partes con arreglo al artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Argentina" (CCPR/C/ARG/CO/4), 98° período de sesiones, 2010; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Argentina" (E/C.12/ARG/CO/3), 47° período de sesiones, 2011; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Argentina" (CERD/C/304/Add.112), 58° período de sesiones, 2001; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Argentina" (CERD/C/65/CO/1), 65° período de sesiones, 2004; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, "Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención. Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Argentina" (CERD/C/ARG/CO/19-20), 76° período de sesiones, 2010.

lante, DNUDPI— y de la re-interpretación de los tratados de derechos humanos de alcance general, han logrado precisar estándares específicos y la guía de acción necesaria para que los Estados cuenten con herramientas para delinear políticas y programas y para realizar las reformas normativas que les permitan a los pueblos indígenas vivir y legar a las generaciones futuras su propia cosmovisión e identidad cultural. En particular, el derecho a la tierra y al territorio indígena han sido objeto de un profundo estudio y extenso desarrollo, de manera que hoy es posible responder, desde del derecho internacional, algunos de los interrogantes más frecuentes en esta materia: ¿quién es el titular de este derecho?, ¿cuál es la diferencia entre la noción de tierra y territorio?, ¿cuál es la cantidad de tierra que debe regularizarse legalmente a favor de un determinado pueblo o comunidad? Además, el trabajo de los organismos de derechos humanos ha permitido delinear, por lo menos, seis niveles de obligaciones estatales frente al derecho a la tierra y territorio indígena que surgen como consecuencia de la firma y ratificación de tratados de derechos humanos. Tales obligaciones son las:

1. De reconocer y asegurar legalmente la posesión y la propiedad,(4)
2. De restituir tierras tradicionales perdidas involuntariamente,(5)
3. De adecuar el marco legal relacionado con la tierra y el territorio indígena,
4. De proteger la tierra y el territorio indígena,(6)
5. De reparar lesiones a la integridad del territorio,(7)
6. De instituir e implementar garantías para la tierra y el territorio tales como la personería jurídica,(8) la consulta previa e informada y participación,(9) la pre-

(4) Véase OIT, "Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes", arts. 14.1, 14.2, 16.4 y 19.

(5) Véase OIT, *op. cit.*, arts. 14.1 y 16.3 del y 26 DNUDPI.

(6) Véase OIT, *op. cit.*, arts. 15, 16, 17.3 y 18 y 26, 29 y 32 de la Declaración de Naciones Unidas —en adelante DNU—.

(7) Véase arts. 16.4 y 16.5 OIT, *op. cit.*

(8) Véase arts. 9°, 20, 33 y 34 DNU.

(9) En relación con el derecho-garantía de consulta y participación, el Convenio 169 de la OIT contiene previsiones al respecto en sus arts. 2.1°, 5.c°, 6°, 7°, 15 y 16.2. Por su parte, la DNU lo regula en los arts. 32, 40 y 41.

visión de beneficios compartidos,[10] estudios de impacto ambiental, social y cultural,[11] procedimientos adecuados de delimitación y titulación y recursos administrativos y acciones legales de protección.[12]

Con la incorporación del art. 75 inc. 17 aprobado por unanimidad y aclamación por la Asamblea Constituyente el 11 de agosto de 1994,[13] los derechos humanos de los pueblos indígenas empiezan a tomar forma. Esta norma dispone:

> "[Corresponde al Congreso] Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos.
>
> Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las Provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones" (art. 75 inc. 17).[14]

(10) Véase OIT, *op. cit.*, art. 15.2.

(11) Véase *ibid.*, art. 7.3.

(12) Véase arts. 12, 14.2 y 14.3 del Convenio 169, y 17 y 40 de la DNU.

En relación con el conjunto de obligaciones mencionadas, resultan de trascendencia los fallos de la Corte IDH y de los órganos de protección de los organismos internacionales. Al respecto, ver de la Corte IDH, "Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/03/2006, Serie C, N° 146; "Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/08/2010, Serie C, N° 214; "Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 17/06/2005, Serie C, N° 125; "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31/08/2001, Serie C, N° 79; "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia 15/06/2005, Serie C, N° 124; "Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/11/2007, Serie C, N° 172; "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", Fondo y Reparaciones, sentencia del 27/06/2012, Serie C, N° 245.

(13) En la 29ª Reunión de la 3ª Sesión Ordinaria de la Convención Nacional Constituyente.

(14) Véase art. 75, inc. 17 CN.

Si bien el art. 75, inc. 17 todavía cuenta con escaso desarrollo doctrinario y jurisprudencial, en estos veinte años desde que se reformó la Constitución Nacional comenzaron a aparecer algunos aportes que contribuyen a desentrañar el sentido interpretativo de esta norma. ¿Qué avances interpretativos se han producido en la jurisprudencia y doctrina argentina en relación con el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena[15] y las garantías para su efectivo ejercicio? Este es el principal interrogante desde el que parte este trabajo.[16]

2 | Paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas. Incorporación definitiva en el sistema legal argentino

Durante la Asamblea Constituyente hubo varios convencionales que se encargaron de remarcar que la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas en el art. 75 inc. 17 constituía un hecho histórico irreversible por el cual la República Argentina plasmaba, definitivamente, el paradigma de protección de la diversidad cultural.

En tal sentido, entre las inserciones realizadas por los convencionales, vale destacar la del Convencional, Sra. Lipszyc, quien manifestó:

> "... la nueva norma constitucional que proponemos sancionar reconoce y protege los valores y prácticas sociales, culturales,

(15) El modo de referirse a los derechos de los pueblos indígenas vinculados con la tierra ha sufrido una evolución en el derecho internacional y el último consenso alcanzado como "derecho a la tierra y al territorio" se encuentra cristalizado en la DNUDPI. No obstante, los órganos de derechos humanos se vienen refiriendo de manera indistinta a estos derechos como "posesión" y "propiedad comunitaria", "propiedad colectiva", "derechos territoriales", siempre destacando que se trata de derechos colectivos de un grupo, de la comunidad indígena o del pueblo.

(16) Para el relevamiento de la jurisprudencia se revisaron las editoriales jurídicas La Ley y Lexis-Nexis, la base de datos de la CSJN, publicaciones en sitios web y se utilizaron fallos aportados por abogados que asisten legalmente a comunidades indígenas y pertenecen a la Asociación de Abogadas y Abogados de Derechos Indígenas (AADI), respecto de la cual quien suscribe es miembro fundadora.

> religiosas y espirituales propias de dichos pueblos, respetando la integridad de dichos valores, prácticas e instituciones. Es decir, que para ser consecuentes con el reconocimiento de la existencia de pueblos indígenas en la Argentina, se acompaña su reconocimiento del pleno respeto a sus identidades étnicas y culturales. En este sentido, ello implica reconocer sus formas de relacionamiento, usos, costumbres, tradiciones e instituciones propias; incluyendo la titularidad de los derechos a la posesión y propiedad de las tierras de sus comunidades...".[17]

En la doctrina argentina, Bidart Campos enfatiza que

> "... el nuevo inc. 17 se hace cargo del derecho a la diferencia, que es una expresión del derecho a la identidad personal y que se relaciona íntimamente con él (...) De inmediato, afirmamos que en nuestra interpretación esta nueva cláusula revestida del alcance recién aludido para nada riñe ni pugna con la abolición y prohibición de las prerrogativas de sangre y de nacimiento y que mantiene el viejo art. 16. Acá no se otorgan privilegios ni prerrogativas, sino que asume una justa expresión del pluralismo democrático y del mencionado derecho a la diferencia, imprescindibles en un estado democrático...".[18]

En la misma línea, Humberto Quiroga Lavié expresa:

> "... la existencia étnica y cultural de los pueblos indígenas ya existe, y desde hace tiempo, por eso es una preexistencia (...) ese reconocimiento genera un derecho (...) de carácter cultural: que ni la ley ni los actos de autoridad desconozcan las peculiaridades de cada etnia, sus datos de cultura, sus tradiciones, y los valores con los cuales ellas se identifican...".[19]

(17) Convención Nacional Constituyente de 1994, *op. cit.*, inserción solicitada por la Convencional Sra. Lipszyc, Cecilia Norma, pp. 4090 y 4092.

(18) Bidart Campos, G., *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 2008, p. 118.

(19) Quiroga Lavié, H., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., Zavalía, 2000, p. 428.

Para Alberto Castells, con la Reforma de 1994 quedó consagrado el derecho de toda persona a actuar de acuerdo al dictado de su propia su cultura, de forma individual o comunitaria. Este derecho tiene tanto una faz positiva como una negativa. El contenido negativo implica que "... a) nadie debe ser obligado a asumir bienes culturales que le son extraños; b) nadie debe ser impedido de obrar de conformidad con sus bienes culturales asumidos...".(20) El contenido positivo significa "... a) el derecho de la persona a la plena realización de los bienes culturales propios; b) el reconocimiento, respeto, ordenamiento y defensa de ese derecho por parte de los poderes públicos...".(21)

Por su parte, a nivel jurisprudencial, varios jueces han resaltado la incorporación de un nuevo modelo de igualdad en nuestra constitución que implica el reconocimiento del pluralismo y la diversidad, no solo una actitud de tolerancia hacia el otro, sino el desarrollo de una conducta activa del Estado para generar las condiciones institucionales y sociales para la diversidad.

Principalmente, en el caso "CODECI c/ Provincia de Río Negro", se hicieron manifestaciones en tal sentido. El Dr. Sodero Nievas destacó:

> "... el pluralismo implica el derecho a la identidad y a la diferencia que protege a toda situación en la que determinados grupos o personas necesitan que sus derechos, en igualdad real y material de oportunidades, le sean reconocidos con cuantas particularidades hagan falta para respetar la identidad y las diferencias, grupales o personales. Esta postura se basa en la que hemos denominado 'acción afirmativa', y constituye un complejo tema de los efectos del derecho a la igualdad...".(22)

(20) Castells, A., "El derecho de las culturas en la nueva Constitución Nacional", en Bidart Campos y G., Sandler, H. (coords.), *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995, p. 112.

(21) Castells, A., *op. cit.*, p. 113.

(22) STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", 16/08/2005, voto del Juez Dr. Víctor Hugo Sodero Nievas, Apartado "La cuestión indígena", párr. 13.

El mismo juez se refirió a la reformulación de la idea de igualdad en el nuevo panorama constitucional:

> "... También ha quedado definido que la igualdad ya no se puede tratar bajo el viejo paradigma del art. 16 CN, sino que hay un nuevo modelo a partir de la Reforma de 1994, tanto en la incorporación de los incs. 17, 19 y 23 del art. 75 CN y lo propio ocurre con el debido proceso, como medio eficaz para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales...".(23)

Este magistrado hizo referencia, por último, a los límites y las restricciones al principio de protección de la diversidad cultural y, de ese modo, dejó explicitada la tensión entre este principio y el de protección de los derechos fundamentales:

> "... la diversidad étnica y cultural, como principio general, solo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir. Según la jurisprudencia, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, solo sean aquellos que se encuentren referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre...".(24)

En el caso "Andrada de Quispe, Rosalía..." se hizo referencia a la justa reparación de los pueblos indígenas como garantía necesaria para la vigencia del principio de no discriminación en los siguientes términos:

> "... El reconocimiento de los derechos indígenas es una justa reparación histórica que —aunque tardía—, resulta imperiosa para una sociedad democrática, pluralista sin exclusiones ni discriminaciones de naturaleza alguna...".(25)

(23) STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", fallo cit., Apartado "La igualdad", párr. 1.

(24) *Ibid.*, párr. 24, Apartado "Panorama jurídico internacional referido a la cuestión indígena".

(25) Trib. Cont. Adm. Jujuy, "Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y Otros c/ Estado Prov.", sentencia del 02/05/2002, voto del Dr. Benjamín Villafañe, párr. 17.

3 | La operatividad de los derechos indígenas

A lo largo de las sentencias que se han comentado y otras que se tratarán a continuación, hay varios pronunciamientos acerca de la operatividad de los derechos indígenas contenidos en el art. 75, inc. 17 CN.

En el caso "Consejo Quompi..."

> "... La cláusula que nos ocupa no puede ni debe —como ninguna otra de la Constitución— entumecerse en una declaración retórica y formalista. Necesita, por un lado, el desarrollo legislativo y, por el otro, mientras tal desarrollo se demora, exige escarbar cuál es el contenido esencial que, por lo menos, se hace siempre aplicable...".[26]

Por su parte, en los casos "Antimán, Víctor Horacio ..." y "Nahuel, Florentino Arsenio..." se resaltaron las diferentes obligaciones que recaen en los distintos poderes estatales a partir de la incorporación de los derechos indígenas en el art. 75, inc. 17 CN. En el primero se manifestó que:

> "... Las cláusulas constitucionales resultan operativas y así lo ha señalado nuestro Máximo Tribunal de Justicia en abundante jurisprudencia. Al respecto, el Dr. Bidart Campos sostiene que más allá del valor que en tal sentido le asignamos a la primera frase del nuevo inc. 17, su aplicabilidad práctica es importante...".[27]

En "Nahuel, Florentino Arsenio..." se remarcó:

> "... El hilván del inc. 17 nos convence de que es la propia Constitución la que directamente reconoce en ese texto la preexis-

(26) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Consejo Quompi - Lqataxac Nam Quompi c/ Provincia del Chaco s/ Acción de amparo", sentencia del 21/04/2006, consid. III, Apartado "Personería Jurídica de Pueblos y Comunidades", párr. 1.

(27) Juzg. Correccional de la IV Circunscripción Judicial Junín de los Andes, "Antimán, Víctor Horacio y Linares, José Cristóbal s/ usurpación", sentencia del 30/10/2007, consid. 4.

> tencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Que la letra de la norma diga que corresponde reconocerla al Congreso, es una manera no demasiado perfecta de imponerle el deber de dar desarrollo y efectividad a ese reconocimiento, automáticamente derivado de la Constitución, y eso mediante leyes, políticas, medidas de acción positiva, obligaciones de omitir, de dar y de hacer...".[28]

De acuerdo con la Cámara Contencioso Administrativo del Chaco,

> "... la cláusula del art. 75 inc. 17 es operativa con el sentido de que el Congreso no podría negar su reconocimiento, dado que se trata de lo que en doctrina constitucionalmente se denomina 'el contenido esencial', que como mínimo debe darse por aplicable aun a falta de desarrollo legislativo...".[29]

Finalmente, se efectuaron tratamientos vinculados con la responsabilidad internacional que puede derivar de la falta de cumplimiento de los tratados de derechos humanos y acerca de la imposibilidad de que una provincia alegue para incumplir con los derechos indígenas la falta de recursos derivados del Estado Nacional.[30]

En sintonía, varios autores de la doctrina argentina se han manifestado, de manera expresa, sobre la indiscutible operatividad de esta disposición constitucional.[31]

(28) Cám. de Juicio en lo Criminal Ciudad de Zapala, "Nahuel, Florentino Arsenio - Ñancucheo, Roberto Oscar - Velásquez, Martín - Pintos, Fidel s/ Usurpación", sentencia del 19/06/2007, voto del Dr. Manchini, párr. 7.

(29) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros c/ Provincia del Chaco y otros", sentencia del 06/06/2006, Resulta V.

(30) Véase, por ejemplo, Juzg. de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 2 San Carlos de Bariloche, "Figueirido, Bárbara s/ dcia. Usurpación", sentencia del 26/10/2007, Considerando III.

(31) Bidart Campos, G., *op. cit.*, pp. 117/119; Quiroga Lavié, H., *op. cit.*, p. 429. En la doctrina argentina, sin embargo, algunos juristas, sosteniendo una antigua visión acerca de la programaticidad de algunos derechos constitucionales, se pronunciaron en el sentido de que el art. 75 inc. 17 CN, para ser efectivo, requeriría de la actividad legislativa y ejecutiva. Entre ellos, puede citarse a Gregorio Badeni (Badeni, G. *Nuevos derechos y garantías constitucionales*, Bs. As., Ad-Hoc, 1995, p. 101) y Miguel Ángel Ekmekdjian (Ekmekdjian, M., *Tratado de Derecho Constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, t. IV, Bs. As., Depalma, 2001, p. 531).

4 | Reconocimiento de personería jurídica a los pueblos y comunidades indígenas. Su significado

Durante el debate en la Asamblea Constituyente se efectuaron algunas reflexiones acerca del derecho a la personería jurídica de los pueblos indígenas que implica reconocer a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho mediante sus propias formas de organización social y política, como así también brindar las herramientas legales necesarias como condición para el ejercicio de otros derechos.

Al respecto, el Convencional Sr. Rocha de Feldman afirmaba:

> "... [Este reconocimiento] confiere a las comunidades la facultad de adquirir derechos y contraer obligaciones en el marco de valores y costumbres propios e implica el respeto de las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre sus miembros, sus prácticas sociales, tradiciones e instituciones...". (32)

Asimismo, en la jurisprudencia argentina, de manera paulatina, se han comenzado a realizar algunas precisiones vinculadas a la interpretación del derecho a la personería jurídica.

4.1 | Reconocimiento de la personería: su carácter declarativo y no constitutivo de derechos

Ya en el año 2005 en el caso "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero...", el STJ Jujuy se refirió a la necesidad de armonizar las normas del Código Civil sobre personería jurídica al carácter declarativo del reconocimiento constitucional de este derecho:

> "... Las disposiciones de los arts. 45 y concordantes del CC no pueden ser desconectadas de todas las normas que hoy regulan los derechos de las comunidades aborígenes. Como se sabe, la Reforma de 1994 elevó a rango constitucional el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos

(32) Convención Nacional Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, "29ª Reunión - 3ª Sesión Ordinaria (Continuación)", 11/08/1994, Convencional Sr. Rocha de Feldman, p. 4089.

> indígenas argentinos y el de la personería jurídica de sus comunidades (art. 75 inc. 17) (...) En ese contexto normativo, la personería jurídica que le confiere el Estado Provincial (...) tiene carácter declarativo y no constitutivo de su condición de sujeto de derecho, porque como la propia Constitución lo establece, esta y todas las comunidades reconocidas como tales, preexisten étnica y culturalmente, de modo que las disposiciones que hoy las regulan nada han creado y, antes bien, importan 'contenidos nuevos de derechos viejos, con la recíproca ampliación de las obligaciones tendientes a satisfacerlos'".(33)

En el caso "Consejo Quompi...", en la misma línea se puntualizó:

> "... la comunidad indígena entendida como unidad socio-política es un ente con personalidad jurídica propia, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Este hecho, surgido del reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas e instrumentado en forma expresa por el art. 75, inc. 17 CN, implica que el Estado puede tan solo reconocer esa personalidad jurídica y no otorgarla como en el caso de los otros cuerpos con estatutos societarios citados por el CC...".(34)

4.2 | La personería jurídica tiene carácter instrumental

En el caso "Consejo Quompi..." se hizo referencia a que la personería jurídica de las comunidades es un reconocimiento constitucional de carácter instrumental:

> "... No puede hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga personería a las diferentes comunidades indígenas. Ello es lo único que les confiere

(33) STJ Jujuy, "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero - Pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo", sentencia del 27/12/2005, voto del Dr. González, párrs. 14, 15 y 17, en Bidart Campos, Germán; "Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino", Bs. As., Ediar, t. IB, p. 301.

(34) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Consejo Quompi - Lqataxac Nam Quompi c/ Provincia del Chaco s/ Acción de amparo", fallo cit., consid. III, Apartado "Personería jurídica de pueblos y comunidades", párr. 1°. Una reflexión similar se realiza en CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy", sentencia del 14/09/2001, voto de la Dra. María Rosa Caballero de Aguiar, consid. III.1.

> 'status' para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos le sean conculcados...".[35]

4.3 | Deber del Estado de inscribir a las comunidades en un registro especial sin imponer obstáculos ajenos a su cultura

Por último, en el caso citado en el parágrafo anterior, se hizo hincapié en la obligación del Estado de inscribir a las comunidades en un "registro especial" mediante un "trámite sencillo" que no suponga exigencias extrañas a la forma de organización indígena, tal como lo requieren las figuras previstas en el actual CC:

> "... Cabe tener presente que en el reconocimiento legal de las comunidades indígenas, el Estado debe limitarse a constatar la existencia de las mismas, inscribiéndolas en un registro especial (...) Para ello, debe respetarse su cultura, su identidad, su formas de representación y de organización, ya que de no accederse a lo aquí peticionado e imponiéndoles exigencias que atenten contra el orden institucional interno propio de la cultura que caracteriza a dichas comunidades, como por ejemplo practicar balances anuales, renovar autoridades en base a elecciones democráticas, etc., implicaría imponerles obstáculos insalvables para un funcionamiento eficiente en el marco de la práctica autóctona...".[36]

4.4 | El reconocimiento como personas jurídicas de las comunidades indígenas implica un reenvío al derecho consuetudinario

Para Humberto Quiroga Lavié, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya

> "... que los pueblos indígenas o comunidades sean personas implica un reenvío al derecho consuetudinario de las propias comunida-

(35) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Consejo Quompi - Lqataxac Nam Quompi c/ Provincia del Chaco s/ Acción de amparo", fallo cit., consid. VI.

(36) *Ibid.*

> des, tanto para definir su integración como sus autoridades. Esto convierte en inconstitucional lo dispuesto por la ley 23.302 que exige la inscripción en un registro y que no les reconoce su propia forma de organización a los indígenas, forzándolos a hacerlo alrededor de simples asociaciones sin fines de lucro, imponiendo modelos extraños...".[37] Estos autores explican también que reconocer el derecho consuetudinario de los pueblos y comunidades indígenas supone que este no debe ser legislado por el Estado.[38]

5 | El derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales

Tanto en el debate de la Asamblea Constituyente como en la doctrina y jurisprudencia argentina se vienen fijando ciertos lineamientos que sirven para definir el alcance de este derecho reconocido en la Constitución.

5.1 | Interpretación a partir del modo especial de relacionarse con la tierra

En especial, en la jurisprudencia, se hicieron referencias vinculadas con el modo especial de las comunidades indígenas de relacionase con la tierra y el territorio. En el caso "Asociación Comunitaria de Nueva Pompeya...", la Cámara Contencioso Administrativo manifestó:

> "... En lo referente a la tierra y el territorio contenidas en el art. 13 al 19 del Convenio, se ve que la tierra lejos de ser solamente un medio de producción económica para la población indígena en América Latina, constituye sobre todo el asiento de valores espirituales, culturales y simbólicos...".[39]

(37) Quiroga Lavié, H. y otros, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 337. Véase también en un sentido similar la sentencia de la CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy", fallo cit., consideraciones de Derecho de la Dra. María Rosa Caballero De Aguiar, consid. 2.

(38) Quiroga Lavié, H. y otros, *op. cit.*, p. 331.

(39) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros c/ Provincia del Chaco y otros", fallo cit., Resulta V.

> Asimismo, en el caso "Paisman, Rubén Alejandro..." se destacó la especial relación que los pueblos indígenas mantienen con la tierra y de qué modo esa especial relación debe ser valorada por los jueces conforme al nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural: "... se trata de personas que viven en familia y trabajan la tierra, con la que tienen un vínculo particular y difícil de valorar para nuestra cultura colonizadora y dominante, con escasa instrucción..., por lo que la cuestión, siempre (...) debe ser vista y analizada a la luz de la diversidad cultural...".(40)

5.2 | La noción de tradicionalidad de las tierras

El art. 75 inc. 17 se refiere a la "ocupación tradicional de las tierras" por los pueblos y comunidades y define que este tipo de ocupación les da derecho a la posesión y a la propiedad. De allí la importancia de precisar este concepto.

Claudio M. Kiper señala que "... en cuanto a las tierras que 'tradicionalmente ocupan', el sentido de ocupación debe verse con criterio amplio, comprensivo de todas las tierras utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos naturales necesarios para su bienestar, sin las cuales no podrían desarrollarse ni sobrevivir, y no limitarse al territorio en el cual se encuentran...".(41)

En la misma línea, en el caso "Antimán, Víctor Horacio..." se incorporó el estándar internacional que estipula que la propiedad comunitaria indígena no solo está determinada por el lugar de asentamiento, sino también por los distintos usos que las comunidades hacen del territorio.

También en la doctrina y jurisprudencia se ha resaltado la diferencia entre las nociones de tradicionalidad y ancestralidad. La CN no reconoce el derecho a la tierra ancestral (la que pertenecía a los ancestros de las comunidades) sino al territorio tradicional, es decir, tiene en cuenta los

(40) Juzg. de 1ª Inst. Nº 1 de Instrucción de Pico Truncado, "Paisman, Rubén Alejandro c/ Consejo Agrario Provincial s/ Acción de amparo", sentencia del 24/03/2000, Consid. c).

(41) Kiper, C., *Derechos de las minorías ante la discriminación. Impedidos físicos. Enfermos de sida. Situación de la mujer. Comunidades indígenas. Sexo. Extranjeros. Racismo. Religión. Minorías lingüísticas*, Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 375.

desplazamientos y movilizaciones culturales e históricas que han sufrido las comunidades indígenas a lo largo del tiempo. La tradicionalidad se refiere, sobre todo, a la protección de un modo especial de relacionarse con las tierras y territorios.

En el caso "Figueirido, Bárbara..." se puntualizó: "... de los términos del Convenio [169 de la OIT] se desprende que la 'ocupación tradicional' —haya sido o no reconocida o autorizada— crea derechos y cubre las tierras cuyo uso ha devenido parte del modo de vida de los pueblos indígenas. El derecho, por lo tanto, se debe reconocer aun cuando la posesión no se ejerza en los modos previstos en la legislación común, sino de conformidad con las propias costumbres y tradiciones indígenas...".(42)

En el caso "Antimán, Víctor Horacio..." se manifestó: "... De acuerdo al artículo constitucional citado se deben entregar las tierras que tradicionalmente ocupan, no debiéndose interpretar que tradicionalmente quiera decir necesariamente ancestralmente, sino donde tiene o viene desarrollándose su cultura en sentido dinámico histórico actual y regular...".(43)

5.3 | La entrega de tierras a comunidades indígenas. Su regulación por parte del Congreso Nacional. El deber de las provincias de cumplir con el sistema de distribución

Humberto Quiroga Lavié ha señalado que la manda constitucional al Congreso de la Nación que le impone el deber de "regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano" pone en cabeza de este órgano el deber de dictar reglas sobre distribución de las tierras y que este sistema "... podrá disponer de un régimen de distribución de tierras públicas provinciales diferente, que deberá ser respetado por cada Provincia. En este caso no corresponde ninguna reparación al patrimonio provincial, porque la afectación territorial está dispuesta por la propia Constitución Nacional...".(44)

(42) Juzg. de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 2 San Carlos de Bariloche, "Figueirido, Bárbara s/ dcia. Usurpación", fallo cit., consid. III.

(43) Juzg. Correccional de la IV Circunscripción Judicial Junín de los Andes, "Antimán, Víctor Horacio y Linares, José Cristóbal s/ usurpación", fallo cit., consid. 5.

(44) Quiroga Lavié, H., 2000, *op. cit.*, p. 431.

5.4 | No se puede trasladar a las comunidades indígenas

En el caso "Castelán, Carlos Santiago..." se hizo referencia al deber de no trasladar a las comunidades indígenas derivado de la ratificación del Convenio 169 de la OIT:

> "... nuestro país firmó el Convenio 169 de la OIT según el cual asumió el compromiso de no trasladar a los pueblos indígenas, comprometiéndose, además a que, cuando excepcionalmente su traslado y reubicación resulte necesario, el mismo debe efectuarse con su libre consentimiento o cuando ello no pueda obtenerse, la reubicación debe tener lugar al término de procedimientos adecuados...".[45]

5.5 | La propiedad indígena. La posesión y propiedad del Código Civil

Los jueces vienen destacando que la posesión y propiedad indígena tiene una naturaleza y una forma distinta a la de la posesión y propiedad tal como está prevista en el Código Civil.

En los casos de "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente...", "CODECI de la Provincia de Río Negro..." y "Castelán, Carlos Santiago..." se compartió la misma idea, que consiste básicamente en que:

> "... El reconocimiento a la preexistencia de pueblos indígenas a partir de 1994 implica reconocer que no solo existe en la praxis la propiedad entendida en los términos del Código de Vélez Sarsfield, sino la propiedad comunitaria con sus caracteres particulares, modificando los principios consagrados para la propiedad privada y estableciendo una nueva concepción jurídica que tiende a favorecer el resguardo de la tierra como factor aglutinante de las comunidades del pueblo originario, con remisión al art. 21 CADH que también reconoce las formas peculiares de la propiedad y los recursos de los pueblos indígenas conforme a su

(45) Cám. Apel. Civ. y Com. Resistencia, "Castelán, Carlos Santiago c/ Wanenson, Moisés s/ejecución de sentencia", sentencia del 23/08/2011, consid. II.

> propia naturaleza jurídica de derecho consuetudinario y prácticas tradicionales, que según la Corte IDH consagran ese derecho sobre sus territorios tradicionales independientemente de que cuenten o no con título formal de propiedad...".[46]

En el caso "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero...", el Superior Tribunal se refirió a la inaplicabilidad del art. 2401 CC en un caso sobre tierras indígenas:

> "... Esa norma —que alude a la imposibilidad de que dos o más personas puedan ejercer posesión de igual naturaleza y sobre un mismo bien, porque, evidentemente, una excluye a la otra— debe interpretarse aquí atendiendo a las particularidades del derecho invocado por la actora, esto es el de la propiedad comunitaria de la tierra aborigen, porque esta responde a patrones distintos a los predicables de la propiedad individual y debe, por tanto, valorarse de diferente manera. Cabe recordar al respecto que la incorporación a nuestro derecho positivo —con rango constitucional— de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas introduce un derecho real nuevo y distinto, no contemplado en el Código Civil (Ver Néstor Pedro Sagües, "Elementos de derecho constitucional", Bs. As., Astrea, 1999, t. II, p. 570 y ss., Miguel Ángel Ekmekdjian, "Tratado de Derecho Constitucional", Bs. As., Depalma, 1997, t. IV, p. 535) y que debe ubicarse, como dije, dentro de un encuadre normativo propio.
>
> Siendo así, no encuentro razón para sostener que la propiedad aborigen no permite la coexistencia de espacios de uso comunitario de uso individual o familiar de sus miembros...".[47]

En el "Petrolera Piedra del Águila SA..." el juez señaló que la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código Civil argentino y, por lo tanto, no es necesario cumplir con los actos posesorios allí previstos. En tal sentido expresó: "... Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicio-

(46) STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", cit., voto del Dr. Luis Lutz, consid. 1.

(47) STJ Jujuy, "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero - Pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo", fallo cit., voto del Dr. González, párrs. 67 y 68.

nal de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (art. 2384 CC). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional...".[48]

En el "Caso Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente" se manifestó: "... Nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad...".[49]

Sobre este punto, la reconocida constitucionalista María Angélica Gelli afirma que "... el reconocimiento de la propiedad comunitaria (...) con los caracteres de no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable modifica los principios consagrados en el Código Civil para la propiedad privada, a fin de favorecer el resguardo de la tierra como factor aglutinante de la comunidad...".[50]

En la doctrina argentina, también Quiroga Lavié destaca que las tierras indígenas se encuentran absolutamente fuera del comercio (tanto privado como público) y que, por esa razón, no pueden ser expropiadas por el Estado ni sujetas a prescripción adquisitiva. En tal sentido, remarcan que "... implica una profunda modificación de los tradicionales regímenes establecidos en el Código Civil...".[51] En su texto *Constitución Argentina Comentada*, este autor sostiene que como la propiedad indígena es una propiedad fuera del comercio, que no puede ser enajenada ni transmitida, se debe aplicar el régimen sobre el dominio público, establecido por el derecho administrativo y que esto deber ser entendido así aunque las tierras sean provinciales.[52]

(48) Juzg. de 1° Instancia N° 2 en lo Civ., Com., Especial de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería de la II Circunscripción Judicial Cutral Có, "Petrolera Piedra del Águila SA c/ Curruhuinca, Victorino y otros s/ Acción de amparo", sentencia del 26/02/2011, consid. II.

(49) CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy", fallo cit., voto del Dr. Alejandro Ramos Mejía, consid. III. 1.

(50) Gelli, M., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 574.

(51) Quiroga Lavié, H. y otros, *op. cit.*, p. 337.

(52) Quiroga Lavié, H., *op. cit.*, p. 412.

5.6 | La relación entre la propiedad comunitaria y la propiedad privada

A su vez, nuestros tribunales se pronunciaron sobre la relación entre la propiedad comunitaria y la propiedad privada. En el caso "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente..." se destacó la prevalencia de la posesión comunitaria frente a la propiedad privada: "... habiéndose demostrado que los bienes son tenidos *rem sibi habendi*, rige el principio conforme el cual, la interpretación debe volcarse a favor del poseedor de la tierra, es decir, de quien la usufructúa. Los jueces deben usar su atribución interpretativa, allí donde ella quepa razonablemente, para reconocer el legítimo derecho del que posee productivamente el inmueble, frente a la estéril prerrogativa de dueño de los papeles (ver voto del Dr. Arauz Castex, en el fallo de la CNCiv. Sala A, 1952, LL 68-190)...".[53]

5.7 | Prueba de los derechos territoriales

En algunas sentencias, se ha hecho mención a la forma de probar los derechos territoriales indígenas: "... A la Comunidad actora le hubiere bastado (...) acreditar su calidad de pueblo indígena, y la ocupación de las tierras por las que acciona (art. 75, inc. 17 CN), para obtener el reconocimiento del derecho que reclama...".[54]

Conjuntamente, se señaló "... el título de aborigen, cuya prueba puede ser hecha por la tradición e historia orales, es un derecho *sui generis* al territorio mismo, y debe dársele la protección constitucional correspondiente, derecho que alcanza el de ocupar y utilizar de manera exclusiva el territorio en cuestión...".[55]

(53) CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy", fallo cit., voto del Dr. Alejandro Ramos Mejía, consid. III. 2.

(54) Juzg. de 1° Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripción Judicial Chos Malal, "Comunidad mapuche Huayquillán c/ Brescia, Celso Armando y otro s/ prescripción adquisitiva", 18/08/2004, consid. I.

(55) STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", fallo cit., voto del Dr. Víctor Hugo Soder Nievas, Apartado "Otros precedentes internacionales sobre la cuestión indígena", párr. 7.

5.8 | Protección del territorio y de los recursos

En varios fallos judiciales, por su parte, se hizo referencia a la necesaria protección del territorio indígena y el rol central que el Estado debe cumplir en este sentido. En el caso "Comunidad Eben Ezer..." el máximo tribunal provincial puntualizó:

> "... la tutela ambiental se integra con el derecho-deber que la CN, art. 75 inc. 17, otorga a las comunidades indígenas para que participen en la gestión referida a sus recursos naturales, lo cual les permite estar en juicio o en la jurisdicción administrativa en defensa del ambiente y las obliga a intervenir activamente en dicha protección (conf. LL, 1996-B, 950)...".(56)

En los casos "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros..." y "CODECI de la Provincia de Río Negro..." se hicieron menciones expresas a criterios y principios ambientales: "... Se ha dicho que la 'Constitución contiene una fórmula abierta, discrecional pero limitada, para la cual el empleo y el desarrollo de las actividades productivas del presente deben hacerse siempre en un marco de razonabilidad que no coarte el futuro de las nuevas generaciones, que no vaya a transformarse la explotación del presente en una condena futura...".(57) Además,

> "... el principio de precaución (...) instaura una nueva dimensión tutelar en el instituto de la responsabilidad civil: el aseguramiento de riesgos que pueden ocasionar efectos calamitosos. Así como el principio de previsión tiende a evitar un daño futuro pero cierto y mensurable, el principio de precaución introduce una óptica distinta: apunta a impedir la creación de un riesgo con efectos todavía desconocidos —y por lo tanto imprevisibles—...".(58)

(56) STJ Salta, "Comunidad Eben Ezer vs. Everest SA; Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta - amparo - recurso de apelación", sentencia del 21/06/2007, consid. 4.

(57) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros c/ Provincia del Chaco y otros", fallo cit., Resulta VI.

(58) STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", fallo cit., voto del Dr. Víctor Hugo Sodero Nievas, Apartado "Principios de prevención y precaución", párr. 5.

5.9 | Garantías para los derechos territoriales indígenas

Al mismo tiempo, en ciertos antecedentes jurisprudenciales se incorporaron un conjunto de estándares en materia de garantías de los derechos territoriales indígenas, especialmente referidos a:

a. la consulta y participación,

b. la realización de estudios de impacto ambiental, social y cultural, y

c. protección judicial.

5.9.1. Consulta y participación

En el caso "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros..." el Tribunal hizo referencia a dos finalidades del derecho a la consulta y participación. La primera apunta a que el Estado los consulte sobre cualquier medida que tenga impacto en su forma de vida. La segunda, dirigida a que sean ellos mismos quienes decidan el plan de vida que quieren desarrollar y sus propias prioridades. En tal sentido expresó:

> "... todos los artículos del convenio están profundamente animados por la doble voluntad de promover, tanto que el Estado consulte a los indígenas como que estos participen en todo aquello que atañe a sus vidas, a su destino, a su existencia social, material y espiritual. Apunta al derecho del pueblo indígena a participar o ser consultado mediante procedimientos apropiados y en particular, a través de las instituciones representativas indígenas. Es decir, al derecho de decidir sus propias prioridades, pero también a participar de las grandes decisiones...".[59]

En el caso "Consejo Quompi - Lqataxac Nam Quompi..." se destacó el deber estatal de realizar "verdaderas consultas" por oposición a los procedimientos que se llevan a cabo en los que las comunidades indígenas son convocadas a reuniones, sin tener información suficiente y, en ese contexto, se les solicita que expresen su consentimiento. Desde esta perspectiva, en esta sentencia se resalta la obligación del Estado

(59) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros c/ Provincia del Chaco y otros", fallo cit., Resulta V.

> "de generar las condiciones necesarias para que el derecho de consulta y participación sea puesto en práctica de manera adecuada y efectiva: (...) Esta normativa, entonces, exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas tengan el derecho a expresar su voluntad y tener influencia en el proceso de toma de decisiones (...) Esta consulta debe realizarse mediante procedimientos apropiados, con anticipación por medios conocidos por las comunidades y en su lengua. La consulta siempre debe ser una fase importante del proceso de participación. La consulta es una obligación de los Estados, es un principio indispensable e irrenunciable, no se debe agotar en una o dos reuniones de uno o dos días, debe ser un proceso de acción institucional. Es una norma. Debe ser realizada de buena fe. Consulta y Participación van unidas...". (60)

En relación con ello, en el caso "CODECI de la Provincia de Río Negro..." se hizo alusión al principio de información proveniente del derecho ambiental, que viene a complementar los estándares para la consulta y participación:

> "... El contenido de dicho principio son: corrección, objetividad, organización de los datos, la independencia del organismo que los recolecta y brinda, la seguridad de la continuidad del fluir de datos, la completitud de los datos, la fácil comprensión, la fiabilidad y la tempestividad, lo que obliga al Poder Ejecutivo Provincial a un monitoreo constante y permanente para asegurar que esta información llegue no solo a los interesados o afectados, sino a toda la población en general...". (61)

5.9.2. Estudios de impacto ambiental, social y cultural

Para poder realizar un análisis adecuado sobre los efectos de las intervenciones del hombre en los ecosistemas, el legislador argentino ha optado por la realización previa y obligatoria de evaluaciones de impacto ambien-

(60) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Consejo Quompi - Lqataxac Nam Quompi c/ Provincia del Chaco s/ Acción de amparo", fallo cit., consid. III.

(61) STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", fallo cit., voto del Dr. Víctor Hugo Sodero Nievas, Apartado "Medio ambiente y desarrollo sustentable", párr. 29.

tal. Por evaluación de impacto ambiental —en adelante, EIA— se entiende la investigación que determina el efecto que produce la introducción de una actividad humana en un ecosistema determinado. La EIA deberá tener siempre como parámetro lo establecido constitucionalmente: "... la utilización racional de los recursos naturales ...", con el objetivo de preservar "... el patrimonio natural y cultural y (de) la diversidad biológica ..." (art. 43).(62)

El art. 11 de la Ley General del Ambiente establece que "... toda obra o actividad que, en el territorio de la Nación, sea susceptible de degradar el ambiente, alguno de sus componentes, o afectar la calidad de vida de la población, en forma significativa, estará sujeta a un procedimiento de evaluación de impacto ambiental, previo a su ejecución..." (art. 11).(63) No obstante, la evaluación de impacto ambiental no debe medir únicamente el impacto que la obra o actividad puede llegar a producir en el ambiente, sino además considerar los efectos que puede producir en la población, teniendo en cuenta el principio de equidad intergeneracional y el mandato constitucional de preservar el patrimonio cultural. En este orden de ideas, la Corte de Salta en el caso "Comunidad Eben Ezer" puntualizó:

> "... En cuanto a la evaluación del impacto ambiental, social y cultural presentado (...) cabe tener presente que la sustentabilidad —lazo entre el medio ambiente y el desarrollo a fin de buscar un nuevo modo de desarrollo basándose en una sana utilización de los recursos para la satisfacción de las necesidades actuales y futuras de la sociedad— también es requerida en las áreas sociales y culturales y no solo en lo ecológico y económico (...)
>
> En el especial caso de las comunidades (...) las propuestas de desarrollo que se realicen respecto de lugares ocupados por indígenas deberán ahora tener en cuenta, necesariamente, a estas comunidades y evitar, por sobre todas las cosas, la degradación del ambiente en el cual estos grupos se encuentran asentados. El Estado, pues, además de tener que otorgarles la debida participación, también tendrá que adoptar las medidas

(62) Véase art. 43 CN.

(63) Véase Ley General del Ambiente 25.675, art. 11.

> necesarias en este aspecto para lograr que las actividades productivas causen el menor impacto posible...".[64]

Por último, el tribunal del caso "Asociación Comunitaria Nueva Pompeya..." hizo referencia al deber de dar participación directa a las comunidades locales y afectadas por cualquier emprendimiento, señalando que son ellas las que mejor pueden conocer los potenciales impactos de una actividad en su territorio.[65]

5.9.3. Protección judicial: viabilidad de la acción de amparo e improcedencia de las acciones de desalojo

En relación con la importancia de asegurar la protección judicial, resulta de especial trascendencia la decisión de la CSJN en el caso "Comunidad Eben Ezer...". En una de las pocas decisiones en la que incluyó algunos estándares internacionales sobre derechos territoriales, el Máximo Tribunal se ocupó de resaltar la diferencia entre los bienes de carácter económico y los bienes culturales de los pueblos indígenas y la relevancia de asegurar la protección judicial respecto de dichos bienes. En tal sentido destacó:

> "... La relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes [culturales] deben guiar a los magistrados no solo en el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la 'protección judicial' prevista en la CADH (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno *sub examine*, no deben resultar 'ilusorios o inefectivos' (Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31/08/2001, Serie C N° 79, párr. 134, sus citas y otros). El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, de jerarquía supralegal, en su art. 14.3 dispone, precisamente, que '[d]eberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacio-

(64) STJ Salta, "Comunidad Eben Ezer vs. Everest SA; Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta - amparo - recurso de apelación", fallo cit., consid. 7.

(65) Cám. Cont. Adm. Chaco, "Asoc. Comunitaria de Nueva Pompeya y otros c/ Provincia del Chaco y otros", fallo cit., Resulta VI.

> nal para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados' (asimismo, "Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas", fallo cit., párr. 95)...".[66]

Por su parte, algunos jueces se expresaron sobre la idoneidad de las vías judiciales elegidas para dilucidar los derechos indígenas. En relación con la "viabilidad de la acción de amparo" para proteger los derechos indígenas hubo varias manifestaciones. En el caso "Andrada de Quispe, Rosalía Ladiez y Otros.." se puntualizó que "... el amparo es la vía idónea para hacer valer los derechos de las comunidades aborígenes...".[67] En el caso "Paisman, Rubén Alejandro..." se consideró procedente el amparo para defender el derecho a la posesión comunitaria de las tierras tradicionales.[68] En el caso "Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito...", la Cámara Federal de Salta también se pronunció sobre la validez de la acción de amparo para proteger el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales, en particular, en su aspecto de delimitación y demarcación de las tierras tradicionales indígenas.[69]

En este mismo caso se enfatizó la operatividad de las garantías previstas en la Constitución y se destacó que, en caso de duda, debe prevalecer el principio a favor de la acción:

> "... Debe tenerse presente como pauta interpretativa básica que la operatividad de los derechos y garantías constitucionales supone como presupuesto la oportunidad de acceder sin restricciones ni formalismos irritantes a la Justicia entendida como un servicio puesto por el constituyente a favor de la comunidad toda y el deber

(66) CSJN, "Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción s/ amparo", sentencia del 30/09/2008, consid. 3.

(67) Trib. Cont. Adm. Jujuy, "Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y Otros c/ Estado Prov.", fallo cit., voto del Dr. Benjamín Villafañe, párr. 17.

(68) Juzg. de 1ª Inst. N° 1 de Instrucción de Pico Truncado, "Paisman, Rubén Alejandro c/ Consejo Agrario Provincial s/ Acción de amparo", fallo cit.

(69) Juzg. Fed. Orán, "Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/ Estado Nacional s/ amparo", sentencia del 23/02/2011.

> del Juez de privilegiar el principio constitucional del *favor actionis* o *pro actionis* como aseguramiento del Estado de Derecho...".[70]

En la doctrina argentina, Quiroga Lavié se pronunció a favor de la acción de amparo para hacer efectivos los derechos territoriales indígenas.[71]

Por su lado, en el caso de la Comunidad Millapi se hizo referencia a la "inidoneidad de la acción de desalojo" en los supuestos en que existe una controversia acerca del dominio de un inmueble y que cuando están en juego normas de orden público de protección de las comunidades indígenas, los jueces deben realizar un escrutinio aún más riguroso y estricto de la situación. Así, se manifestó:

> "... La acción de desalojo no constituye la vía idónea para dilucidar la cuestión referida al *ius possidendi* y al *ius possessionis* (...) El proceso de desalojo no resulta la vía procesal idónea para debatir y dilucidar cuestiones relativas al mejor derecho a la posesión, la posesión misma o la disputa acerca de cuál de los contendientes tiene mejor derecho para acceder al dominio en función de sus antecedentes, pues tales son cuestiones propias de las acciones posesorias, petitorias o contractuales (CNApel. en lo Civil, Sala I, del 21/04/2005, 'López, Antonio c/ Ocupantes inmueble calle ... PA y otros', DJ 03/08/2005, 1002; STJRN., Se. N° 58/2006, 'Añahual'); ...".[72]

5.9.4. Obligación de restitución de tierras indígenas

En relación con la obligación estatal de restituir las tierras indígenas existen algunos antecedentes jurisprudenciales que tratan sobre las respuestas inadecuadas del Poder Judicial frente a casos de integrantes de las comunidades indígenas que son procesados penalmente por el delito de usurpación, porque realizan sus prácticas ancestrales de uso en tierras que no están inscriptas como propias o cuando intentan recuperar tierras que

(70) Fallo cit.

(71) Quiroga Lavié, H., *op. cit.*, p. 413.

(72) STJ Río Negro, "Ogilvie, John G. y otra c/Galván, Santiago y/u Ocupantes s/ Desalojo s/ Casación", sentencia del 07/07/2007, voto del Dr. Luis Lutz, párr. 35.

les pertenecieron. Uno de los fallos expresa "... resulta atípico usurpar lo que uno tiene como propio o que le pertenece, sería como hurtar lo que a uno entiende le pertenece o que no es ajeno. Usurpar es ocupar en todo o en parte una cosa que se sabe ajena que está en poder de otro, es como decir que se hurta una cosa total o parcialmente ajena...".(73)

También se señaló que "... 'como la forma imprudente o negligente no está prevista para la usurpación, al existir un error de tipo excusable —que excluye el dolo, dejando subsistente la culpa—, por falta del aspecto subjetivo, la conducta del encausado es atípica' (CNCC, Sala IV, 27/09/1990, "B., D. H.", c. 38.292.) ...".(74) Asimismo, se indicó "... no invocándose el uso de violencia contra las personas o las amenazas contra las mismas, no puede verse configurado el delito de turbación de la posesión, que además exige la intención de poseer (...) (CNCorr., Sala IV, 5-8-82, 'S., L. A., JA) ...".(75)

6 | Conclusiones

El sistema jurídico argentino no ha sido ajeno a los importantes cambios producidos a nivel global en la relación de los Estados con los pueblos indígenas. Al igual que muchas otras constituciones de América Latina, ha incorporado, en la última Reforma Constitucional de 1994, derechos específicos de los pueblos indígenas. De esta forma, se inscribe bajo el paradigma de protección de la diversidad cultural, abandonando el viejo modelo asimilacionista e integracionista instalado desde la Constitución de 1853, y deja atrás "... un largo período de 'ceguera' o 'daltonismo' donde se 'veía' un solo mundo (el de los blancos europeos) ...".(76)

Los juristas argentinos han dado distintas razones para afirmar la necesidad de avanzar con una visión pluralista de los derechos y la cultura. En una primera dimensión, el reconocimiento de derechos específicos de los

(73) Juzg. Correccional de la IV Circunscripción Judicial Junín de los Andes, "Antimán, Víctor Horacio y Linares, José Cristóbal s/ usurpación", fallo cit., consid. 2.

(74) Juzg. de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° 2 San Carlos de Bariloche, "Figueirido, Bárbara s/ dcia. Usurpación", fallo cit., consid. II.

(75) *Ibid.*

(76) Quiroga Lavié, H. y otros, *op. cit.*, p. 324.

pueblos indígenas tiene un carácter simbólico-reparatorio.[77] Este reconocimiento también está vinculado con una reformulación de la idea de igualdad y no discriminación que incluso trasciende la teoría de la protección específica de los grupos en situación de vulnerabilidad social (que implica adoptar medidas específicas y adicionales respecto de grupos desaventajados para lograr la igualdad material de oportunidades)[78] para "... alcanzar la igualdad real por el reconocimiento de la diferencia de cada etnia con sus datos culturales y materiales...".[79]

Los derechos de los pueblos indígenas están hoy regulados con máxima jerarquía en Argentina, a través de la consagración específica que en la materia efectúa el art. 75 inc. 17 y por el otorgamiento de jerarquía constitucional a un conjunto de tratados de derechos humanos que realiza el art. 75 inc. 22.

Desde el punto de vista de la interpretación normativa, el juzgador y los operadores jurídicos, en general, deben realizar una interpretación armónica entre las normas de la misma jerarquía de manera de lograr salvaguardar la unidad del orden jurídico.[80] En esta tarea, es fundamental tener presente la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos y sus principios de interpretación, entre los que se destacan los principios generales del *pacta sunt servanda* y buena fe, el principio *pro homine*, el sentido dinámico y evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos y la regla de adecuación de la legislación interna a la internacional.

Junto con ello, en nuestro país, la Corte Suprema ha desarrollado una conteste jurisprudencia relacionada no solo con el deber de cumplir las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos sino, además, referida al deber de tener en cuenta la interpretación que los órganos de control y aplicación efectúan de sus disposiciones.[81]

(77) Véase en este sentido los trabajos citados de Bidart Campos, Quiroga Lavié y María Angélica Gelli.

(78) Para estudiar detenidamente distintas posiciones teóricas al respecto se recomienda ver Gargarella, R., *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.

(79) Quiroga Lavié, H. y otros, *op. cit.*, p. 324.

(80) Véase al respecto la obra de Bidart Campos, *op. cit.*, p. 319.

(81) Véase en este sentido el *leading case*: CSJN, "Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación", sentencia del 07/04/1995, consid. 11. Al respecto, tanto la Corte IDH como la CSJN han señalado que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo el control de

Desde esta óptica, la interpretación de los derechos territoriales previstos en el art. 75, inc. 17 deberá conformarse y adecuarse siempre a los estándares internacionales de los derechos humanos en la materia. Una solución diferente podría dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado argentino y, lo que es más grave, pondría en riesgo los más valiosos consensos internacionales alcanzados para proteger a la persona humana.

Sin perjuicio de ello, a la luz de la normativa internacional específica en materia indígena y del art. 75, inc. 17, teniendo en cuenta la interpretación que viene haciendo de esta disposición constitucional la doctrina, la jurisprudencia y la convención constituyente que le dio origen, surge con claridad que en el ordenamiento jurídico argentino:

1. Se incorporó el paradigma de protección de la diversidad cultural como un hecho irreversible, reconociendo y respetando la identidad de los pueblos indígenas. Esto implica respetar sus costumbres, tradiciones, cosmovisión, su derecho consuetudinario, su derecho a autodeterminarse y a decidir sus propias prioridades de desarrollo. Se trata, además, de un reconocimiento instrumental que debe guiar la interpretación de todos los derechos indígenas.

2. Se reconoce la preexistencia de las comunidades y pueblos indígenas a la creación del propio Estado argentino. Es decir, se admite que los pueblos y comunidades indígenas ya estaban en estas tierras, lo que implica que su herencia étnica y cultural ya no puede desconocerse y, a partir de tal reconocimiento, se les aseguran una serie de derechos relacionados con su ser y su cultura.

3. Los derechos indígenas son operativos y los poderes públicos deben realizar esfuerzos para asegurar el contenido mínimo esencial de estos derechos a todas las comunidades indígenas y promover sus derechos mediante leyes, políticas y medidas de acción en general. El hecho de que se trate de derechos con insuficiente desarrollo interpretativo no puede funcionar como obstáculo para incumplirlos. Por su lado, la falta de recursos provenientes de la Nación no es un argumento válido para que una provincia incumpla sus obligaciones internacionales.

4. Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas como nuevos sujetos colectivos, más allá de los derechos individuales que le correspondan a cada uno de sus integrantes. Estos sujetos son unidades sociopolíticas con una identidad

constitucionalidad, sino también de convencionalidad. Es decir, deben verificar que los actos y la normativa del derecho interno se adecuen a las disposiciones de los tratados de derechos humanos. En esa labor, "el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana" (ver Corte IDH, "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/09/2006, Serie C, N° 154. Véase también la doctrina de Fallos: 330:3248 y 333:1657).

especial y características singulares que los diferencian de cualquier otra forma asociativa reconocida por el ordenamiento jurídico. El reconocimiento de la preexistencia implica que, desde la Reforma de 1994, las comunidades indígenas tienen una realidad jurídica previa a su inscripción en registros estatales y que el Estado no les "otorga" la personalidad jurídica, sino que solo constata su preexistencia y la declara mediante un acto administrativo.

Además, al efectuar el reconocimiento como sujeto, el Estado no puede imponer requisitos y obstáculos ajenos a su cultura, sino que debe respetar sus autoridades tradicionales, mecanismos de toma de decisiones, formas de organización interna y derecho consuetudinario en general, con el fin de cumplir el mandato de respetar la identidad cultural. La conciencia de la identidad como indígena y el autoreconocimiento es el criterio legal para el reconocimiento del grupo como comunidad indígena y lo que fundamenta el pedido una personería jurídica como tal.

5. En relación con el derecho a la tierra y al territorio, el derecho argentino consagra el deber de las autoridades de:

   a) Formalizar legalmente las tierras y territorios indígenas a través de una figura inédita para el derecho argentino como lo es la propiedad de carácter comunitario (art. 75, inc. 17 CN, art. 14.1 Convenio 169, art. 26.3 DNUDPI). Se trata de una forma legal que viene a reconocer un modo de relacionarse con la tierra que existía en los hechos antes de la formación del Estado argentino, que fue liquidada con su creación, y que subsistió en Argentina pero, en muchos casos, sin protección legal y que en nada se relaciona con la propiedad individual proveniente de la tradición romanista que se encuentra emplazada en el Código Civil.

   b) Definir qué tierras deben ser formalizadas mediante la propiedad comunitaria.

      - Aquellas que las comunidades vienen ocupando de manera tradicional. Esta noción de tradicionalidad introducida por el texto constitucional (art. 75 inc. 17), el Convenio 169 (art. 14.1.d) y la DNUDPI (art. 25) se refiere esencialmente al modo especial de las comunidades indígenas de relacionarse con la tierra. Tal modo incluye la noción de territorio (art. 13.2 del Convenio 169 de la OIT) que engloba no solamente formas particulares de manejo y vínculo con los recursos naturales como el uso de espacios adicionales a los del asentamiento o prácticas nómadas o seminómades, sino que también expresa un vínculo espiritual, religioso, simbólico y cultural que ahora debe ser protegido. Cuando la Constitución Nacional elige referirse a la tradicionalidad antes que a la ancestralidad, toma en cuenta los desplazamientos y movilizaciones históricas y los cambios culturales producidos a lo largo del tiempo en 'sentido dinámico histórico actual'.

- Otras tierras adicionales para asegurar el desarrollo adecuado de las comunidades. El objetivo de esta entrega está vinculado con la necesidad de asegurar que los pueblos y comunidades puedan manejar una cantidad suficiente de tierras que les asegure su supervivencia como pueblo organizado y el desarrollo de su identidad con dignidad. De esta manera, queda consagrado también el derecho de las comunidades indígenas de recuperar tierras.

c) Garantías o protecciones del derecho a la tierra y al territorio. La legislación argentina ha asumido el deber de proteger las tierras y territorios indígenas que deben servir de sustento para los pueblos y comunidades y también como espacio para preservar su identidad étnica.

- Prohibición de traslados o derecho de arraigo. El derecho de arraigo[82] a ese espacio significa que el Estado no puede trasladar a las comunidades indígenas de sus territorios (art. 10 de la DNUDPI) y la consecuente obligación de otorgar una indemnización cuando el traslado se produce por razones de fuerza mayor y con consentimiento de la comunidad.

- Restricciones a la propiedad. Dichas restricciones limitan las facultades de disposición de las tierras sobre la base de que se trata de proteger y conservar un bien cultural que debe existir para las generaciones venideras. Así, la CN reputa que la propiedad comunitaria no puede enajenarse, transmitirse ni es susceptible de gravámenes o embargos. Algunos autores indican que, de este modo, la norma fundamental coloca a la propiedad comunitaria indígena fuera del comercio y, por esa razón, jamás podría ser objeto de expropiación o adquirirse por prescripción adquisitiva. Como se trata de una restricción prevista en normas de máxima jerarquía cualquier acto que la contradiga resultaría de carácter nulo.

- Protección de la posesión comunitaria. El Estado debe adoptar medidas concretas para proteger la posesión comunitaria indígena de intrusiones o afectaciones por parte de terceros de manera que puedan reproducir plenamente su forma de relacionarse con el territorio. Esta forma de posesión tampoco tiene relación con la posesión prevista en el Código Civil, por lo que no se puede exigir el cumplimiento de los actos posesorios previstos en esta norma. Por el contrario, por el mandato constitucional, toda ocupación tradicional desplegada por una comunidad indígena constituye posesión comunitaria sin que pueda pretenderse ningún otro recaudo adicional.

- Garantía de consulta y participación. El derecho argentino también consagra expresamente el derecho de las comunidades indígenas a ser con-

(82) En alusión a la terminología utilizada por Quiroga Lavié, H. y otros, *op. cit.*, p. 338.

sultadas cuando el Estado vaya a adoptar cualquier medida que pueda impactar en la forma de vida de los pueblos indígenas. Se trata de un derecho en sí mismo, pero también funciona como garantía instrumental para proteger la tierra y el territorio de las comunidades y los pueblos. Promueve un ámbito de interacción con el Estado y los pueblos y comunidades indígenas para resolver de manera consensuada cómo manejar y prevenir eventuales daños culturales. Además, la Constitución Nacional se refiere de modo expreso al deber estatal de asegurar la participación en la gestión de los recursos naturales. Esta participación ha sido definida como un "derecho-deber" de las comunidades indígenas por el Máximo Tribunal de la Provincia de Salta.[83]

- Garantías de estudios de impacto ambiental, participación en los beneficios y protección judicial mediante procedimientos adecuados para asegurar el derecho a la tierra y al territorio, entre los que se encuentra la previsión de un mecanismo legal para restituir tierras indígenas. En el ordenamiento argentino estas garantías provienen fundamentalmente de los instrumentos internacionales en materia de derecho indígena y de la interpretación de los tratados generales por parte de los órganos de derechos humanos, como por ejemplo, de los arts. 8°, 21 y 25 CADH.

Finalmente, en relación con la jurisprudencia relevada, se puede visualizar que, desde el año 2000, comienzan a proliferar juicios de distinta naturaleza en los que se discute y aplican los derechos humanos de los pueblos indígenas. La falta de definición de un procedimiento legal adecuado de delimitación y titulación, sumado a la ausencia de claridad sobre cuáles serían las acciones y recursos legales apropiados para proteger los derechos territoriales indígenas —en particular, la posesión y la propiedad—, ha dado lugar a la utilización de diferentes estrategias legales, que han tenido resultado diverso. Se han impulsado demandas por prescripción adquisitiva[84] para hacer efectiva la propiedad comunitaria en las que algunos jueces, pese a fallar a favor de las comunidades indígenas, han resaltado su ineficacia e inconveniencia para asegurar la propiedad comunitaria indígena pues, como tiene una naturaleza distinta a la propiedad privada, requiere de otro tipo de requisitos y pruebas. Por ejemplo, la posesión

(83) STJ Salta, "Comunidad Eben Ezer vs. Everest SA; Secretaría de Medio Ambiente de la Provincia de Salta - amparo - recurso de apelación", fallo cit.

(84) Véase STJ Jujuy, "Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero - Pueblo Ocloya c/ Cosentini, César Eduardo", fallo cit.; Juzg. de 1° Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la V Circunscripción Judicial Chos Malal, "Comunidad mapuche Huayquillán c/ Brescia, Celso Armando y otro s/ prescripción adquisitiva", fallo cit.; CCiv. y Com. Jujuy, Sala I, "Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy", fallo cit.

"pública, pacífica y continua" que muchas veces no puede ser acreditada por las comunidades indígenas a raíz de las interrupciones que sufren por desplazamientos en sus territorios o directamente porque los actos en que se manifiesta la posesión no son de aquellos tradicionalmente abarcados por el derecho civil.

También se han admitido acciones legales de amparo para proteger la propiedad comunitaria indígena, a través de las cuales se ha llegado a ordenar la restitución de tierras indígenas.(85) Sin embargo, en varios casos, la acción legal de amparo ha sido denegada para hacer efectivo el derecho a la propiedad comunitaria,(86) aunque admitida para proteger la posesión y establecer el deber estatal de delimitar las tierras indígenas.(87)

Asimismo, en el caso del "Lof Casiano...", se ha intentado que se reconozca la propiedad comunitaria en el marco de un desalojo o de una acción de inconstitucionalidad, tal como sucedió en el caso de "Lof Leufuche...", pero tales peticiones fueron denegadas.

Esta falta de definición sobre las vías legales adecuadas para proteger la propiedad comunitaria tiene un grave impacto en el acceso a la protección judicial del derecho a la tierra y al territorio, por lo que requiere ser urgentemente revertida teniendo en cuenta la especificidad de la propiedad comunitaria indígena, en el sentido de que no se trata de un derecho de naturaleza económica o pecuniaria sino que, con ella, se protege la vida cultural de los pueblos y comunidades.

Paralelamente a esta desprotección legal y judicial, el análisis de la jurisprudencia evidencia el hostigamiento de la vida cultural indígena a

(85) Véase Trib. Cont. Adm. Jujuy, "Andrada de Quispe Rosalía Ladiez y Otros c/ Estado Prov.", fallo cit.; Juzg. de 1ª Inst. N° 1 de Instrucción de Pico Truncado, "Paisman, Rubén Alejandro c/ Consejo Agrario Provincial s/ Acción de amparo", fallo cit.; STJ Río Negro, "CODECI de la Provincia de Río Negro s/ Acción de amparo", fallo cit.

(86) Véase Cám. Cont. Adm. San Miguel de Tucumán, "Comunidad Indígena de Quilmes vs. Superior Gobierno de la Provincia de Tucumán s/ Amparo", sentencia del 21/11/2002; Juzg. Fed. Orán, "Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/ Estado Nacional s/ amparo", fallo cit.; STJ Salta, "Taritolay, Elvira; Zambrano Delia y otros vs. Provincia de Salta - amparo - recurso de apelación", sentencia del 27/11/2009.

(87) Véase Juzg. Fed. Orán, "Comunidad El Traslado Cacique Roberto Sánchez y Comunidades de Zopota y El Escrito Cacique Bautista Frías c/ Estado Nacional s/ amparo", fallo cit.

través de la promoción de juicios de desalojo o investigaciones penales en las que se persigue a miembros de las comunidades como usurpadores de sus propias tierras. Si bien los juicios por usurpación suelen ser rechazados, en la mayoría de los casos con invocación de normas específicas de derechos indígenas, la proliferación de este tipo de juicios evidencia los niveles de criminalización en las estrategias de defensa por el territorio librada por las comunidades. Una interpretación similar puede realizarse en relación a las sentencias relevadas que deciden juicios de desalojo, aunque cabe destacar que varios órganos de derechos humanos de la ONU vienen señalando su preocupación por el incremento de los desalojos ejecutados de hecho, o con orden judicial, contra las comunidades.

Finalmente, se han registrado avances relativos a la protección del derecho de consulta y participación indígena en los que se han admitido acciones legales de amparo y también discusiones vinculadas con el derecho a la personería jurídica en el marco de acciones de prescripción adquisitiva o de amparo.

En definitiva, a veinte años de la Reforma Constitucional de 1994, todavía queda un largo camino por recorrer para que las comunidades y pueblos indígenas argentinos puedan disfrutar, en la práctica, de sus derechos territoriales. Sin embargo, algunos operadores judiciales han demostrado una gran flexibilidad para interpretar el derecho, para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos y para suplir los vacíos legales existentes en esta materia.

La libertad de expresión en la Argentina

Apuntes sobre la audiencia temática convocada por la CIDH

por **SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN**[1]

El día 1 de noviembre de 2013 se llevó a cabo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o la Comisión) una audiencia temática de carácter general respecto de la situación de la libertad de expresión en la Argentina solicitada por un grupo de periodistas de este país. Ésta fue convocada en los términos del art. 66.1 del Reglamento de la CIDH.

La solicitud de audiencia fue firmada por los periodistas Magdalena Ruiz Guiñazú, Joaquín Morales Solá, Nelson Castro, José Eliaschev, Luis Majul, Alfredo Lewkowicz y Mariano Obarrio. Los firmantes se presentaron ante la Comisión como "periodistas independientes" que ejercen su profesión "en diversos medios periodísticos, tanto gráficos, como radiales o televisivos".

I | Algunas consideraciones previas

Más allá del carácter de la presentación de los periodistas y de su indiscutible trayectoria; puede advertirse que, gran parte de su presentación —es decir, lo que podría ser considerado como el núcleo de hechos más relevante a su entender—, se centra en los perjuicios que los criterios de reparto de publicidad oficial causa en las empresas periodísticas en la que

(1) Documento elaborado por la Coordinación de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos en Materia de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación.

ellos trabajan y el descrédito que sufren dichas empresas a raíz de posturas o declaraciones oficiales. Así, de la lectura de la presentación, resulta difícil discernir si los firmantes se presentan estrictamente en su propio nombre o bien resultan portavoces de las empresas periodísticas para las que, en definitiva, trabajan.

La importancia de ello radica en la evidente falta de legitimación de las personas jurídicas para presentarse ante los órganos internacionales de protección de derechos humanos; lo que debería alertarnos acerca de la posible utilización del sistema interamericano de manera que podrían desvirtuarse los fines para lo que éste fuera concebido.[2]

En ese sentido, cabe recordar el carácter eminentemente subsidiario que poseen los mecanismos internacionales de protección de Derechos Humanos. En efecto, es bien sabido que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención Americana es de carácter esencialmente subsidiario y que, el Preámbulo de dicha Convención, es claro a ese respecto cuando se refiere al carácter de mecanismo de refuerzo o complementario, que tiene la protección prevista por el derecho interno de los estados americanos.[3]

Si bien se entiende que el principio de subsidiariedad no resulta aplicable como fundamento de rechazo de este tipo de audiencias de situación, cabe resaltar que el Estado Argentino cuenta con mecanismos institucionales efectivos y disponibles a los fines de dar respuesta a reclamos como los expuestos en la presentación de los periodistas.

Para ilustrar esta afirmación, pueden citarse algunos fallos judiciales de tribunales internos en los que se ha dado respuesta a diversos reclamos. Entre ellos, podemos destacar aquellos relacionados con recla-

(2) En efecto, en el caso Ivcher Bronstein vs. Perú, el peticionario, ciudadano peruano por naturalización y accionista mayoritario del Canal 2 de la televisión peruana, denunciaba el despojo arbitrario de su nacionalidad con el objeto de desplazarlo del control editorial de dicho canal y de coartar su libertad de expresión. En dicha denuncia el peticionario había presentado su denuncia ante la CIDH a título personal, como accionista de dicha emisora. Véase Corte IDH, "Caso Ivcher Bronstein vs. Perú", Reparaciones y Costas, sentencia del 06/02/2001, entre otros.

(3) CIDH, Informe N° 11.673, Informe N° 39/96, *Santiago Marzioni*, Argentina, 15/10/96, párr. 48. Véase también: CIDH, Informe 46/96, Caso 11.206, "Juan Milla Bermúdez", Honduras, 17/10/96, párrs. 31 y 32, entre otros.

mos contra sentencias que imponían la obligación de resarcir el daño moral sufrido por un particular como consecuencia de la publicación de una nota periodística, ya fuera por aspectos relacionados con cuestiones índole público,[4] por aplicación de la doctrina de la real malicia,[5] o bien por la disconformidad con los criterios de distribución de publicidad oficial.[6]

Lo expuesto da cuenta de una actividad institucional al interior del Estado Argentino que resulta adecuada a los fines de analizar y dar respuestas a los reclamos de los y las periodistas; así como también de los medios de comunicación que puedan sentir afectados alguno de sus derechos. Dichos mecanismos no han dado muestras de ineficacia o indisponibilidad toda vez que, inclusive, la propia Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual ha visto suspendidas algunas de sus previsiones durante cuatro años a causa de la vigencia de medidas cautelares ordenadas por el Poder Judicial.

Otro aspecto a tener en consideración se relaciona con la magnitud de la situación descripta por los firmantes. Así, al analizar los comunicados de prensa de la propia Comisión podemos advertir el especial interés que la situación de los y las periodistas en las Américas y la defensa de la libertad de expresión concitan en ella.

En este sentido, debe señalarse que durante el año 2013 se emitieron trece comunicados de prensa relacionados con la situación de la libertad de expresión y/o de periodistas. Dicha labor se ha centrado en la situación imperante y/o hechos acaecidos en Brasil —cinco comunicados—, México —dos comunicados—, Colombia, Ecuador, Estados Unidos y Honduras —un comunicado por país—.

(4) CSJN, "Patitó José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros", 24/06/2008.

(5) CSJN, "Di Salvo Miguel Ángel c/ Diario La Mañana s/ daños y perjuicios", 19/05/2010 y "Canavesi, Eduardo Joaquín y otra c/ Diario El Día Soc. Impr. Platense SACI s/ daños y perjuicios", 08/06/2010.

(6) CSJN, "Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia de", 05/09/2007; "Radiodifusora Pampeana S.A. c/ La Pampa, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", 22/12/2008; "Editorial Perfil S.A. y otro c/ E.N. – Jefatura de Gabinete de Ministros – SMC s/ amparo ley 19.986", 02/03/2011 y "Arte Radiotelevisión Argentino S.A. c/ Estado Nacional JGM - SMC s/ amparo ley 16.986", 11/02/2014.

Si bien esta breve reseña se reduce al año 2013, resulta adecuada a los fines de observar la situación en la que se encuentran los trabajadores de prensa en diversos países y, al mismo tiempo, la profunda distancia entre esas situaciones y los hechos presentados por la Relatoría en sus informes anuales relacionados con nuestro país.

Es más, sólo un hecho ocurrido en la Argentina en los últimos años ha justificado la emisión de un comunicado de prensa por parte de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (la Relatoría o la Relatoría LDE).

En efecto, con motivo del lamentable suceso en el que fuera asesinado el periodista del periódico *Mundo Villa*, Adams Ledesma Valenzuela, ocurrido el 4 de septiembre de 2010, la Relatoría manifestó su preocupación por ese hecho solicitando "a las autoridades una investigación oportuna y efectiva que revele las causas del crimen e identifique y sancione a los autores materiales e intelectuales".[7] Asimismo, cabe señalar que, de la investigación de esos hechos, resultó, en primera instancia la condena a 18 años de prisión de Cristián David Espínola Cristaldo por el asesinato de Ledesma Valenzuela. Dicha circunstancia mereció la expresión de satisfacción de la Relatoría.[8]

Por otra parte, a fin de encontrar algún otro pronunciamiento similar por parte de la Relatoría respecto de la Argentina, debemos remontarnos al año 2000.[9]

2 | El desarrollo de la audiencia. Los argumentos de los peticionarios

Del escrito de solicitud se advierte que el reclamo de los periodistas se centra en dos aspectos:

I. La supuesta discriminación respecto del manejo de la pauta oficial, por medio de la que se presionaría a los distintos medios "más allá de lo tolerable en los límites de un Estado de derecho democrático". Asimismo, se denunció

(7) Comunicado de prensa R 92/10.

(8) CIDH, *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión*, 2012, párr. 29.

(9) Comunicado de prensa N° 30/00 y N ° 35/00, respectivamente.

la existencia de una práctica gubernamental directa sobre diversas empresas —supermercados y cadenas de electrodomésticos— a fin de que éstas se abstuvieran de pautar publicidad en determinados medios de comunicación.

2. Los supuestos ataques contra periodistas han afectado gravemente su imagen y prestigio; y se tradujeron en diversas presiones e intimidaciones.

En efecto, durante la audiencia, los peticionarios relataron algunos hechos que calificaron como persecutorios. Tal es el caso de manifestaciones de particulares realizadas en la vía pública para manifestar el rechazo a sus personas y actuaciones profesionales.[10]

En este sentido, los peticionarios sostuvieron que la libertad de expresión estaba siendo cercenada en la Argentina. Como supuesta prueba de ello, describieron un escenario en el que los periodistas —aún cuando reconocen poder escribir o decir lo que piensan— han "perdido la tranquilidad necesaria para ejercer plenamente su libertad [por lo que serían víctimas de una] censura indirecta".

Por último, se solicitó a la CIDH que efectúe una visita a nuestro país para constatar las denuncias que en la audiencia se presentaban.

Por su parte, el representante de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) —también presente en la audiencia— planteó que el Estado —en sus tres niveles: nacional, provincial y municipal— debía regular el tema de la pauta oficial de manera de evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad a fin de impedir su utilización en forma de premios y castigos. En tal sentido, sostuvo que es el Estado Nacional el que debe promover la legislación necesaria que establezca criterios objetivos y razonables de distribución de pauta.

(10) Magdalena Ruiz Guiñazú manifestó que, en el año 2010, fue objeto de un autodenominado "juicio ético y popular" mediante el que se le endilgaba haberse desempeñado como jefa de prensa del Ministerio de Economía durante la última dictadura cívico-militar. Asimismo, se agravió de la difusión que de ello hiciera el programa televisivo "6 7 8", emitido por la Televisión Pública. Por último, sostuvo que fue víctima de una campaña de desprestigio materializada en la pegatina de afiches en la vía pública. Por su parte, Joaquín Morales Solá también manifestó haber sido objeto de los juicios éticos antes mencionados; al tiempo que denunció una campaña en su contra tendiente a vincularlo con el gobierno de facto, vehiculizada a través de medios oficiales o de medios privados con supuesto financiamiento estatal.

3 | Los argumentos del Estado

En cuanto a la posición del Estado Argentino, podemos destacar tres grandes líneas argumentales:

1. El necesario análisis de la denuncia en el contexto de una política general de respeto, promoción y protección de los Derechos Humanos.
2. Los datos de las peticiones y casos que tramitan en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y de las causas judiciales sustanciados en sede interna.
3. El reconocimiento internacional que han cosechado las políticas de Derechos Humanos argentinas en general y, en particular, los avances en materia de libertad de expresión.

Los representantes estatales iniciaron su presentación dejando en claro que la audiencia había sido convocada bajo el formato de audiencia temática de carácter general, conforme a lo establecido en el art. 66.1 del reglamento de la Comisión. Por ello, se expresaron reparos respecto de la pertinencia de efectuar observaciones relacionadas con las consideraciones de carácter individual formuladas por los peticionarios.

Posteriormente, se procedió a analizar el contexto en el que dicha audiencia había sido concedida, teniendo en cuenta el rol preponderante de la República Argentina en el SIDH y señalándose el profundo compromiso con la promoción y protección de los DDHH en nuestro país desde la recuperación de la democracia y, con mayor profundidad, a partir del 25 de mayo de 2003.

Este compromiso, sostuvieron, se ha traducido "por un lado, en una política de apoyo y cooperación con los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos y, por el otro, en la suscripción y ratificación de todos los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, muchos de los cuales gozan de jerarquía constitucional".

La estrecha cooperación con el SIDH, manifestaron, se ha visto reflejada en una suerte de retroalimentación entre éste y la República Argentina; en tanto el sistema de peticiones individuales ha servido a nuestro país como "un mecanismo de alerta temprana, que permite a los estados identificar desafíos en materia de Derechos Humanos a partir de la experiencia de un caso individual, que puede servir de base para construir políticas públicas de mejoramiento institucional, aun a partir de peticiones formalmente inadmisibles".

En esa misma línea argumental, se ha destacado el liderazgo de la República Argentina en materia de suscripción de acuerdos de solución amistosa, muchos de los cuales arrojaron como resultado una importante labor de adecuación normativa y promoción de políticas de Derechos Humanos.

Por ello, los representantes del Estado entendieron que la Comisión debía analizar los argumentos presentados por los solicitantes de la audiencia dentro del contexto hasta aquí presentado.

En igual sentido, se resaltó que los datos que han surgido del propio sistema permitían arribar a conclusiones diametralmente opuestas con el escenario descripto por los peticionarios.

En efecto, el Estado Nacional presentó, en primer término, un cuadro comparativo de ingreso de peticiones al SIDH que demostró que el volumen de éstas había disminuido notablemente a partir del año 2003. Pero el dato más relevante para entender los reparos presentados por el Estado a la concesión de la audiencia es el número de casos y peticiones que se encuentran actualmente tramitando en el SIDH[11] y la incidencia que sobre ese número tienen los casos relacionados con la libertad de expresión.

Al respecto, el Estado expresó que sobre 254 casos y peticiones,[12] sólo el 1,66% de las denuncias presentadas están relacionadas con restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. En efecto, se sostuvo que

> "aun considerando los casos ya resueltos y archivados; desde el retorno de la democracia hasta la fecha, el sistema tramitó siete casos en total[13] de los cuales uno de ellos tuvo resultado favorable para el Estado Argentino —el *caso Juan José López*— y dos han sido objeto de una solución amistosa —*Verbitsky* ante la CIDH y *Kimel* ante la Corte IDH— que derivaron en reformas normativas que han impactado fuertemente en la región —tales como la derogación del delito de desacato y la despenalización

(11) El conjunto de casos y peticiones se encuentra conformado tanto por peticiones que aún no han obtenido informe que declare su admisibilidad o inadmisibilidad, como por casos admitidos por la CIDH o tramitando por ante la Corte IDH.

(12) Ante la CIDH, hay 203 peticiones en trámite; 37 casos admitidos por la Comisión y 14 casos ante la Corte IDH.

(13) También se aclaró que la totalidad de los casos mencionados se vinculan con hechos anteriores al 25 de mayo de 2003.

de las figuras de calumnias e injurias cuando se trate de expresiones relacionadas con asuntos de interés público—, yendo mucho más allá de lo dispuesto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos".

Otro argumento del Estado en la audiencia se basó en los datos que arrojaba la compulsa de causas judiciales en sede interna respecto de esta temática. Así, se sostuvo que, conforme la información producida por la Procuración del Tesoro de la Nación, no existía registro de juicio alguno promovido por los peticionarios relacionado con restricciones a la libertad de expresión en los que el Estado Nacional sea parte. Asimismo, según la información brindada por la Procuración General de la Nación (Ministerio Público Fiscal), tampoco existen causas judiciales incoadas por los peticionarios en los que se alegue menoscabos a la libertad de expresión.[14]

Como correlato de los datos aportados por el Estado, debe señalarse que, la falta de denuncias relacionadas con el cuadro de situación detallado por los peticionarios, hace verdaderamente difícil la tarea de encontrar elementos fácticos que sustenten lo alegado.

La última línea argumental del Estado se basó en la paradoja que resulta de analizar la situación denunciada por los peticionarios a la luz del amplio reconocimiento que ha tenido la política de Derechos Humanos de la Argentina en general y, en especial, de algunos aspectos relacionados con el pleno ejercicio de la libertad de expresión.

En primer lugar, debe resaltarse que existen numerosos ejemplos de sentencias de tribunales nacionales en las que se ha mencionado que las directivas de la Comisión constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.[15]

(14) Las únicas excepciones se registraban en dos denuncias radicadas por el periodista Luis Majul, una contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) (causa N° 2696/11, Juzgado Federal N° 11, Secretaría N° 22) y, la otra, sobre la supuesta violación de su casilla de correo electrónico (causa N° 6924/06 "N.N S/ delito de acción pública", Juzgado Federal N° 1, Secretaría N° 2 de San Isidro).

(15) CSJN, "Caso Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", 07/04/1995, Fallos 311:274 y "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad," causa N° 17.768, 14/06/2005, Fallos 328:2056.

En segundo lugar, puede señalarse que, en el marco de casos individuales del sistema interamericano, la República Argentina ha experimentado avances en políticas públicas relacionadas con el pleno ejercicio de la libertad de expresión, tanto relacionadas con cuestiones de índole penal como civil.

En cuanto al primer grupo, en virtud del caso Kimel vs. Argentina,[16] se sancionó la ley 26.551 que modificó artículos del Código Penal en relación al delito de calumnias e injurias.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Kimel había establecido que la tipificación de los delitos de calumnias e injurias en la forma contemplada por nuestro Código Penal, anterior a la reforma —arts. 109 y 110 respectivamente—, constituían una violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso, se cuestionó el proceso penal, la condena penal y sus consecuencias —incluida la acción civil accesoria— al que se vio sometido Eduardo Kimel por realizar y publicar una investigación sobre el asesinato de cinco religiosos pertenecientes a la orden palotina, ocurrido en nuestro país el 4 de julio de 1976 durante la última dictadura militar.[17]

Al respecto, cabe aclarar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha considerado que la utilización de la vía penal resultara necesariamente violatoria del art. 13 CADH. En efecto, en el párr. 78 de la sentencia mencionada, la Corte ha sostenido que

> "no estima contraria a la Convención cualquier medida penal, a propósito de la expresión de informaciones u opiniones. Pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales".[18]

(16) Corte IDH, "Caso Kimel vs. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008.

(17) Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Buenos Aires, Lohlé-Lumen, 1986.

(18) Corte IDH, "Caso Kimel vs. Argentina", cit., párr. 78.

En la instancia de revisión internacional, los representantes del Estado Argentino reconocieron que los tipos penales utilizados eran "susceptibles de ser aplicados para perseguir criminalmente la crítica política", por lo que "resultaban incompatibles con el art. 13 de la Convención". El Estado se allanó a las pretensiones de las partes señalando que la sanción penal al señor Kimel constituyó una violación a su derecho a la libertad de expresión y que la falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias importaba el incumplimiento del art. 2 de la Convención.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que el Estado Argentino debía adecuar en un plazo razonable su derecho interno a la CADH.

Lo dicho importaba en cuanto a la modificación o supresión de los tipos penales que refieren a la calumnia y a la injuria (arts. 109 y 110, Código Penal) para cumplir con los requisitos que impone el principio de legalidad (art. 9, CADH) y evitar que la aplicación de los mismos involucren restricciones indebidas a la libertad de expresión (art. 13, CADH). Pero, fundamentalmente, cumplir la aludida resolución significa cumplir con el mandato constitucional de conformar toda la legislación legal a lo establecido, entre otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, por la CADH. Ello, como es sabido, en virtud de que la última reforma constitucional estableció la jerarquía constitucional, conforme a l art. 75, inc. 22, de dichos instrumentos.

Así, la redacción actual de los artículos reformados dicen textualmente.[19]

> "Artículo 109: La calumnia o falsa imputación a una persona física determinada de la comisión de un delito concreto y circunstanciado que dé lugar a la acción pública, será reprimida con multa de pesos tres mil ($ 3.000.-) a pesos treinta mil ($ 30.000.-). En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas (Artículo sustituido por art. 1° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)".
>
> "Artículo 110: El que intencionalmente deshonrare o desacreditare a una persona física determinada será reprimido con multa

(19) Véase [en línea] http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm

> de pesos mil quinientos ($ 1.500.-) a pesos veinte mil ($ 20.000.-). En ningún caso configurarán delito de injurias las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas. Tampoco configurarán delito de injurias los calificativos lesivos del honor cuando guardasen relación con un asunto de interés público. (Artículo sustituido por art. 2° de la Ley N° 26.551 B.O. 27/11/2009)".

La misma ley modificó también los artículos 111, 112, 113 y 117 del Código Penal en sus partes pertinentes.

El artículo 109 reconoció expresamente que las personas jurídicas no tienen honor, poniéndole de este modo punto final a una vieja polémica. También le otorgó mayor precisión al tipo penal al establecer que el delito imputado falsamente debe ser concreto y circunstanciado. Asimismo, se suprimió la pena de prisión por la de multa y se despenalizaron totalmente las expresiones sobre asuntos de interés público o las que no sean asertivas.

En efecto, en el ámbito interamericano puede recordarse lo expresado por la propia Relatoría LDE de la CIDH en ocasión de reconocer públicamente la modificación de los delitos de calumnias e injurias, celebrando el reconocimiento de responsabilidad del Estado en el caso Kimel, el acto público de desagravio del que participó la propia Presidenta de la República, como así también la anulación de los efectos de la condena penal que pesaba sobre el citado periodista.

Cabe señalar así mismo que el caso Kimel ha sido considerado cumplido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos puesto que el Estado Argentino ha dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en la sentencia del 2 de mayo de 2008. En efecto, en su resolución de fecha 5 de febrero de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió "dar por concluido el caso Kimel, dado que la República Argentina ha dado cumplimiento íntegro a lo dispuesto en la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 2 de mayo de 2008", y, en consecuencia, decidió archivar el caso.[20]

(20) Resolución de la Corte Interamericana del 5 de febrero de 2013, puntos resolutivos 1 y 2.

Otro antecedente pertinente es el caso Verbitsky vs. Argentina del Registro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este precedente se arribó a un Acuerdo de Solución Amistosa en el año 1994.

El 5 de mayo de 1992 la Comisión recibió una denuncia del señor Horacio Verbitsky en contra de la República de Argentina. El peticionario, de profesión periodista, fue condenado por el delito de desacato; pues supuestamente, injurió al señor Augusto César Belluscio, Ministro de la Corte Suprema. Las autoridades argentinas consideraron que la publicación de un artículo en el que el periodista se refería al señor Belluscio como "asqueroso" era delito, de acuerdo con el artículo 244 del Código Penal que establecía la figura de desacato. Se alegaba violación de los artículos 8 —imparcialidad e independencia de los jueces—, 13 —libertad de pensamiento y expresión—, y 24 —igualdad ante la ley—.

El Acuerdo de Solución Amistosa se adoptó en septiembre de 1994. Uno de los puntos se refería al compromiso del Estado Nacional de derogar la figura penal de desacato. Esto fue cumplido con la derogación de la figura por ley 24.198.

Por su parte, en cuanto a los desarrollos relativos a cuestiones civiles, puede destacarse que en el Informe Anual de 2009 de la Relatoría LDE de la CIDH, se había observado que resultaba necesaria una modificación del Código Civil que evitara el uso desproporcionado de las sanciones pecuniarias; pues éstas también podían ser utilizadas como un mecanismo de censura al ejercicio del derecho a la libertad de expresión (párr. 2).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de analizar la legislación civil en materia de protección de la vida privada y la intimidad de las personas en la sentencia del caso Fontevecchia y D´Amico vs. Argentina.[21] Pese a haber sido cuestionada por los representantes de los peticionarios, la Corte Interamericana de Derechos Humanos entendió que en el presente caso no había sido "la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado, la cual no observó los criterios de necesidad mencionados".[22]

(21) Corte IDH: "Caso Fontevecchia y D'amico vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011.

(22) *Ibid.*, cons., 19

En efecto, la Corte sostuvo que dicha norma "en grado suficiente permite a las personas regular sus conductas y prever razonablemente las consecuencias de su infracción. De tal modo, que su aplicación resulte conforme a la Convención, dependerá de su interpretación judicial en el caso concreto".[23] La Corte entendió que "el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno establecida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho a la libertad de expresión, respecto de la legislación civil".[24] Por ello, puede sostenerse que la legislación civil en materia de libertad de expresión vigente en la Argentina resulta respetuosa de la Convención Americana.

Por otra parte, la Corte tomó nota de los cambios legislativos operados en nuestro país en materia de libertad de expresión, tales como la sanción de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, así como los cambios institucionales y jurisprudenciales ocurridos en la Corte Suprema en materia de libertad de expresión.[25]

En tercer lugar, cabe señalar que la presentación del Estado también hizo hincapié en las políticas proactivas impulsadas por el gobierno que procuran garantizar el libre y pleno ejercicio de la libertad de expresión. Éstas incluyen diversas iniciativas con impacto en distintos ámbitos de la vida pública en la República Argentina.

En efecto, los representantes estatales mencionaron, además de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual; la ley 26.571 de Democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral, la ley 26.736 Declaración de interés público de la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios, sumado a la resolución 210/2011 del Ministerio de Seguridad de la Nación.

La norma relativa a la democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral se vislumbra con un instrumento que garantice el pluralismo y la multiplicidad de voces. Dicha norma establece la distribución de los espacios de publicidad electoral en medios de comuni-

(23) Considerando 92.

(24) Considerando 96.

(25) Considerando 95.

cación por sorteo público. Este reparto se lleva a cabo con independencia de la cantidad de afiliados o recursos que disponga cada partido político.

La declaración del Congreso de la Nación de interés público de la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y de papel para diarios se ha concebido para "asegurar para la industria nacional la fabricación, comercialización y distribución regular y confiable de pasta celulosa para papel de diario y de papel para diarios" y "garantiz[ar] la igualdad de oportunidades y el acceso sin discriminaciones al abastecimiento de papel".

Por último, se ha destacado la resolución 210/2011 del Ministerio de Seguridad que creó una mesa de trabajo encargada de elaborar protocolos de actuación para las fuerzas de seguridad en el contexto de manifestaciones públicas. Asimismo, la resolución establece que los integrantes de dichas fuerzas deben respetar, proteger y garantizar la actividad periodística. Y quienes ejercen la función periodística no podrán ser molestados, detenidos, trasladados o sufrir cualquier otra restricción de sus derechos por el sólo hecho de estar ejerciendo su profesión durante la realización de manifestaciones públicas. A su vez, los efectivos de fuerzas policiales deben abstenerse de realizar acciones que impidan el registro de imágenes o la obtención de testimonios en esas circunstancias. Esta norma refleja el compromiso del gobierno nacional de no reprimir las manifestaciones o las movilizaciones públicas. En este sentido, la resolución expresamente afirma que las manifestaciones son una forma de ejercer la libertad de expresión y de peticionar ante las autoridades.

Más aún, la misma Relatoría se ha pronunciado favorablemente respecto de la sanción de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, al sostener que la misma constituía "…un importante avance respecto de la situación preexistente en Argentina".[(26)]

Este reconocimiento no se ha limitado al ámbito interamericano. En el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos podemos resaltar el pronunciamiento del Relator Especial para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de la Organización de las Naciones Unidas. Frank La Rue sostuvo que dicha norma constituía "un

(26) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 2009, Cap. II, párr. 11.

gran paso y un modelo para el continente"[27] al tiempo que ha sentado "las bases para un proceso de democratización del uso de los medios audiovisuales…".[28]

4 | La intervención de la CIDH

En uso de la palabra, la relatora LDE y los comisionados y comisionadas presentes formularon algunas observaciones y preguntas dirigidas tanto a los peticionarios como a los representantes estatales.

A los fines de sistematizar la exposición, dichas intervenciones pueden agruparse en las siguientes:

a. Preguntas a los peticionarios:

   1. Se consultó a los peticionarios si las críticas y reacciones contra los periodistas no podrían ser vistas como una manifestación espontánea, genuina, originaria de la sociedad civil que debe ser respetada como manifestación de la LDE. La respuesta de los peticionarios, si bien no se circunscribió necesariamente a la pregunta, se basó en el reconocimiento de que todas las personas, incluso los funcionarios, son titulares del derecho a la LDE. De todas formas, agregaron que lo que se encuentra fuera de ese derecho es la difamación que éstos practicarían sobre los periodistas.

   2. Por otra parte, se les preguntó si se ha efectuado algún tipo de denuncia o si se ha iniciado alguna causa judicial respecto del supuesto hostigamiento sufrido. Esta pregunta no ha obtenido respuesta alguna.

   3. Por último, se consultó acerca de cuáles son los obstáculos que existen para acceder a la información pública a los que se referían en la presentación. Este punto, lamentablemente, tampoco ha obtenido ningún tipo de referencia.

b. Preguntas al Estado:

   1. Las preguntas al Estado estuvieron casi exclusivamente dirigidas a la existencia de legislación que determine pautas o criterios objetivos destinados a regir el reparto de la publicidad oficial en la Argentina.Si bien los representantes del Estado alegaron que el Estado Argentino posee pautas

(27) Consejo de Derechos Humanos, 14º período de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la Promoción y Protección del derecho a la libertad de expresión, Sr. Frank La Rue, A/HRC/14/23, 20 de abril de 2010, párr. 11.

(28) *Ibid.*, párr. 73.

objetivas de reparto de publicidad y cumple con las sentencias emitidas por la justicia argentina, debe señalarse que de acuerdo al formato de la audiencia y del límite de tiempo existente no se ha podido transmitir con profundidad los argumentos que sostenían dichas afirmaciones. Como apoyo de la exposición, los representantes del Estado presentaron diversos gráficos que dan cuenta de la evolución de la pauta oficial y un análisis comparativo con la pauta privada, que fue aportado a la Comisión para su examen.

5 | A modo de cierre

Como corolario de la audiencia analizada, podemos señalar algunas conclusiones a destacar.

En primer lugar, puede observarse que los peticionarios no han podido determinar con claridad cuáles serían los elementos que permiten caracterizar la actualidad argentina como un escenario en el que la libertad de expresión se encuentra cercenada. Más aún cuando, esta situación no ha sido denunciada ni en sede interna ni en sede internacional, toda vez que las expresiones y opiniones manifestadas en diversos medios de comunicación por los periodistas mencionados, no puede considerarse una denuncia formal y, como tal, sujeta al análisis jurisdiccional.

Tampoco se ha logrado explicar con claridad de qué manera las expresiones de particulares, contrarias al accionar profesional de los periodistas mencionados, pudieran calificarse como una conducta que fuera más allá del ejercicio de su propia libertad de expresión, tal como lo analizara la propia Relatora LDE.

Además, debido a la duración acotada de la audiencia, los argumentos estatales respecto del cumplimiento de parámetros objetivos de reparto de publicidad oficial no pudieron ser desarrollados en su totalidad. No obstante, los representantes aportaron información relacionada a los fines de poner en conocimiento de la Comisión.

A modo de cierre, no podemos más que adherir a las palabras de los representantes del Estado, cuando sostuvieron que no se ha establecido la existencia de "razones objetivas para que el Estado Argentino haya sido convocado a una audiencia en sede internacional (…) sin un respaldo concreto que amerite la intervención, por definición extraordinaria de la Comisión".

Multiculturalismo, género y derechos humanos

Repensando la "defensa cultural". Repensando la cultura[1]

por **GUIDO L. CROXATTO**[2]

1 | Introducción

La "defensa cultural". Críticas y desafíos

"Aquellos que plantean argumentos liberales a favor de los derechos especiales de grupo, deben mirar con cuidado las desigualdades dentro de esos grupos".
Moller Okin

El derecho de salida, base de todo el edificio del multiculturalismo, constituye la única garantía real para el respeto entre culturas pero también entre países o Estados. Como sostiene John Rawls, es el respeto de ciertos derechos humanos básicos —que la doctrina suele reducir a los dere-

(1) Quiero agradecer y recordar muy especialmente al Dr. Eduardo Luis Duhalde, fallecido Secretario de Derechos Humanos de la Nación, porque fue con sus libros personales y recomendaciones que pude escribir este ensayo. Duhalde tenía plena conciencia de las tensiones existentes al interior de las democracias. La tensión entre género y cultura (entre feminismo y multiculturalismo) es una de esas tensiones, acaso la más compleja de todas.

(2) Abogado (UBA). Doctorando en derecho en la UBA. Becario CONICET. Ha realizado estancias de investigación en Kiel, bajo la dirección del profesor Robert Alexy, en Francia y en España, en la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Asesor de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

chos humanos de primera generación, civiles y políticos, subestimando la importancia operativa que, para poder ejercer estos mismos derechos, poseen los llamados derechos humanos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales, sin los cuales los derechos civiles no pueden nunca, en última instancia, ser ejercidos— el que garantiza la tolerancia (la paz, el equilibrio) entre países, culturas y Estados. El multiculturalismo como construcción ha ido un paso más allá, al reducir este debate, íntegramente, a un solo derecho: el derecho de salida. Esto quiere decir que una cultura (Rawls diría, un país) puede ser respetada/o o tolerada/o en tanto y en cuanto cada uno de sus miembros disponga, mínimamente, de ese derecho: el derecho a salir. Esto descarta toda intervención en esa cultura o país. Esto garantiza el respeto.

En América Latina, sin embargo, se ha advertido una derivación del multiculturalismo que opera en desmedro de los derechos de las mujeres. El punto crítico es, como fue mencionado, la forma en que ese derecho de salida se define. La constatación empírica de que las mujeres en muchas culturas (por ejemplo, indígenas) no tienen el derecho (ni la posibilidad concreta) de "salir", genera en las democracias el debate acerca de la legitimidad de políticas públicas o judiciales de respeto y tolerancia a esas mismas comunidades indígenas que lesionan —a la luz del Estado— derechos esenciales de la mujer. Libertades básicas. Judith Butler ha escrito que el desafío es promover el respeto de estos derechos (hoy lesionados) sin caer, del otro lado de la balanza, en formas solapadas "bien intencionadas" de imperialismo cultural.

Hay problemas formales. La forma en que se definen algunos derechos, por ejemplo, y el derecho de salida de las culturas está definido en forma excesivamente formal, de tal modo que las mujeres que debieran poder ejercerlo, no pueden hacerlo, no sienten que tengan esa opción, esa posibilidad, ese "derecho". Esto lleva a muchas mujeres indígenas a callar, por miedo. El problema central es cómo la justicia y el derecho latinoamericano, dominado por jueces varones, interpreta ese silencio. Este derecho será redefinido críticamente como una forma del derecho a la palabra. Sostendremos que un multiculturalismo que no defiende (sino que pone en peligro) los derechos humanos de la mujer ha dejado de ser, en realidad, lo que promete. Los derechos humanos de la mujer no pueden ser pensados ni vistos como un "límite" para el multiculturalismo, ya que sin esos derechos básicos no hay (y, en consecuencia, no debe hablarse de) multiculturalismo a secas.

Hay problemas materiales. Hasta dónde, en nombre del pluralismo y el respeto, se deben respetar prácticas lesivas de derechos humanos básicos. Claro que esto también —estos derechos humanos básicos también— se definen desde una determinada cultura; la contracara de estos problemas es el relativismo. Pero los DDHH suelen operar como una barrera universalista, como un piso mínimo. Son lo que el jurista italiano Luigi Ferrajoli denomina "la esfera de lo indecidible". El multiculturalismo ha ido, sin embargo, más allá, ha trascendido en parte este problema relativismo-universalismo centrándose en un solo derecho: el derecho de salida. Por eso es tan importante este derecho y por eso queremos profundizar su análisis. Porque en él reside una de las claves del multiculturalismo y la democracia contemporánea. Ese derecho es la bisagra que divide las aguas de lo legítimo y de lo intolerable. El problema está, como dijimos aquí, en cómo ese derecho elemental se define; eso es elemental para comprender de qué manera se ejerce.

Se debe determinar también si existe un doble estándar de tratamiento a la luz del multiculturalismo: cuando de por medio está la no asunción de una responsabilidad sobre abusos sobre las mujeres indígenas, muchos jueces suelen hacer lugar al multiculturalismo, pero no es así cuando de por medio de la defensa cultural —como objeto de esa misma defensa— están los recursos naturales o tierras fiscales).

En primer lugar, se debe brindar una definición de una práctica que ha crecido, como recuerdan Young y Okin, entre otras autoras, en los últimos veinte años. El avance del pluralismo jurídico, como parte del progreso de las democracias occidentales por constituir sociedades "abiertas", según Popper, ha generado conflictos no esperados al interior de esas sociedades democráticas. Conflictos generados al interior de la democracia.[3] El conflicto generado en los tribunales por la llamada "defensa cultural" es, acaso, el más complejo de todos ellos. Naturalmente, como recuerda Moller Okin, el hecho de que los actores —las víctimas— centrales de esos procesos o estas prácticas judiciales sean las mujeres hace, muchas veces, que no se le preste a estos fenómenos la debida atención.[4]

(3) Pero el conflicto, como afirma Jacques Rancière, es la esencia de la democracia.

(4) Okin subraya también que incluso los defensores de los derechos de grupo no toman debidamente en cuenta que los "grupos" no son a su interior tan homogéneos como sus defensores pretenden.

¿Por qué ponemos entre comillas las palabras "defensa cultural"? La razón es sencilla: porque la apelación a la cultura en los tribunales no sería, en muchos casos, otra cosa más que una excusa —un nuevo subterfugio jurídico— para evadir una responsabilidad. Para no asumir las consecuencias en la producción de un daño. Esto es lo que denuncia el feminismo norteamericano. Que la defensa cultural no es, por paradójico que parezca, la defensa de una cultura, sino que la apelación a la cultura es una estrategia, como subterfugio jurídico, para no asumir una responsabilidad legal en los tribunales.

Para determinar si es o no es un subterfugio, más que una genuina defensa de una cultura, es importante que todos los actores (hombres y mujeres, no solo varones) puedan dar su visión acabadamente sobre lo que conforma esa cultura. Sobre cuáles son sus prácticas, sus tradiciones, sus valores. Cuando las mujeres son excluidas, lo que la cultura significa para los hombres puede ser muy diferente —y a menudo lo es— de lo que significa para las mujeres. Lo que para muchos hombres puede formar parte de la cultura o de la tradición para muchas mujeres puede ser o significar abiertamente violencia. Trazar la línea entre una cosa y la otra (entre la violencia y la cultura, entre la violencia y la tradición) no siempre es sencillo. Menos cuando las mujeres no son escuchadas.[5]

"What is a cultural defense?", se pregunta Alison Renteln en su libro *The cultural defense*.

> "The cultural defense is a legal strategy that would enable courts to consider the influences that allegedly affected the behavior of a defendant or plaintiff in a given case. In a criminal

(5) "Es especialmente importante considerar las desigualdades entre sexos, por ser menos públicas y más difícilmente discernibles. Adicionalmente, las políticas diseñadas para responder a las necesidades y reclamos de las minorías culturales deben tomar en serio la representación adecuada de los miembros más débiles del grupo. Porque si el cuidado de los derechos de minorías culturales va a ser consistente con los fundamentos del liberalismo, no puede haber justificación para presuponer que los líderes auto-proclamados del grupo (ancianos y hombres), representan los intereses de todos los miembros grupo. A menos que las mujeres y específicamente las más jóvenes (ya que las mayores son obligadas a hacer cumplir las desigualdades de género) estén representadas en las negociaciones sobre los derechos de grupo, sus intereses pueden verse perjudicados, en vez de ser promovidos, sus garantías al ser otorgados estos derechos". Véase Okin, Susan M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999. Lo importante, como se observa, es el grado de representación propia de las mujeres. Su participación directa en los procesos culturales. Donde no hay participación, no puede haber "salida" como derecho. Y, en consecuencia, no puede haber "defensa cultural" para tolerar un abuso. No puede haber multiculturalismo.

> case it could result in a partial or complete excuse or it could be rejected entirely. (…) Cultural defenses are known to have been used in criminal cases involving animal slaughter, arson, bribery, child abuse, drugs, homicide, sexual assault, as well as many others types of offenses".[6]

La defensa de una cultura puede confrontar contra el eurocentrismo inherente de los sistemas jurídicos occidentales (también contra el eurocentrismo de los jueces)[7] y presentar como legítima la defensa de una tradición que esos sistemas jurídicos muy a menudo a priori criminalizan.[8] La defensa de una cultura puede ser siempre una defensa justa. Esto no significa, sin embargo, que toda conducta criminalizada por los sistemas jurídicos deba ser (o pueda ser) eximida en nombre de una cultura. Solo será así cuando queda claro cuáles son los límites de esa cultura y sobre todo, cuando todos los integrantes de esa cultura sean escuchados. No cuando hay excluidos. Cuando hay excluidos, la definición de la cultura —brindada en los tribunales— no dejará de ser una visión parcial. Esto no se arreglaría tampoco con antropólogos y peritos. Haría falta más: haría falta que las mujeres —víctimas de estas prácticas "ancestrales"— participaran activamente de estos procesos. Y sean escuchadas.

La denuncia del feminismo es doble: la apelación a la cultura no solo se usa para justificar daños graves que padecen las mujeres; a su vez, lo que es inseparable de lo primero, la voz de la mujer no es oída tampoco respecto de esa cultura que se le arroga como "propia". Son las dos caras de una misma moneda.

Ello sólo sucede si la mujer no tiene poder para definir la cultura en que vive. Si los tribunales no toman debidamente en cuenta su visión sobre esa cultura. Por eso se adopta (o se finge) la "salida" como último argumento. El problema es que, muchas veces, las mujeres no salen —no buscan salir tampoco— por miedo, por no considerar que esa salida de ese mundo (que se les impone) existe (y, mucho menos, pensar que existe un "derecho" a ella). Por el sencillo hecho de que salir —intentar salir— significa arriesgar su

(6) Renteln, Alison Dundes, *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

(7) Eurocentrismo que está también presente en la enseñanza del derecho.

(8) Por ejemplo, los indígenas mapuches que reclaman por tierras y que en Chile fueron procesados bajo la ley de terrorismo.

propia vida. No han sido educadas para pensar que una "salida" es posible. Que hay otro lugar que no es ése. El derecho toma esto invertido: cree que la mujer que no sale —que no "escapa" por miedo o desconocimiento de que es o sería posible— es una mujer que consiente. Una mujer libre. Conforme con "su cultura". Con todas las violaciones, privaciones y violencias que padece. Por eso es menester repensar la salida, a la vez que repensar la libertad de expresión de la mujer. Si la mujer no puede definir su cultura, entonces tampoco es libre para abandonarla. Si no puede hablar, no podemos presumir —y usar esa presunción legal (y cínicamente) para tolerar los abusos— que puede salir. No puede. Para definir lo segundo (la salida como derecho), es menester, entonces, definir bien lo primero: que en esa cultura (de la cual la salida se presume) existe también la libertad básica de poder alzar la voz libremente y contra esa misma cultura. Donde eso no es posible (por el motivo que fuera), la salida no puede existir nunca como un derecho. La presunción de salida se derrumba. Es una falacia. Y lo que el multiculturalismo necesita para sostenerse no es un riesgo o una posibilidad, es un derecho. El derecho de ser escuchado sin temor a ser reprimido, asesinado, silenciado es inherente y previo a toda "salida". En una cultura que reprime a las mujeres, no puede presumirse legítimamente que las mujeres tienen, sin embargo, ese derecho esencial de salida que necesita el multicultura lismo para sostenerse.

Sostiene Okin que

> "por lo general, entonces, la defensa de 'prácticas culturales' tiene mayor impacto en las vidas de mujeres jóvenes y niños que en la de los hombres y mujeres adultas, debido a que más del tiempo y la energía de las mujeres está dedicado a preservar y a mantener el lado reproductivo y familiar de la vida. Obviamente la cultura no es solo la de los hechos domésticos, pero ellos nos dan un enfoque importante de la mayor parte de las culturas contemporáneas".(9)

Y prosigue, más adelante, la autora, después de repensar los cruces entre género y cultura:

> "Pero lo más importante es que al no proteger a las mujeres y a los niños de minorías culturales, de la agresión, de la

(9) Okin, S. M., *op. cit.*, 1999.

> violencia de hombres y algunas veces de la violencia maternal, se están violando los derechos individuales del más débil mediante la defensa cultural. Cuándo una mujer originaria de sociedades patriarcales viene a Estados Unidos o en algunos casos a otros países occidentales liberales, ¿por qué debería ella estar menos protegida de la violencia masculina que las otras mujeres? Muchas mujeres de minorías culturales se han quejado de esta doble moral aplicada en beneficio de sus agresores".[10]

Cuando Okin denuncia una "doble moral" (en beneficio de los agresores de las mujeres), está denunciando el funcionamiento de la justicia. Está objetando prácticas argumentales que opacan la violencia que padecen las mujeres (por ejemplo, indígenas) en una cultura, basadas en que se sabe que negar esa violencia en una cultura es un requisito para preservar esa violencia también en otras culturas, donde esa violencia a menudo no es vista. Por eso Okin denuncia la defensa cultural en la justicia como una forma de "intercambio" entre culturas mayoritarias y minoritarias: el objeto de intercambio es la mujer. Como se advierte, esta crítica solo puede realizarse desde un enfoque próximo al esencialismo de género y no desde un feminismo no esencialista. Esto explica, también, porqué la "opción de salida" para muchas mujeres (por ejemplo, indígenas pobres) que predican las democracias más civilizadas del mundo no es en el fondo una salida real para esas mujeres, porque en esas mismas democracias que las predican como argumento para tolerar (abusos en) otras culturas, en rigor sucede que, cuando esas mujeres logran salir (es decir, logran ejercer su derecho), no son "bien acogidas": son maltratadas, discriminadas, excluidas, sometidas, violadas, encerradas, o deportadas, vinculadas a redes de prostitución o de tráfico de drogas. Desde esta otra óptica también se confirmaría la lectura de Moller Okin. Hay una doble moral. La opción para las mujeres termina siendo siempre la misma: elegir entre distintos tipos de violencia. A eso quedaría reducida la "salida" de la mujer.[11] En el fondo, la mujer no tendría adonde salir. Éta es la base del esencialismo de género. No puede salir. Para la mujer "no hay salida". Como dijimos, esto solo pu-

(10) *Ibid.*

(11) Por eso mismo el feminismo (esencialista) aspira, en el fondo, a redefinir el Estado.

ede entenderse desde un esencialismo de género, que trascienda en su crítica la situación de cada cultura y aspire a una lectura comprensiva de la situación de vulnerabilidad que viven las mujeres en casi todas las culturas. Y es que, como afirma Okin, el género es uno de los factores constitutivos —sino el más determinante— de todas las culturas. Vencer, entonces, los vicios de la defensa cultural que denuncia el feminismo esencialista es una forma de vencer la doble moral del derecho. La doble moral de la justicia. Es una forma de reivindicar los derechos humanos de la mujer.

Un ejemplo. Una mujer acaba de ser condenada por una Corte tribal en India a ser violada por doce hombres de la tribu (de su cultura) por no poder pagar una condena de 400 dólares, que le fue impuesta por haberse enamorado de un hombre de una tribu diferente. La Ministra de Información de India deploró enérgicamente esta práctica. Esta condena. Pero eso no evita que la violación se produzca (legalmente) en nombre del respeto de las tradiciones y de la "cultura" de las distintas comunidades que habitan en ese país. Que esa "condena" aberrante sea producto incluso de normas (de sistemas de normas) que son respetadas en nombre del multiculturalismo. Una violación, en suma, que es producto del derecho. La pregunta, una vez más, es dónde está el límite. En qué punto el "respeto" cultural (la cultura) se convierte en cómplice de la violencia. Qué entendemos por dignidad. Qué entendemos por derechos humanos (por género y cultura) y cómo logramos que estos derechos (que suponen siempre un piso universalista, donde las personas tienen una dignidad inherente —y, por eso pueden "salir": porque son fines, no medios de su cultura, objetos, cosas) sean compatibles con el respeto entre culturas— pero también precisar cuándo no lo son.

Los derechos humanos precisan un límite basado en la idea de dignidad, que impone tratar a toda persona —independientemente de la cultura en la que vive— como un fin, no como un medio.[12] Éste es el costado universalista de los derechos. "A pesar de la evidencia de las prácticas culturales que controlan y subordinan a las mujeres, ninguno de los defensores de los derechos de grupos o minorías culturales, ha

(12) Kant, I., *Metafísica de las Costumbres*, Bs. As., Losada, 1998.

encarado de manera adecuada los conflictos entre género y cultura o los conflictos entre el feminismo y el multiculturalismo", señala Moller Okin en su ensayo. Y agrega, analizando el pensamiento liberal de Kymlicka,

> "A pesar que Kymlicka con justicia opina que no se debe conceder derechos de grupo a los grupos minoritarios culturales que practican discriminación sexual, sus argumentos a favor del multiculturalismo no toman en cuenta lo que él reconoce en otros textos: que la subordinación de la mujer es a menudo informal y privada, y que virtualmente ninguna cultura en el mundo, minoritaria y mayoritaria, pueda pasar el test que él propone de 'ninguna discriminación sexual' en la esfera privada".

La desigualdad tiene que ver con los cruces entre género y cultura. Puede agregarse, en desmedro de lo que dice Okin, que incluso cuando esa discriminación sexual es abierta y formal, como ocurre en muchos países, aun así es legitimada por el multiculturalismo. El respeto de prácticas violatorias amparadas en la "cultura" es la última barrera que debe afrontar el género, la última barrera que debe afrontar el feminismo esencialista para revindicar los derechos humanos universales de la mujer. Esos derechos humanos aún no son universales; la barrera la ponen precisamente las distintas culturas. Las distintas "tradiciones" que debe repensar el derecho. El feminismo esencialista de género se opone precisamente a esta violencia pensada como consustancial de todas las culturas, ya que la inmensa mayoría de ellas está construida, como recuerda Okin, sobre la dominación de las mujeres. En algunas culturas esta dominación se observa más; en otras, tal vez, se observa menos, pero eso no quiere decir en modo alguno que esa violencia y esa dominación sobre la mujer no exista. Se encuentra en todas las culturas: en algunas, esa violencia es más formal; en otras, más informal; en algunas culturas esa violencia es menos evidente; en otras, como en la India, es más clara. Por eso este debate sólo puede darse y pensarse desde un feminismo esencialista. Porque el esencialismo cruza todas las culturas —el análisis de cada cultura— desde ese prisma primero: la sumisión, el sometimiento de las mujeres. Su ausencia de derechos y garantías. Su ausencia de libertad.

2 | Los derechos humanos de las mujeres
Entre la defensa de la cultura y la defensa de la dignidad

"¿Por dónde empieza el feminismo?", se pregunta Catherine Mackinnon. Y se reponde: "El feminismo comienza por la sencilla observación de que las mujeres son personas. Luego avanza sobre la más compleja observación de que se les ha negado, para su desventaja, tan simple reconocimiento".[13] El multiculturalismo no es ajeno a esta pregunta. Las críticas del feminismo de autoras como Moller Okin al multiculturalismo, como veremos en este ensayo, sintetizan este punto o esta falta que menciona Mackinnon. La falta de reconocimiento de la mujer como un ser con derechos. Con dignidad. Con libertades esenciales o básicas que le dan contenido a su carácter de persona. Que le permitan vivir en libertad. Libre de los abusos. Libres de la violencia. Esta violencia atraviesa, según el feminismo esencialista de género de autoras como Mackinnon, a todas las culturas. Sin embargo, el derecho penal no ha sido construido para oír o nombrar todas las violencias, como afirma Frances Olsen.[14] Solo algunas. Hay una gran parte de violencia (sobre las mujeres) que no es percibida por el derecho como tal. Como violencia. Sino que es vista y descripta y transmitida como tradición. Como norma. Como cultura. Como valores. Como espectáculo. Como libertad. Como emancipación sexual. Desnudar esto es el propósito esencial del feminismo norteamericano de Mackinnon. Hacer visible una violencia invisible. Que aún hoy el derecho no ve. Que se resiste a ser nombrada.

Según Amnistía Internacional, millones de mujeres en todo el mundo (140.000.000, probablemente más) han sufrido la mutilación de sus genitales (a muchas se les cose la vagina para que conserven la fidelidad, o para

(13) Véase Mackinnon, C. A.; "Integrando el feminismo en la educación práctica", en *Revista Academia,* año 3, n° 6, UBA, 2005, pp. 157/175.

(14) Olsen, F., "El sexo del derecho", en Alicia Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Bs. As., Biblos, 2000, pp. 25/42.

que lleguen vírgenes al matrimonio).[15] Alrededor de 8.000 niñas y adolescentes al día y 3.000.000 al año padecen la mutilación. Es una violencia silenciada y silenciosa, que no se denuncia. Al contrario. Se incorpora como "tradición". Como "cultura". Nosotros diremos que una mujer, una niña, con la vagina cosida no tiene ninguna "palabra", ni ninguna libertad, ninguna salida; una mujer a la que se le mutilan los genitales no es libre, no tiene libertad, está esclavizada desde que nace, aunque el derecho presuponga, para su propia comodidad, que es libre. Para esto, para legitimar esta práctica que busca controlar la sexualidad de la mujer, se esgrimen razones culturales y religiosas, pero también razones jurídicas. La argumentación jurídica ha dado forma en los últimos años —en las últimas tres décadas— a la llamada "defensa cultural" (*cultural defense*). En ella, un integrante de una comunidad determinada (fundamentalmente, varones de comunidades indígenas) esgrime razones culturales (el respeto de pautas culturales ancestrales propias) para no ser condenado(s) o juzgado(s) por la comisión de un delito. La inmensa mayoría de esos delitos cobra dos formas: delitos contra la propiedad y delitos contra las mujeres. Pero en cada uno de los dos casos la respuesta de la justicia, como veremos en este trabajo, suele ser muy diferente. En un caso se hace lugar al "multiculturalismo". En otro, no. Lo que dirime es lo que está de por medio: cuando hay de por medio reclamos de tierras fiscales, los Estados no se muestran proclives a aceptar la defensa cultural. Al contrario, reprimen duramente a las comunidades indígenas. Pero distinta es la actitud cuando de por medio están las mujeres. En esos casos, la justicia sí parece proclive a aceptar esa defensa y tolerar abusos o delitos. Este doble estándar —o doble moral— debe ser combatido. Esta doble moral expresa las contradicciones denunciadas por el feminismo entre el género y la cultura, donde la cultura parece constituida y defendida para dominar el género.

La foto de una joven mujer afgana con su nariz mutilada por su marido dio la vuelta al mundo hace pocos años. Pero su marido no había infringido la ley ni cometido delito alguno. Al contrario. Había respetado una cultura propia. Una tradición y un sistema legal y hasta un sistema de valores. Estos

(15) Estas intervenciones se hacen sin utilizar anestesia. Estas mujeres ven desde que nacen todo su cuerpo sometido a decisiones ajenas (de la cultura, la "tradición", los valores), que les producen, desde que nacen, inmenso dolor. Desde que nacen se sienten víctimas despersonalizadas. Cuerpos sin voz. Ni derecho.

son solo ejemplos de lo que muchas "culturas" —como dice Susan Moller Okin— hacen con la mujer. De la violencia que muchos denominan cultura o tradición. Pluralismo. De una violencia atroz que muchas veces se escuda en el derecho. Una violencia que es escondida por el propio derecho. Negada. La violencia de género es el problema más grave que enfrenta el derecho en América Latina.(16)

El objetivo de este ensayo, como dijimos, es responder a la famosa pregunta que se hiciera Susan Moller Okin, pensadora feminista, en uno de sus últimos trabajos en la Universidad de Princeton, *Is Multiculturalism Bad for Women? —¿Es el multiculturalismo malo para las mujeres?—*. Trataremos de responder a esa pregunta compleja (que todavía hoy interpela a los políticos y juristas argentinos, y pone en jaque a las políticas de género de la región sudamericana —donde las políticas de género, que buscan visibilizar la violencia que padecen las mujeres, conviven muchas veces con las políticas de respeto a las prácticas culturales ancestrales de distintas comunidades indígenas, entrando muchas veces, sin embargo, en contradicción con ellas—. El respeto a las prácticas culturales ancestrales ha supuesto, casi al mismo tiempo que la mujer conquistaba sus derechos, la conquista de otros derechos al respeto, que muchas veces, paradójicamente, entran en contradicción con aquéllos que ha conquistado la mujer. Por eso las políticas de género se deben repensar en el marco de un pluralismo jurídico y una democracia multicultural que no respeta solo a las mujeres, sino, como diría Moller Okin, a las comunidades que muchas veces defienden como cultura y tradición a prácticas lesivas de los derechos de la mujer, prácticas opresivas y violatorias que los varones indígenas denominan cultura e incluso derecho).(17)

Este es uno de los dilemas del derecho: el multiculturalismo parece entrar en contradicción con el feminismo y con los derechos humanos de la mujer.(18) La defensa de la cultura (la "*cultural defense*") parece entrar en

(16) No casualmente es la región con los mayores índices de desigualdad del mundo (ONU, CEPAL).

(17) Okin, Susan M., *Is Multiculturalism Bad for Women?...., op. cit.*

(18) Uno de los desafíos del multiculturalismo es, como dicen Fraser o Touraine, el desafío del reconocimiento. De un otro que busca ser reconocido. Ese otro muchas veces, como dice Simone de Beauvoir, es la mujer. Otro contra el cual muchas veces se edifica el derecho y se escriben los códigos. Véase De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, Bs. As., Sudamericana, 2007.

contradicción con la defensa del género. Con sus libertades básicas. Esta es la paradoja que queremos dejar planteada en este trabajo. Judith Butler diría: cómo respetar a la mujer indígena (cómo salvarla, cómo salvarle la vida) sin caer, al mismo tiempo, en alguna forma de imperialismo cultural. Esta es una contradicción del multiculturalismo y del derecho latinoamericano y argentino. (¿Es la idea de "dignidad" humana una idea necesariamente eurocentrista? ¿Debe descartarse por eso? ¿No se puede, entonces —sin quebrar el multiculturalismo—, apelar a la "dignidad" para salvar la vida de una mujer?). No existe, como veremos, para la mujer golpeada, mutilada, violada, un auténtico "derecho de salida" de las culturas que las oprimen. Culturas que las silencian y que, sin embargo, se les arrogan judicialmente como propias. La mujer está atrapada. Ese derecho de salida no existe. Porque la mujer no tiene palabra. La contradicción radica en que ese derecho, el pretendido "derecho de salida" (que el multiculturalismo presume que existe) está definido de tal modo que la mujer oprimida jamás puede llegar a ejercerlo. Si demostramos que ese derecho formal no es tal como el multiculturalismo lo define o presupone, entonces el multiculturalismo mismo podría naufragar como construcción teórica. Como edificio. Porque depende de él para no caerse. La mujer está encerrada y silenciada mientras el derecho finge o presupone que es libre. Que puede salir, cuando muchas veces no puede ni siquiera alzar su voz sin poner en riesgo su propia vida.

No se puede reconocer una cultura que no deja que sus integrantes salgan, sean libres. Que los encierra. Entender esto es esencial para entender la situación de las mujeres. Por eso adoptamos, a su vez, un esencialismo de género. Sin un feminismo esencialista de género (como el feminismo de Catherine Mackinnon) no se puede dar ni entender correctamente el debate del multiculturalismo. La única manera de hacerlo es desde el esencialismo de género. No desde un feminismo no esencialista.

Nuestro primer presupuesto, nuestra vía indirecta para desmontar el multiculturalismo, es recurrir al tema dela libertad de expresión de la mujer: la única forma de demostrar que la mujer no tiene "salida" es demostrar que la mujer —en muchas culturas— no tiene palabra; es demostrar que una mujer que no puede hablar, que está acallada, silenciada (por la cultura que se le impone como "propia"), no puede tener el "derecho" a salir de esa misma cultura que la silencia. No es tomada en cuenta. Puede tener la

"posibilidad" (de salir), pero no el derecho. Puede "escapar" (correr un riesgo enorme) pero eso no implica que tenga un derecho. Y lo que el multiculturalismo necesita para construirse —para sostenerse en serio— no es cualquier cosa, no es un riesgo, un heroísmo, un arrebato por escapar, es un derecho: un derecho de salida.[19] Sin ese derecho (no de la posibilidad de escapar y luego ser recapturada y condenada a ser apedreada por la comunidad), no hay multiculturalismo. El desafío es cómo probar que ese derecho de salida no existe cuando las propias mujeres que padecen la violencia en esa cultura (y por eso temen y no salen aunque el derecho presuponga livianamente que podrían hacerlo), no la denuncian por miedo, porque han sido educadas para callar —y, de hecho, callan—. El desafío es, entonces, cómo pensar ese silencio. Cómo lo interpreta el derecho. Cómo lo interpreta la Justicia en América Latina. Qué es lo que hace —y qué es lo que debe hacer— la Justicia cuando se enfrenta con una mujer callada. Silenciada.

En este contexto, para ilustrar el debate, analizaremos brevemente el caso Ruiz, el caso de un indígena argentino wichí (de Salta) que interpuso la "defensa cultural" para no ser condenado por el delito de violación de la hija de su mujer, menor de edad (que, a raíz de la relación con su padrastro —con quien vivía—, quedó embarazada).[20]

(19) El test del multiculturalismo es simple. Se respeta una cultura mientras (en tanto) todos los miembros de esa cultura puedan salir, abandonarla. Ser libres. Sean tratados como personas. Como fines de la cultura. No como medios (sin dignidad). El problema que plantea el feminismo es que muchas veces el derecho presupone que personas atrapadas son libres cuando no lo son, que pueden salir cuando no pueden. Las mujeres son ese grupo silenciado. El problema que denuncia el feminismo es que el derecho muchas veces por comodidad (del hombre, en una sociedad patriarcal que gira alrededor de sus deseos e intereses) presupone que la mujer es libre, cuando no es así. Está presa.

(20) SCJ Salta, "C/C.R., J.F.- rec. de casación", 29/09/06. El caso testigo que tomamos para analizar el debate multicultural en el derecho argentino es el caso "Ruiz", que llegó a la Corte Suprema de Justicia de Salta en 2006. Ruiz logró imponer la idea de que al tener relaciones sexuales con la hija de su mujer menor de edad (y embarazarla) solo respetaba "una tradición". Una cultura. Incluso cuando esto fuera cierto, esto no responde a la pregunta fundamental: porqué esta violencia debe ser tolerada, con el argumento que fuera, por la democracia. Porqué la democracia debe abandonar a las mujeres indígenas. Porqué debe hacerlo el derecho público tachado de "occidental" o "liberal" por quienes defienden, como afirma Okin, los derechos de grupo (sin ver, sin embargo, las desigualdades inherentes a esos "grupos" en los que las mujeres también son excluidas. La desigualdad no es un problema menor: es el problema esencial que explica la diferencia en el género detrás de la aparente linealidad-igualdad de la "cultura" en el "grupo", cuyos voceros, sin embargo, no suelen ser las mujeres, sino los varones).

De nada sirvió que la ex esposa de Ruiz (de la misma comunidad indígena) alegara que no era "tradición" ni "cultura" de esa comunidad (wichí) que los padres o padrastros tuvieran relaciones sexuales con sus hijas después de la primera menstruación de éstas, como alegó su marido.[21] La justicia no escuchó a la mujer. Escuchó (y disculpó) al hombre. Para la justicia no hubo abuso. La justicia del Estado argentino, la justicia de Salta (una provincia donde la violencia de género es sumamente grave, donde las redes de trata parecen gozar de enorme impunidad) entendió que el indígena no había cometido delito alguno porque, al tener relaciones sexuales con la hija de su mujer, solo "respetaba una tradición" (cultural),[22] no tenía conciencia de cometer delito alguno.

Estos son los mensajes que brinda el derecho penal. Como diría Tamar Pitch, su poder simbólico. No solo la sentencia. Sino el mensaje que viene en ella.[23] Esto nos obligará a responder afirmativamente a la pregunta de Susan Moller Okin. El multiculturalismo sí parece ser, en muchos casos, (como éste, como todos los que observamos en India, aunque también en Argentina y en distintas comunidades de Brasil) malo para las mujeres y sus derechos. Porque sólo los hombres tienen, o parecen tener, aun hoy, en Sudamérica al menos, el poder concreto de definir y describir (de decidir qué es) su cultura. De tener palabra. Ese es un poder o un derecho que la mujer aún no tiene. Y tal vez nunca ha tenido. Este derecho de la palabra es, sin embargo, el primer derecho, el primer paso que la mujer necesita conquistar para conquistar su (derecho de) "salida". Una mujer sin palabra es una mujer sin salida. Atrapada. Es una mujer sin derechos. Esto es lo que hasta ahora no ha visto, o no ha querido ver, el multiculturalismo: que el derecho de salida depende del derecho a la palabra. Que la palabra viene antes que el derecho. (Lyotard) El debate del multiculturalismo esconde así otro debate aún mayor: el debate por el valor de la palabra de la mujer oprimida. Violada. Castrada. Silenciada. Sola. Por cómo se interpreta el silencio de esas mujeres pobres, indígenas, solas, desde el derecho. Cómo se interpreta

(21) Que dentro la cultura wichí se denomina "matrimonio privignático".

(22) Y ello, pese a que su propia mujer lo denunció por violación de su hija, aunque luego, ante las amenazas que recibió en su propia comunidad, en su propia "cultura", decidió retirar la denuncia, hacer silencio sobre lo que ella misma había dicho. La mujer de Ruiz fue intimidada y compelida a callar por el cacique mismo.

(23) Tamar Pitch se refiere en varios libros al poder simbólico del derecho (penal).

ese silencio en los tribunales. Cómo lo interpreta la justicia. Por eso sostenemos que para pensar la libertad de salida (de una cultura) se debe pensar primero la libertad de expresión de las mujeres. Sin esa libertad, la salida no es un "derecho". Sin esa libertad no hay multiculturalismo. Hay violencia legitimada, que no es lo mismo. Esto es lo que denuncia el feminismo: que detrás de la "defensa cultural" no está la defensa de una cultura, sino un subterfugio jurídico (lo que los abogados llaman maliciosamente "una estrategia" legal) para amparar formas de la violencia sobre la mujer.

En la Argentina se asiste en los últimos años a un aumento (o exposición más abierta) de la violencia de género. A un reconocimiento de un problema social grave. El derecho se muestra del todo incapaz para contener y comprender esa violencia. Una mujer es asesinada cada día por cuestiones vinculadas al género.[24] Mujeres son quemadas, violadas, mutiladas, asesinadas. Estas mujeres no encuentran debida asistencia judicial. Nadie ni nada las protege. Veremos que la cuestión repetida de género y política puede ser reformulada como "género y libertad de expresión" ya que en Sudamérica, al menos, la palabra de la mujer no vale lo mismo que la palabra del hombre. Esto es determinante para la política. Y también para la igualdad y el derecho. Para conquistar la política, la mujer tiene primero que conquistar la palabra, que durante tanto tiempo le ha sido negada. El multiculturalismo, para permitir que las mujeres salgan, primero tiene que permitir que las mujeres hablen. Una mujer que no puede hablar (en la cultura o en la justicia) —una mujer silenciada, con miedo—, es una mujer que no puede salir. Que está atrapada en su silencio. Que vive detrás de un muro.

Es importante advertir que para miles de mujeres en Sudamérica el debate del multiculturalismo no es un debate para solaz de los académicos. No es un divertimento de la cultura académica argentina o europea. De la claridad de este debate conceptual dependen las vidas de millones de mujeres (por ejemplo, indígenas) que, desde que han nacido, han sido educadas para callar y ser objetos.[25] Para no existir y no expresarse.

(24) Datos de Amnistía Internacional.

(25) Desde Aristóteles la mujer es definida como un ser pasivo, sin entendimiento activo que le permitiera participar, como el hombre, de la esfera pública, de la política y el honor.

3 | Dos presupuestos
La igualdad. El feminismo esencialista y no esencialista

"Tu habla no sólo se articula de manera diferente sino que es silenciada, eliminada. Desaparecida"
Catharine A. Mackinnon, [26]

Quisiera mencionar, antes de continuar, los dos presupuestos, desde los cuales reconstruyo y respondo a la pregunta de Susan Moller Okin, también sugerida por Seyla Benhabib.[27] Uno de esos presupuestos es que el debate del multiculturalismo no puede darse desde cualquier feminismo, desde un feminismo no esencialista de género, sino solo desde un feminismo esencialista de género, como el de Mackinnon. El segundo presupuesto, es que el multiculturalismo, como espero demostrar, tiene siempre una raíz igualitaria. Que el multiculturalismo, aunque pueda parecer paradójico en un principio, no puede escapar del igualitarismo, atravesado por la idea de dignidad; esto es, la idea de personas con derecho de salida supone necesariamente la idea de personas-fines, no de personas-medios de esa cultura, en cuyo caso (si fueran meros "medios") no podrían salir.

El debate del multiculturalismo, planteado por Susan Moller Okin, no se puede dar, pues, desde un feminismo cualquiera, sino solamente desde un feminismo esencialista, como el feminismo radical de Mackinnon y Dworkin. Es la única manera, la única vía de entender o pensar la situación de la mujer —sometida— a través de todas las culturas. Es la única manera de trascender la cultura (muchas de las cuales silencian a las mujeres, y defienden ese "silencio" como una tradición ancestral propia que debe respetar la democracia) para pensar a la mujer con derechos.

(26) MacKinnon, Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989

(27) Benhabib, Seyla, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002. Para una lectura crítica del multiculturalismo puede verse también: Zagrebelsky, Gustavo, "Pluralismo y multiculturalismo", en *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 87/107.

El multiculturalismo debe repensarse críticamente a la luz de la libertad de las mujeres, que son las que carecen, precisamente, de ese derecho: la libertad de expresión. La libertad de palabra. Sin esa libertad, como veremos en este ensayo, tomando planteos de Fiss, no hay "salida" posible (derecho de salida posible) para la mujer. Una mujer que no puede hablar, es una mujer que no puede salir. Una mujer que no tiene palabra es una mujer que no tiene derecho. Sin ese derecho, como veremos, se derrumba el multiculturalismo. Este es el nudo de nuestra construcción argumental (crítica sobre el multiculturalismo), que le debe mucho a los posicionamientos de Roberto Gargarella[28] y de Owen Fiss.[29] La libertad de expresión es inseparable de la libertad de salida. Y sin esta libertad —sin este derecho— el multiculturalismo se derrumba. Deja de ser tal.[30]

4 | El feminismo y el multiculturalismo: un debate que no está cerrado

4.1 | El multiculturalismo y los desafíos de la sociedad abierta

"Sí, lo volvería a hacer. Esos chicos no eran inocentes, eran militantes del multiculturalismo"
***Anders Behring Breivik**, en el juicio por la masacre en Noruega*

El multiculturalismo y su vinculación con el género no es solo un problema o desafío de América Latina, de Argentina ni es solo un problema de la mujer. El multiculturalismo parece ser un verdadero desafío para la democracia. Y también para el derecho. El multiculturalismo exige, en función de los desafíos políticos actuales, ser repensado.

(28) Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho,* Bs. As., Ad-hoc, 2005.

(29) Fiss, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión. Usos y abusos de un derecho fundamental*, Barcelona, Gedisa, 1999.

(30) Sostengo que el debate pasa por dos puntos esenciales. El primero es repensar mejor la tensión entre universalismo-particularismo (autodeterminación). La segunda, la forma en que los tribunales —con nula perspectiva de género— piensan el silencio de la mujer. A su vez, como dije parto de un presupuesto inamovible: la única manera de entender el debate del multiculturalismo es desde un feminismo esencialista de género, como el feminismo norteamericano de Catherine Mackinnon. El debate del multiculturalismo, que abren autores como Benhabib o Moller Okin, no puede comprenderse desde un feminismo no esencialista.

La masacre en Noruega (77 jóvenes y niños asesinados "por ser defensores del multiculturalismo") puso en el centro de la escena algo que Europa ya conoce bien: la fragilidad de la democracia en tiempos de crisis. Decenas de niños asesinados a balazos por ser "defensores del multiculturalismo". El asesino, Anders Behring Breivik, un joven neonazi, para sus crímenes atroces, que conmovieron a Noruega y el mundo, tenía una explicación concreta (que desarrolló en el juicio público que se le siguió en Oslo y donde fue condenado a la pena máxima: 21 años de cárcel): el multiculturalismo. "No reconozco el sistema judicial noruego, porque actúa bajo mandato de partidos que apoyan el multiculturalismo (...) Actué en defensa propia", dijo Breivik.(31) "Sí, lo volvería a hacer. No asesiné personas inocentes, maté 'militantes del multiculturalismo'", afirmó Breivik, quien además dijo que no admitía la autoridad moral de los jueces, quienes defendían también "el multiculturalismo". "Esos no eran chicos inocentes, eran activistas políticos que trabajaban por el multiculturalismo", declaró.(32)

4.2 | El primer paso del multiculturalismo

Cambiar la denominación del derecho. Lyotard y los derechos humanos como derechos del otro.(33) Del enemigo de Schmitt al "otro" de Lyotard. Una renovación que alcanza al lenguaje jurídico

Detrás de las prácticas genocidas (para usar un término de Daniel Feierstein) lo que hay siempre es un lenguaje. Un vocabulario que deshumaniza a los otros. Un vocabulario que desmerece la palabra de los otros: su derecho a estar vivos.

(31) Por lo tanto, la razón de sus crímenes fue esa: el multiculturalismo.

(32) Véase también Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley,* Bs. As., Katz, 2007.

(33) Véase también Capella Juan, *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2007. Sostiene el autor que el parámetro falsamente universal-universalizable de los derechos era el hombre joven blanco propietario. Había que llegar a ser como ese hombre blanco —lo más parecido posible— para tener derechos humanos; de lo contrario, no se era "humano". Es decir, para muchos grupos había que dejar de ser lo que se es. Tener derechos era negarse. Esto le sucedía a las mujeres, pero también a los indígenas colonizados. Dejar de existir como lo que se era. Esta era la paradoja de un derecho que negaba a los otros, mientras se declaraba "universal". La mujer fue el grupo o género que siempre quedó inmerso en esa contradicción. Los varones son, en rigor, los que suelen defender y hablar en nombre de la cultura. Las mujeres lo hacen en nombre del género.

Por eso decimos, tomando a Lyotard, que el primer paso del multiculturalismo es cambiar la denominación del derecho. No es lo mismo hablar de derechos "humanos" que hablar de (los) derechos del otro. Puede parecer una distinción banal, pero no lo es. Cualquier proyecto político puede hablar en nombre de los derechos "humanos" (de lo que él considera que son "humanos", desde el etno-euro-centrismo se habla y se ha hablado siempre de "derechos humanos" o derechos universales del hombre, que alcanzaban, sin embargo, a muy pocas personas); en cambio no sucede lo mismo con el concepto del "otro".[34] El concepto de "otro" tiene (en el siglo XXI) un contenido emancipador que no tiene ni siquiera el concepto de "derecho". El concepto de otro es superior al concepto de derecho e, incluso, es un concepto superior al concepto de derechos humanos. Ello, porque incorpora otra faceta que el concepto de derechos humanos por sí solo no presupone. Por eso derecho lo necesita. Y por eso la lucidez de Lyotard radica en haberlos juntado: haber juntado el concepto de derecho con el concepto de otro, de otredad. Parece una idea autoevidente, pero durante mucho tiempo estas dos ideas (la idea de derecho y la idea de otro) transitaron caminos separados e incluso contrapuestos. El multiculturalismo viene a pensar esta frontera. Estos caminos fueron, durante la colonización, caminos opuestos. Ser "otro" era ser el que "no tenía derecho". Por ser otro. El mérito de Lyotard es haber juntado dos cosas que, en principio, parecían separadas, que no tenían, necesariamente, mucho que ver. Acaso ésta sea la gran lección del siglo pasado: haber juntado derecho y la otredad, habernos enseñado que no hay derecho sin otros, que allí donde el otro es negado, en cualquier forma, no hay derecho posible. Hoy hemos superado esa barrera. Hemos incorporado, después del horror de los campos de exterminio, lo que estaba separado. Derecho y otredad. Donde hay derecho, hay otredad. Hoy los otros sí tienen derechos (aunque no sean como yo). No deben dejar de ser lo que son. No son negados. No son asimilados. Esto revela un cambio fundamental en la naturaleza de los derechos. Ahora sabemos que, sin otredad, no hay derechos.

(34) Hitler podía decir incluso —aunque no le importaba, porque el nazismo deploraba a la modernidad, deploraba a la Ilustración, con sus abstracciones de derechos humanos "universales"— que respetaba los derechos "humanos" de aquéllos que solo el nazismo consideraba "humanos" (que eran muy pocos); pero no los derechos del resto de "parásitos" que no formaban ni debían formar parte de la "raza superior". Precisamente lo que el nazismo no podía decir era que defendía los derechos del otro, porque todo su proyecto se basaba en eliminar esa otredad. En eliminar ese otro. En desaparecerlo.

Este es el primer paso del multiculturalismo. Ampliar la idea de derecho. Su naturaleza. Construir los derechos como derechos del otro. De este modo no se construye solo el derecho, sino que se construye y se piensa al otro; solo así se sostiene una democracia. Se sostiene a partir de la idea de que hay "otros". Otras ideas. Otras perspectivas. Otros intereses. Otras opiniones. Otros valores. Otras culturas. Diferencias. Esa otredad no puede desaparecer porque, si desaparece el otro, desaparece, con él, la democracia. El pluralismo. Todos los intentos pasados por anular o desaparecer a los otros fueron de la mano de la negación del derecho. Concretamente: del totalitarismo que asfixió a la democracia y asesinó a las personas. Sin otro, no hay multiculturalismo posible. El primer paso es ver a ese otro. Escucharlo. Dejar de negarlo. Reconocerle un derecho. Una palabra.

Boaventura Sousa Santos propone en su trabajo —como premisa para un diálogo fecundo intercultural acerca de los derechos humanos— una hermenéutica que tenga como premisa la conciencia de que cada cultura es, necesariamente, fatalmente, incompleta.(35) Ese "diálogo" que propone Santos (justamente la idea de incompletitud va de la mano, desde los comienzos de la filosofía occidental, de los presocráticos, de la idea de otro) se puede asimilar al "*interactive universalism*" que propone Seyla Benhabib, "Interactive universalism, by contrast, accepts that all moral beings capable of sentience, speech, and action are potential moral conversation partners".(36) Esto se vincula necesariamente a la idea de un "otro" (con derechos, según Lyotard). La incompletitud que refiere Sousa Santos, la idea de universalismo interactivo, donde como refiere Benhabyb, todos somos interlocutores reconocidos, supone la idea de Lyotard: los derechos humanos como derechos del otro. Sin un otro con derechos no hay un multiculturalismo posible. No hay diálogo. El multiculturalismo es hijo de una sociedad plural y democrática donde todas las verdades y todas las culturas, como dice Santos, son "incompletas". Se necesitan recíprocamente.

"El reconocimiento de la incompletitud y debilidad recíprocas es una condición sine qua non para un diálogo intercultural".(37) Hasta ahora, los diá-

(35) Sousa Santos, Boaventura, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *Revista El otro Derecho*, n° 28, ILSA, Bogotá, 2002.

(36) Benhabib, Seyla, *The Claims..., op. cit.,* caps. 4 y 5; Benhabib, Seyla, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

(37) Sousa Santos, Boaventura, *op. cit.,* p. 12.

logos (que encarna el derecho) no se hacen desde la incompletitud y la debilidad, sino desde la imposición y el prejuicio. Desde la idea implícita o no de que mi cultura "es mejor que la otra" (porque es la mía). Desde una figura de lo humano, según Nussbaum-Capella. Eso es lo que impide el multiculturalismo. Esta hegemonía censura el diálogo. Socava el derecho del "otro". De los otros, con sus formas de vida. El totalitarismo ha ido de la mano de políticas expansivas, imperialistas. No de la integración y el debate sino de la conquista y la lucha. De la imposición. De un modelo estrecho (eugenésico, y patriarcal) de lo "humano". El desafío es cómo realizar el multiculturalismo, que es uno de los pilares de la democracia. Para esto, primero tenemos que estar de acuerdo en que el multiculturalismo es deseable. Para eso, debemos atender y responder primero a las críticas del feminismo.

5 | Género, cultura y democracia
Un debate que no está cerrado

"Puede haber consenso entre los hablantes,
pero no habrá razón mientras haya excluidos del diálogo".
Habermas[38]

Dicho esto —explicitado, entonces, que no entendemos el multiculturalismo como un problema sino como un verdadero desafío (como una esperanza y una oportunidad) para la sociedad y para el derecho (como un desafío positivo para la democracia)—, queremos analizarlo desde otra perspectiva: queremos analizar el multiculturalismo críticamente desde el feminismo y desde las demandas concretas de la mujer. Queremos pensar el multiculturalismo para pensar si las críticas de Moller Okin y de parte importante del feminismo contemporáneo —por ejemplo, el feminismo de Mackinnon, que no en vano defiende, en aparente contraste con este multiculturalismo, un esencialismo de género— son justas. Si el multiculturalismo tiene un flanco débil.[39]

(38) La mujer puede ser vista como ese gran excluido del diálogo que menciona Habermas.

(39) Okin, Susan M., "Feminismo y Multiculturalismo. Algunas Tensiones", *en Revista Feminaria*, año XV, n° 28/29, 2002.

Para eso no nos detendremos en cualquier derecho o aspecto teórico del multiculturalismo, sino en un concepto (o derecho) muy concreto, porque creemos que de él, de su solidez y coherencia, depende todo el edificio teórico del multiculturalismo: el derecho de salida (de la mujer), que nosotros construiremos como una forma del derecho igualitario a la palabra.(40) Para sostenerse, todo el multiculturalismo depende de que este derecho se defienda con ahínco (presumir que las mujeres silenciadas y golpeadas, de alguna manera confusa, tienen el derecho de "salir",(41) de salida: solo así se puede argumentar o justificar el respeto de esa cultura desde otra cultura que no es la que oprime a las mujeres pero sí la que, eventualmente, tolera o respeta los abusos que padece la mujer en nombre de una "tradición"). Si este derecho de salida, en la forma en que el multiculturalismo lo entiende, debe ser construido y defendido en los tribunales, entonces no es tan sólido como parecería a primera vista. Nosotros diremos que es un derecho definido en forma excesivamente formal, a partir de presupuestos teóricos que, justamente, no respetan el multiculturalismo, sino que entran en contradicción con él; es decir, presupuestos que nos hacen caer en una contradicción o tautología, la de un multiculturalismo euro-céntrico que da por sentado, por ejemplo, que la mujer indígena tiene derechos o posibilidades que no tiene, justamente por ser indígena y no vivir en democracia. Entonces el edificio mismo del multiculturalismo está amenazado: se derrumba. Pasa a ser una construcción teórica utópica (euro-céntrica) para comodidad de nuestras conciencias (y de las democracias) occidentales, como denuncia Okin, pero que amenaza a la mujer que queda fuera de otra cultura (en el caso de Argentina, mayoritariamente occidental-cristiana). La mujer queda así atrapada entre los abusos de una cultura (que se le dice que es "su" cultura) y las ambigüedades de un multiculturalismo occidental demasiado apegado a los propios valores y estereotipos de Occidente, que termina entregando, como dice Mackin-

(40) No casualmente un derecho que Lyotard iguala a la importancia del derecho a la otredad. El derecho a ser otros (es el derecho a tener derechos como "semejante") es inescindible del derecho a la palabra. Nosotros pensamos que el multiculturalismo va de la mano del igualitarismo. No se puede construir un multiculturalismo que no sea igualitarista. Hay un costado necesariamente igualitario en el multiculturalismo, sino no tiene consistencia filosófica el proyecto teórico del multiculturalismo, que se asienta sobre determinados derechos. Uno de los primeros pasos de esa igualdad es la igualdad de palabra.

(41) Nosotros diremos que no tienen derecho a salir (no podemos pensar ni presuponer que tienen derecho a salir) si ni siquiera tienen derecho a expresarse. A hablar. Esta es la vía que elegimos para probar que no existe el derecho de salida. Una vía indirecta a través del derecho a la libertad de expresión. A la palabra.

non, una primera víctima: la mujer (máxime la mujer pobre, "ilegal", indígena). Una víctima invisible y callada. Muchas veces, la mujer se debate en esa encrucijada teórica. Y el derecho no hace mucho por ayudarla. No la mira. Las opciones para muchas mujeres pobres terminan siendo esas: elegir entre una violencia (la de la "propia cultura", que la define como tradiciones prácticas que lesionan a las mujeres) y la otra violencia (la de la sociedad mayoritaria que la recibe, pero en seguida la criminaliza, la tacha de indígena "ilegal", la discrimina, la prostituye). Esto es lo que denuncia el esencialismo de género: cómo detrás de las aparentes "opciones" para la mujer el camino termina siempre la violencia. La opción termina siendo siempre una sola.

Nosotros pensamos que no hace falta analizar todas las variadas manifestaciones y debates del multiculturalismo, sino un solo derecho en concreto, que está en la base misma del multiculturalismo. El derecho de salir. Si el derecho de salida se derrumba, se derrumba entonces todo el multiculturalismo. Porque la mujer no tiene, entonces, un auténtico derecho de salida de esa que se dice (muchas veces con enorme cinismo en los tribunales argentinos y latinoamericanos) que es "su cultura". Ésta es la base de la "defensa cultural", que tanto cuestiona —y con razón— el feminismo). Entonces el pretendido "respeto a otras culturas" deja de ser un argumento coherente para convertirse, como denuncia Okin, en una forma de "tolerancia" que los países (y las culturas y las democracias) ejercen entre sí sólo cuando están de por medio las vidas de las mujeres. Vidas de segunda categoría.

En última instancia, el debate nos llevará a pensar la libertad de expresión de las mujeres (como separada de la libertad de expresión de los varones). Qué significa esa libertad en las distintas culturas. Qué posibilidad tiene la mujer (por ejemplo, indígena) de hacer valer su palabra. Más concretamente: si una mujer no puede expresarse, no tenemos de dónde agarrarnos para sostener seriamente que esa mujer es libre. Y si no es libre, no podemos presumir que tiene un derecho de salida (que no tiene)[42] de una cultura que la obliga a callar en nombre de una "tradi-

(42) Porque si no tiene derecho a expresarse, mucho menos tendrá el derecho de "salir". (como explico más adelante, por "derecho" no entiendo cualquier cosa. Por ejemplo, el intentar un escape arriesgando la propia vida es posible, pero eso no es un "derecho", es una acción heroica de las mujeres, que no es lo mismo. Lo que necesita el multiculturalismo para tener consistencia no es una acción heroica. Es un derecho).

ción" (que el multiculturalismo, sin embargo, respeta, para no condenar los abusos en los tribunales, ya que hacerlo significaría "vulnerar el respeto entre culturas"). Entonces, el multiculturalismo no le sirve al derecho. Y la justicia no debiera valerse de él para legitimar los abusos de los varones que padece la mujer. Precisamente, el caso que analizaremos (el Caso Ruiz, en Salta) es una buena muestra de para qué sirve (para qué se usa, como diría Moller Okin) el multiculturalismo. Para oprimir —y silenciar— a las mujeres. Para callarlas, mientras las presenta como libres.

El desafío, naturalmente, es cómo sostenemos este análisis, y esta crítica al multiculturalismo, sin caer, como dice Butler, en la defensa de las mujeres, en una forma de imperialismo cultural.(43) Lo primero que podemos agregar es que el imperialismo muchas veces se vale de excusas para justificar avances o invasiones o guerras (alegando, muchas veces falsamente, la defensa de un derecho). Pero esas "excusas", como diría Rawls, se desdibujan cuando están de por medio los derechos humanos en serio (por ejemplo, durante el Holocausto), cuando la defensa del derecho no es solo una excusa sino una realidad (Rawls sostiene que solo el respeto pleno de los derechos humanos —que el autor circunscribe a los DDHH de primera generación— excluye la intervención armada de un país en otro, que no los respeta).(44) Podemos decir que una cosa es hacer una guerra por afuera del Consejo de Seguridad de la ONU para encontrar, por ejemplo, armas de destrucción masiva que jamás existieron, torturar y matar gente, y arrojar bombas "por error". Pero otra cosa muy distinta es tener tolerancia jurídica con una cultura que hace de la violación y castración explicita de mujeres (niñas), o de la mutilación de mujeres, un "derecho" o una "tradición" cultural; es decir, un "valor" "ancestral" que debe respetar la democracia. ¿Qué debe hacer el multiculturalismo ante eso? ¿Debe callar? ¿Debe "respetarlo"? ¿Qué significa respetar una práctica cultural que se cobra vidas? (significa puro cinismo, desprecio a la mujer, dirá Mackinnon Okin, en nombre de la "tolerancia"). ¿Implica

(43) Butler, Judith, *Violencia de Estado, guerra, resistencia*, Bs. As., Katz, 2011. Pareciera que el esencialismo de género y la imposición de una cultura van de la mano, pero es exactamente al revés. Al ser la explotación de las mujeres el rasgo que define a cada cultura, el esencialismo de género no conduce a imponer un modelo, sino a desnudar un abuso. Como ese abuso es común a muchas culturas (algunas feministas sostienen "a todas") es que hablamos de esencialismo de género.

(44) Rawls, J., "El derecho de gentes", en Shute, S. y S. Hurley, *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1997.

la castración (las vaginas que se cosen a mujeres o niñas en India para que sean fieles o sean desvirgadas en el matrimonio por sus maridos) una forma de "libertad"? ¿Atacar esto es ser "imperialista"? Creo que no atacarlo es ser cómplice de otro imperialismo normalizado y, por ende, no visto. El abuso invisibilizado —como "cultura"— de las mujeres también puede esconder una política imperial. Para las mujeres que lo padecen eso también es imperialismo. Imperialismo sobre sus cuerpos mudos, negados)[45] ¿Libertad de quién? ¿Qué libertad se protege? ¿Y qué libertad se silencia? La niña cuyos genitales son mutilados o cuya vagina es cosida —ante el silencio del derecho público— para que sea "fiel", ¿es libre? ¿Estamos pensando en ella cuando hablamos de libertad? ¿Una mujer con la vagina cosida, tiene palabra? Tiene (derecho a tener una) salida? Allí sí puede descubrirse una contradicción o un abuso del multiculturalismo. Y la pregunta es: ¿qué debe hacer el derecho? Qué debe hacer la sociedad ante esto. Qué debe hacer la democracia.

Muchas veces el derecho no sabe cómo comportarse. Piensa que encontrar un mínimo (de respeto, que trascienda toda cultura) implica caer necesariamente en formas (veladas) autoritarias de euro-centrismo o de imperialismo cultural, cuando no es así[46] . No obstante, incluso si lo fuera, como dice Nagel, no parece siempre una crítica lo suficientemente sólida o atendible cuando lo que está en medio son vidas humanas: muchas mujeres lapidadas, violadas, castradas, no tendrían problemas en que se las salve con cualquier argumento, aun cuando ello se hiciera en nombre de la "dignidad" eurocéntrica o del concepto esencialista de Mackinnon de la mujer; lo que quieren es salvar su vida, que no se las deje morir en nombre de un cínico "respeto académico venial a otra cultura" que, como dice Okin, se ensaña siempre especialmente, casi exclusivamente, con la

(45) Véase las críticas de Mackinnon a la pornografía. Allí también se define el silencio —y no la libertad— de la mujer.

(46) Justamente el problema es que se ha abusado de ese discurso para luego no defender derechos, sino vulnerarlos. Esto configura una gran tragedia discursiva: la pérdida de valor de la palabra. El problema con la "intervención humanitaria" es que hemos perdido confianza en la transparencia de sus "verdaderos objetivos", pero eso no significa que sus objetivos "ideales" valgan la pena. Por eso, precisamente, se los utiliza para enmascarar otros objetivos menos nobles. Que se haya utilizado ese discurso para justificar acciones criminales o invasiones militares no significa que esos derechos (cuya protección se declamaba) no deban ser defendidos. Sería una paradoja que no defendamos esos derechos humanos porque los que dijeron que iban a hacerlo, no lo han hecho.

mujer.[47] El multiculturalismo no puede ser una forma velada de la violencia de género y mucho menos un ardid para fomentar, tolerar o esconder el autoritarismo y el sometimiento). El relativismo tiene un límite ético: la idea de dignidad, el piso de los derechos humanos universales (justamente esta es la lección de la Segunda Guerra Mundial para no volver a los campos, para no "tolerar" los campos de exterminio, la matanza. La tortura no pueden "tolerarse". El límite del relativismo es el que traza, precisamente, el derecho, y por eso mismo es una construcción positiva, separada de la moral. ¿Cualquier práctica es justificada en el multiculturalismo? No. ¿No hay ningún lenguaje para evitar el abuso? Sí. Claro que tendremos que ver cómo llegamos a decir que eso que una cultura piensa que es "abuso" lo es —puede serlo— también en otra.[48] ¿Los derechos humanos no pueden operar como un límite? ¿De qué sirven, entonces, si no pueden evitar un crimen, una violación? La idea de dignidad humana es un presupuesto sin el cual el multiculturalismo, conceptualmente, no funciona.[49] Entonces, la supuesta tensión entre particularismo y universalismo de derechos es insuficiente para comprender este debate. Sin embargo, esa idea también proviene de una cultura. La dignidad es parte del cuerpo de ideas de base del multiculturalismo. La dignidad de cada persona es la que justifica ese

(47) Cuando lo que está de por medio no son las mujeres, sino por ejemplo los territorios (los recursos naturales de las poblaciones indígenas), los Estados no se muestran tan multiculturalistas. Al contrario. Allí no apelan con tanta facilidad —Okin diría con tanto "cinismo"— al "multiculturalismo". Solo lo hacen cuando de por medio está esa "propiedad" de segundo rango: la mujer. La mejor prueba son las propias comunidades indígenas, a las que se les reconoce su "cultura" en lo atinente al tratamiento de mujeres y niñas, pero que son duramente reprimidas en la región cuando usan su cultura —es decir, los mismos argumentos— para reivindicar como propias tierras que el Estado demanda para sí y sus empresas. Allí no juega ningún rol determinante el multiculturalismo. Allí las comunidades indígenas son duramente reprimidas y desoídas.

(48) Esto lo demostraremos diciendo que la mujer carece de muchos de los derechos que se le arrogan (dentro del multiculturalismo) para mantenerla dentro de las culturas que la silencian. El abuso aparece cuando la cultura que debiera garantizar "el derecho de salida" —lo que implica, entonces, que la permanencia de la mujer es el fruto de una decisión libre—, no garantiza ese derecho. Entonces su permanencia no es libre. Y, si no es libre, aparece una presunción de que las acusaciones de abuso o violencia que se vierten desde otra cultura, no son infundadas. Ni son el fruto del "imperialismo" eurocéntrico. En ese caso —pero solo en ese caso— se rompe la acusación de que defender la dignidad de la mujer es ser "eurocentrista". Pero, para que eso tenga sentido, se debe cumplir (demostrar) primero que la mujer carece, en efecto, de ese derecho esencial que está en la base del multiculturalismo: el derecho de salida.

(49) Army, René Paul, "Das Recht auf kulturelle Identität als Schranke für das Strafrecht in Lateinamerika" (The right to cultural identity as a barrier to penal law in Latin America), en *Journal für Entwicklungspolitik*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 8/24.

derecho: el derecho de salida. Por eso decimos que el multiculturalismo tiene necesariamente una base de igualitarismo a través de la dignidad. Son conceptos que están detrás de ese derecho, el derecho de salida de todo hombre y de toda mujer de la cultura que los oprime. Si no puede salir, no hay multiculturalismo. Porque no hay dignidad. Hay seres como medios. Hay totalitarismo. El totalitarismo trata a las personas como medios, por eso las esclaviza.(50) Una mujer que no sale, es una mujer esclavizada. Y el respeto, entonces, de los demás países y culturas ya no se justifica. Empieza a ser exhibido como una muestra de cobardía. O de cinismo. Pero no de "cultura" democrática, de "tolerancia", de "derecho", de "tradición". ¿Cualquier abuso, ablación, castración, puede quedar impune entonces en nombre de una "práctica ancestral"? ¿Son realmente libres las mujeres mutiladas, castradas en esas culturas supuestamente "propias"? ¿Pueden hablar? ¿Pueden hablar esas mujeres mutiladas, con la vagina cosida? ¿Tienen palabra? ¿Alguna vez las hemos oído?

Los derechos humanos parecieran representar una barrera o límite. Esto es lo que aquí llamaremos la base igualitaria del multiculturalismo, sin la cual el multiculturalismo mismo no funciona, no puede funcionar. El derecho de "salida" —piedra esencial del multiculturalismo— supone el respeto —la existencia misma— de individuos libres e iguales. Y el ejercicio de esa libertad individual, de sujetos con razón y dignidad, supone el igualitarismo.(51)

De todos modos, nosotros consideramos que no se trata tanto de ponerle límites al multiculturalismo como de entender al multiculturalismo de una manera diferente. Los derechos humanos (de la mujer) no pueden ser un límite porque, sin derechos humanos de la mujer, no puede haber multiculturalismo a secas. Esta es nuestra hipótesis. De esta manera, se invierte o responde la pregunta de Okin. El multiculturalismo no puede dejar afuera a la mujer. El problema es quién está autorizado en cada cultura a decir qué es "cultura" y qué no: solo el hombre. Ése es el problema central del multiculturalismo —que nosotros solucionaremos parcialmente diciendo que debemos lograr, en principio, que la palabra de la mujer valga lo mismo que la palabra del hombre: única manera de construir una sociedad multicultural libre, donde todos puedan salir—:

(50) El desafío es verlas como fines. Como seres dignos. Con dignidad. Libertad. Conciencia. Palabra. Voz.

(51) Sousa Santos, Boaventura, *op. cit.*

establecer qué pasa con la "cultura" cuando parte de la cultura se convierte en violencia. El problema es, entonces, que muchas culturas (que piden ser respetadas) no respetan ni escuchan ellas mismas a la mujer. El punto es que enmascaran ese silencio y que el derecho, muchas veces, cae en esa trampa y termina pensando que la mujer silenciada es una mujer "libre", cuando no es así. El punto, siguiendo a Owen Fiss, es cómo pensar la libertad de expresión de la mujer castrada, mutilada, violada, que se casa con su violador para salvar el honor de su familia. ¿Son libres esas mujeres? ¿Cómo y a partir de qué definimos su libertad? ¿Por qué toleramos esto? ¿Puede decirse que una mujer que es obligada a casarse con su violador tiene derecho de "salida"? ¿Tiene derecho a algo?

El multiculturalismo sostiene y promueve el respeto de las distintas culturas al interior de un Estado. La tolerancia es parte esencial de la democracia. Claro que ese respeto se sostiene sobre un derecho esencial: el derecho de salida de las personas. Sin ese derecho el respeto legal se desmorona. No tiene asidero. Está vacío, se contradice. El multiculturalismo no puede respetar al totalitarismo. No se puede ser multicultural con el nazismo, o con el fascismo o con los campos. Esta es la paradoja (vieja, en rigor: se remonta a tiempos griegos) que el multiculturalismo soluciona incorporando el derecho de salida como límite mínimo en la dignidad de la persona libre de "salir". Y ello, justamente, porque el multiculturalismo parte del presupuesto de la dignidad y porque el totalitarismo mancilla esa dignidad: ve medios —que apresa— y no personas como fines. La "tolerancia" no puede circunscribirse al presunto derecho "de salida" que tendría la mujer oprimida (violada y mutilada por ser mujer, esclavizada y abusada por haber nacido mujer) de abandonar esa cultura "suya". Pero si probamos que la mujer no puede salir, que ese "derecho de salida" no es real (sino una construcción solo formal, propia del ideario simbólico de los juristas que construyen el multiculturalismo en las Facultades de Derecho), entonces el propio multiculturalismo como edificio se cae, y con él se cae el "respeto" a esa cultura (por ejemplo, la indígena, que silencia a la mujer, aunque esto es perfectamente aplicable a cualquier cultura).[52] Una cultura que deja de ser "cultura"y deviene violencia, abuso no visto por el derecho.[53]

(52) Ya que todas las culturas, en mayor o menor medida, como sostiene Mackinnon (a partir de su feminismo/ esencialismo de género) descansan en el abuso de la mujer.

(53) Cover, Robert, *Derecho, Narración y Violencia*, Barcelona, Gedisa, 2001.

El derecho se ha desarrollado siempre en contra de la violencia. Y, no obstante, es menester develar —como señala Robert Cover—la violencia que hay en actos o hábitos que nos parecen "normales", que nos parecen —o han parecido durante mucho tiempo— derecho. Se trata de una violencia que no vemos porque es la "tradición", la "cultura" (en la Argentina por ejemplo, parte de nuestra "cultura" se sostiene sobre la violencia y el abuso de la mujer consumidos como espectáculo diario: el erotismo es violencia, dice Mackinnon, una violencia que no vemos y que, al contrario, defendemos, disfrutamos, consumimos). El multiculturalismo es parte de ese proceso que se posiciona en contra de la violencia. Naturalmente, el multiculturalismo es incompatible con la violencia que padecen las mujeres. El juez que exonera (como en Argentina) a un violador (indígena, que respeta su "cultura" ancestral violando a una niña y embarazándola) no ha entendido en qué consiste el multiculturalismo. Cuáles son sus postulados.(54) En qué consiste la dignidad que hace posible cualquier "salida".

Por supuesto que no es fácil probar que la mujer no tiene en forma efectiva el derecho "de salir" (el derecho de salida).(55) Los que defienden la prostitución de menores y los abusos de las mujeres en muchos campos y en muchas culturas descansan y han descansado siempre en ese postulado ya denunciado por Estrich: la dificultad de la prueba. Justamente vivimos en una sociedad y en una cultura que buscan que muchos de los delitos y violencias que padecen las mujeres no puedan probarse. Y precisamente por eso es que la palabra de la mujer vale menos. Nosotros entendemos que hay una sola forma de hacerlo (contestar la pregunta de Okin) y es una vía indirecta, no probar que la mujer no tiene el derecho de salida, (no hay manera de hacerlo) sino probar que el derecho de salida es —para la inmensa mayoría de las mujeres por ejemplo indígenas mutiladas o forzadas

(54) La niña de doce años (que según su padrastro "aparenta más edad…") no tiene la "libertad" de elegir no acostarse con su padrastro porque a esa edad —siendo menor y siendo mujer— no puede decir que no. No es libre. Por eso el juez se equivoca: porque no pondera correctamente (para usar un término de Robert Alexy) el silencio de la mujer (violada). En vez de entender ese silencio críticamente, lo reconduce en su contra. En contra de la mujer callada. Que calla por miedo, por "costumbre", por "tradición". De ese modo, el juez es funcional al abuso. Y, por lo tanrto, Moller Okin tiene razón: el multiculturalismo termina siendo malo para las mujeres. Los jueces no saben pensar el silencio de las mujeres oprimidas: no saben porqué callan, porqué temen, qué no quieren decir y por qué.

(55) No poder probarlo no significa naturalmente que la mujer lo tenga. El problema con que nos topamos muchas veces es cómo interpretamo, el silencio de las mujeres. Este es un problema que analiza lúcidamente Owen Fiss en sus trabajos sobre libertad de expresión.

a tener relaciones sexuales con sus padres o dueños— una ficción del derecho, probando que la mujer en esa cultura (por ejemplo, indígena, que el multiculturalismo respeta amparado en el derecho de salida que la mujer indígena tendría pero en general no tiene)[56] carece de otro derecho aún más esencial y básico que hace también —casi una condición— a la salida de la cultura[57] (es la condición sin la cual esa salida —ese otro derecho— no puede pensarse):[58] la libertad de expresión.[59] Si la mujer carece de libertad de expresión (la menor violada y embarazada a los doce años por su papá carece de palabra) carece de "salida". Carece de "derecho de salida", como pretende el multiculturalismo, o más que el multiculturalismo, los propios jueces argentinos —por ejemplo en Salta— cuando lo aplican maliciosamente para amparar los abusos del hombre. Ahí sí podría haber un "intercambio de mujeres" (propiedades, "recursos") como dice Moller Okin. Si podemos probar que la mujer carece en su propia cultura de ese derecho esencial (a expresarse, a hablar) entonces podemos concluir válidamente de allí que esa mujer (que no es libre) carece del otro derecho (más fuerte aún) que es el derecho a abandonar esa cultura, derecho de salida, derecho (y no solo posibilidad, no hay que confundir la posibilidad con el derecho) de cuya validez depende, como dije, el multiculturalismo en sí. El derecho de salida.[60] Así el multiculturalismo queda amenazado y no puede arrogarle fácilmente ya a la mujer las consecuencias de la cultura

(56) Es difícil pensar que una mujer esclavizada, castrada, mutilada, silenciada, lapidada, pueda tener "el derecho" a salir de esa (su) "cultura". Incluso en el caso de los esclavos que "consienten" la esclavitud, el derecho ya no la tolera (porque interpreta la esclavitud como una violencia). Algo semejante podemos pensar de las mujeres esclavizadas y silenciadas que no alzan su voz para oponerse (si no pueden hablar menos tendrán el "derecho" de "salir"), simplemente por miedo a perder la propia vida. Estos son los aspectos críticos que puntualiza el feminismo.

(57) Me refiero a la salida como "derecho" y no como "posibilidad". La salida como derecho supone que la mujer puede "decir" (expresar) que quiere irse. La salida como posibilidad supone que la mujer puede "escaparse". Huir poniendo en juego su vida. Pero como dije antes, el multiculturalismo no necesita esto. El multiculturalismo necesita un derecho, que no es igual. No es lo mismo el derecho a salir que la posibilidad de escapar. Una cosa es un riesgo y otra, un derecho.

(58) Ni ejercerse. Porque la "salida" misma se ejerce también a través de la palabra.

(59) La libertad de expresión es entonces la única —primera— forma de pensar la salida. Una mujer que no puede hablar, no puede salir. Una mujer que no puede alzar la voz, no tiene derechos.

(60) Es la base del edificio. Ese derecho muestra precisamente que el multiculturalismo trata a la persona como un fin libre, con dignidad.

que la silencia, que le niega su palabra, la mutila, diciendo que la misma cultura que la obliga a permanecer callada (y abusa de ella y su hija) es sin embargo "su" cultura. Que ella la elige. El silencio de las mujeres empieza a significar otra cosa que el derecho no ve. No consentimiento. Sino temor. Miedo. No derecho. Sino acoso. Abuso. Olvido. Por eso hay que desnudar la "tolerancia". El significado del "respeto".

Pensamos que el derecho a expresarse libremente es un derecho más simple que el derecho (no escapar o irse, sino el derecho a "salir") de una cultura. La mujer que no puede expresarse, no tiene el derecho a "salir" de esa "cultura" porque no tiene la libertad de discutirla, menos de abandonarla (justamente, es tratada como un objeto, cuya voz no cuenta: una posesión sometida, un recurso). Podrá escapar pero no tener el "derecho" de salir de la cultura. Y lo que necesita el multiculturalismo para construirse es precisamente eso: un derecho. El derecho de salida en forma plena. Y real. Si la mujer no puede expresarse, nunca podrá salir de esa cultura. Si no pude hablar, no puede salir (no tiene derechos, el derecho es un concepto que en muchas culturas no pertenece a la mujer. Pertenece solo al hombre, el hecho de ser mujer, como dice Mackinnon, significa ya *per se* la condición de los que no tienen derecho).[61] Y en nuestra opinión, la inmensa mayoría de las mujeres o niñas mutiladas, son mujeres que no hablan. Que no pueden hablar. Que nunca han hablado. Son mujeres que llevan el silencio en su propio cuerpo. Su cuerpo mutilado o violado es un cuerpo callado. Mudo. Obligado a callar. Se les ha enseñado que su voz —su palabra— no cuenta. Por eso no la dicen. No tienen palabra.

Digamos rápidamente que una cosa es tener "el derecho" de salir, el "derecho" de salida, de la propia cultura, que tener la posibilidad física de escapar, de irse, arriesgando la vida. Eso no es un derecho. De esta manera nos adelantamos a quienes nos dirán que la mujer puede muchas veces escapar. Claro que puede. Pero eso no es un derecho. Es un riesgo que corre la mujer. Un riesgo muy grande. (Y justamente porque es grande muchas veces no lo corre). Pero eso no es un derecho. Y justamente lo que el multiculturalismo necesita para sostenerse es un derecho de la mujer. No que la mujer escape golpeada de su casa de noche con el riesgo de ser descubierta y devuelta y torturada, lapidada o castrada por su hombre,

(61) Facchi, Alessandra, "El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", en *Academia*, año 3, nº 6, UBA, 2005, pp. 27/49.

amo o marido. No. Eso no es un derecho. Es un riesgo, como dije, que las mujeres algunas veces corren. Pero no siempre. Y el multiculturalismo sería muy sádico si construyese su edificio teórico (para comodidad de la democracia) asentado sobre esa posibilidad remota o sobre esa exigencia casi imposible a la mujer abusada.(62) Lo que el multiculturalismo necesita para construirse es un derecho. Y eso es precisamente lo que estas mujeres no tienen: un derecho, un derecho de "salida".(63) No pueden alzar su voz.

La base teórica esencial del multiculturalismo es el derecho que le asistiría a la mujer (violadas, castradas, golpeadas, quemadas) de "salir" de esa cultura. Pero sostenemos aquí que ese derecho es una falacia y que está definido en forma circular y excesivamente formal, de modo tal que la mujer que supuestamente lo tiene, no puede ejercerlo. Es decir, euro-céntrica y en última instancia, contradictoria. (Por eso no puede ser en rigor ejercido por quienes debieran ejercerlo: las mujeres, por ejemplo, mujeres indígenas. La salida es un concepto que no existe. No se contempla para la mujer. "Mujer" y "salir", mujer y derecho, mujer y voz, mujer y palabra, son conceptos que no van juntos en muchas culturas). La mujer no tiene ese derecho y por eso no lo ejerce. Porque no sabe que existe. Nadie quiere lo que no existe. Lo que no se puede querer. Lo que está prohibido.(64) Con esto queremos decir que el derecho de salida del multiculturalismo no es un verdadero derecho (de la mujer). Y que presumir que ese derecho es un derecho efectivo que existe cuando no es así, es peligroso, porque la mujer queda negada, mientras se presume (o el derecho presume) que es libre. La mujer está presa, atrapada. Se le arrogan derechos que no puede ejercer. Se presume una libertad que no tiene. No habla porque no puede hablar. Y el multiculturalismo interpreta mal ese silencio, como dice Fiss. Interpreta ese silencio como una concesión. No como una violencia. Como parte de la violencia que padecen las mujeres a diario. El silencio es funcional al abuso. No se lo sabe ver. El derecho no quiere verlo ni in-

(62) Olsen diría que esto se debe a que el derecho siempre ha sido pensado por hombres. Para beneplácito de los hombres. No de la mujer.

(63) Tal vez justamente porque no lo tienen es que el multiculturalismo necesita "presuponerlo", presuponer ese derecho inexistente en la mujer. Es un derecho que necesita ser fingido para que funcione la ficción de la mujer libre, base del multiculturalismo. Si la mujer carece de ese derecho, entonces los jueces no pueden aplicar ya el multiculturalismo sin caer en una forma de legitimación de la violencia, como denuncia Okin en su trabajo.

(64) De este modo, culpar a las mujeres porque "no salen" es culpar a las mujeres por creer lo que les han obligado a creer: que son objetos. Es culparlas por ser víctimas.

terpretarlo. Esto no es nuevo. Como Olsen señala, el derecho siempre ha "tardado" en advertir la violencia ostensible cuando recae sobre la mujer y la ejercen los hombres. Siempre se le piden a la mujer "pruebas". Como si las lapidaciones y castraciones no "hablaran" por la mujer. Como si hiciera falta "probar" la violencia con más "pruebas". Pero este es un problema que excede al multiculturalismo. Es el problema de un derecho que no ve la violencia que padecen las mujeres. Que la "reinterpreta" en su contra. No en su favor. (En favor del hombre) De todos modos, lo máximo que puede decirse en este caso es que el multiculturalismo es parte del problema. Pero también, como veremos, de la solución.

Dejamos sentada entonces una contradicción teórica en el multiculturalismo. Y la analizamos también a partir de consecuencias, mostrando cómo en nombre del multiculturalismo y los derechos humanos (del hombre, agregaría Mackinnon, los derechos humanos del hombre, no de la mujer) se lesionan o se olvidan los derechos humanos de la mujer. Se olvida que ella también tiene una palabra que debe ser escuchada. Que ella también tiene derecho. Que no es solo un objeto.

Nosotros podemos presuponer que la mujer tiene ese derecho de salida. Pero lo que importa (lo que hace tambalear al multiculturalismo) es que esa mujer (por ejemplo, indígena) no lo ve así. Ella no siente que tenga esa oportunidad, esa posibilidad. O ese derecho. (Muchas veces esas mujeres "deciden" casarse con sus violadores, "deciden", convivir con sus violadores porque no ven otra oportunidad, otra posibilidad, otro destino) La mujer se siente a menudo condenada. Asume que su voz "no cuenta". Se auto-silencia, como dice Fraser.(65) La sociedad le dice a la mujer que no puede y no debe expresarse. El drama del multiculturalismo es el silencio, que toma a la mujer silenciada como una mujer conforme y libre. Como una mujer que "consensúa" su cultura porque (presupone formalmente el multiculturalismo) si no quisiera "se iría". Pero las mujeres nunca se van y muchas veces no pueden hacerlo. No saben hacerlo. Por eso no hablan. Porque la salida no existe. Incluso cuando son quemadas vivas, lapidadas, castradas, se quedan. Callan. Permanecen. Pero no deberíamos interpretar esto como una muestra de consentimiento ni de libertad. Sino como una forma compleja de represión: la represión autoimpuesta.

(65) Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006.

Sostuvimos que el derecho de salida está mal definido, y encarna en última instancia una contradicción teórica seria del multiculturalismo (que no sería "multicultural" en su base). Entonces el multiculturalismo, en principio, se desmorona. Y el silencio de la mujer (oprimida) debe ser reinterpretado por el derecho. El problema, como dirán Fiss o Judith Butler, es cómo pensar ese silencio. La ausencia de la palabra de la mujer. La salida, pensamos, es una sola, y es la propuesta por Mackinnon: la elevación de conciencia. El multiculturalismo no es un mero debate teórico. Es un problema que se sucede en los tribunales y de cuya claridad conceptual penden las vidas de muchas mujeres a las que se les ha enseñado desde que han nacido que su palabra no cuenta. Que no tienen voz ni derechos. Y la mujer (y este es el drama del multiculturalismo) termina por creerlo. Termina por callar.

6 | Owen Fiss y una pista para responder la pregunta de Moller Okin

¿Hasta dónde el respeto de una identidad cultural nos obliga a permanecer en silencio frente al abuso de una mujer (indígena)? ¿Dónde trazar la línea? ¿Dónde termina el respeto, la tolerancia, y empieza el abuso? ¿Cómo no ser tachado de euro-céntrico en esa crítica que reivindica los derechos (humanos, la dignidad) de la mujer mutilada? La mutilación es silencio. Es un cuerpo silenciado. Sin voz. ¿Se desvirtúa el derecho de salida por esta acusación? Creemos que la solución está en la forma en que se piensa el silencio de la mujer.(66) Es decir: todo el edificio teórico del multiculturalismo se construye alrededor de un solo derecho: el derecho de salida. (El problema es la forma en que ese derecho se define, excesivamente formal) La pregunta a responder entonces es si estas mujeres indígenas tienen o no tienen ese derecho. Más aún: si no lo tienen ¿cómo habrían de expresarse? Si no pueden salir (de la cultura), tampoco pueden hablar (en la cultura). Y si no pueden expresarse (por temor a que hablar signifique directamente la muerte, la lapidación, la violación) ¿cómo sabremos qué es lo que ellas piensan? ¿O dicen? ¿Cómo sabremos si estas mujeres

(66) Una mujer con la vagina cosida que es "casada" y cuya vagina es reabierta con un cuchillo, y obligada a tener relaciones sexuales después de "casarse" no es "libre". No debe ser vista por el derecho como una mujer "libre" con palabra. Sino como una mujer atrapada. Silenciada. Inconsciente. El desafío es la construcción de conciencia (Mackinnon) para alcanzar la construcción de derechos.

están de acuerdo o no con que digamos que esa cultura que las oprime es "su" cultura? (pero precisamente no hablan, no pueden decir que no, que esa no es su cultura) Si logramos desmontar esto habremos logrado desmontar la esencia misma de la "defensa cultural". El uso malicioso del multiculturalismo que se hace en el derecho. Habremos roto la paradoja que nos muestra Moller Okin, cuando argumentos de respeto y tolerancia, terminan abriendo paso a formas de crueldad, violación, tortura, abuso.

Lo que no es legítimo es la tolerancia a la opresión. El que tolera la opresión no es "tolerante". Es cómplice. Esto es lo que denuncia el feminismo: la complicidad. La complicidad revestida. La solución es la que nos da Habermas: el multiculturalismo no es real mientras haya excluidos del dialogo. La mujer no tendrá salida mientras esté excluida del diálogo entre culturas. Y la mujer es muchas veces la gran excluida del diálogo. Y muchos de los que callan (no reclaman porque están silenciados precisamente por esas "culturas" que "representan" los varones, las mujeres no reclaman porque están siendo mutiladas, no reclaman porque tienen la vagina cosida desde los nueve años, no reclaman porque son obligadas a casarse con sus violadores, no reclaman porque no saben dónde o ante quién se reclama qué cosa, qué otra posibilidad existe y no se conoce, no reclaman porque no saben que se puede reclamar, qué consecuencias más graves tiene el reclamo, todo su mundo lo dominan los varones) no callan porque quieran callar.[67] El silencio no es libertad. El silencio es y esconde un abuso. El derecho ha interpretado mal el silencio. El multiculturalismo debe ayudar al derecho a repensar ese error.

La mujer que calla no es libre. Callan porque son acalladas. Callan porque son obligadas a callar. Porque no tienen palabra. Porque su realidad es el silencio. Callan porque no saben lo que es la palabra. Cómo funciona. Cómo se dice. Porque internalizan la opresión. Porque son educadas para no buscar/desear otra cosa. Porque son educadas para tolerar (¿disfrutar?) el abuso, la tradición, "los valores". Callan porque son educadas para ser objetos. Callan porque el derecho (nuestro derecho, un derecho sin otros) no las escucha. No sabe escuchar. No fue hecho para escuchar. Sino para oprimir. Se hizo a partir del silencio de la mujer mucho de lo que nosotros hoy llamamos "derecho" o cultura o tradición (también la esclavitud era

(67) Porque incluso hasta para salir, para hablar, para estar viva, hay que pedir permiso.

derecho, cultura o tradición en su momento, hasta que dejó de serlo, hasta que dejó de ser derecho). Por eso es lógico que la palabra de la mujer, palabra que recién ahora comienza a escucharse, nos inquiete y genere en todo los ámbitos del derecho, como dice Owen Fiss, un dilema. Una pregunta. Un cambio.

7 | El caso Ruiz
Las preguntas pendientes de la modernidad, las preguntas pendientes de todo el derecho

"Otra opinión, sin embargo, expresan las propias mujeres indígenas cuando tienen oportunidad de expresarse sobre estos temas, circunstancia destacable en el marco de los agravios formulados por la recurrente".(68)

La Corte salteña anuló en 2006 la detención de un ciudadano wichí acusado de violar a su hijastra (Estela Tejerina), entendiendo que al procesarlo no se había ponderado correctamente el respeto a la identidad indígena. La madre de la víctima, pertenecientes ambas a la misma comunidad que el imputado, denunció a su pareja por haber violado a su hija, quien se encontraba embarazada al momento de formular la denuncia (en junio de 2005). El embarazo fue advertido por la directora de la escuela a la que concurría la niña. Al ser llamada a ratificar sus dichos en sede judicial, la madre de la menor modificó su declaración (después, según testigos, de haber sido amenazada por el cacique de la comunidad, de haber sido amedrentada en varias oportunidades) y afirmó que él estaba conviviendo desde hacía un año con su hija, lo que es costumbre entre la comunidad. La investigación judicial continuó; en primera instancia se ordenó la detención de Ruiz, acusado de abuso sexual agravado. Tras los recursos correspondientes, el caso llegó a la Corte Suprema Provincial, que justificó su decisión aduciendo que las pautas culturales de la comunidad wichí conforman un modo de vida conocido como matrimonio privignático y que el acusado no tuvo conciencia del

(68) SCJ Salta, "C/C.R., J.F.- rec. de casación", cit., del voto en disidencia de la Dra. María Cristina Garros Martínez. El problema, naturalmente, es que las mujeres muchas veces no tienen esa oportunidad esencial que menciona la jueza: la simple oportunidad de expresarse, de ser escuchadas

incumplimiento de norma jurídica alguna. Este caso es un resumen de lo que se denomina "defensa cultural", donde más que defensa de una cultura, lo que hay es una apelación a la misma (un subterfugio) con el objeto de no recibir una condena.

La mujer sostuvo, en un comienzo, antes de retirar la denuncia, que hubo violación. Ruiz decía que solo hubo respeto de una tradición ancestral propia (Wichí) que consiste en tener relaciones sexuales libres con la mujer a partir de la primera menstruación de ésta, (lo que en la cultura Wichí, como dije, se denomina "matrimonio privignático"). Como se ve, en el fondo de este debate, lo que se opone es, una vez más, detrás del debate del multiculturalismo, como tantas otras veces en la Historia, es la palabra del hombre contra la palabra de la mujer, esta es la tensión entre género y cultura.[69] Ruiz alegó que en su cultura la decisión la toma siempre la mujer. No el hombre. Y también dijo que la hija de su mujer no tenía la edad que figura en el DNI, que era más grande. También dijo que la relación fue consentida. El fondo del debate es si el Poder Judicial debía condenar a un indígena que se defendía alegando un derecho propio, y una propia cultura que la democracia debe respetar (según lo establecido en la Constitución argentina, y en los Pactos internacionales a los que adhirió el Estado argentino). Es lo que Okin denomina "defensa cultural". No se defiende, en rigor, la cultura. Se usa la cultura (la apelación a una cultura) como pantalla para no ser condenado por un abuso.[70] Y en la mayoría de los casos las que pagan las consecuencias de esta nueva estrategia jurídica (de esta "defensa cultural") son las mujeres. ¿Qué debe hacer, pues, el derecho? ¿Debemos renunciar al multiculturalismo? ¿Qué debe hacer la democracia? Son muchas, como se ve, las preguntas dentro de la gran pregunta del multiculturalismo. Pero no podemos responder aquí a todas. Sólo aspiramos a dejar planteado un problema. A hacer visible una

(69) Y naturalmente la que tiene preminencia cultural y también preminencia jurídica es la palabra del hombre.

(70) El problema es que la "defensa cultural", llevada a un extremo, desvirtúa al derecho mismo. Cualquier persona puede alegarla, la cultura siempre tiene un límite que no es preciso. El derecho existe precisamente por eso: para poner un límite. La única manera de ponerle un freno a esta defensa cultural, a los abusos a que ha dado lugar, que han sido denunciados por el feminismo en todo el mundo, es precisamente recuperando el piso universalista del multiculturalismo —lo que lo separa del mero relativismo cultural— que es la idea de dignidad, expresada en el derecho de salida. La mujer objeto, como recurso, es un medio, que no puede salir. Está mudo. No es libre. Está atrapada. Eso no puede ser respetado en nombre de la cultura.

contradicción, la de un multiculturalismo mal entendido. Mal pensado. Mal aplicado. La de un multiculturalismo que tolera lo que debe combatir: el abuso de las mujeres. La opresión de las mujeres. Donde haya una mujer oprimida, donde hay violencia, no puede nunca haber multiculturalismo. Hay abuso. Opresión. El multiculturalismo, cuyos desafíos se observan sobretodo en el derecho penal, —en la justicia penal— tiene la misión de redefinir el derecho público. De redimir el silencio. Sin el derecho de salida, no hay cultura abierta. Hay encierro. La cultura no puede ser una cárcel. Una prisión. (Y las primeras que padecen esa prisión son las mujeres).

8 | Conclusión

El multiculturalismo como desafío para la democracia. Por qué el multiculturalismo puede servir para resolver las contradicciones (e hipocresías) de la democracia

El multiculturalismo puede servir para terminar, en primer lugar, con el doble discurso, o como sostiene Okin, con la doble moral. Con las dos caras de la democracia y con las dos caras del derecho. La democracia de los ciudadanos legales que luego arroja todo su peso contra los inmigrantes "ilegales", hombres y mujeres (muchas veces indígenas que escapan de la opresión y el hambre) sin voz ni derechos, hombres y mujeres que se detienen y se deportan. Allí también se juega el "derecho de salida". La deportación desmiente al derecho de salida. Europa borra con el codo lo que escribe con la mano. El derecho de salida no puede ser una teoría sin una práctica. Debe ser una práctica. Debe ser un derecho. Se debería poder ejercer. Un derecho que no puede ser ejercido no es un derecho. Es una fantasía. Una ilusión. Una utopía. Pero no un derecho.

Para sostenerse (sin caer en una inconsistencia profunda y palpable) el multiculturalismo depende de defender a raja tabla el derecho de salida de la mujer. Pero nada es tan fácil. Las mujeres muchas veces no abandonan las culturas que las oprimen (lo cual no nos autoriza a decir que la consienten, solo podemos decir esto con mala fe, que es precisamente

lo que denuncia el feminismo, todo depende de cómo se interprete el silencio autoimpuesto de la mujer)[71] y muchas veces no pueden hacerlo. (Entre otras razones, porque además de mujeres, son pobres o porque las democracias occidentales no las dejan entrar, no las reciben, las deportan, contradiciendo el postulado esencial e inicial mismo de la libertad de "salida") Por eso no hablan. Porque la salida no existe. Incluso cuando son quemadas vivas las mujeres son forzadas a "quedarse" en su cultura. La mujer sabe esto. Cuenta con esto. Por eso actúa como actúa. Por eso calla. "Elije". ¿Para qué querría la mujer un derecho de "salida" si las democracias occidentales que le arrogan ese derecho formal liberal a "salir" en el discurso, son las primeras en no recibirla, en deportarla? Para qué querría la mujer indígena argentina ese derecho "de salida" si salir de esa cultura para integrar otra —mayoritaria, por ejemplo en Argentina— significa, sin embargo, que se la siga maltratando (muchas veces aún más) y se la siga discriminando por india o pobre?[72] ¿Qué diferencia hay? Muchas veces la libertad de la mujer es eso, queda tristemente reducida a eso: a elegir entre distintas formas de violencia encubiertas bajo una supuesta libertad. El multiculturalismo no puede ser eso. Estas son las preguntas que se debe hacer la democracia si de verdad está dispuesta a defender el multiculturalismo. Si de verdad está dispuesta a defender la democracia. A ver a la mujer.

Decíamos que otra de las contradicciones son los límites estrictos a la inmigración de las democracias "civilizadas". Hay límites internos y límites externos a la integración y al derecho. De las culturas académicas que enarbolan el multiculturalismo pero luego prohíben la entrada de los inmigrantes "ilegales". Esta es la contradicción del multiculturalismo. Que las mismas democracias que hablan del "derecho de salida" de la mujer, cuando una víctima "sale" de la cultura, para el caso de que logre hacerlo, llegue viva, luego es convertida en una "ilegal" y es apresada, y deportada (sin acceso a un abogado o a un traductor), devuelta a la "cultura" de la que quiere escaparse o es convertida en mula o prostituida: es decir, sometida una vez más a una nueva forma de violencia de género. Padece, una vez más, por ser mujer. Solo por eso. Parece así que la violencia y el abuso es

(71) Fiss, Owen, "Qué es el feminismo", en *Doxa*, n° 14, 1993.

(72) Se la prostituya, se la sumerja en una red de trata.

un destino para la mujer más allá de toda cultura. La violencia persigue a la mujer (esto es lo que sostiene precisamente Mackinnon). Parece que la mujer está contra la espada y la pared. Pero entonces el problema de la violencia no es ya (solo) el multiculturalismo: es un problema que excede al multiculturalismo. Y esto es precisamente lo que sostiene el esencialismo de género. Por eso sostenemos que el multiculturalismo es, en rigor, la solución del problema. Y no, tal vez, el problema mismo.

El multiculturalismo, como vemos hoy en Europa, es una de las grandes promesas de la democracia y de la República (tal vez la única para vencer la discriminación y el estigma) y haríamos muy mal renunciando a él, en lugar de perfeccionarlo y corregir a quienes causan daño en su nombre. A quienes le causan un daño a la mujer (o compran la impunidad de los agresores varones en nombre de una defensa "cultural", en defensa de una cultura) pensando que con eso le hacen un favor al multiculturalismo o al derecho, cuando en el fondo lo están minando. Cuando Ruiz, en Salta, en 2006, logró ser sobreseído en nombre de la defensa de su "cultura/identidad"[73] (cuando muchas mujeres indígenas lo desmentían, pero la justicia salteña no ponderó por igual la voz del hombre y la voz de la mujer, justamente la palabra de la mujer no ha llegado a valer lo mismo que la palabra del hombre) lo que logró fue usar al multiculturalismo. Aprovecharse del derecho. Vaciarlo. Usarlo como una pantalla para negar un derecho. El derecho de la mujer. Pero el multiculturalismo no tiene por qué ser malo para las mujeres. Lo que sabemos, simplemente, es que puede serlo. Y en esto las feministas como Moller Okin tienen razón. Porque hasta el momento, lo ha sido. El multiculturalismo ha dañado a las mujeres porque ha sido mal pensado y mal aplicado por el derecho. Porque se han pensado mal los "derechos de grupo", superficialmente defendidos por el liberalismo. Estela Tejerina vivió en carne propia (en Salta) lo que denuncia Susan Moller Okin en Estados Unidos. (Esto le da la razón al esencialismo de género de Mackinnon, que señala que el destino de la mujer —de toda mujer— es el ser abusada, trágico destino que trasciende o trascendería las culturas y los

(73) Mackinnon diría: cómo puede ser "identidad" (cómo puede ser "cultura") el abuso de una mujer. La violación de una mujer menor. Precisamente este tipo de casos confirman las denuncias del feminismo radical de Mackinnon. La violencia sobre la mujer es cultura. Es "tradición". "Identidad". Es derecho.

estratos sociales)[74] El multiculturalismo ha sido malo para las mujeres. El desafío del derecho y el desafío del feminismo es que deje de serlo. Que el multiculturalismo se integre plenamente a la democracia porque el multiculturalismo puede servir para enriquecer a la democracia. Para darle sentido al derecho. Para generar conciencia. Para que masacres como la de Noruega[75] y otras masacres menos visibles, pero cotidianas, (como las que denuncia Mackinnon que padece la mujer) no se repitan[76] no sigan existiendo sin que el derecho se atreva a mirarlas. El derecho también debe abrir los ojos. Ver más. Ver lo que todavía no ha sido visto. Hay mucha violencia como afirma Robert Cover, que aún seguimos llamando cultura. El desafío del derecho es ver esto. El desafío del Derecho es dejar de ser cómplice de la violencia repensando lo que entendemos —y la forma en que ejercemos lo que entendemos— por sociedad multicultural. Sin derechos para la mujer, no hay multiculturalismo posible. Hay solo abuso. Hay solo violencia. Opresión.

(74) Fuera de ese esencialismo de género que defienden algunos feminismos (como el feminismo de Mackinnon) el debate del multiculturalismo se desdibuja. No se puede dar este debate sobre multiculturalismo desde un feminismo no esencialista.

(75) Cuyo asesino justificó diciendo precisamente que se sentía amenazado por el multiculturalismo. El multiculturalismo es percibido como una amenaza por quienes temen el avance de la "otredad" con derechos. Por quienes temen el avance del pluralismo. Prefieren "deportar" ilegales. No ver personas con los mismos derechos. Sino sujetos "sin papeles".

(76) Copelon, Rhonda, "Terror íntimo: violencia doméstica entendida como tortura", en *Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia, 1997.

El Memorándum de entendimiento con Irán[1] como una herramienta de cooperación internacional

por **ESTEBAN P. BESSONE**[2]

1 | Introducción

La figura del Memorándum de Entendimiento (*Memorándum of Understanding* - MOUs) constituye un instrumento internacional que puede utilizarse a los fines de "establecer disposiciones operativas bajo un acuerdo marco internacional o regular cuestiones técnicas o de detalle"[3] respecto de cierta problemática.

(1) "Memorándum de Entendimiento entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Islámica de Irán sobre los temas vinculados al ataque terrorista a la sede de la AMIA en Buenos Aires el 18 de julio de 1994", firmado el 27/01/2013, aprobado por ley 26.843 (BO 32591 de fecha 01/03/2013. En adelante: Memorándum.

(2) Abogado especializado en Derecho Internacional. Trabajó en el Poder Judicial de la Nación. Participó en el Seminario Permanente de Integración Regional en Temas de Juventud del Mercosur. Es docente en diferentes cátedras de la Universidad de Buenos Aires.

(3) Sitio Oficial de Las Naciones Unidas, *Definiciones de términos fundamentales en la Colección de Tratados de las Naciones Unidas*, [en línea] http://www.un.org/es/treaty/untc.shtml#memoranda, consultado el 25-02-2014.

Puede ser emitido tanto por estados como por organizaciones internacionales. Tanta es la importancia que poseen en el ámbito internacional, que la propia Organización de Naciones Unidas (ONU) los celebra con sus Estados miembros u otras organizaciones internacionales al entenderlos como una eficaz herramienta internacional de cooperación que puede causar un impacto positivo en la órbita interna tanto de los estados como de las organizaciones internacionales que decidan arribar a un acuerdo específico.

En el marco de lo anteriormente expresado es que, tanto la República Argentina como la República Islámica de Irán, a través de sus respectivos Cancilleres, consensuaron y adoptaron el texto referido al Memorándum de Entendimiento vinculado al ataque terrorista perpetrado el día 18 de julio de 1994 a la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) de Buenos Aires que dejó un lamentable saldo de 85 personas muertas y más de 300 personas heridas.[4] Cabe destacar que el Acuerdo fue aprobado por el Congreso de la Nación mediante ley 26.843.[5]

2 | Finalidad del Memorándum de Entendimiento

La finalidad del Memorándum es la de crear "…(un) marco jurídico que, respetuoso de las legislaciones de los respectivos países, puede permitir avanzar en el esclarecimiento de la verdad y el castigo de los culpables",[6] conservando coherencia con otras medidas —como la apertura de archivos dispuesta a partir del año 2003, el fortalecimiento de la Unidad Especial de Investigación

(4) Sitio Oficial de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), *Atentado a la AMIA - 18 de Julio de 1994*, [en línea] http://www.amia.org.ar/index.php/content/default/show/content/14, consultado el 25/02/2014.

(5) BO 01/03/2013. Se debe decir que, en el punto 6 del Memorándum se especificó que "Este acuerdo será remitido a los órganos relevantes de cada país, ya sean el Congreso, el Parlamento u otros cuerpos, para su ratificación o aprobación de conformidad con sus leyes. (…)".

(6) Anteproyecto de ley Sobre Memorandum de Entendimiento entre Argentina e Iran, versión completa del mensaje 173 enviado al Congreso Nacional, [en línea] http://www.prensa.argentina.ar/2013/02/07/38251-anteproyecto-de-ley-sobre-memorandum-de-entendimiento-entre-argentina-e-iran.php, consultado el 05/03/2014.

y el reclamo permanente ante la Organización de Naciones Unidas (ONU)—[7] que también son adoptadas con el fin de dar impulso a la causa.

Para destrabar el estado de la causa judicial —estancada con pedidos de captura aprobados por el Comité Ejecutivo de INTERPOL, pero infructuosos a la fecha— que investiga la autoría del citado atentado, se ideó un mecanismo que permitiera tomar las declaraciones indagatorias a las personas sobre las cuales Interpol ha emitido una notificación roja por pedido del juez de la causa.

Es así que en el punto 5 (Audiencia) del Memorándum, se previó que: "(l)a Comisión y las autoridades judiciales argentinas e iraníes se encontrarán en Teherán para proceder a interrogar a aquellas personas respecto de las cuales Interpol ha emitido una notificación roja". (Énfasis añadido)

Resulta imperioso insistir en que esta herramienta de cooperación no debe ser entendida como un hecho aislado. Debe analizarse a la luz de las múltiples medidas que el Poder Ejecutivo de la Nación, en el ámbito de sus atribuciones, ha brindado a fin de colaborar con el Poder Judicial Nacional en la causa "AMIA" para arribar a la verdad jurídica objetiva,[8] las que fueran puestas de manifiesto en el Mensaje de Elevación del Memorándum ingresado al Honorable Senado de la Nación bajo el NRO.PE 296/12.

De este modo, el 5 de junio de 2003 se dictó el decreto 146 mediante el cual se autoriza al Tribunal interviniente a otorgar vista de la totalidad de las actuaciones en las que tramitara el sumario instruido por resolución 540/00 de la ex Secretaria de Inteligencia de Estado, a las partes intervinientes en la Causa 487/00 (art. 1); ello *"... c*on el fin de lograr el total esclarecimiento del atentado perpetrado contra la ASOCIACION MUTUAL ISRAELITA ARGENTINA (A.M.I.A.) el 18 de julio de 1994." (Del Considerando 1°. El destacado ha sido agregado).

(7) A tal fin puede verse los discursos de la Presidenta, Dra. Cristina Fernández de Kirchner ante la Asamblea General de Naciones Unidas, en la 68° Asamblea General de Naciones Unidas de fecha 24 de septiembre de 2013, [en línea] http://www.presidencia.gob.ar/discursos/26744-68o-asamblea-general-de-las-naciones-unidas-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion, consultado el 05-03-2014. La Primera Mandataria dijo: "…se cumplen 10 años desde que por primera vez, quien fuera Presidente de la Argentina a partir del 25 de Mayo del año 2003, el Presidente Néstor Kirchner, reclamara en este mismo recinto cooperación a la República Islámica de Irán para el esclarecimiento de los hechos".

(8) CSJN, Fallos 310:799; 311:1971; 316:132; 319:1577; 321:510; entre otros.

Posteriormente, mediante los decretos 249, del 24 junio del 2003; y el 29, del 30 de junio del mismo año, se relevó de la obligación de guardar secreto a ex los funcionarios de la Secretaría de Inteligencia al efecto de que presten declaración testimonial en la causa. En este sentido, reiteramos

> "Que en el marco del absoluto respeto por los derechos y garantías consagrados en nuestra Carta Magna, el Gobierno Nacional tiene el compromiso y la firme voluntad de contribuir a la obtención del esclarecimiento del hecho, colaborando con la investigación judicial que se está llevando adelante con relación al atentado perpetrado contra la ASOCIACION MUTUAL ISRAELITA ARGENTINA (A.M.I.A.) el 18 de julio de 1994." (Del considerando 10° del decreto 291/03. El destacado ha sido agregado).

Igualmente, mediante decreto 398 —del 21 de julio de 2003—, se instruyó al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos a adoptar las medidas necesarias tendientes a que el titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal N° 9 tenga acceso a la información "clasificada" que se encuentre en poder de la Policía Federal Argentina, la Gendarmería Nacional y la Prefectura Naval Argentina, "para esclarecer el atentado perpetrado contra la Asociación Mutual Israelita Argentina (A.M.I.A.)" (art. 1) reiterando, así, la voluntad del Gobierno Nacional de prestar máxima colaboración en la tarea jurisdiccional. (Del considerando 2° del acto. El destacado ha sido agregado).

Complementariamente, mediante los decretos 785, 786 y 787 —todos del 17 de septiembre de 2003—, se autorizó el acceso a la base de datos de la Policía Federal, Gendarmería Nacional y Prefectura Naval. También se autorizó el acceso a cualquier dependencia, repartición o fuerza de la Administración Nacional y a la documentación y base de datos relativos a los atentados contra la sede de la AMIA y contra la Embajada de Israel obrantes en la Secretaría de Inteligencia.

Se sostuvo en aquella oportunidad —compartiendo las expresiones de la Comisión Legislativa Bicameral Especial de Seguimiento de la Investigación de los Atentados a la Embajada de Israel y al Edificio de la AMIA—,

> "...que la cuestión supera el enfoque singular de una causa donde se investiga un ilícito, para transformarse en una cuestión de

> gravedad institucional donde se pone a prueba tanto la capacidad del Estado Nacional para lograr justicia, como así también la voluntad de las autoridades gubernamentales en esclarecer el hecho" (El destacado ha sido agregado).
>
> "Que por ende la cuestión atañe a la REPÚBLICA ARGENTINA toda, e involucra no solamente al PODER JUDICIAL encargado de su juzgamiento, sino también al PODER LEGISLATIVO y al PODER EJECUTIVO, pues debe ser la voluntad de la Nación sostenida como política de Estado la que impulse la totalidad de las capacidades de todos y cada uno de los organismos que lo conforman, en aras de esclarecer los sucesos criminales más graves de todos cuantos han afectado a la comunidad nacional desde la restauración de la democracia". (Considerando 3° y 4° del decreto 787/03. El destacado ha sido agregado).

De todo lo expuesto se extrae, con claridad, que la finalidad del Memorándum, así como la de todas las acciones de gobierno impulsadas por el Poder Ejecutivo Nacional, son y han sido las de brindar herramientas que permitan al Poder Judicial esclarecer el atentado perpetrado contra la Asociacion Mutual Israelita Argentina (A.M.I.A.).

2.1 | Cooperación Internacional en materia penal

Tal y como se dijo anteriormente, entendemos que el Memorándum resulta un instrumento de cooperación jurídica internacional idóneo, adecuado y proporcionado a los fines de permitir al Poder Judicial avanzar en el esclarecimiento de los hechos investigados en la causa "AMIA".

La cooperación internacional puede ser definida como una herramienta de colaboración que apoya procesos mediante la transferencia de recursos entre diversos actores del sistema internacional[9] —entre ellos los estados— dentro de un contexto mundial que genera "la necesidad de que las naciones estrechen lazos en función de algunas peculiares formas de criminalidad que o bien trascienden fronteras, o que

(9) Sitio Oficial de la Universidad del Rosario (Colombia), *¿Qué es la Cooperación Internacional?*, [en línea] http://www.urosario.edu.co/Internacionalizacion/Oportunidades-Cooperacion-Internacional/Que-es/, consultado el 06/03/2014.

el accionar que las caracteriza resulta lesivo para toda la comunidad internacional".[10]

Asimismo, cuando se debe obtener una prueba factible de ser encontrada en el extranjero, es dable acudir a la cooperación internacional y asistencia judicial entre estados a través de acuerdos o convenios entre dos naciones. Así, según Castelnuovo los convenios surgen por la

> "necesidad de comunicarse, ya sea para procurarse pruebas en la sustanciación de un proceso, o bien para requerirse u obtener la entrega de individuos para someterlos a juicio, que se encuentran fuera de sus territorios y en consecuencia, del ámbito de su jurisdicción. Esta asistencia se funda sobre bases de solidaridad, cooperación y entendimiento universales, tratando de tutelar de la forma más eficiente que resulte posible, intereses o bienes jurídicos que aparecen como propios del orden jurídico internacional considerados ofendidos por acciones delictivas".[11]

En otros términos, la cooperación o asistencia penal jurisdiccional internacional puede ser entendida como aquella actividad procesal desplegada en territorio de un estado a solicitud o ruego de las autoridades competentes de otro y al servicio de un proceso penal incoado o a incoarse en el extranjero. El auxilio judicial internacional —tanto civil y comercial como penal— es susceptible de ser distinguido en distintos niveles o grados según su complejidad y el modo en que su prestación afecta los derechos de los individuos y al estado que brinda la asistencia.[12]

Así, es posible distinguir el auxilio —la cooperación probatoria, el auxilio cautelar y hasta la incautación y transferencia de bienes decomisados y la entrega de documentos y antecedentes— de mero trámite —citaciones, intimaciones, emplazamientos, notificaciones— llevado a cabo en un país por requerimiento de autoridades competentes de otro.

(10) Castelnuovo, M., *Cooperación en materia penal en el Mercosur*, [en línea] http://www.infojus.gov.ar/doctrina/daca060107-castelnuovo-cooperacion_en_materia_penal.htm?2, consultado el 05/03/2014.

(11) *Ibid.*

(12) Tellechea Bergman, E., *Nuevos desarrollos en la Cooperación Judicial Penal Internacional en el ámbito del MERCOSUR y del Derecho Uruguayo*, [en línea] http://www.eldial.com.ar/nuevo/resultados-detalle-doctrina.asp?id=3655&base=50&resaltar=nuevos%20desarrollos%20en%20la%20cooperaci%F3n%20judicial%20penal%20internacional%20en%20el%20%E1mbito%20del%20mercosur,del%20derecho%20uruguayo, consultado el 05/03/2014.

2.2 | Naturaleza jurídica del Memorándum de Entendimiento

De lo expuesto se colige que la naturaleza de este Acuerdo resulta ser la de un mecanismo de cooperación que asiste y se encuentra al servicio de la investigación del Poder Judicial argentino, con el fin de posibilitar la declaración indagatoria de las personas respecto de las cuales Interpol ha emitido una notificación roja —plasmada en el Punto 5 de éste— y así avanzar en el esclarecimiento de tan aberrante hecho.

En síntesis, este tipo de MOUs. no hace otra cosa más que reflejar el estado de las negociaciones tendientes a arribar a un punto de unión entre los "intereses contrapuestos" existentes.(13)

Cabe destacar que, al resolver la causa "Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) y otros s/ Amparo ley 16.986",(14) el Sr. Juez de Primera Instancia en lo Criminal y correccional N° 6, sostuvo que:

> "… conforme el artículo 99, inciso 11 de nuestra Carta Magna resulta competencia exclusiva y privativa del Poder Ejecutivo concluir y firmar tratados y otras negociaciones para el mantenimiento de buenas relaciones con las naciones extranjeras. Fruto del ejercicio de tales atribuciones son todos los tratados de cooperación judicial que el Poder Ejecutivo ha suscripto con un sinnúmero de naciones extranjeras como así también el cumplimiento de las acciones allí comprometidas a través de las áreas encargadas de las relaciones exteriores de la nación". (El destacado es propio)

Más adelante agregó que:

> "…no sólo no se aprecia la existencia de una manifiesta ilegalidad en la acción desarrollada por el Poder Ejecutivo sino que la negociación tendiente a coadyuvar en el avance de un proceso a través de la cooperación judicial internacional se en-

(13) Marín Narros, Héctor Daniel, *Concepción y eficacia de las letters of intent, los memoranda of understanding y los acuerdos de intenciones*, [en línea] http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/200902-75986542314568.html, consultado el 07/03/2014.

(14) Caso Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA) y Otros S/Amparo, *ley 16.986*, [en línea] http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/NV6627-asociacion_amparo-federal-2013.htm?0, consultado el 06/03/2014.

cuentra dentro de los límites impuestos por la manda constitucional del artículo 27". (El destacado es propio)

3 | Conclusión

Es por todo lo anteriormente expuesto que, sin lugar a dudas, este hecho aberrante —que no sólo conmovió a la sociedad argentina sino que, además, a toda la comunidad internacional— requiere de una acción y esfuerzo conjunto entre los estados involucrados y sus respectivas dependencias a fin de esclarecer los hechos, hallar a los culpables y aplicar la pena correspondiente.

Así, debemos comprender la constitución de este Memorándum como una herramienta de cooperación internacional que asiste los procedimientos/actuaciones ya existentes; como un medio claramente válido que propicia el intercambio de información entre países y que brinda la posibilidad de interrogar a aquellas personas respecto de las cuales INTERPOL ha emitido una notificación roja.

A su vez, esta herramienta de cooperación puesta a disposición del juez de la causa no debe ser entendida aisladamente. Debe analizarse a la luz de las múltiples medidas impulsadas desde el Poder Ejecutivo de la Nación con la finalidad de coadyuvar al esclarecimiento del atentado que se investiga en la denominada causa "AMIA".

Así, la ejecución de la cláusula 5 del Memorándum, al establecer que las autoridades judiciales argentinas procedan a interrogar a aquellas personas respecto de las cuales Interpol ha emitido una notificación roja, permitirá que se lleve a cabo un imprescindible paso procesal para avanzar en la causa judicial.[15]

Todo ello con el objeto de conseguir resultados concretos y definitivos en una problemática que está como nunca antes en la agenda de nuestro país.

(15) En efecto el art. 294 del Código Procesal Penal de la Nación, ubicado en el Capítulo IV denominado "Indagatoria" prescribe que: "Art. 294. - Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla".

A su vez, el mismo cuerpo legal, al regular el procesamiento, capítulo V, en su art. 306 dispone que "En el término de diez (10) días, a contar de la indagatoria, el juez ordenará el procesamiento del imputado siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que aquél es culpable como partícipe de éste."

Hacia la efectiva prevención y sanción del acoso sexual en Argentina

por **CECILIA GEBRUERS**[1]

I | Introducción: la importancia de introducir la perspectiva de género en la justicia

La perspectiva de género es una forma de dar visibilidad a ciertas problemáticas sociales que surgen a partir de la asignación de roles asociados a determinados modos se ser varón o ser mujer y que permanecen, al día de hoy, ocultas a través de su naturalización. Estos roles son producto de una construcción cultural arraigada en la sociedad que controla el campo de significación social y promueve, a su vez, determinadas representaciones del género.

De allí, entonces, la necesidad de repensar desde una lectura crítica no sólo el lugar que el derecho —por ser el tema que nos ocupa— ha signado la mujer, sino también, la forma en la que los operadores de la justicia han introyectado aquellas normas culturales y las refuerzan y reproducen, así como también muchas veces las resisten y las quiebran.

(1) Abogada (UBA). Diploma en Mujeres y Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. Docente de la Facultad de Derecho (UBA). Abogada del Área Jurídica del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género.

Una de las problemáticas sociales a las que es necesario dar visibilidad social a partir de la perspectiva de género es, sin dudas, la violencia contra la mujer, cuyas particularidades radican no sólo en los lugares donde ocurre y los actores que intervienen. Es necesario también tener la capacidad de rever críticamente aquellos mandatos que favorecen un modelo de varón en el cual la agresividad es vista como normal. Es decir, aquellos mandatos que vinculan la masculinidad a cierto nivel de violencia socialmente aceptado y a las mujeres, por el contrario, con una mayor sensibilidad y fragilidad.

La matriz liberal del derecho y su reconocimiento de la igualdad formal pone a las mujeres en una situación de clara desventaja al invisibilizar éstas particularidades en casos como los de violencia contra la mujer, perpetuando así la violencia estructural y la llamada "cultura de la impunidad".[(2)] Es por ello que para erradicar la violencia contra la mujer debe tenerse en cuenta éste contexto mucho más amplio con el que carga cada mujer víctima de violencia.

En este artículo intentaré detallar los obstáculos que aún son necesarios superar para prevenir, sancionar y erradicar la forma específica de violencia contra la mujer que es el acoso sexual.

2 | Primer paso: la dimensión real del problema

La violencia contra las mujeres ha despertado creciente interés en los decisores políticos y operadores de justicia. Sin embargo, los esfuerzos no alcanzan por igual sus diversas manifestaciones. Las normas de protección para los casos de violencia familiar y doméstica aprobadas en el Argentina a partir de la década del noventa y la posterior sanción de la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (en adelante, ley 26.485 o Ley de Protección Integral), dieron lugar al diseño e implementación de ciertas políticas en distintos espacios de los poderes ejecutivos y judiciales, tanto a nivel nacional como local. Como resultado de ello, se crearon espacios que permiten formalizar denuncias, programas de

(2) Chinkin, Christine *et.al.*, *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Buenos Aires, Defensoría General de la Nación, 2012.

asistencia y campañas de sensibilización y difusión, particularmente para las situaciones de violencia familiar o el marco de relaciones personales.

En los últimos años, el acoso sexual comenzó a ocupar un lugar en la agenda, gracias al impulso de diversos organismos de protección de los derechos humanos. Como consecuencia de ello, numerosos países sancionaron leyes que contemplan el acoso sexual como una forma específica de violencia contra la mujer.(3) Sin embargo, lamentablemente este fenómeno sigue siendo invisibilizado y las mujeres y niñas que se encuentran en estas situaciones deben aún superar numerosos obstáculos para acceder a la justicia. Esto se debe no sólo a la ausencia de normas específicas, sino también a que los roles de género naturalizan ésta violencia y se encuentra fuertemente arraigada en la sociedad.

La Organización Internacional del Trabajo(4) señala que el acoso sexual se configura cuando se encuentran presentes los siguientes elementos:

- comportamiento de carácter sexual;
- no deseado;
- generalmente vinculado a una relación de poder; y que la víctima lo perciba como un condicionante hostil, convirtiéndolo en algo humillante.

Cabe destacar la importancia de éste último elemento, ya que nos indica que para establecer la existencia de acoso sexual es necesario que no exista el consentimiento y que su destinataria perciba la conducta como indeseada. De ahí que sea imperioso, a fin de determinar un caso de acoso sexual, que se especifiquen las conductas para identificar cuáles de ellas son percibidas como acoso sexual.

Dado que el acoso ha sido principalmente investigado y legislado en el ámbito laboral, nos detendremos, principalmente, en los avances que se han dado en éstos espacios, para aproximarnos desde allí al problema y en un segundo momento indagar acerca del acoso en ámbitos educativos.

(3) Es el caso de Bélgica, Belice, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Francia, México, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, entre otros. Véase [en línea] http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/documentos/le3acoso.pdf

(4) OIT, *ABC de los derechos de las trabajadoras y la igualdad de género*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, [en línea] http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_094520.pdf

2.1 | El acoso laboral

Un primer obstáculo se presenta frente a la escasa información disponible respecto de la violencia contra las mujeres, en general, y más aún respecto de los casos de acoso sexual con los que se enfrentan las mujeres, tanto en espacios laborales como educativos.[5] Ciertamente, sin tener conocimiento de su real dimensión, la tarea de implementar políticas públicas eficaces se hace sumamente dificultosa.[6]

Si bien existen iniciativas para registrar denuncias en el Ministerio de Trabajo,[7] los esfuerzos no son suficientes si lo que se quiere es conocer de manera certera la dimensión de la problemática. La contribución sirve de un indicador del problema con el que nos enfrentamos.

A partir de las estadísticas elaboradas por la Oficina de Asesoramiento sobre Violencia Laboral (OAVL),[8] se desprende que en el periodo 2011-2012[9] se atendieron 1500 casos de violencia laboral, incluyendo sector público y privado. La suma se eleva a 5000 si se cuenta la cantidad de casos desde su creación. Tomando 450 casos recibidos por la OAVL —entre 2006 y 2008—, surge que 60% de las denunciantes son mujeres. Asimismo, de ellas, el 81% consultó sobre situaciones de violencia psicológica, el 9% física y el 10% se-

(5) Gherardi, Natalia, *Más allá de la denuncia: los desafíos para el acceso a la justicia. Investigaciones sobre violencia contra las mujeres*, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, [en línea] http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=895&plcontampl=6&aplicacion=app187&cnl=14&opc=9.

En el mismo sentido, el Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha señalado a la Argentina la necesidad de fortalecer su sistema de reunión de datos relativos a todas las formas de violencia contra la mujer. Véase *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,* [en línea], http://www.cnm.gov.ar/LegInternacional/ObservacionesFinalesCEDAW2004_2007.pdf, párr. 24.

(6) Una publicación reciente de la CEPAL, advierte la necesidad de contar con información de calidad para diseñar, implementar y monitorear políticas eficaces en materia de violencia contra las mujeres. Véase Almerás Diane y Calderón Magaña, Coral (coords.), *Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres*, Cuadernos de la CEPAL, n° 99, [en línea] http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/46612/cuaderno99_WEB.pdf

(7) Véase [en línea] http://www.trabajo.gov.ar/downloads/oavl/informe_gestion_2011-2012.pdf

(8) La OAVL fue creada por resolución MTEySS N° 05/07.

(9) Véase [en línea] http://www.trabajo.gov.ar/downloads/oavl/informe_gestion_2011-2012.pdf

xual.[10] Sin olvidar las limitaciones de estos datos, podemos observar que las denuncias por acoso sexual son una porción pequeña de la totalidad de las consultas.

Advertimos, entonces, la necesidad de contar con información empírica que nos permita alcanzar una idea más precisa de la situación del acoso sexual como una forma de violencia en el ámbito laboral.

2.2 | El acoso en el ámbito universitario

La situación respecto del acoso en ámbitos universitarios se enfrenta a similares problemas ya que no se conocen investigaciones que hayan procurado dar cuenta de la dimensión del problema del acoso sexual en el ámbito educativo, en general, y en espacios universitarios en particular, con la excepción de la Universidad Nacional de Córdoba sobre la que profundizaremos más adelante.

Ahora bien, debemos destacar las particularidades que tiene éste ámbito. Principalmente el hecho de que sea un ámbito de formación de mujeres y varones posicionados en una situación de privilegio relativo, con mayores oportunidades para acceder a espacios con poder y que necesitan un contexto libre de violencia para poder desarrollar todo su potencial.

En Argentina, el espacio universitario posee la particularidad de tener un mayor número de estudiantes mujeres. Los datos del Ministerio de Educación del censo de 2002[11] indican que de un total de 1.377.534 estudiantes de universidades e institutos universitarios nacionales y privados de todo el país, el 55% son mujeres. También lo son el 57% de los egresados (sobre un total de 55.955) y el 54% de los nuevos inscriptos.[12] Según el censo de la Universidad de Buenos Aires del año 2011, la distri-

(10) Véase [en línea] http://www.trabajo.gov.ar/oavl/documentos.asp?area=oavl. Sección Estadísticas, "Violencia laboral: mujeres y varones".

(11) No se encontraron cifras actualizadas.

(12) González, Manuela G. y Salanueva, Olga L., "La enseñanza y el género en la Facultad de Derecho de La Plata", en *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, n° 6, Bs. As., 2005.

bución por sexo de la población de estudiantes muestra un predominio de la categoría "Mujer": 60,9% para el total de la Universidad.[13]

Recientemente, la Universidad de Córdoba publicó una investigación llevada a cabo entre los años 2009 y 2010 por el Programa de Género de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC) sobre las desigualdades de género en el ámbito universitario, en tanto espacio de trabajo.[14] La investigación se enfocaba en las condiciones de desigualdad e inequidad existentes en relación a los derechos de las mujeres que se desempeñan como docentes en la UNC, incluyendo situaciones de acoso sexual.

La investigación arrojó los siguientes datos: el 20% de la población encuestada señaló conocer casos de discriminación y, respecto al acoso sexual en particular, el 15,30% de la población encuestada reconoce que existen casos, considerando la definición dada por la Organización Internacional del Trabajo.

Sin embargo, otro dato es vital al momento de intentar conocer la real dimensión de la problemática y es que debe indagarse acerca de cuáles son las situaciones son las mujeres perciben como inapropiadas.

En Ecuador, la Universidad del Azuay indagó acerca de la frecuencia del acoso sexual perpetrado por docentes hacia sus alumnos y alumnas en el ámbito universitario.[15] Para ello tuvo en cuenta la forma en que los alumnos y alumnas percibían las conductas que se indicaban en el formulario y señalando si lo consideraban acoso sexual o no. Las conductas que fueron consideradas acoso sexual variaron entre: comentarios relativos al cuerpo dentro del aula; comentarios acerca de la vida sexual de un(a) estudiante; miradas; exhibición de objetos sugestivos; propuestas de citas románticas; caricias físicas hacia el o la estudiante; llamadas telefónicas y chantajes con notas para lograr favores sexuales. Los porcentajes fueron

(13) Véase [en línea], http://www.uba.ar/institucional/censos/Estudiantes2011/estudiantes%202011.pdf

(14) Rodigou Nocetti, M.; Blanes, P.; Burijovich, J.; y Domínguez; *Trabajar en la Universidad (des) igualdades de género por transformar*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2011.

(15) Crespo Andrade, M. C., "Acoso sexual en la educación universitaria", en *Universidad y verdad*, nº 52, Cuenca, Unviersidad del Azuay, 2010.

variando de acuerdo a la facultad en la que se realizó la encuesta, llegando hasta 28% en la Facultad de derecho y hasta 19% en la Facultad de ciencia y tecnología.

Similares resultados arroja el estudio llevado a cabo por Rosa Valls de la Universidad de Barcelona.(16) Una investigación sobre violencia de género en diversas Universidades españolas, advierte que cuando se les pregunta directamente a las encuestadas sobre violencia de género en el ámbito universitario, el 52% afirma no conocer ninguna situación de éste tipo. Sin embargo, la respuesta es afirmativa cuando se les pregunta si han padecido alguna de las siguientes situaciones: agresiones físicas; violencia psicológica; agresiones sexuales; presiones para mantener una relación afectivo-sexual; recibir besos y/o caricias sin consentimiento; sentir incomodidad o miedo por comentarios, miradas, correos electrónicos, notas, llamadas telefónicas o por haber sido perseguido/a o vigilado/a; rumores sobre la vida sexual; comentarios sexistas sobre la capacidad intelectual de las mujeres o su papel en la sociedad o comentarios con connotaciones sexuales que las degradan o las humillan. En suma, los resultados reflejan que un 65% de las personas encuestadas conoce o ha padecido violencia de género en el ámbito universitario.

Un estudio sobre la violencia sexual en la Universidad de Caldas, Colombia, arroja los siguientes resultados: de un total del 298 encuestadas, el 18.40% fueron víctimas de uno o más eventos violentos (acoso sexual y/o violación) durante su vida universitaria. Entre ellos se vio como más frecuente el calificado de "leve o verbal", en un 34.80% de los casos, comprendido por chistes, conversaciones de contenido sexual, miradas o gestos lascivos, muecas. Vale destacar que en el 26.10% de los casos el agresor fue un profesor, y de ellos sólo en dos casos era de sexo femenino.(17)

Por último, la encuesta también muestra que el acoso es más frecuente en los dos primeros años de cursada. Conclusión compartida por otro es-

(16) Valls, Rosa, "Violencia de género en las Universidades españolas", [en línea] http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1237989967_ABSTRACT_Valls_exp50_05.pdf

(17) Moreno-Cubillos, C. L.; Osorio-Gómez, E. y Sepúlveda-Gallego, L. E., "Violencia sexual contra las estudiantes de la Universidad de Caldas (Colombia). Estudio de corte transversal" en *Revista colombiana de obstetricia y ginecología*, v. 58, n° 2, 2007.

tudio, llevado a cabo en la Universidad de Manizales de Colombia.[18] Allí también se observó que si bien la frecuencia del acoso es de un 6,80%, sólo en el 7,10% de los casos fueron denunciados.

Sobre este punto indaga también el estudio dirigido por Alan Gross y llevado a cabo por la Universidad de Mississippi, y muestra que sobre 903 mujeres universitarias encuestadas, si bien el 27% confesó haber sido víctima de algún tipo de abuso o situación sexual no deseada, lo que equivale a 243 mujeres, sólo 4 de ellas dieron a conocer los hechos a la policía.[19]

Recientemente, la Universidad de Barcelona realizó una investigación titulada "Violencia sexual, acoso y miedo al delito". A través de una encuesta realizada a 789 alumnas de dicha universidad, tan sólo el 31.70% reconoce *no* haber sufrido nunca situaciones de acoso sexual. Mientras que el 3% de las estudiantes afirma que lo sufre a menudo y el 18% ocasionalmente.[20]

A partir de éstos resultados podemos ver que el espacio universitario puede ser un escenario sumamente hostil para las mujeres y que la mayoría de las conductas que encuadran bajo la categoría de acoso sexual son naturalizadas tanto por la sociedad como por quienes las padecen.[21]

Seguidamente, pasaremos a detallar la normativa internacional vinculada con el acoso sexual para luego comenzar a repasar la situación del acoso sexual en Argentina en términos más amplios, tanto en el plano normativo como en su dinámica a través de las decisiones judiciales, a fin de dilucidar cómo funcionan las normas cuando los derechos deben ser custodiados por el Poder Judicial.

(18) Castaño-Castrillón, J. J., *et. al.*, "Acoso sexual en la comunidad estudiantil de la Universidad de Manizales (Colombia) 2008. Estudio de corte transversal", en *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, v. 61, n° 1, 2010.

(19) Gross, Alan M., *et. al.*, "An examination of sexual violence against college women" en *Violence Against Women*, v. 12, 2006, pp. 288/300. Cabe señalar que esta encuesta no circunscribe el lugar de acoso al ámbito universitario.

(20) Bodelón, Encarna, "Violencia sexual, acoso y miedo al delito", [en línea] http://vmrz0183.vm.ruhr-uni-bochum.de/gendercrime/pdf/gendercrime_country_report_spain_spanish.pdf. Cabe señalar que esta encuesta no circunscribe el lugar de acoso al ámbito universitario.

(21) Cabe destacar, sin embargo, que la ausencia de denuncia no es indicador *per se* de la naturalización del acoso. Por el contrario, puede deberse a que no encuentran mecanismos adecuados para formalizar la denuncia, o porque creen que la denuncia empeorará su situación.

3 | Segundo paso: definir el acoso sexual y su marco regulatorio

3.1 | Los Instrumentos de Derechos Humanos

El acoso sexual es una forma específica de violencia contra las mujeres, y como tal, es considerado una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en diferentes instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. V); la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 5 y 7); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 5 y 11) y su Protocolo Adicional en materia de DESC (art. 7); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17); y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (arts. 7 y 12). Finalmente, también ha sido condenado por el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958.

La Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la Mujer insta a todos los Estados parte a condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas y a "Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas" (art. 2).

Por su parte, la Convención de Belém do Pará para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres establece que constituye violencia contra la mujer: "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (art. 1). Luego, señala específicamente el caso del acoso sexual, tanto laboral como en espacios educativos (art. 2-b).

En el mismo sentido se expide el Comité de la CEDAW al señalar que:

> "El hostigamiento sexual incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es

> discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil" (art. 11, párr. 11).

Finalmente, recomienda a los Estados que:

> "...adopten todas las medidas jurídicas y de otra índole que sean necesarias para proteger eficazmente a las mujeres contra la violencia, incluidas entre otras: i) medidas jurídicas eficaces, como sanciones penales, recursos civiles e indemnización para protegerlas contra todo tipo de violencia, hasta la violencia y los malos tratos en la familia, la violencia sexual y el hostigamiento en el lugar de trabajo" (párr. 24.t; énfasis agregado).[22]

En el año 1997, la Corte Suprema de India, en el emblemático caso Vishaka v. Estado de Rajasthan Ajasthan,[23] resolvió que conforme lo establecido en la citada Recomendación General, debían fijarse lineamientos y requisitos para el procesamiento de quejas sobre acoso sexual por empleadores tanto privados como públicos en el país. En el caso se trató de una mujer que fue violada por un grupo de hombres mientras realizaba sus tareas como trabajadora social en una aldea de Rajastán. Como consecuencia de ello el Estado tuvo que cumplir con su obligación de brindar protección jurídica contra el acoso sexual en el trabajo.

Pese a haber sido recomendado en el Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará, es necesario señalar que actualmente no existen instrumentos internacionales específicos sobre la problemática del acoso sexual que profundicen en sus contenidos y en las medidas adecuadas para su protección y sanción.[24]

(22) CEDAW; *Recomendación general 19*, [en línea] http://www.ipu.org/splz-e/cuenca10/cedaw_19.pdf

(23) Véase [en línea] http://compendium.itcilo.org/en/compendium-decisions/supreme-court-of-india-vishaka-and-others-v.-state-of-rajasthan-and-others-13-august-1997-1997-6-scc-241

(24) MESCEVI (OEA), "Segundo Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará", [en línea] https://www.oas.org/es/mesecvi/biblioteca.asp#seguimiento

3.2 | Legislación en el ámbito nacional

La Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (ley 26.485), reconoce a la violencia laboral como uno de los tipos de violencia, y la define como: "...aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo (…)" (art. 6 (c)).

La definición de violencia contra la mujer comprende, entonces, la violencia sexual y psicológica, entre las que se encuentra el acoso (arts. 5(3) y 5(2)).

Sin embargo, si buscamos una mayor precisión, en el decreto 1011/2010 que reglamenta la citada ley sólo encontraremos lineamientos generales respecto de la discriminación laboral de la mujer.

Si vamos al ámbito de la administración pública, vemos que el acoso sexual laboral u hostigamiento está contemplado en el decreto 2385/1993, sobre el régimen jurídico básico de la función pública, donde se lo define expresamente como:

> "El accionar del funcionario que con motivo o en ejercicio de sus funciones se aprovechare de una relación jerárquica induciendo a otro a acceder a sus requerimientos sexuales, haya o no acceso carnal. Las denuncias o acciones que corresponda ejercer con motivo de la presunta configuración de la conducta antes descripta podrán ejercitarse conforme el procedimiento general vigente o, a opción del agente, ante el responsable del área recursos humanos de la jurisdicción respectiva" (art. 1).

Se trata, entonces, de una definición que circunscribe la configuración de acoso al abuso de una posición jerárquica, excluyendo así, aquellos casos donde el acoso no proviene de un superior, pero de todas formas genera un clima hostil. Del mismo modo, a través del decreto 214/2006 se incluyen en el Convenio Colectivo de Trabajo General para la Administración Pública una serie de prohibiciones que amparan a las trabajadoras de una serie de conductas

que implican un menoscabo a su integridad, pero que aún requieren de la existencia de una relación jerárquica.[25]

Por otro lado, en el ámbito privado, la Ley de Contrato de Trabajo no estipula la prohibición del acoso sexual, sino que sólo se limita a consagrar una regulación general contra el trato discriminatorio fundado en el sexo o estado civil de la mujer (art. 172). No obstante, algún tipo de amparo legal puede encontrarse en el art. 4 de la Ley de Higiene y Seguridad en el Trabajo (ley 19.587)[26] o como injuria (art. 242, LCT), pese a no encontrarse específicamente contemplada.

Finalmente, tenemos que recurrir a la figura genérica del abuso sexual en Código Penal, que estipula el siguiente delito:

> "Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción" (art. 119).

Agravada en el inc. b), en aquellos casos donde quien realiza los actos está encargado de la educación o de la guarda.

Sin dudas vemos grandes deficiencias en la legislación, que ya fueron advertidas por el Comité de la CEDAW en el año 2010, cuando recomendó expresamente al Estado argentino que adopte todas las medidas

(25) "Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo, género, orientación sexual, condición social o económica, caracteres físicos, o cualquier circunstancia que implique menoscabo, segregación y/o exclusión" (art. 37, inc. h).

"Realizar mediante el uso de su cargo, función, influencia o apariencia de influencia cualquier acto, comentario o conducta en forma reiterada con connotación sexual no consentida por quien la recibe u hostigamiento moral, sea para beneficio propio o de un tercero; bajo posibles formas de maltrato físico o psíquico, acoso sexual u homofóbico y/o que perjudique el desempeño del agente afectado, su salud, relación, dignidad o futuro laboral, o consentir dichas conductas en el personal a su cargo sin hacerlas cesar" (art. 37, inc i).

(26) La higiene y seguridad en el trabajo comprenderá las normas técnicas y medidas sanitarias, precautorias, de tutela o de cualquier otra índole que tengan por objeto: a) proteger la vida, preservar y mantener la integridad sicofísica de los trabajadores.

necesarias para "promulgar legislación relativa al acoso sexual en los lugares de trabajo públicos y privados, incluidas sanciones eficaces".[27]

Aunque sin buenos resultados, desde el Estado se ha intentado cubrir este vacío legislativo. Se presentaron diversos proyectos de ley que establecían una normativa para la prevención y sanción del acoso sexual laboral, pero ninguno de ellos logró la aprobación en ambas cámaras.

Es el caso del proyecto de Ley de Prevención y Sanción de la Violencia Laboral y el Acoso Sexual Laboral que consiguió media sanción en la Cámara de Diputados en noviembre de 2007.[28] Proyecto que expresamente estipulaba que el acoso sexual podía ser ejercido por el empleador, un superior jerárquico u otro trabajador (art. 6), debiendo responder por esos actos también el empleador a través de una reparación civil por los daños y perjuicios sufridos (art. 9). Si bien este Proyecto perdió estado parlamentario, fue presentado uno similar en el año 2012.[29]

Debemos mencionar otro proyecto de ley, que también en el año 2012 ingresó a Diputados y busca establecer penas para el acoso sexual en las relaciones laborales y académicas, a través de la incorporación de un art. 149 *quáter*:[30]

> "Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años, el que prevaliéndose de una situación de superioridad jerárquica, laboral, docente o de otra índole, efectuare un requerimiento de carácter sexual para sí o para un tercero, bajo la amenaza de causar a la víctima en caso de no acceder, un daño relacionado con las legítimas expectativas que ésta pudiera tener en el ámbito de esa relación" (Énfasis agregado).

(27) CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,* [en línea] http://www.cnm.gov.ar/LegInternacional/ObservacionesFinalesCEDAW2004_2007.pdf, párr. 36.

(28) Véase [En línea] http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2007/PDF2007/SANCIONES/2792-D-2006.pdf

(29) Véase [En línea] http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente asp?fundamentos=si&numexp=0995-D-2012

(30) Véase [En línea] http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente. asp?fundamentos=si&numexp=0082-D-2012

Ahora bien, es necesario señalar que para lograr una eficaz prevención y sanción del acoso sexual, no bastan con aumentar penas a "acosadores", sino que lo imperioso es contar con mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.[31] Podemos decir que este es, ni más ni menos, el grave problema del acceso a la justicia. En este sentido podemos ver una tendencia en los organismos internacionales de control, señalando, por caso, el cuestionario presentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre "La situación de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica" donde se pregunta a los Estados especialmente si existe otro tipo de normativa y procedimientos no penales para la denuncia y abordaje de la violencia sexual como el acoso sexual en el ámbito laboral o académico.[32]

Para encaminarnos hacia un adecuado tratamiento del problema, podemos apelar a lo ya estipulado en la ley 26.485, que establece que:

> "El Estado nacional implementará el desarrollo de las siguientes acciones prioritarias, promoviendo su articulación y coordinación con los distintos Ministerios y Secretarías del Poder Ejecutivo nacional, jurisdicciones provinciales y municipales, universidades y organizaciones de la sociedad civil con competencia en la materia:
>
> 1- Jefatura de Gabinete de Ministros - Secretaría de Gabinete y Gestión Pública:
>
> a) Impulsar políticas específicas que implementen la normativa vigente en materia de acoso sexual en la administración pública nacional y garanticen la efectiva vigencia de los principios de no discriminación e igualdad de derechos, oportunidades y trato en el empleo público; (...)

(31) *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*, [en línea] http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/100-reglas-de-brasilia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad-258, Capítulo 1, Sección 2ª, inc. 8: género.

(32) Véase [en línea] http://www.cidh.oas.org/women/Cuestionario.04.29.11sp.htm, preg. 12.

6- Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación:

b) Promover, a través de programas específicos la prevención del acoso sexual contra las mujeres en el ámbito de empresas y sindicatos(...)" (todos los énfasis son agregados).[33]

4 | Tercer paso: la aplicación de la ley

El análisis de los casos resueltos por los tribunales de justicia permite una aproximación a las posibilidades efectivas de aplicación del derecho vigente. Con esto en miras, revisaremos, en primer lugar, las sentencias judiciales de tribunales en relación con situaciones de acoso sexual en ámbitos privados, y luego algunos casos relativos a acoso sexual en ámbitos educativos.

4.1 | Acoso sexual laboral en ámbitos privados

En este apartado veremos, a partir de sentencias, los distintos obstáculos que se presentan al denunciar situaciones de acoso laboral: las dificultades de la prueba y la veracidad del testimonio; en el acoso entre pares frente a la ausencia de relación jerárquica, y la responsabilidad del superior jerárquico. También veremos al acoso sexual como forma específica de violencia contra la mujer y, finalmente, se presentarán algunos casos del derecho comparado, en particular de Chile, país que recientemente ha sancionado una ley que regula específicamente el acoso sexual.

4.1.1. Sobre las dificultades de la prueba y la veracidad del testimonio

Ciertamente, las mujeres pueden verse en una situación difícil de sobrellevar cuando, luego de denunciar una situación de acoso de uno de sus pares ante sus superiores, no encuentran en ellos más que silencio. Ante esto, actualmente, no tendrían otra opción más que considerarse despedidas y asumir la dificultosa tarea de la prueba, para que se encuadre la situación acoso bajo la LCT (art. 242).

(33) Ley 26.485, art. 11, inc 1-a) y 6-b).

Es por esto que el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belem do Pará (MESECVI) ha criticado enfáticamente la legislación en la cual el acoso sexual es comprendido como una causal de terminación justificada del empleo. Esto es así ya que no sólo es una forma solapada de negar la naturaleza del acoso sexual —como violación al derecho internacional de los derechos humanos debe ser investigada, sancionada y reparada—, sino que también es una forma de re-victimizar a la mujer al perder su empleo.

A todo esto habría que agregar que, de esta forma, también se estaría colocando a la mujer en una situación sumamente desfavorable de cara al proceso que deberá atravesar. Teniendo en cuenta este contexto, jurisprudencia reciente[34] ha logrado asentar favorablemente la aplicación de la "teoría de la carga dinámica de la prueba" como una manera de contrarrestar la difícil situación en la que se encuentran las víctimas en casos de acoso sexual, tomando como base el principio protectorio consagrado en el art. 14 *bis* de la Constitución Nacional y en los Tratados de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional. De este modo, la carga de la prueba que el Código de Procedimientos Civil y Comercial pone en cabeza de quien afirme la existencia de un hecho controvertido (art. 377), pasa a volverse más flexible en función de las mejores condiciones en la que se encuentra la contraparte.

Una situación similar se da en el fallo "A. R. H. c/H. A. P. s/despido".[35] Allí, se pone en cuestión la veracidad de los hechos denunciados por una víctima de acoso sexual. En su voto, el juez Juan Carlos Fernández Madrid, fundado en la CEDAW y en el artículo 2 de la ley 26.485, afirma que "en el supuesto de esta naturaleza la única prueba posible de valorar es la indiciaria, ya que resulta improbable que puedan existir constancias testimoniales directas del acoso". Finalmente, bajo el prisma de la citada ley, se vincula el acoso con la violencia, en particular con el artículo 4 y el 5.2 que comprende al acoso u hostigación dentro de la violencia psicológica.

(34) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, "P. S. L. c/ L. P. S.A. s/ despido", 21/09/2011, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1823&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8

(35) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, "A. R. H. c/H. A. P. s/despido", 21/12/2010, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1094&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4

Como contracara a esta situación, podemos tomar de ejemplo el fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo,[36] en el que un ejecutivo de una empresa, al ser despedido por acosar sexualmente a una empleada, demanda por despido injustificado. El Tribunal recurre a la definición de violencia dada por la Ley de Protección Integral y se hace especial hincapié en las dificultades de prueba, intrínsecas a este tipo de situaciones, y afirma: "el acoso sexual es una injuria de difícil prueba y generalmente se debe decidir en base a indicios que revelan un trato indebido entre el superior jerárquico y el o la empleada".

4.1.2. Acoso entre pares y ausencia de relación jerárquica

En los casos de acoso sexual entre pares, la víctima de acoso no sólo se encontraría desprotegida si intentara denunciar el contrato de trabajo en los términos de la LCT (art. 242), sino que también enfrentará otra serie de dificultades al no darse la asimetría jerárquica que, en principio, se requeriría para la configuración del acoso sexual.[37]

La sentencia "M. P. N. c/ Cía. Gral. de Comercio e Industria SA s/ despido"[38] de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, cristaliza esta problemática ya que allí se considera que las conductas realizadas por un trabajador, aunque no se den en el marco de una relación de asimetría para con las víctimas de acoso,

> "autorizan al empleador a invocar válidamente la incidencia de los actos de acoso en al normal desenvolvimiento de las actividades del establecimiento, ya que, como en la especie, esos actos son susceptibles de crear situaciones de malestar, indisciplina (...) el empleador es deudor de seguridad —no sólo en cuanto parte de un contrato de trabajo, sino genéricamente,

(36) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, "P. V. D. c/ A. A. S.A. y otro s/ despido", 15/03/2011, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1647&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8

(37) Este problema es tenido en cuenta por el proyecto de Ley de Prevención y Sanción de la Violencia Laboral y el Acoso Sexual Laboral, ya que en el art. 6 especifica que ésta puede ser ejercida "por el empleador, un superior jerárquico u otro trabajador".

(38) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, "M. P. N. c/ Cía. Gral. de Comercio e Industria SA s/ despido", 19/04/2005, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1548&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4

> en la medida en que admite a terceros en el ámbito de su propiedad—, y las molestias que el actor admite haber causado podrían haber sido esgrimidas por sus compañeras de trabajo como justa causa de denuncia del contrato, en caso de no haber tomado medidas para asegurar su cese".

En una sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,[39] se ve una situación similar en la que el trabajador que fue despedido por el reiterado hostigamiento físico y verbal hacia sus compañeras de trabajo reclama que fue despedido sin justa causa. Frente a su planteo, el Superior Tribunal sostiene que "Las actitudes imputadas y acreditadas en estas actuaciones, a mi juicio, deben considerarse absolutamente incompatibles con el trato que P. debía dispensarle a C. G., tanto por su condición de mujer, como por su carácter de trabajadora".

4.1.3. Acoso entre pares y responsabilidad del superior jerárquico

Debemos detenernos en este punto ya que la impunidad en la omisión —cuando no es la toma de represalias— de todo tipo de medidas por parte del empleador cuando es puesto en conocimiento de la existencia de una situación de acoso sexual, es otro obstáculo a sortear. La gravedad de esta situación, fue puesta de resalto por el Comité del MESECVI cuando, en su informe publicado en 2012, celebró aquellas legislaciones a través de las cuales se contemplan los supuestos en que, si el supervisor o jefe toma conocimiento de un acto de acoso sexual y no procede a tomar las acciones necesarias para detener dichos actos, se vuelve, también, responsable del delito.

En la sentencia "Q., V. B. c/ Helcint SRL y otros s/ despido",[40] la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo decide hacer lugar a la demanda de una trabajadora que fue despedida luego de haber puesto en conocimiento a su empleadora acerca de la existencia de persecución laboral y acoso sexual por parte del Sr. R. A. B. La empleadora no tomó ningún tipo de medida para proteger a la trabajadora. Muy por el contra-

(39) Tribunal Superior de Justicia de la C.A.B.A., "P. A. C. c/ C & A Argentina SCS",08/06/2010, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=917&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4

(40) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, "Q., V. B. c/ Helcint S.R.L. y otros s/ despido", 31/08/2012, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2561&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&cnl3=2

rio, alegó que esas acusaciones configuraban injurias graves y que, por lo tanto, su despido estaba justificado. En primera instancia sostienen que no se encuentra acreditada la existencia del acoso sexual por parte de la demandante, mientras la Cámara, por su parte, afirma que, dado que fue la demandada la que despidió a la actora, es ella quien debe acreditar que no existió acoso sexual ni persecución laboral (art. 377, CPCC). La cita, si bien extensa, refleja con claridad la obligación que pesa sobre el empleador:

> "el empleador debe velar por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanan del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75 LCT y 4 apart. 1 LRT) y como contrapartida de los poderes de organización y dirección que la ley le otorga; tales obligaciones se complementan con el deber de previsión que surge de la relación contractual y que se convierte en una obligación legal de seguridad[41] de allí, que debe preservar la dignidad de la persona trabajadora cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que garantiza "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 *bis* CN), por ello, *no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que constituye una exigencia derivada del principio de indemnidad citado y de la buena fe exigible al buen empleador y lo esperable de éste* (arts. 62, 63, 75 y conctes. de la LCT)".

En "M., L. B. c/ I. J. E. y otro s/ daños y perjuicios"[42] vemos un caso similar, de una mujer que al acudir a su superior en búsqueda de una solución frente a los acosos que sufría por parte de un compañero de trabajo, obtiene como respuesta del empleador frases como que "no era malo, sino que tenía esas cosas y había que aguantarlo" y que, por ende, no iba a despedirlo. La mujer se encuentra así en una situación en la siente que si no accedía a sus demandas sería ella la despedida. Ante la ausencia absoluta de soporte por parte de su empleador, decide considerarse despedida. En primera

(41) Krotoschin, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Bs. As., Depalma, 1968.

(42) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, "M., L. B. c/ I. J. E. y otro s/ daños y perjuicios", 19/11/2002, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1513&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4

instancia no le hacen lugar a su reclamo, por entender que no se había probado que las conductas de las que se acusaba a su compañero de trabajo "fueran acompañadas de una amenaza que pusiera en peligro la suerte laboral de la actora imponiendo un condicionamiento sexual no deseado". Por el contrario, la Cámara resuelve que efectivamente se encuentra probado que la actora había sido víctima de acoso sexual fundando su decisión en la Constitución Nacional, Tratados Internacionales y en numerosa doctrina.

Recientemente, la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, "M. L. D. c/ P. J. y otros s/ diferencia de salarios[43] analizó la situación de una mujer víctima de acoso sexual en el trabajo por parte de uno de los dueños del local donde trabajaba y recurrió al derecho común a fin de subsanar el vacío legal que impera en este tipo de situaciones dentro de la legislación laboral. La Cámara entendió que el espectro de Tratados de Derechos Humanos que repelen todas las formas de acoso sexual laboral "a partir de la reforma constitucional de 1994 tiene en nuestro país jerarquía supra-legal, vigencia inmediata y exigibilidad". En efecto, recurre a las normas genéricas del Código Civil que regulan los actos ilícitos (arts. 1072, 1078 y 1109). En lo atinente a la responsabilidad del superior jerárquico, cabe destacar que aquí que se responsabilizó en forma solidaria a los empleadores formales que permitieron el accionar ilícito (art. 1081 CC[44] y art. 4 ley 19.587).

En el fallo "J., S. A. c/ International Health Service Arg. SA y otro s/ despido",[45] se recurre al art. 1113 CC,[46] para responsabilizar a un empleador del daño moral ocasionado por un empleado que acosaba sexualmente a una empleada de la empresa y sobre la cual ejercía una posición jerárquicamente superior.

(43) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, "M. L. D. c/ P. J. y otros s/ diferencia de salarios", 21/07/2012, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2559&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&cnl3=4

(44) "La obligación de reparar el daño causado por un delito pesa solidariamente sobre todos los que han participado en él como autores, consejeros o cómplices, aunque se trate de un hecho que no sea penado por el derecho criminal".

(45) Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IV, "J., S. A. c/ International Health Service Arg. SA y otro s/despido", 27/09/2012, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2571&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4

(46) "La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado".

4.1.4. El acoso sexual como una forma especial de violencia contra la mujer

En una sentencia de marzo de 2012,[47] el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 9, resolvió condenar a un hombre por haber acosado sexualmente a S. M. P., una empleada de un servicio de limpieza, mientras él se desempeñaba como intendente del edificio de ANSES. El juez Ramírez, con acierto, señala que "los hechos son calificables como actos de violencia contra la mujer, por razón de su género", en tanto "las agresiones aparecen "especialmente dirigid[as] contra las mujeres", como "mayor blanco de ataque [por su] sexo (Confr. Corte IDH, caso 'Perozo y otros vs. Venezuela', sent. de 28 de enero de 2009, Serie C, No. 195, párr. 295)".

En su argumentación señala las dificultades inherentes al derecho penal para la tipificación este tipo de delitos:

> "(…) muchos actos de violencia contra la mujer satisfacen el supuesto de hecho de ciertas figuras legales, y que muchos otros merecen la misma calificación aunque no satisfagan la tipicidad legal a los fines de la aplicación de una pena y que en la mayoría de los casos las figuras legales invocadas no prestan una atención especial a que la víctima es una mujer, en la medida en que en el estadio del examen de la tipicidad se trata —se entiende— sólo de comprobar si se han satisfecho los supuestos de hecho objetivo y subjetivo de la figura invocada.
>
> (…), en cuanto este tipo de violencia no expresa simplemente un conflicto entre el presunto autor y la presunta víctima, sino que constituye una manifestación de la desigualdad estructural que existe en la sociedad entre varones y mujeres, que se expresa en la relación de poder históricamente desigual entre los sexos (confr. Comisión IDH, Informe N° 4/01, "María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala", 19 de enero de 2001, párr. 52; tb. Informe N° 54/01, "Maria Da Penha Fernandes vs. Brasil", 16 de abril de 2001, párr. 55, ambos en informe anual 2000)".

(47) Tribunal Oral en lo Criminal N° 9, "Causa Nro. 3668", 16/03/2012, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=2617&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&cnl3=11

> Este desequilibrio estructural se expresa en ciertas situaciones de predominio —a veces de omnipotencia— fomentadas socialmente de modo activo, o a veces toleradas o favorecidas con el silencio o la indiferencia, y se expresa, como correlato, en situaciones de subordinación, sometimiento y vulnerabilidad específicas de las mujeres, que no pueden acceder a o no saben cómo obtener de las instancias sociales e institucionales ayuda o protección para el reconocimiento y garantía de sus derechos como personas con igualdad de derechos que los hombres.

4.1.5. La legislación específica y sus dificultades: el caso chileno

En Chile, la prohibición del acoso sexual, además de encontrarse implícita en la Constitución Nacional —que protege la dignidad de la persona humana (art. 1)—, se encuentra expresamente prohibido a partir de la ley 20.005 promulgada en el año 2005. Ésta ley es de aplicación tanto para los trabajadores del sector público como del sector privado. Asimismo, el Código de Trabajo estipula que el empleador puede poner fin a un contrato de trabajo, perdiendo el empleado el derecho a su indemnización cuando éste incurra en conductas de acoso sexual (art. 160). Y luego establece que podrá recurrir judicialmente esta decisión cuando considere que las acusaciones son falsas y, en caso de que se pruebe que esto fue así, el responsable deberá indemnizar los perjuicios causados (art. 168).

En este contexto, en el caso "Verónica Chacón Nuñez/ Foto Stereo SA" la Corte de Chile[48] falló en contra del empleador de una mujer que denunció que sufría acoso sexual por parte del gerente de la empresa, por considerar que ese hecho constituía injuria. Sobre este punto, la Corte de Chile sostiene que:

> "no es posible entender, entonces, que la sola acción de la demandante para instar por la investigación del acoso sexual que refiere por parte de su superior jerárquico o empleador, constituya per se una injuria a la persona de éste, ni sobre la base de la entidad de los comportamientos a que alude la misma, ya que

(48) Corte Suprema de Justicia de Chile, "Verónica Chacón Nuñez/ Foto Stereo SA", 01/07/2009, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=269&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4&cnl3=8

> nunca sería posible distinguir una denuncia de otra por cuanto todas supondrían un ánimo de injuriar".

Otra debilidad de la legislación chilena puede verse en una sentencia de la Corte Suprema de Chile,[49] donde dos empleadas de Promociones Financieras Ltda. demandan por despido injustificado como consecuencia de los acosos sufridos por parte de un agente de la empresa. El punto en cuestión allí es la ley 20.005 en cuanto establece que para configurarse la causal de despido injustificado por acoso sexual es necesario que se trate de "conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas" (art. 1, inc. 4). A partir de este artículo, la Corte decide no hacer lugar al reclamo de las empleadas y afirma que:

> "para tener por configurada la conducta imputada por las dependientes a la empleadora y que las habilita para instar por la desvinculación, se requería la verificación y calificación de la misma de la manera señalada, a la luz de las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, como exige el legislador, esto es, considerando la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso y no sólo sobre la base de los dichos de las demandantes, ni meras suposiciones o indicios en relación a las consecuencias o efectos en la salud de las que se presentan como afectadas, más aún cuando se trata de situaciones que la ley buscó regular para proteger a los dependientes de actuaciones desde todo punto de vista reprochables y que socavan severamente su dignidad y derechos. Insoslayable resulta, entonces, la observancia de los criterios de apreciación respectivos y la exigencia de cumplimiento de la carga procesal arriba referida".

4.2 | Acoso sexual en ámbitos educativos

Al no existir una regulación específica para los casos de acoso en la universidad —más que algunas regulaciones en los Estatutos de unas pocas Universidades— las víctimas se ven obligadas a recurrir a la tipificación ge-

(49) Corte Suprema de Justicia de Chile, "Jessica Oyarzún y otra/ Promociones Financieras Ltda.", 14/01/2009, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=42&plcontampl=3&aplicacion=app003&canal=3,8

neral del Código Penal (art. 119) y a enfrentar, en consecuencia, los rígidos estándares de prueba del Derecho Penal y la reticencia en su aplicación por parte de los operadores judiciales.

En el caso "F., R. E. s/Abuso sexual s/acceso carnal gravemente ultrajante agravado por encontrarse encargado de la educación",[50] podemos ver las dificultades que implican atravesar un proceso penal, cuando el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro no hace lugar al pedido de la Fiscalía de aplicar la figura agravada (art. 119, 2° párr., CP).[51] En el caso se trataba de un profesor de taekwondo que abusó sexualmente de una niña de 11 años de edad, y es condenado a tres años de prisión por el delito de abuso sexual por ser encargado de la educación. El Ministerio Fiscal apela la sentencia por considerar que debe aplicarse dicho agravante, y el Tribunal, pese a tener numerosas pericias que dan por cierto el testimonio de la niña, se toma de una aparente contradicción en el relato respecto al lugar en donde tuvieron lugar los hechos y la imprecisión sobre el número de veces en que el profesor abusó de ella y decide no hacer lugar al pedido.

Encontramos una perspectiva más alentadora en el caso "Anzaldo, Carlos s/ Abuso sexual con acceso carnal",[52] donde el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro confirmó el fallo de la instancia anterior, condenando al médico y profesor de la niña J. C., de 15 años de edad, a la pena de 10 años de prisión e inhabilitación especial por considerarlo autor del delito de abuso sexual con acceso carnal en forma continuada, agravado por ser encargado de la educación de la víctima. El Tribunal tuvo en cuenta la condición de profesor de Anzaldo, por ser ésta una circunstancia determinante para que la menor concurra a su consultorio. Por otro lado, desestimó los argumentos de la defensa en lo atinente a la descalificación del relato de la víctima por supuestas contradicciones.

(50) Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, "F., R. E. s/Abuso sexual s/acceso carnal gravemente ultrajante agravado por encontrarse encargado de la educación", 16/11/2010, [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=1327&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=8

(51) "La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima".

(52) Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, "Anzaldo, Carlos s/ Abuso sexual con acceso carnal", 12/05/2010, Disponible [en línea] http://www.articulacionfeminista.org/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=757&plcontampl=3&aplicacion=app003&cnl=3&opc=4

Sin embargo, muchos otros casos no corren la misma suerte y no se obtienen respuestas favorables de la justicia ante las denuncias de diversas formas de acoso sexual. En la audiencia especial sobre éste tema realizada en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de 2011, un grupo de organizaciones de la sociedad civil dio cuenta de esta situación y llamaron la atención acerca de la enorme cantidad de casos de violencia sexual contra los niños, niñas y jóvenes en las instituciones de educación, que quedan en su gran mayoría en la impunidad:

> "Generalmente, los mecanismos de sanción disciplinaria, administrativa y penal están plagados de estereotipos de género y prejuicios que únicamente toman en cuenta el criterio del adulto, y que tienen por consecuencia que se proteja al victimario y se cuestione la veracidad de la acusación de la víctima, culminando en un proceso que re-victimiza a los niños niñas y jóvenes, y perpetúa una cadena de injusticias e impunidad que refuerza las estructuras culturales sobre las que se reproduce el abuso".(53)

Actualmente, son dos los casos en trámite ante la CIDH en materia de acoso sexual en espacios educativos. Uno es el caso de Paola del Rosario Guzmán Albarracín donde se denuncia la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador que tiene como origen actos de acoso y abuso sexual, falta de atención médica y retardos en el proceso penal, en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín. En el caso en cuestión, ya admitido por la CIDH, se trata de una adolescente de 16 años que durante 2001 y 2002 fue acosada sexualmente por el vice-rector de su colegio, con quien mantuvo relaciones sexuales y quedó embarazada. Luego, fue presionada por él para interrumpir su embarazo y como consecuencia la niña ingirió altas cantidades de fósforo blanco, un día, antes de ingresar al colegio. Una vez allí, no se le brindó la asistencia necesaria y falleció en el hospital.(54)

(53) Center for Reproductive Rights, *et. al.*, "Informe sobre violencia sexual en las instituciones educativas" [en línea] www.womenslinkworldwide.org/wlw/bajarFS.php?tl=3&per=125, p. 9.

(54) CIDH, Paola del Rosario Guzmán Albarracín y familiares vs. Ecuador, informe 76/08, amisibilidad, véase [en línea] http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Ecuador1055-06.sp.htm#_ftnref18

Otro es el caso de Patricia Flores Velásquez, una niña de Bolivia de 10 años que en 1999 apareció asesinada en su escuela luego de ser violada. El caso atravesó numerosos periplos judiciales, encargándose de dejar al principal sospechoso en libertad. A raíz de que todos los juzgados penales se excusaron de tomar el caso sin dar razones, debieron ser derivados a juzgados civiles. Una vez allí se plantea el desconocimiento del procedimiento penal. En octubre de 2011 fue denunciado el caso ante la CIDH, que aún está evaluando su admisión.

5 | Conclusión: los pasos a seguir

En primer lugar, podemos señalar las deficiencias regulatorias que afectan, principalmente, a la ausencia de mecanismos adecuados de protección y de denuncia, así como también de políticas y sistemas permanentes de cuidado, vigilancia y control proporcionados por el Estado.[55]

En segundo lugar, vemos la imperiosa necesidad de generar a través de investigaciones, datos concretos que nos den una dimensión real del problema, tanto en los ámbitos laborales como en los espacios educativos. Junto a ello se requiere una fuerte tarea de sensibilización acerca de las conductas que importan el menosprecio hacia la dignidad de las mujeres que, aún en sus formas más sutiles, vulneran a diario sus derechos hiriendo las fibras más íntimas de su personalidad.

Para que la mayor visibilización no devenga en mayor frustración frente a esta violencia deben no sólo regularse los mecanismos de denuncia, sino también implementarse servicios específicos de consulta y asesoramiento que se encuentren al alcance de todas y todos. La creación de un Protocolo de actuación que informe sobre qué hacer, hacia dónde dirigirse y qué recursos hay disponibles es una herramienta imprescindible para una adecuada divulgación de estos servicios.

El análisis de la jurisprudencia permite advertir la imperiosa necesidad de regular el acoso sexual. No obstante, regular el acoso sexual —ya sea en

(55) Véase [en línea] http://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/cap2.htm#Administraci%C3%B3n%20de%20la%20justicia

ámbitos laborales o en ámbitos educativos— requiere tomar una decisión sobre la naturaleza de la regulación que se propone.

En los proyectos mencionados hacia el comienzo de este artículo vimos que, en general, se ha privilegiado la regulación penal sobre otras formas posibles de abordar el problema. Ahora bien, en este punto, ya hemos advertido que una opción regulatoria exclusivamente penal dejaría numerosos problemas sin solucionar, y se enfrentaría a otros tantos en su aplicación ya que, tal como fue dicho en el Informe presentado ante la CIDH arriba citado, uno de los principales factores que aumentan la magnitud del problema, es la impunidad y la falta de capacidad que tienen las autoridades competentes para prevenir y combatir el comportamiento violento y dar protección a las víctimas contra futuras represalias por parte de los agresores, fallando en brindar el acceso adecuado y la aplicación adecuada de la justicia, vulnerando los sistemas de protección de los derechos humanos.(56)

La obligación del Estado de respetar el derecho de la mujer a no ser sometida a actos de violencia, incluye el deber de asegurar que todas las ramas del derecho —penal, civil, administrativo y laboral— no sean discriminatorias,(57) y que se abstengan de elaborar leyes, políticas, normas, programas, procedimientos administrativos y estructuras institucionales que directa o indirectamente priven a la mujer del goce de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en pie de igualdad con el hombre.(58)

Asimismo, el compromiso por parte de los operadores de la justicia se torna vital para que a las denuncias se les dé un tratamiento serio y se tomen medidas efectivas contra los agresores.

Si el objetivo es avanzar en la igualdad, tanto *de iure*, como *de facto*, es necesario que el Estado abandone la neutralidad.(59) En este sentido, qui-

(56) Center for Reproductive Rights, *et. al.*,cit., p. 22

(57) Chinkin, Christine *et. al.*, *op. cit.*, p. 31.

(58) CEDAW, *Recomendación general 28*, [en línea] http://sicedaw.inmujeres.gob.mx/Recomendaciones/Discriminacion.pdf, párr. 9.

(59) Corte IDH, "Caso Gonzáles y otras ('Campo algodonero') vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 16/11/2009, párr. 258.

zás aún es necesario aclarar que las mujeres no son víctimas de actos de violencia "porque sí", sino que éstos son causados por "factores relacionados con el género", como la afirmación del poder y el control masculino, la aplicación de roles de género socialmente asignados y el castigo del comportamiento que se aparta de la norma.[60] La tarea, entonces, si se toma con la seriedad que merece, debe ser abordada desde múltiples enfoques e implica un rol activo por parte del Estado.

(60) Chinkin, Christine *et. al.*, *op. cit.*, p. 25.

Jurisprudencia anotada

Derecho a la salud

CSJN, "TELLO, MARÍA LUISA c/ OBRA SOCIAL DEL PERSONAL AUXILIAR DE CASAS PARTICULARES s/ AMPARO", SENTENCIA de 30 de ABRIL de 2013

por **GIULIANA DEL ROSARIO MUCCI MIGLIANO**[1]

I | Los hechos del caso

El presente caso se inicia con la acción de amparo iniciada por la señora María Luisa Tello contra la Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares (OSPACF), a la que hizo lugar el juez federal y, en consecuencia, condenó a esta entidad a proveer de una prótesis de cadera de origen importado, necesaria para la operación quirúrgica que habría de practicársele.

Ante el recurso de apelación promovido por la condenada, la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca revocó el pronunciamiento y desestimó la pretensión. Contra esa decisión, la actora interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja. En él se invoca la doctrina de la CSJN en materia de sentencias arbitrarias, sostiene que la decisión de la alzada viola el principio de congruencia al tratar cuestiones que no habían sido planteadas, se aparta manifiestamente de las constancias probatorias de la causa y efectúa una interpretación distorsionada de la norma jurídica aplicable al caso.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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 | Análisis

El Tribunal consideró procedente el recurso y agregó que la alzada incurrió en otros graves defectos de fundamentación, dado que descalificó el pronunciamiento como acto jurisdiccional al demostrar que el error del fallo impugnado aparece como inconcebible dentro de una racional administración de justicia.[2]

Esto es así porque lo resuelto vulnera el principio de congruencia, dado que la única cuestión que la demandada había planteado en su memorial era la ausencia de obligatoriedad de la cobertura de la prótesis de origen importado reclamada, pero la alzada sostuvo su decisión abordando otras cuestiones que no fueron llevadas ante esa instancia por ninguna de las partes.

Por otro lado, el fallo se limita a adherir al concepto genérico de que no debe obligarse a la obra social a hacerse cargo de las prestaciones no incluidas en PMOE "bajo el argumento de que los derechos a la salud deben estar protegidos y garantizados (…) no se trata de poner a cargo de la mutual cualquier riesgo (…) sino aquellos que estuvieran debidamente previstos y ponderados…". Así, no constituye una derivación razonada del derecho aplicable con arreglo a las circunstancias del caso, porque desliga a la obra social, sin estudiar los elementos normativos y fácticos que configuran al mismo.

La cuestión remite directamente al PMO (Plan Médico Obligatorio)[3] que, en su acápite 8.3.3., contempla expresamente el supuesto de autos, disponiendo que "…la cobertura será del 100% en prótesis e implantes de colocación interna y permanente (…), el agente de salud deberá proveer las prótesis nacionales según indicación, solo se admitirán prótesis importadas cuando no exista similar nacional…".

En ese sentido, ante la medida para mejor proveer decretada por la Cámara, el perito designado, informo que "…no existen prótesis de origen nacional que tengan las características que requiere la intervención quirúrgica de la actora…".

(2) CSJN, "Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/ Amparo", Sentencia de 30 de abril de 2013, consid. 4.

(3) Ministerio de Salud, Resolución 201/2002, Anexo I.

Con lo cual, la resolución transcripta basta para responder positivamente al problema específico planteado, desde que ella prevé el aporte del 100% de la prótesis extranjera, en defecto de un equivalente nacional, que resultó acreditado a instancias del tribunal superior de la causa.

Además, consideró que la decisión tomada por la alzada de prescindir de las conclusiones de la prueba pericial producida ante la segunda instancia, indicando que la apreciación de ese medio de convicción excedía el objeto procesal del amparo, ha sido fruto de una manipulación del proceso que desconoce principios elementales que el tribunal debe necesariamente tutelar como director del proceso. Ello es así porque con este modo de actuar, la Cámara desvirtuó la necesidad de que los litigantes conocieran cuáles eran las "reglas del juego" a las que debían atenerse, tendientes a afianzar la seguridad jurídica y a evitar situaciones potencialmente frustratorias de derechos constitucionales, y, de ese modo, convirtió al proceso en un "juego de sorpresas" que desconoce el principio cardinal de buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.(4)

En estas condiciones, los graves defectos en que incurrió la alzada afectan de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste a la demandante y justifican la invalidación del pronunciamiento a fin de que su pretensión sea nuevamente considerada y decidida mediante un fallo constitucionalmente sostenible.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, en el contexto del derecho a la salud, las eventuales dudas han de solventarse en favor de la paciente, no en perjuicio. Ello en cuanto este derecho se encuentra gobernado por el principio *pro homine*.

Asimismo, la interpretación literal de la norma conduciría a su inoperancia, dado que quedaría relegada en función del mero cumplimiento de una fórmula controvertida, sin que OSPACP se hubiera ocupado de aclarar cómo puede identificarse el producto importado más adecuado, sin referir al fabricante o señalar alguna especificación técnica correspondiente.

(4) CSJN, "Tello, María Luisa c/ Obra Social del Personal Auxiliar de Casas Particulares s/Amparo", cit., consid. 6.

Libertad de expresión. Derecho de propiedad

Constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual

CSJN, "GRUPO CLARÍN SA y OTROS c/ PODER EJECUTIVO NACIONAL y OTRO s/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA", 29 de OCTUBRE de 2013[1]

por **DAMIÁN M. LORETI**[2]

I | El contexto de la decisión

El fallo de la Corte Suprema en el caso "Clarín" se convirtió en una decisión histórica por diversas cuestiones. La primera de ellas se relaciona con el mecanismo adoptado por la Corte para escuchar a las partes contendientes en el juicio, así como a los *amicus curiae* (amigos del tribunal, terceros ajenos al proceso que tienen un interés probado en el resultado del litigio).

Si bien no ha sido la primera oportunidad en que se realizara una audiencia pública ante la Corte, ni tampoco la primera dedicada a un tema de li-

(1) Por el interés que presenta su temática, este artículo ha sido publicado simultáneamente en el Número 7 de la Revista de Derecho Público, Ediciones Infojus, bajo el título "La actualización de un debate pendiente. Apuntes sobre el fallo de la Corte Suprema que declaró la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual".

(2) Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información. Programa de Doctorado en "Comunicación, Derecho a la Información y Ética en España y América Latina" (Universidad Complutense de Madrid). Director de la Maestría Interdisciplinaria en Servicios de Comunicación Audiovisual (UBA). Coordinador académico del Doctorado en Derechos Humanos (Universidad Nacional de Lanús). Profesor de Derecho a la Información (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Secretario de la CD del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

bertad de expresión, sí se trató del primer caso en que la CSJN estableció un reglamento *ad hoc* para su realización, que fue formalizado por vía de una resolución el 14 de agosto de 2013.

De esta manera, el máximo tribunal explicitó su intención de asumir cierto estilo similar al de la Corte Suprema de los Estados Unidos para asegurar la máxima difusión en casos de particular relevancia pública. La celebración de audiencias para procesos relevantes que establecieron las Acordadas 30/2007 y 7/2013, junto con otras vinculadas a reglas de transparencia, dan cuenta de la voluntad de instalar cierta apertura en el modo de tomar decisiones.

No obstante, en el caso "Clarín" la Corte se apartó de la regla histórica que ella misma fijara, según la cual los *amicus curiae* eran "amigos" del tribunal y no de las partes. En este caso, en cambio, la Corte requirió que los *amicus* fueran presentados por las partes (cinco por el Grupo Clarín y cinco por el Estado Nacional), y que se estableciera para ellos un temario concreto. Ante los reclamos de organismos que quedaron fuera del proceso, la Corte evaluó pocos días después de la publicación del reglamento la pertinencia de la presentación de otras partes consideradas "independientes" e incorporó así dos nuevos *amicus* sin ligazón con las partes.

La consecuencia de la adopción de esta regla fue que los aportes se transformaran en presentaciones de defensa de las posiciones de las partes. De este modo, se restó libertad a los *amicus* para opinar sobre los tópicos deseados y hacer sus aportes jurídicos y se los transformó en meros partisanos más interesados por el resultado del caso que por dar cuenta de la relevancia jurídica de los temas en debate. Esta crítica no alcanza a opacar la pertinencia del llamado a la audiencia pública que, como veremos, resultó crucial para dar cuenta de la magnitud de la disputa judicial en torno a la vigencia de la ley.

Existe, además, un elemento crucial que define la importancia de la audiencia: los recursos extraordinarios —escritos que presentan las partes cuando un caso llega a la Corte— tienen límites estrictos de páginas y renglones. Es imposible, por las reglas procesales y administrativas, volcar la totalidad de cuestiones y argumentos que un juicio tan complejo ofrece en mil cuarenta renglones, descontando la introducción y el relato de los precedentes, y profundizar en la crítica del fallo de Cámara. La riqueza del debate doctrinario que el caso ofrece queda entonces empequeñecida. De allí la relevancia de la audiencia.

Durante los dos días que duraron las audiencias públicas en el cuarto piso del Palacio de Tribunales presenciamos un acontecimiento histórico tanto a nivel institucional como doctrinario y político. Todas las partes dijeron aquello que consideraban relevante o necesario para acreditar sus derechos y los *amicus* expusieron antecedentes, razones y aportes doctrinarios en apoyo de las distintas posiciones. Con mejores o peores performances, con mejor o peor suerte por la decisión, pero el conjunto de la sociedad argentina tuvo la oportunidad de ver, en vivo y en directo, un contrapunto inédito en nuestro país sobre el sentido de la regulación de los medios audiovisuales y el rol del Estado en materia de libertad de expresión.

Así las cosas, la audiencia pareció ajustarse a la caracterización realizada por el célebre sociólogo y criminólogo noruego Nils Christie:

> "Busquemos nuestro punto de partida lejos de aquí, vayamos a Tanzania. Enfoquemos nuestro problema desde una soleada ladera de la provincia de Arusha. Allí, dentro de una casa relativamente grande, en un pueblo muy pequeño, una suerte de acontecimiento tuvo lugar. La casa estaba colmada de gente; la mayoría de las personas adultas del pueblo y varias de los pueblos cercanos estaban allí. Era un acontecimiento feliz, se escuchaban charlas, se hacían bromas, se veían sonrisas, la atención era entusiasta, no había que perderse una sola frase. Era un circo, era un drama. Era un juicio".(3)

2 | Los temas en debate

Siguiendo el fallo de la Corte que definió el reglamento de la audiencia y la posterior incorporación de dos *amicus* considerados "independientes", los oradores y los temas en debate quedaron asignados de la siguiente manera:

Amicus curiae por el Grupo Clarín:

- "Observatorio Iberoamericano de la Democracia". Orador: Asdrúbal Aguiar.
- "Organización de Asociaciones de Empresas de Televisión Pagada para Iberoamérica". Orador: Eduardo Oteiza.

  Temario: Derecho Comparado en la regulación de TV por cable (art. 45).

(3) Christie, Nils, "Los conflictos como pertenencia", en AA.VV *De los delitos y de las víctimas*, Bs. As., Ad-Hoc, 1992, p. 160.

- "Asociación Internacional de Radiodifusión" / "Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA)". Oradores: Luis Pardo y Carlos Laplacette.

  Temario: Libertad de expresión, radiodifusión y régimen de licencias (arts. 41, 45, 161).

- "Comité del Consumidor (CODELCO)". Oradores: Andrés Gil Domínguez - Eliseo Verón.

  Temario: Derechos del consumidor y acceso a la información en la era digital (art. 45).

- Lucas Sebastián Grossman (abogado).

  Temario: Defensa de la competencia (art. 45).

Amicus curiae por el Estado Nacional:

- "Asociación Argentina de Juristas". Orador: Beinusz Szmukler.

  Temario: Validez constitucional de los arts. 41 y 48, 2do párrafo.

- "Universidad Nacional de San Martín". Orador: Carlos Ruta.

  Temario: Validez constitucional del art. 45, apartado 1, incisos a y b; y apartado 2, incisos a y b.

- "Universidad Nacional de Lanús". Orador: Víctor Ernesto Abramovich.

  Temario: Validez constitucional del art. 45, apartado 1, inc. c y párrafo final.

- "Confederación Cooperativa de la República Argentina (COOPERAR)". Orador: Miguel Julio Rodríguez Villafañe.

  Temario: Validez constitucional del art.45, apartado 2, incs. c y d, y párrafo final, y apartado 3.

- "Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)". Oradores: Horacio Verbisky y Damián Loreti.

  Temario: Validez constitucional del art. 161 con referencia a límites a la titularidad de licencias art. 45.

Amicus curiae "independientes":

- "Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual". Oradora: Cynthia Ottaviano.
- "Centro de Estudios en Derecho y Economía (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires)". Orador: Juan Vicente Sola.

Peritos:

- Contadora Débora Liliana Romero
- Licenciado en Economía Néstor Rubén Alessandría
- Ingeniero en Comunicaciones Rodolfo Pedro Giunta

Ministerio Público de la Nación:

- Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó.

A estos oradores se sumaron los representantes del Estado Nacional y los del Grupo Clarín, encabezados por los abogados Graciana Peñafort y Damián Cassino, respectivamente.

Cada una de las intervenciones se presentaba como un contrapunto con el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal. Así, pese a haber obtenido una sentencia favorable en aquella instancia, el Grupo Clarín volvió a reclamar lo que la Cámara no le había otorgado: la inconstitucionalidad de los arts. 41 y 161 —ambos en su totalidad— y la de la parte del art. 45 que limitaba la cantidad de medios de comunicación audiovisual sobre soporte de frecuencias radioeléctricas. La Cámara había rechazado estos planteos por encontrar razonable la limitación a la transferencia de las licencias y considerar que el desgobierno del tema durante largos años —en los que la flexibilización de las reglas por resoluciones administrativas contrariaban la ley anterior— habían traído como consecuencia el total desconocimiento por parte del Estado respecto de quiénes eran los titulares efectivos de las licencias de los servicios de comunicación audiovisual. Sobre el art. 161, que prevé los procesos de adecuación en el término de un año desde la redacción de los reglamentos, la Cámara había entendido que el plazo ya había transcurrido con holgura y que, por lo tanto, su previsión no causaba agravios. Por último, respecto de las licencias de medios que utilizan espacio radioeléctrico, la Cámara había considerado que la regulación del Estado sobre la cantidad de frecuencias disponibles para cada licenciatario estaba formulada razonablemente por ser un recurso escaso.

Por su parte, los representantes del Ejecutivo apuntaron a los puntos del fallo de la Cámara que habían favorecido al Grupo Clarín, y sostuvieron que no surgía claramente de los votos de los camaristas el fundamento de su decisión de declarar inconstitucionales las regulaciones establecidas respecto

de la televisión por cable, así como las incompatibilidades locales y techos de concentración establecidos en la ley 26.522 para este tipo de servicios.

Tal como fueron planteados estos temas en las audiencias, es posible distinguir algunos nudos conceptuales a desentrañar. El primero tiene que ver con el debate acerca del alcance del derecho a la libertad de expresión. Implícita y explícitamente estaba en juego el debate entre la doctrina clásica o la tradición clásica del reconocimiento de la libertad de expresión frente una mirada más amplia que no sólo la concibe como un derecho individual, sino a la vez social. De este punto se derivaba el segundo eje de debate, vinculado al rol que le cabe al Estado en esta materia.

Una tercera cuestión —en caso de que se avalara la capacidad de acción estatal más allá de la abstención de la censura—, pasaba por establecer si corresponde aplicar principios generales de defensa de la competencia para regular la concentración en el mercado de medios audiovisuales o si son necesarias reglas específicas destinadas a prevenir procesos de concentración antes de que los mismos se produzcan y, en tal caso, cuáles serían los mecanismos apropiados para hacerlo.

De las respuestas a estos interrogantes se derivaría una conclusión concreta respecto de la compatibilidad o no entre los instrumentos legales establecidos por la ley 26.522 y la Constitución Nacional. Sin embargo, luego de observar la exigua y detallada lista de preguntas que la Corte realizó a las partes, los grandes núcleos del debate fueron tratados con una profundidad inimaginable antes de que se llevara a cabo la audiencia. Así, se llegaron a discutir cuestiones como la sustentabilidad de los medios del Grupo Clarín antes y después de la aplicación de la ley 26.522 frente a la garantía de la libertad de expresión, y se planteó un interrogante crucial de nuestro tiempo: cuán grande y diversificado debe ser un grupo comunicacional para que se considere cumplida esa garantía.

3 | El dictamen de la Procuración y la sentencia de la Corte

El fallo de la Corte, que se conoció el 29 de octubre de 2013, resolvió a favor de la constitucionalidad de todos los artículos cuestionados —41, 45, 48 y 161— por cuatro votos contra tres con las firmas de los jueces

Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y, por sus votos, los ministros Enrique Petracchi y Raúl Zaffaroni. En tanto, los jueces Carlos Maqueda y Carmen Argibay, cada cual por su voto, se pronunciaron por la constitucionalidad parcial de la ley: acreditaron la de los arts. 45 y 41, pero hicieron lugar a la demanda por la inconstitucionalidad de los arts. 48 y 161. Por último, Carlos Fayt votó en disidencia completa por la inconstitucionalidad total de los artículos controvertidos.

Para facilitar la lectura y el análisis del fallo se detallará cada uno de los votos y posiciones de los jueces de la Corte, luego de considerar el dictamen de la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó.

3.1 | La postura de la Procuración General

La Procuradora intervino en la causa por disposición de la Corte, en representación de los intereses generales de la sociedad, y dio a conocer su dictamen el 12 de julio de 2013. Allí se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma y aseguró que la ley 26.522 "procura el desarrollo de mecanismos destinados a la promoción, desconcentración y fomento de la competencia de los servicios de comunicación audiovisual con el fin último de abaratar, democratizar y universalizar el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación".

El dictamen afirma que la sentencia dictada por la Cámara Civil y Comercial Federal, que había declarado inconstitucionales partes de los arts. 45 y 48 resulta arbitraria y "es el resultado de un apartamiento de los fines previstos por el legislador, que fueron sustituidos por el tribunal arrogándose facultades ajenas".

Además Gils Carbó sostuvo que la Cámara, en su sentencia:

> "...asigna a la libertad de expresión un contenido decimonónico que se limita a prohibir la intervención del Estado en la esfera privada del individuo y relega la contracara de ese derecho que demanda una protección activa del Estado. La decisión apelada está fundada en apreciaciones que revelan un notable sesgo en la conceptualización de la libertad de expresión y del derecho de propiedad, que ignora los paradigmas de la realidad económica actual y prescinde absolutamente de la dimensión social y pública de los intereses en juego que inspiraron la sanción de la

> nueva ley. Además, la sentencia se aparta de las circunstancias particulares del caso al omitir toda valoración a la situación de los demandantes, cuya concentración empresarial pone en peligro la vigencia efectiva de derechos fundamentales".

El pronunciamiento de la Procuradora destaca que la concentración empresarial en general —y la del Grupo Clarín, en particular— "pone en peligro la vigencia efectiva de derechos fundamentales". En este sentido, el dictamen analiza la composición del Grupo Clarín a partir de los balances presentados por el multimedios ante la Comisión Nacional de Valores y detalla la expansión que ha tenido el *holding*, en especial a lo largo de los últimos 40 años, en todo tipo de negocios vinculados a la comunicación. Así, se detalla desde la apropiación de Papel Prensa hasta la operación conjunta que concentró a los dos mayores operadores de cable del país —Cablevisión y Multicanal— en 2007.

La Procuradora sostuvo que los procesos de expansión del *holding* han constituido pasos trascendentes para la conformación de un "oligopolio mediático". En tal sentido, remarcó que "el mundo de las ideas no ha escapado a los procesos de liberalización y utilización de nuevas tecnologías, por lo que no ha sido inmune al peligro de la proliferación de prácticas anticompetitivas y de una tendencia irrefrenable a la concentración del poder económico. La existencia de estos peligros demanda una disciplina jurídica que se ocupe de ellos".

"En particular, la regulación de las concentraciones en el ámbito de los medios de comunicación exige examinar la situación de un mercado, que no es cualquiera sino uno en que el bien de intercambio es particularmente sensible —la información— y en el cual se pone en juego cada día la vigencia efectiva de derechos fundamentales y libertades públicas que exceden lo meramente material y económico", detalló.

El dictamen realiza, además, un análisis de legislación comparada en diversos países de Europa y América y recuerda que en muchos de ellos —como, por ejemplo, Estados Unidos— se ha optado por prohibir la propiedad cruzada de medios gráficos y audiovisuales para evitar el abuso de posiciones dominantes, cosa que no ocurre en la normativa argentina. Por el contrario, los legisladores optaron por limitar la cantidad de licencias y la cuota de mercado sin prohibir la tenencia de distintos tipos de medios.

Finalmente, Gils Carbó consideró que la sentencia de la Cámara

> "...denota una visión parcializada del conflicto que se revela en el notable énfasis que pone en preservar los intereses patrimoniales de los demandantes, sin que se advierta igual tesón en respetar los derechos de la ciudadanía a contar con una mayor pluralidad informativa, de ideas y de contenidos. La libertad de empresa de los medios de comunicación no puede jugar en el plano del derecho constitucional un papel autónomo desligado de la efectividad del entramado de derechos, garantías y valores que la Constitución Nacional consagra en beneficio de toda la ciudadanía. Sin embargo, la sentencia recurrida se enfoca en el interés pecuniario de las empresas actoras a llevar adelante sus actividades sin injerencias, e incluso interpreta que esta exclusión del poder estatal constituye una garantía para su libertad de expresión".

Por todas estas razones, Gils Carbó recomendó a la Corte Suprema dejar sin efecto el fallo de la Cámara Civil y Comercial Federal y declarar constitucionales los artículos cuestionados, así como a totalidad de la ley.

3.2 | Los votos de los jueces de la Corte

Para analizar la sentencia de la Corte del 29 de octubre, es necesario considerar, en primer término, el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco —presidente y vice del tribunal, respectivamente—, quienes anuncian el orden de tratamiento de las cuestiones a dirimir.

A tal efecto señalan que se considerará:

1. El marco constitucional en que se sitúa el conflicto, para lo cual se realizarán consideraciones sobre la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y el rol del Estado en cada supuesto. En tal sentido, se hará hincapié en las formas en que el Estado puede elegir para garantizar la libertad de expresión en su faz colectiva.

2. Los argumentos relacionados con las formas en que la libertad de expresión puede ser afectada de modo directo o indirecto. A tales efectos, se harán precisiones sobre el alcance al caso o no del precedente "Editorial Río Negro" y se analizarán las pruebas traídas a autos.

3. El estándar con el que se debe analizar la constitucionalidad de las normas traídas a juicio.

4. Consideraciones *obiter dictum*.[4]

Al tratar el primero de los temas, la Corte entiende que las posiciones esgrimidas por las partes conducen a analizar el derecho a la libertad de expresión desde sus dos dimensiones: la individual y la colectiva. El primero, alegada su violación por la actora a través de la afectación de sus derechos de propiedad y libertad de comercio. La faz colectiva, en tanto, defendida por el Estado, justificando la regulación en virtud de la promoción de la libertad de expresión frente a un sistema de medios extremadamente concentrado, casi exclusivamente comercial y privatista.

Asimismo, la CSJN recuerda un fallo de 1985 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el que había dado cuenta de este debate, cuando en la Opinión Consultiva 5/85 reconocía esta doble dimensión, lo que luego fue ratificado en precedentes como "Olmedo Bustos", "Ivcher Bronstein", "Herrera Ulloa" y "Canese".

En efecto, el voto de Lorenzetti y Highton replantea este tema central y afirma: "Entendida de este modo —como facultad de autodeterminación, de realización de sí mismo— el ejercicio de la libertad de expresión admite una casi mínima actividad regulatoria estatal, que solamente estaría justificada en aquellos supuestos en los que dicha libertad produce una afectación a los derechos de terceros". Y agrega: "En su faz colectiva —aspecto que especialmente promueve la ley impugnada— la libertad de expresión es un instrumento necesario para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública".

Citando fallos de la Corte IDH, señala que "desde este punto de vista la libertad de expresión se constituye en piedra angular de la existencia misma de la democracia". Los jueces reafirman este concepto con citas de la Corte Suprema de Estados Unidos y del constitucionalista norteamericano Owen Fiss y agregan que el Estado debe garantizar "la más amplia diseminación posible de información de fuentes diversas y antagónicas". Entonces, toda

(4) En general, los *obiter dicta* son consideraciones de derecho que no resultan imprescindibles para definir la cuestión en litigio en una causa, pero que los jueces deciden incorporar para proporcionar una visión más integral de la problemática. La traducción literal del latín —"dicho sea de paso" o "dicho al pasar"—, define de manera bastante clara su utilización habitual.

vez que la función de los medios es "ser instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirlas, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones" y que es "precondición de la democracia" la discusión libre y abierta de los asuntos públicos, su voto entiende que "resulta necesario garantizar el acceso igualitario de todos los grupos y personas a los medios masivos de comunicación".

Aclarada esta posición, el voto de Lorenzetti y Highton sostiene que "a diferencia de lo que sucede en la libertad de expresión en su dimensión individual donde la actividad regulatoria del estado es mínima, la faz colectiva exige una protección activa por parte del estado, por lo que su intervención aquí se intensifica. Los medios de comunicación tienen un rol relevante en la formación del discurso público, motivo por el cual el interés del Estado en la regulación resulta incuestionable".

Reconocida de este modo la pertinencia de la regulación estatal en la actividad, los jueces señalan que el Estado puede optar por la forma de llevarla a cabo a fin de promover las oportunidades reales de expresión por parte de los ciudadanos para robustecer el debate público. En esta línea, el fallo menciona la posibilidad de que actores no estatales afecten la libertad de expresión —mediante la conformación de monopolios u oligopolios— y afirma que la intervención estatal activa fue reconocida por la Corte IDH también en casos como "Tristán Donoso", "Ríos", "Kimel" y "Fontevecchia".

El voto señala que los modos de la intervención estatal varían: pueden tanto dejar librado el sistema al funcionamiento del mercado como aplicar leyes generales de defensa de la competencia cuando se producen distorsiones que afecten la pluralidad de voces. Pero reconoce que el Estado también tiene la facultad de regular "a través de normas que a priori organicen y distribuyan de manera equitativa el acceso de los ciudadanos a los medios masivos de comunicación. En este supuesto le corresponde al estado decidir cuáles serán las pautas más adecuadas". En este sentido, la Corte recuerda también la Recomendación de la Relatoría Especial de Libertad de Expresión que, en 2004, indicó que las reglas generales de defensa de la competencia son insuficientes para el sector de la radiodifusión.

En el segundo apartado de sus considerandos, los jueces Lorenzetti y Highton entienden que no es procedente amparar la posición del Grupo Clarín en el *leading case* "Editorial Río Negro". El voto recordó que en

aquel caso estaba en juego una actitud individualizada y discriminatoria del Poder Ejecutivo de una provincia que, aun cuando no hiciera mella en la sustentabilidad del medio, había incurrido en una práctica de retaliación de publicidad oficial por la publicación de contenidos considerados ofensivos por las autoridades políticas provinciales. La Corte deja claro que no existe ninguna analogía entre ese caso y el actual, ya que no se trata de una decisión de alcance individual sino de una ley de alcance general para todo el sector. En tal sentido, agrega en negritas que, contrariamente al citado caso, esta ley "promueve la libertad de expresión en su faz colectiva estableciendo límites iguales a todos los titulares de licencias".

Al ingresar en las cuestiones de sustentabilidad, cuya afectación alegaba el Grupo Clarín, el voto señala que esa afirmación no se desprende ni de la pericia contable ni de la pericia económica y sostiene que la empresa bien podría readecuar sus costos. Además de la importancia de la definición, es importante resaltar cierta mala fe en la lectura del fallo por parte de aquellos que alentaban la inconstitucionalidad de la ley, quienes plantearon que la Corte autorizaba despidos. Más allá de que los sindicatos del sector lograron cláusulas en las reglas de adecuación a la nueva ley que impiden la afectación de fuentes y condiciones de trabajo como consecuencia de ese mismo proceso de adaptación, es casi obvio que cualquier empresa que, por adecuación a los límites impuestos por la ley, dejara de operar en determinada región podría ceder esa unidad de negocios a otra sociedad que quedaría a cargo del personal. Antes bien, esos trabajadores pasarían a desempeñarse para el nuevo operador con sus condiciones indemnes, condición obligatoria según la propia ley para el mantenimiento de las licencias.

Cabe resaltar que el voto, además, indica que los demandantes no logran explicar cómo es que funcionaban antes de alcanzar su magnitud actual y qué ocurre con los demás medios que no tienen ese porte ni grado de concentración. Dice el voto: "La realidad muestra que existe en el país una gran cantidad de medios nacionales y locales de pequeñas y medianas dimensiones que operan sin inconvenientes en el sector".

Al considerar el tercero de los temas, el voto entiende que el escrutinio constitucional "debe realizarse teniendo en cuenta la naturaleza y entidad de los derechos en juego: el derecho de propiedad y libre comercio del grupo actor, y el derecho a la libertad de expresión en su faz colectiva". Tras detallar las reglas de control de concentración del art. 45 de la

ley 26.522, Lorenzetti y Highton afirman: "No se requiere un mayor esfuerzo expositivo para concluir que las medidas en cuestión resultan idóneas para cumplir con los objetivos mencionados, en tanto las restricciones a la cantidad de licencias aparecen como apropiadas o aptas para permitir la participación de un mayor número de voces". Y, en el mismo sentido, agregan: "A diferencia de otros mercados, en el de las comunicaciones la concentración tiene consecuencias sociales que se manifiestan sobre el derecho a la información, un bien esencial para las libertades individuales".

El voto también se adentra en la eventualidad de las restricciones patrimoniales y la posibilidad de que el Grupo Clarín avance en una demanda civil reclamando una reparación. En tal sentido, señala que las restricciones son proporcionadas al peso institucional que poseen los objetivos de la ley y resuelve el rechazo de la demanda de daños y perjuicios en las condiciones planteadas.

El voto dedica un párrafo en particular a mencionar que las conclusiones de la actora sobre la aplicación de precedentes norteamericanos no son aplicables al caso en cuestión. Sobre la situación puntual de la regulación de los servicios que no utilizan espectro, indica que le corresponde al Estado decidir si debe regular el mercado o dejarlo librado a sus propias reglas, y que no es facultad de la Corte intervenir en tal debate.

El voto entiende que los mecanismos fijados en el art. 45 son, entonces, plenamente constitucionales. Sobre el artículo de la adecuación —art. 161— indica que se asiste a una doble impugnación, por afectar retroactivamente derechos adquiridos y por el plazo de un año fijado.

El voto fulmina ambas pretensiones con argumentos que señalan que no se trata de expropiaciones ni revocaciones de licencias por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, ni del rescate de un servicio público. Dice al respecto que "se trata de un sistema de desinversión por el cual los sujetos alcanzados por la ley se encuentran obligados a adecuarse al nuevo régimen legal en materia de multiplicidad de licencias, y en consecuencia deben transferir dentro de un plazo todas aquellas que resulten necesarias para ajustarse al límite". Lo contrario significaría la existencia de una relación jurídica no susceptible de ser modificada, cosa que —la jurisprudencia tiene dicho— no es admisible ni constitucional ya que importaría sobreponer el interés privado por encima del interés general.

Además, el voto agrega en negritas que la ley "permite que los titulares de licencias transmitan a un tercero las [licencias] que tengan en exceso y obtengan un precio a cambio". En la misma línea, aseguran que no hay tampoco ningún elemento concreto que permita sostener la declaración de inconstitucionalidad del plazo de un año, de cuyo vencimiento ya se habían cumplido otros dos años al momento en que se conoció el fallo.

Sobre el art. 48 segunda parte, el voto entiende que se trata de la regla general de la imposibilidad de alegar la perennidad de un régimen jurídico determinado.

En materia de intransferibilidad de las licencias, el voto indica que es compatible con la Constitución, porque se trata de actividades reguladas *intuito personae* y se corresponde además con la condición histórica en la que las licencias fueron adjudicadas —régimen alterado con graves consecuencias por el decreto de necesidad y urgencia 1005/99—.

Párrafo aparte merece el llamado *obiter dictum* del voto. En este apartado ambos jueces señalan que se necesita contar con un organismo técnico, independiente e imparcial para la aplicación de la ley, que la publicidad oficial debe ser asignada con políticas transparentes y que los medios públicos deben dar voz y satisfacer las necesidades de información de todos los sectores de la sociedad. Bastante se ha dicho ya al respecto, con la libertad de opinión que corresponde, y hasta hubo quienes titularon el resultado del fallo dándole prevalencia al *obiter* antes que al fondo de la cuestión.

Mirado con atención, no es mucho lo que agrega. Sobre el punto se han expresado los relatores de libertad de expresión, el Sistema Interamericano y la propia Corte, en más de una oportunidad. Pero, además, lo hace la propia ley 26.522 al fijar pautas para la distribución de publicidad oficial en el art. 75, establecer reglas de actuación para Radio Televisión Argentina (art. 128 y concordantes) y fijar una composición plural para el organismo de aplicación.

3.3 | El voto del juez Enrique Petracchi

Este voto individual comparte el fondo de la decisión con el de Lorenzetti y Highton, pero con fundamentos compartidos parcialmente, por lo que destacaremos aquellas cuestiones que aparecen como más relevantes.

El juez Petracchi inicia el voto indicando la adhesión a parte de los contenidos del dictamen de la Procuración General y encuadrando la cuestión en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para luego considerar directamente el articulado de la ley y sus fundamentos. En relación al art. 45 —sobre topes de concentración—, plantea la compatibilidad con el Principio 12 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) del año 2000, y con la interpretación sobre la insuficiencia de la regulación general de defensa de la competencia que la Relatoría Especial sostuvo en su Informe de 2004.

En tal sentido, sostiene que:

> "las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidas en términos estrictamente individuales (…) han insertado a la prensa en el tejido de las complejas relaciones económicas en que se encuentran las empresas contemporáneas (…) Y, en este nuevo escenario, la concepción clásica de la libertad de expresión —entendida solamente como el derecho a estar libre de toda interferencia estatal— se adapta mal a la prensa contemporánea. [Y para el juez], "la libertad de prensa tiene sentido más amplio que la mera exclusión de la censura previa en los términos del art. 14 y que es deber de los tribunales proteger los medios para que exista un debate plural sobre los asuntos de gobierno" y, al respecto, agrega que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que "una política integral en materia de libertad de expresión debe incorporar medidas dirigidas a fomentar la diversidad y el pluralismo en el debate democrático".

Petracchi remata la cuestión recordando que los Relatores de Libertad de Expresión de OEA, ONU, Comisión Africana y la OSCE declararon en 2007 que "para prevenir la concentración indebida de medios de comunicación o la propiedad cruzada de los mismos, ya sea horizontal o vertical, se deben tomar medidas especiales incluyendo leyes anitmonopólicas" (en negritas en el original).

El juez recuerda a continuación que el garante último del pluralismo es el Estado y cita particularmente al Tribunal Constitucional alemán diciendo que "las tendencias a la concentración deben contrarrestarse con la mayor rapidez y eficacia posibles ya que es muy difícil en este ámbito reparar los

errores cometidos". Ampliando la cita agrega luego que "la importancia de la radiodifusión como configuradora de opinión, impide que ella quede, sin más, en manos del mercado".

Más adelante, considera el voto que las restricciones a la propiedad cruzada y las prácticas oligopólicas de la ley son compatibles con el escrutinio exigente de las reglas del art. 13.2 de la Convención Americana, señalando que la ley es previa, precisa, reconoce un fin legítimo claro y responde a una necesidad social imperiosa, como resulta ser la alta concentración del mercado argentino. Y agrega que esa necesidad surge también de la especificidad de los bienes jurídicos protegidos, dado que los medios son bienes valiosos para la preservación de identidades culturales y garantes del pluralismo. De allí, la tensión entre la libertad comercial y la necesidad de asegurar una libertad de expresión amplia, plural y diversa.

En cuanto a los límites a la concentración en el cable, el voto del juez Petracchi rechaza fundadamente la pretensión del Grupo Clarín, sostenida en la sentencia previa de Cámara, de avalar la inconstitucionalidad de la ley en base al fallo "COMCAST". De modo muy exhaustivo, el juez desmenuza ese antecedente estadounidense para concluir que una resolución administrativa particular no resiste analogía con una ley general (como la ley 26.522), al tiempo que entre ambos casos no se registran similitudes suficientes ni en las condiciones de mercado, ni en las tecnologías, ni en los prestadores, ni en las bases de cálculo. Tampoco considera inconstitucional *per se* fijar un límite de mercado del 35% del total de abonados.

Más adelante, el voto analiza lo que hemos dado en llamar "talla crítica". Sostiene el juez que no resulta admisible el argumento sostenido por la empresa según el cual sólo una economía de escala como la que alcanzó el Grupo Clarín garantizaría la independencia editorial, y que ningún dato de la realidad confirma que es la dimensión económica lo que de por sí determina la existencia de una voz crítica.

Finalmente, el voto adhiere a los principios de imposibilidad de reclamar la indemnidad frente a cambios de legislación positiva como un derecho adquirido. También coincide con Lorenzetti y Highton en que los mecanismos de restricción a la propiedad cruzada son proporcionales al fin pretendido y en que la pertinencia de los plazos de adecuación no ha sido

suficientemente rebatida por la empresa. Afirma lo propio respecto de que las cuestiones de implementación de la ley no han sido traídas a este juicio, por lo que no cabe pronunciarse al respecto. Concluye, entonces, declarando la constitucionalidad de los artículos observados y el rechazo de la demanda de daños y perjuicios.

3.4 | El voto del juez Raúl Zaffaroni

El voto del juez Zaffaroni parte de una detallada y minuciosa observación de los antecedentes de la causa y de una igualmente precisa descripción de las posiciones de las partes y relato de los hechos. En materia de análisis jurídico remite, tema por tema desglosado en ítems, a los considerandos del voto del juez Petracchi en cuanto a los objetivos y fines de la ley, las restricciones del art. 45, la regulación de la transferencia de licencias, el plazo de adecuación, la alegación del régimen de multiplicidad de licencias como derecho adquirido, y los restantes agravios.

Sentada su adhesión en estos aspectos, pasa su voto a considerar lo que denomina "la dimensión cultural como cuestión constitucional". En este apartado, Zaffaroni indica que el vínculo entre el derecho a informar y la ley cuestionada lo establece el Grupo Clarín al plantear la previsible disminución de la renta. El juez expone que hacerle lugar a tal reclamo conduciría a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier disminución de la renta de cualquier persona jurídica destinada a una actividad, haciendo constitucionalmente inviable la regulación antimonopolios, lo que se daría de bruces con la totalidad de las disposiciones antitrust.

Tras exponer citas del Derecho Comparado sobre este tema, agrega que "con razón se sostiene que no se trata de disposiciones antimonopólicas referidas a cuestiones que hacen solo a la competencia, sino nada menos que al derecho a la información plural", al tiempo que, más adelante, señala que lo que se pone en juego no es solamente la incidencia de los monopolios en materia de democracia política sino que debe agregarse a ello la "dimensión cultural" de la materia en discusión, la que hace a la existencia y coexistencia de todos los habitantes de la Nación.

En este contexto indica el voto que "nadie puede poner en duda que los medios audiovisuales son formadores de cultura" y de la creación de valores. Por tanto, "ningún Estado responsable puede permitir que la con-

figuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios. Constitucionalmente estaría renunciando a cumplir con los más altos y primarios objetivos que señala la Constitución".

De allí que concluya que no estamos frente a una discusión meramente patrimonial y que ésta tampoco se agota en torno a los derechos a la información y a la libertad de expresión "que no están lesionados". Lo que en el fondo se discute "apelando a tesis descartadas hace más de un siglo en su país de origen es si se deja o no la configuración de nuestra cultura librada a la concentración de medios en el mercado. Jurídicamente sería una omisión constitucional, porque lesionaría nuestro derecho a la identidad cultural", lo que sería un "suicidio cultural".

Por ello vota en el mismo sentido que los votos precedentes: en contra de la declaración de inconstitucionalidad requerida por la actora en cada uno de los artículos en disputa y del rechazo de la acción por daños y perjuicios.

3.5 | Las disidencias de Carlos Maqueda, Carmen Argibay y Carlos Fayt

La disidencia parcial del ministro Maqueda es la que tiene mayor cantidad de transcripciones de la audiencia, de preguntas a las partes en cuanto al relato de los hechos y antecedentes e, inclusive, del contexto de análisis de constitucionalidad de normas. Contexto que, aclara, no permite valorar el acierto o error de las políticas públicas. Este aspecto es compartido por la totalidad de la Corte, sin perjuicio de los análisis personales que algunos de ellos vuelcan sobre la ley. Aclarado este punto, señala que —y, en ello, habrá diferencias con la jueza Argibay— el análisis del caso es ajeno a hipotéticos conflictos derivados de la aplicación posterior de la ley.

En cuanto a la regla de intransferibilidad y sus excepciones, indica el voto que no es cierto que se esté frente a una norma que transforme retroactivamente la naturaleza de las licencias, entre otras cuestiones porque el régimen anterior bajo el cual fueron adjudicadas tampoco lo permitía. La segunda razón en la que se funda el rechazo es que, por tratarse de una actividad de interés público, el Estado tiene la facultad de regularla para asegurar que no se alteren sustancialmente las condiciones de la adjudicación a los particulares.

En materia de límites a la capacidad de concentración, retomando doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre libertad de expresión —como la Observación 34 al art. 19 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y la Declaración Conjunta de los Relatores de Libertad de Expresión de 2007— afirma que "la libertad de expresión no solo autoriza al Estado, sino que lo obliga a adoptar una serie de medidas destinadas a promover, respetar y garantizar la pluralidad en los medios de comunicación. Así, entre otras, debe dictar un marco normativo que prevenga la concentración indebida". Menciona, incluso, y es el único que lo hace, el documento de la UNESCO que recomienda la "liquidación, disolución, desconcentración o división de las empresas infractoras"; a lo que el Estado se encuentra compelido. Por supuesto, en el marco del respecto a las libertades individuales.

El voto enfatiza que las regulaciones no se limitan a los medios que usan espectro y que los límites a la concentración planteados "no conculcan" la garantía del art. 28 de la Constitución Nacional. La disidencia parcial se afirma, sin embargo, en la distinta interpretación de los arts. 48 y 161. Señala para así resolver que la conducta del Estado por un lapso prolongado llevó a la actora a presumir legítimamente la estabilidad de su situación jurídica, que la cantidad de presentaciones no fueron objetadas —aun en violación al régimen anterior— hasta 2009[5] y que hay un derecho subjetivo a partir de la "expresa conformidad del Estado" para quien realizara inversiones y pusiera en funcionamiento un proyecto comunicacional.

Al respecto cabe aclarar que, como quedó dicho en la audiencia, había informado sobre irregularidades en materia de multiplicidad de licencias a sus propios accionistas, aun antes de la sanción de la nueva ley.

No obstante, el juez Maqueda entiende que se está frente a un supuesto de revocación de licencia distinto al del precedente "Miragaya", en el que cupo tal acto porque no había empezado a emitir, lo que constituye una circunstancia ostensiblemente diferente. En el caso, opina el voto, para la aplicación de los nuevos límites a la concentración es menester esperar al fenecimiento de las licencias vigentes. A nuestro criterio, hay en este punto una contradicción con la cabida de la aplica-

(5) Oportunidad en que, por el rechazo al pedido de fusión, el COMFER requiere adecuar el pedido por los incumplimientos detectados a la ley 22.285.

ción de las reglas sugeridas por UNESCO admitidas por el mismo juez en forma explícita, y —por supuesto— con la mayoría de los jueces que entienden que no hay revocación ni expropiación.

Al decidir, entonces, Maqueda resuelve por la constitucionalidad de los arts. 41 y 45, por la inconstitucionalidad del 48 —diciendo que la actora tiene derecho a mantener las licencias hasta el plazo de su vigencia— y por declarar inoficioso el planteo de inconstitucionalidad de la adecuación. Finalmente, rechaza la demanda de daños y perjuicios.

Por su parte, la jueza Argibay comienza el tratamiento de la cuestión adhiriendo al relato de los antecedentes y hechos que realiza el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco.

Seguidamente, interpreta el alcance del juicio tanto en orden a la declaración solicitada de inconstitucionalidad de las normas como a la necesidad de resolver sobre "la obligación de cesar en el uso de las licencias que se encuentran en curso". Es decir que considera —a diferencia de los otros ministros— inescindible el tratamiento del texto de la ley respecto de las medidas de su aplicación.

Pasa luego a considerar la constitucionalidad del art. 41 e indica de manera preliminar que el mismo no tiene incidencia sobre los contenidos de los medios, pese a lo afirmado por el Grupo Clarín, y que resulta legítimo el interés del Estado Nacional por mantener en el ejercicio de las licencias a quienes las obtuvieron por considerarlas aptas para ello.

En cuanto a los límites planteados por el art. 45 entiende que el esquema en sus propios términos no altera de manera expresa el derecho a la libertad de expresión porque las reglas propuestas no se fundan en contenidos, y —en segundo término— porque los fines legislativos propuestos son pertinentes.

Pero, más adelante, señala que la imposición de esas reglas traerá aparejada la imposibilidad para algunas audiencias de seguir recibiendo el mismo servicio que hoy tienen. Entonces, la vulneración de derechos constitucionales surgiría de las disposiciones que aplican de las reglas (arts. 48 y 161), porque imponen el cese de la vigencia de las licencias. En ese sentido, argumenta que "el punto a resolver es si la cancelación

por el gobierno de licencias para la operación de medios fundada en razones de oportunidad, mérito y conveniencia —fundamento de la operatividad del 161 LSCA— altera la libertad de expresión. La respuesta es afirmativa". Es notable la disidencia en este párrafo con los votos de mayoría que afirman exactamente lo contrario.

Agrega luego la jueza que "la validez constitucional del art. 45 LSCA no se transmite mecánicamente a las vías trazadas para su implementación". Por tanto decide que "la parte actora tiene derecho a continuar con el uso de sus licencias y señales de contenido (…) Y en esa medida este pronunciamiento es contrario a la validez de los arts. 48 y 161 LSCA".

Cabe resaltar, en términos doctrinarios, que el voto menciona la intervención del *amicus* por la Universidad de Lanús, Víctor Abramovich, y polemiza con él por el contexto y las condiciones para interpretar las lecturas de Owen Fiss en cuanto a la posición del Estado como amigo de la libertad de expresión. Si bien otros votos citan la audiencia de *amicus*, ésta es la oportunidad más notable de reflexión sobre sus contenidos y aportes de doctrina.

La participación del juez Fayt funda una disidencia completa. Es decir que la parte resolutiva se expresa en contra de la constitucionalidad de la totalidad de los artículos en cuestión, con la excepción de los aspectos regulatorios de los medios que usan espectro. No se expide sobre la acción de daños, pero es el único que impone costas a las vencidas y remite a un considerando 37, cuando su disidencia sólo registra 36.

Fayt adhiere —tal como el voto anterior— a la exposición de antecedentes del voto de los jueces Lorenzetti y Highton, y desgrana luego una importante cantidad de doctrina y referencias del derecho constitucional adhiriendo a la postura histórica y clásica en materia de libertad de expresión.

Resulta notable que reclame al Poder Legislativo que haya dictado una norma en la que no se cite ni se considere a los "usuarios" y a los "derechos del usuario" como uno de los defectos más serios. Afinca en dicha posición para entender que no se han considerado las afectaciones causadas a ellos por la aplicación de las reglas de límites a la concentración y a la adecuación, además de la observación de la regla de la defensa del usuario por el art. 42, aspecto sobre el cual la posición doctrinaria es mayormente adversa.

Al respecto, cabe indicar que la ley ha privilegiado lo que en doctrina se llaman los derechos de las audiencias. El rol del usuario es notoriamente distinto y está definido por la relación de consumo y pago, que en los medios de comunicación no necesariamente se da de ese modo. Pero, a tal efecto, sí existen normas que establecen derechos de las audiencias y hasta se incluye la regulación de accesibilidad y abonos sociales, sobre los cuales el juez omite toda consideración.

Respecto de la regla de intransferibilidad, la disidencia la considera directamente inconstitucional —es la única posición en ese sentido— dado que implica una afectación a los derechos dominiales del Grupo Clarín. Sobre la imposición de límites a la concentración, registra una crítica a la regla que parte de la conducta sinuosa del Estado por haber pasado de cuatro licencias a veinticuatro (mediante el DNU 1005/99) y, ahora, a la nueva regulación. Al respecto dice que hay "inconsistencia —formal y material— del ejercicio de la potestad regulatoria".

Lo que parece omitir el juez es tanto que la facultad regulatoria del Estado hace —al decir de los otros ministros— que esa sea una esfera ajena a la decisión judicial, como que la Argentina fue objeto de medidas de re-regulación en el mercado de las comunicaciones basadas en decretos de necesidad y urgencia. Agrega sobre el punto que las restricciones no han sido debidamente fundadas.

Es importante la disidencia en materia doctrinaria. En un conjunto de apartados, el voto enumera todos y cada uno de los fallos de la Corte desde 1983 en materia de libertad de expresión, para luego decir que en el primer pronunciamiento, en el caso Ponzetti de Balbín, él mismo ha

> "elevado del derecho de prensa a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación como a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de expresa considerados elementos esenciales para la autonomía humana".

Y cita luego a Burdeau reafirmando la tesis de la libertad de expresión como una libertad negativa garantizada por "la sola virtud" de la abs-

tención gubernamental. Al respecto recoge una cita de Fiss a fin de debatir, también, con los *amicus* sobre este punto.

Desde esta posición, decide entonces hacer lugar a la demanda del Grupo Clarín.

4 | Consideraciones finales

El análisis de un proceso tan extenso y complejo, con un fallo que tiene esas mismas características, obliga a un esfuerzo de síntesis que deja temas sin tratar —que, necesariamente, podrían haber enriquecido aún más el aporte—. Pese a esas limitaciones de espacio, creemos que se ha podido dar cuenta de la importancia del precedente por muchas razones.

El punto de partida es la interpretación de la doctrina del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de libertad de expresión, llegando incluso a dirimirse sobre la condición constitucional de la Declaración de Principios de Libertad de expresión de la CIDH de octubre de 2000 y su aplicación como *soft law*. Lo mismo puede decirse de las declaraciones e informes de los relatores especiales.

Esto es de una importancia mayúscula para los debates sobre la incorporación de los tratados al derecho interno, y a la doctrina y jurisprudencia. Se ha discutido aquello que era la cuestión de fondo: la importancia de la libertad de expresión, las razones de su protección y promoción, y su valor como precondición de la democracia. Pero, en este contexto, no puede menos que celebrarse que se haya discutido sobre su concepción como derecho universal, tanto individual como social. Y allí también hay un aporte capital en la construcción de una mirada de derechos humanos sobre la sociedad y el Estado de derecho.

Se ha dirimido otra cuestión fundamental: el rol del Estado. La sola virtud de la abstención como garantía de la protección a la libertad de expresión parece haber quedado solo como una parte de sus roles. Con mucha profundidad se ha discutido si regular para la defensa y promoción de este derecho, tanto como para el de informar y ser informado, era una facultad o una obligación. Y, desde esta perspectiva, se ha discutido so-

bre los "cómo": las posiciones que afirman que debe contarse con reglas generales posteriores que castiguen parecen ceder frente a las posiciones que aconsejan reglas que prevengan la indebida concentración que dañe al pluralismo.

También se debatió sobre los "cuándo": las circunstancias en las que las posiciones de mayoría y las disidencias estuvieron de acuerdo en las reglas, pero no en la implementación. Este tópico es ciertamente el más difícil: el establecer cómo y cuándo se cuenta el día cero de la implementación de reglas de desmonopolización, y si son generales o particulares los modos de fijar esos días. Parecería que estos últimos son altamente discriminatorios porque harían cambiar a unos sí y a otros no con la eventualidad de agrandar asimetrías.

Lo resuelto por la mayoría de la Corte indica que se optó por una vía compatible con la Constitución: no hay revocación de licencias, no hay desapoderamiento. Como en otras latitudes —lo que es reconocido hasta por la disidencia parcial—, y siguiendo la recomendación de UNESCO, se adoptan reglas de desinversión. Se fijó un criterio que es observado desde muchos sitios porque existen voluntades políticas de desconcentrar la actividad; y ello no sólo desde gobiernos de neto corte populista, sino también desde otras posturas como aquellas que impulsaron la reforma constitucional de México, que dispone la "desincorporación de activos".

Otro elemento que nos parece sustantivo rescatar —particularmente de los votos que conforman la mayoría— es la dedicación que otorgan al tratamiento de la pertinencia de las citas traídas en su defensa por el Grupo Clarín. Como pocas veces, los votos cuestionan la utilización de precedentes, tanto por no sujetarse al contexto como tratarse de una referencia no ajustada. En términos más concretos, se cuestiona aquella invocación de decisiones que pretende homologar las reglas legales con las decisiones administrativas, y las diferencias de situaciones materiales con el fondo de lo decidido. Ello, tanto respecto del precedente COMCAST de la Corte de los Estados Unidos, como de la inaplicabilidad de lo resuelto por esta CSJN en el precedente "Editorial Río Negro".

El aporte del proceso —con sus matices, idas y vueltas— a la Corte por recursos, audiencias, pruebas, intervención de *amicus*, ha sido a nues-

tro criterio un relevante y sustantivo aporte a la construcción del Estado de Derecho.

En palabras de Holmes y Sunstein, "los derechos y las libertades individuales dependen fundamentalmente de una acción estatal vigorosa".(6) Todos los derechos son positivos en tanto necesitan acciones estatales que garanticen su cumplimiento. La libertad de expresión no es una excepción. Más aún, cuando ha quedado dicho, de modo pétreo, que es también un derecho de la sociedad.

(6) Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *El costo de los derechos*, Bs. As., Siglo XXI, 2011, p. 33.

Intervenciones de contracepción quirúrgica de las personas con discapacidad

CÁMARA de FAMILIA de MENDOZA, "M., S. O. y A., E. S. p/ su HIJA MENOR M. P. A. p/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA", 11 de JUNIO de 2013

por **ROMINA PZELLINSKY**[1]

I | Los hechos del caso

El fallo que se comenta en esta oportunidad, se inicia a partir de la solicitud de la madre y el padre de una niña de 15 años que padece una discapacidad mental,[2] para que se le practique la ligadura de sus trompas de Falopio, conforme lo estipulado en la ley nacional 26.130[3] y su par provincial ley 7456.[4]

La jueza de grado, que acogió favorablemente tal solicitud, fundamentó su decisión en que si bien la adolescente no fue declarada judicialmente

(1) Abogada con diploma de honor (UBA). Responsable del Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación y Fiscal *ad-hoc* para las causas sobre violencia de género. Fue asesora jurídica de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y consultora del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef).

(2) A la fecha de la sentencia (junio de 2013) la adolescente ya cuenta con 17 años de edad.

(3) Ley 26.130 sobre el "Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica" (BO 29/08/2006).

(4) Ley 7456 de la Provincia de Mendoza (BO 26/01/2006).

incapaz, requisito exigido normativamente para que proceda la autorización judicial para llevar a cabo la intervención de contracepción quirúrgica solicitada por sus representantes legales, la joven no posee la capacidad para comprender los alcances de la medida solicitada. Basó su decisión en las pericias realizadas, en los informes del Centro de Salud y del Comité de Bioética del Hospital interviniente, concluyendo que la joven posee serias limitaciones para ejercer el rol materno sin apoyo psicológico y que debido al fracaso —en el caso concreto— de otros métodos anticonceptivos menos agresivos, la ligadura de trompas aparece como la mejor solución.

Contra esta resolución, la Asesora de Menores interpuso recurso de apelación, circunstancia que motivó la intervención de la Cámara de Familia de Mendoza, cuyo fallo del 11 de junio de 2013 hoy se comenta. En líneas generales, la representante del Ministerio Público se agravia por considerar que no se ha cumplido con los requisitos exigidos legalmente para que se habilite la vía de excepción para acceder a las prácticas de contracepción quirúrgica reguladas en la normativa mencionada. Cabe recordar que la ley 26.130 establece que pueden acceder a las prácticas médicas de ligadura de trompas o vasectomía las personas capaces y mayores de edad que presten su consentimiento informado (art. 2) y, excepcionalmente, se habilita la intervención a pedido de los representantes legales con autorización judicial cuando se trata de personas declaradas judicialmente incapaces (art. 3). Similar criterio contempla la ley provincial citada.

Sostiene la apelante que la exigencia de que la persona haya sido declarada incapaz para habilitar la vía excepcional no es caprichosa, máxime a partir de la modificación del art. 152 CC efectuada por la Ley de Salud Mental que establece como principio rector que las declaraciones de inhabilitación e incapacidad procuren la menor afectación posible de la autonomía personal.

2 | La decisión de la Sala

El Tribunal, por mayoría, resolvió hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, y revocar la sentencia que había autorizado la contracepción quirúrgica de ligadura tubaria a solicitud de los representantes legales de la joven. Dispuso, además, que en el ejercicio de la patria potestad, la madre y el padre de la adolescente debían velar porque

su hija reciba una adecuada educación sexual a la vez que debían acompañarla a sus controles ginecológicos. Por último, estableció que al sistema de salud público correspondería arbitrar los medios necesarios para brindar a la adolescente los controles ginecológicos adecuados y la información y orientación correspondiente sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

3 | Los votos de la mayoría

En el caso que nos ocupa, cabe mencionarlo, confluyen cuestiones éticas, jurídicas y médicas que se entrecruzan con valores y principios y que, por resultar su protagonista una adolescente menor de edad, aparece necesariamente el interrogante sobre si la decisión adoptada tuvo en cuenta su interés superior, principio rector del que tanto hemos escuchado y leído y que pocas veces resulta fácil llenar de contenido. Intentaré, a partir del análisis de los argumentos brindados por las magistradas que integraron la mayoría del tribunal, acercarnos a una respuesta.

En primer lugar, y teniendo en cuenta la ausencia de una declaración judicial de incapacidad, debemos preguntarnos si la adolescente se encontraba en condiciones de brindar su consentimiento informado para la intervención quirúrgica solicitada, circunstancia que excluiría la posibilidad de que lo presten sus representantes legales o si, por el contrario, la discapacidad mental que posee le impedía comprender acabadamente sus alcances y consecuencias y por ello quedaría habilitada la vía para la denominada decisión por substitución o representación con la debida autorización judicial.

No podemos soslayar que una intervención quirúrgica de tal envergadura exige, a quienes deben brindar autorización, cerciorarse de que el consentimiento informado se haya otorgado conforme las prescripciones normativas, lo que significa, entre otras cuestiones, conocer las alternativas de otros métodos anticonceptivos menos invasivos y las posibilidades —o no— de la reversión de la intervención quirúrgica, obligación de informar que compete a los y las profesionales de la salud.

A la hora de emitir su voto respecto a la (im)procedencia de la medida solicitada, la jueza Zanichelli coincidió con lo postulado por el Ministerio Público en cuanto no se habrían dado en el caso concreto las condiciones

para la viabilidad de la venia supletoria que autoriza la ley de contracepción quirúrgica. Si bien reconoce que la ausencia de declaración judicial de incapacidad no constituye *per se* un óbice para que proceda la ligadura tubaria con autorización judicial, las circunstancias y características del caso aconsejan una decisión en contrario.

El reconocimiento del positivo vínculo materno-filial de la adolescente con su pequeña hija; las contradicciones surgidas de las diversas pericias practicadas respecto a la capacidad para comprender los alcances de semejante intervención; la negativa de la adolescente a someterse a dicha práctica de acuerdo a las manifestaciones efectuadas por su madre; la falta de información adecuada en cuanto a los alcances de la medida y específicamente sobre la posibilidad de adoptar otros métodos anticonceptivos menos agresivos, entre otras circunstancias complementarias, constituyen la plataforma fáctica sobre la cual la jueza concluye que como no ha quedado acreditado que la joven estuviese imposibilitada de prestar su consentimiento informado a la medida solicitada, no corresponde que sus representantes legales suplan su voluntad.

En relación al derecho a la procreación —en juego en el fallo— en tanto derecho personalísimo que reconoce a cada individuo la posibilidad de decidir ejercer la maternidad o paternidad y cómo y cuándo hacerlo, cabe resaltarlo, es comprensivo y lleva implícito, como se señala en el presente voto con cita de Mielnicki,[5] el derecho a no ejercer tales roles. Así, la decisión de cuántos hijos tener y cuándo hacerlo compete a cada individuo y, por ello, el alcance de su restricción debe ser limitado ya que implica una afectación de la autonomía y libertad.

Este fue el sentido adoptado por vasta jurisprudencia sobre la materia y en la cual se apoyó la magistrada al emitir su voto. En particular, y por resultar muy ilustrativo al tema, cita un fallo de la Corte Constitucional de Colombia[6] en el cual no se hizo lugar a la medida solicitada —coincidente con el presente caso, salvo que la persona sobre la que se había requerido la intervención era mayor de edad— entre otras cuestiones, porque "…no existía claridad respecto a la capacidad mental de la mujer para ejercer la

(5) Mielnicki, Diego, "La Ley 26.130. Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgicas y los derechos fundamentales", en *La Ley online*, 12/10/2006.

(6) Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-063/12, expediente T-2536645, 09/02/2012.

maternidad y, porque según el informe de medicina legal, el aumento de esas capacidades podía ser posible, siempre y cuando tuviera acceso a una educación adecuada y recibiera el apoyo necesario" (énfasis agregado). En este mismo orden de ideas, señala Aída Kemelmajer de Carlucci que "…tanto la edad como la discapacidad mental son cuestiones de grado, una persona puede tener aptitud para decidir sobre ciertas cuestiones y no sobre otras (…). En suma, la autoridad parental decrece en un proceso dinámico, al mismo tiempo que el niño crece y logra autonomía personal".(7)

Por otro lado, y retomando la cuestión vinculada al consentimiento informado, otro de los aspectos centrales en temas que atañen al derecho a la salud —en particular a la decisión de someterse a una intervención quirúrgica de estas características—, resulta ineludible a la hora de autorizar o no tal práctica, despejar toda duda respecto al cumplimiento por parte de los profesionales de la salud de haber brindado la información adecuada relativa a las consecuencias, implicancias y riesgos que aquella acarrea; circunstancia que para la jueza no se encontraría acreditada en el presente caso.

Finalmente, sin perjuicio de considerar la magistrada que la adolescente estaría en condiciones de consentir la intervención, en el supuesto que asumiera que la joven no comprende los alcances de la medida, de las constancias obrantes en la causa no surge que sus representantes legales estuvieran adecuadamente informados sobre las implicancias de la operación, motivo por el cual entiende que corresponde su rechazo de todas formas. Lo que intento resaltar aquí es la importancia de establecer si se cumplieron —o no— las condiciones exigidas para que proceda la operación.(8)

Por su parte, la jueza Politino, quien junto a la jueza Zanchinelli integró la mayoría, al emitir su voto partió de la base que por encontrarse en juego derechos humanos fundamentales, el caso exige un abordaje especial, entendiendo necesario realizar un pormenorizado análisis sobre la reversibilidad o no de la práctica de ligadura de trompas y su aplicación al caso concreto.

(7) Kemelmajer de Carlucci, Aida, "El derecho del niño a su propio cuerpo", en Bioética y Derecho, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 110.

(8) Para un mayor esclarecimiento, véase ley 26.529 sobre "Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado" (BO 20/11/2009), específicamente donde define el concepto de consentimiento informado y enumera los requisitos que se deben cumplir previamente a la declaración voluntaria del/la paciente o en su caso, de sus representantes legales (art. 5).

Si bien reconoce, con cita en doctrina especializada en la materia, que la irreversibilidad de la técnica se encuentra en crisis debido a los avances producidos en la medicina, lo cierto es que la posibilidad de reversión —altamente costosa en términos monetarios— depende del método específico utilizado y que justamente en los hospitales públicos la técnica que se aplica no es la más apta para permitir la reversibilidad de la intervención.[9] Esta situación conduce a que las personas de menores recursos —como en el presente caso— no encuentren salida ante un eventual arrepentimiento, circunstancia que acertadamente toma en cuenta la jueza al momento de fallar.

Luego de un extensivo análisis sobre los alcances y derechos consagrados en la distinta normativa aplicable —la ley 25.673 que creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (BO 22/11/2002); la ley sobre Derechos del Paciente citada; la ley 26.150 que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral (BO 24/10/2006)—, la jueza retoma la cuestión relativa a la capacidad o no de la joven para consentir la práctica solicitada por sus representantes legales.

Asimismo, incorpora una cuestión fundamental que debe guiar todo proceso en el que se encuentren en juego asuntos que afecten a la niñez, esto es, verificar si se garantizó el derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta, regulado tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) como en la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (art. 24, BO 26/10/2005). Este derecho, en el caso que nos ocupa, debe interpretarse complementariamente con el relativo el acceso a la salud (art. 14, Ley de Protección Integral) y específicamente con lo regulado respecto al derecho de los/as pacientes, particularmente de niños, niñas y adolescentes, a ser asistidos/as por profesionales de la salud, respetándose especialmente la autonomía de la voluntad (art. 2 inc. a) y e) de la ley 26.529).

Así, sostiene que, de las constancias obrantes en la causa, la medida solicitada por sus representantes legales no responde a un deseo de la joven, quien habría manifestado su negativa a someterse a ella por encontrarse tomando otros métodos anticonceptivos (inyección mensual proporcionada por el centro de salud correspondiente).

(9) Pelle, Walter D., y Bostianic, María Carla, "Análisis crítico de la Ley 26.130", *La Ley online*.

Otro aspecto a resaltar se vincula con las obligaciones asumidas por el Estado argentino respecto al acompañamiento que se debe brindar a las personas menores de edad en el pleno desarrollo de su salud sexual y reproductiva. En este sentido, y conforme los alcances establecidos al momento de aprobarse la Convención sobre los Derechos del Niño,(10) las cuestiones vinculadas a la planificación familiar corresponden a la madre y el padre de manera indelegable y es el Estado el que debe adoptar las medidas apropiadas para la orientación de ellos y la educación sobre la paternidad —entiéndase extensiva a la maternidad— responsable.

En línea con esta argumentación, y en complemento con otras constancias obrantes en la causa —el positivo vinculo materno-filial de la adolescente con su pequeña beba; la existencia de métodos anticonceptivos menos invasivos; la ausencia de una declaración judicial de incapacidad de la joven, entre otras— de conformidad con lo manifestado en el voto que la antecede, la jueza Politino estima que no es procedente otorgar la autorización para la intervención quirúrgica. Por lo demás, considera que tanto sus progenitores, así como los efectores públicos sanitarios correspondientes, deberán asumir las responsabilidades que les competen en pos de satisfacer los derechos sexuales y reproductivos de la adolescente involucrada.

4 | Del voto de la minoría

En sentido contrario a lo sostenido, el juez Ferrer manifestó que la resolución apelada resulta ajustada a derecho, en líneas generales, porque más allá de la discusión sobre el alcance de la enfermedad mental de la adolescente, de acuerdo a su valoración de la plataforma fáctica, la joven, en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos, no es competente para tomas decisiones libres ni estaría en condiciones de ejercer la maternidad responsablemente.

En cuanto a la ausencia de una declaración judicial de incapacidad, como sucede en el presente caso, la diferencia radica, de acuerdo al voto mi-

(10) Aprobada por ley 23.849 (BO 22/10/1990).

noritario, en que debe probarse que existe una incapacidad intelectual para prestar el consentimiento informado, ya que como principio general lo que se presume es la capacidad de las personas. Esta circunstancia, entiende el juez Ferrer, se encontraría probada a partir de las pericias e informes médicos realizados por los profesionales de la salud.

Respecto al cumplimento de los requisitos exigidos legalmente para considerar la eficacia del consentimiento informado, en particular lo relativo a que no se habría informado previamente a los padres de la niña sobre las ventajas y desventajas del uso de métodos anticonceptivos menos invasivos como el dispositivo intrauterino (DIU), el juez sostiene que tal omisión quedaría salvada por la decisión apelada, en tanto la jueza dejó en manos del equipo médico profesional la elección del método a utilizar que cumpla con la finalidad perseguida —esto es, evitar nuevos embarazos de la joven—, y para ello dispuso que, en forma previa a la ligadura, se brinde adecuadamente la información sobre otros métodos alternativos.

Contrariamente a esta postura, como vimos, se manifestaron las juezas que integraron la mayoría, quienes entendieron que la ausencia de esa información al momento de solicitarse la autorización judicial indefectiblemente afectaba su consentimiento informado, y que no resultaba adecuado que se brindara con posterioridad a la intervención del sistema de justicia. Me inclino por sostener que éste debe ser el criterio a seguir.

Por último, la posición minoritaria al evaluar el contexto que rodea a la familia en cuestión —de acuerdo a los informes del Centro de Salud: pobreza estructural, familia extremadamente numerosa (la joven tiene 14 hermanos/as), entre otras circunstancias— se inclina por sostener, sin perjuicio que competerá al equipo médico valorar si el DIU puede resultar viable en el presente caso, que la esterilización se presenta como la alternativa menos costosa de planificación familiar, en tanto implica una única intervención quirúrgica permanente frente a otros métodos que o suelen ser costosos o exigen controles periódicos.[11]

(11) Famá, María V., "El derecho a no ser padre. Un nuevo avance en torno de la admisibilidad de la esterilización anticonceptiva", en *Revista de Derecho de Familia*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 2005-I, p. 137.

5 | Consideraciones finales

Los derechos sexuales y reproductivos, comprensivos del derecho a procrear y por supuesto a decidir no hacerlo, pertenecen a la esfera íntima de cada individuo y así han sido reconocidos legalmente. La sanción de la ley que regula las intervenciones de contracepción quirúrgica, mediante la cual se puede acceder a una ligadura de trompas o vasectomía sin necesidad de indicación terapéutica o autorización judicial, representa una clara manifestación de los avances en el reconocimiento de este grupo derechos derivados directos de los derechos constitucionales a la salud y a la autodeterminación personal.

Ahora bien, las personas con discapacidad, a quienes expresamente se les reconoce convencionalmente[12] el derecho a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos/as que quieren tener, así como el intervalo entre un nacimiento y otro y el acceso a información y educación sobre reproducción y planificación familiar, cuando son declaradas judicialmente incapaces, requieren, para acceder a las prácticas de contracepción quirúrgica, de una autorización judicial previo consentimiento informado de sus representantes legales.

Hasta aquí la regla —persona capaz y mayor de edad— y la excepción —persona declarada judicialmente incapaz— no presentan mayores inconvenientes, pero el problema aparece cuando, en casos como el presente, nos encontramos que la solicitud de contracepción quirúrgica se requiere no sólo respecto a una persona con cierta discapacidad que no fue declarada judicialmente, sino que además, se trata de una adolescente menor de edad. Estas circunstancias, como vimos al momento de comentar el voto de la mayoría, exigen a los/as operadores/as judiciales, considerar si la ligadura de trompas se erige como la respuesta más favorable para la joven, debiendo para ello tener en cuenta el resguardo de su salud, la propia opinión de la adolescente, su deseo, y el beneficio —o no— que implica someterse a una intervención de tal envergadura.

En síntesis, sin perjuicio de la decisión que se adopte, podremos decir que se será más o menos justa en la medida que conlleve a la plena satis-

(12) Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 26.378 (BO 9/06/08), art. 23 inc. b).

facción de los derechos de la persona involucrada. Como corolario, cabe resaltar que en tanto una respuesta negativa ante la solicitud de la intervención, como fue el voto de la mayoría, no hace cosa juzgada material, no se descarta la posibilidad de que un futuro, y bajo otras circunstancias, se pueda autorizar tal práctica.

Derecho a la salud

CORTE IDH, "CASO SUÁREZ PERALTA vs. ECUADOR", EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS, SENTENCIA del 21 de MAYO de 2013, SERIE C N° 261

por **AMILCAR CROSIO**[1]

"La ley no nace de la naturaleza, junto a los manantiales que frecuentan los primeros pastores; la ley nace de las batallas reales, de las victorias, las masacres, las conquistas que tienen su fecha y sus héroes de horror; la ley nace de las ciudades incendiadas, de las tierras devastadas; surge con los famosos inocentes que agonizan mientras nace el día"
Michael Foucault[2]

I | Introducción

El 21 de Mayo de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH") dictó sentencia en el "Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador" y declaró al Estado de Ecuador internacionalmente responsable. El presente caso viene a introducir nuevamente dentro de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, el desarrollo y tratamiento de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, "DESC"), a partir de dos institutos de interpretación jurídica, la interde-

(1) Abogado (UNLP). Maestrando en Relaciones Internacionales (IRI-UNLP). Adscripto de Cátedra de Derecho Internacional Público (UNLP). Asesor de la Dirección Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales (MJyDDHH de la Nación).

(2) Foucault, Michael, *Defender la sociedad*, Bs. As., FCE, 2000 .

pendencia y la indivisibilidad. Sin embargo, será nuestra intensión en éste comentario desarrollar con especial interés el voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, quien viene a plantear como premisa la posibilidad de haber abordado de manera directa y autónoma el derecho a la salud, sin recurrir al expediente de interpretarlo a partir de cláusulas civiles y políticas de la Convención Americana.

2 | Los hechos del caso

El 1 de junio de 2000 la Comisión de Tránsito de la Provincia de Guayas correspondiente al Estado de Ecuador, emitió la Orden General 1977 promoviendo servicios médicos a sus funcionarios y haciéndolos extensivos a sus familiares, los cuales eran prestados por dos médicos cubanos en el Policlínico de la Comisión de Tránsito de Guayas.

El 28 de junio de 2000, Melba del Carmen Suárez Peralta realizó una consulta médica con Emilio Guerrero Gutiérrez en el Policlínico de la Comisión de Tránsito por síntomas de dolor abdominal, vómitos y fiebre. En la misma, Emilio Guerrero le diagnostica apendicitis crónica y la necesidad de realizar una intervención quirúrgica urgente.

El 1 de julio del mismo año, Melba Suárez Peralta realizó una nueva consulta con el mismo médico, esta vez en una clínica privada. Esta vez Emilio Guerrero decidió su intervención quirúrgica por apendicitis aguda, en la cual se desempeñó como primer ayudante.

Con posterioridad a la operación, Melba Suárez Peralta padeció dolores abdominales intensos, vómitos y otras complicaciones, por lo que el 11 de julio, acudió al Hospital Luis Vernaza y tras ser calificada como paciente de suma gravedad, fue intervenida quirúrgicamente el 12 de Julio mediante la realización de, entre otros procedimientos médicos, una laparoscopía exploradora que detectó dehiscencia de muñón apendicular, peritonitis localizada y natas de fibrina frutos de una mala práctica médica.

Posteriormente, entre los años 2006 y 2012, se constató la realización de una serie de procedimientos médicos por parte de Melba Suárez Peralta relacionados con su condición de salud y sus padecimientos. Sostuvo que dichos padecimientos le produjeron diversas consecuencias económicas,

laborales, personales y hasta la necesidad de solicitar diversos préstamos y enajenar bienes de su propiedad para solventar las atenciones médicas realizadas.

Con el objetivo de investigar los hechos, el 2 de agosto de 2000 Melba Peralta Mendoza, madre de Melba Suárez Peralta, presentó una denuncia ante el Primer Tribunal en lo Penal de Guayas, en contra de Emilio Guerrero, más autores, cómplices y encubridores que pudieran resultar. Dicho procedimiento finalizó el 20 de septiembre de 2005 sin resultado, con la declaración de la prescripción de la acción por parte del Primer Tribunal de Guayas luego de transcurridos más de cinco años del dictado del auto cabeza de proceso, tras una serie de falencias, retrasos y omisiones muy graves en el proceso judicial. En dicho proceso no se realizó una investigación efectiva contra el acusado principal ni sobre posibles responsables en diferentes grados de autoría, y se caracterizó por una evidente falta de impulso procesal de oficio y garantías de debida diligencia, lo que permitió favorecer la impunidad de los eventuales responsables. Todo esto derivó con posterioridad en la suspensión y luego destitución de Emilio Guerrero, mediante un procedimiento administrativo, del juez penal actuante en el proceso.

3 | Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Finalmente, el 26 de enero de 2012, como consecuencia de la necesidad de obtención de justicia para las víctimas ante la falta de cumplimiento de las recomendaciones por parte del Estado de Ecuador, y la grave situación de salud en la que se encontraba Melba del Carmen Suárez Peralta, la Comisión sometió el caso a la Corte solicitando que declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, sumado a la determinación de medidas de reparación.

El Estado presentó dos excepciones preliminares de relevancia, en primer lugar respecto al alegato por parte del representante sobre la presunta violación al art. 5.1 de la Convención —integridad personal—, y en segundo lugar respecto a la inclusión como presuntas víctimas de personas que no habían sido incluidas en el informe de fondo de la Comisión.

Respecto de la segunda excepción analizada, la Corte consideró que en aplicación al art. 35.1 de su reglamento y jurisprudencia concordante, puede considerarse como presuntas víctimas a aquellas personas que se encuentran señaladas en el Informe de Fondo.

Asimismo, la Corte tomó nota de la aceptación parcial de responsabilidad por parte del Estado en cuanto al acuerdo de cumplimiento firmado entre la señora Melba del Carmen Suárez Peralta y la ministra de Justicia y Derechos Humanos y Culto del gobierno de Ecuador, pero consideró que no es equivalente al reconocimiento contemplado en el art. 62 del Reglamento ni consiste en un reconocimiento explícito de los hechos de la causa o allanamiento unilateral respecto a las pretensiones.

A partir de ello, la Corte estimó necesario pronunciarse sobre la controversia y realizar consideraciones sobre las violaciones a la Convención Americana alegadas por la Comisión y el representante de las víctimas.

La Corte comienza abordando la violación a los derechos, a las garantías y a la protección judicial (arts. 8 y 25 de la Convención) constatando que la responsabilidad que surge por motivo de las falencias y demoras ocurridas durante el proceso, así como la consecuente prescripción, se debieron exclusivamente a la actuación de las autoridades judiciales del Estado de Ecuador, las cuales tenían la responsabilidad de acatar todas las medidas necesarias y tendientes a investigar, juzgar y sancionar a los responsables, independientemente de la gestión de las partes.

Estableció que es responsabilidad del Estado asegurar un progreso razonable y sin dilación del proceso penal, con mayor importancia en casos como éste, en el que se encontraba afectada la integridad personal de la víctima y en el que la prescripción le impidió iniciar las correspondientes acciones de responsabilidad civil por daños y perjuicios.

Respecto del argumento esgrimido por el Estado a través del cual alegaba que la víctima podría haber interpuesto una serie de recursos durante el procedimiento penal, la Corte, uniendo el planteo a la luz de los preceptos previstos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, estableció que éstos debieron ser interpuestos por la Fiscalía y que, más allá de eso, no se pudo demostrar que los mismos fueran procedentes, idóneos y efectivos para lograr esclarecer los hechos de responsabilidad a los fines de lograr una

compensación por la afectación a la integridad personal y a la salud de la víctima, teniendo el Estado la obligación de acompañar antecedentes prácticos que avalaran la efectividad de tales recursos, como medida para lograr una efectiva investigación penal.

Decidió entonces que dichas falencias, retrasos y omisiones durante la investigación y proceso penal demostraron la falta de debida diligencia por parte de las autoridades estatales, incumpliendo las obligaciones de investigar y garantizar una tutela judicial efectiva dentro de un plazo razonable que permitiera lograr una reparación para acceder al tratamiento médico necesario para sus afecciones de salud. De esta forma se declaró la violación los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención en relación al art. 1.1 de la misma, tanto en perjuicio de Melba Suárez Peralta como de Melba Peralta Mendoza.

Luego, la Corte se expidió respecto de la violación del derecho a la integridad personal, estableciendo que se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana, y que la falta de atención médica puede determinar una violación al art. 5.1 de la Convención (integridad personal). Justificándose en los principios de interdependencia e indivisibilidad que resultan entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, lo que implica entenderlos integralmente, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades competentes.

Entendió que recae sobre los Estados la obligación de establecer un marco normativo adecuado para regular la prestación del servicio a la salud, con adecuados estándares de calidad tanto para instituciones públicas como privadas, a los fines de prevenir cualquier posible vulneración a la integridad personal de los individuos. Conjuntamente, se deben establecer mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de los centros e instituciones de salud y procedimientos de tutela administrativa y judicial para los damnificados. Citando como fuente su constante doctrina proveniente del caso "Ximenes Lopes",[3] así como el "Caso Albán Cornejo y otros";[4]

(3) Corte IDH, "Ximenes Lopes vs. Brasil", Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149, párrs. 89/99.

(4) Corte IDH, "Albán Cornejo y otros vs. Ecuador", Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2007, Serie C, N° 171, párr. 121.

y *Lazar c. Rumania*[5] y *Z c. Polonia*[6] del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otros.

Si bien se corroboró que la normativa ecuatoriana al momento de los hechos establecía un marco regulatorio para el ejercicio de las prestaciones médicas, la Corte consideró que haber promovido y convocado por medio de una resolución administrativa servicios médicos por profesionales sin la debida autorización, generó una situación de riesgo que debió haber sido conocida y prevenida por parte del Estado.

También se realiza un desarrollo sobre la fiscalización estatal del servicio de salud, la cual comprende tanto a los servicios prestados por parte del Estado, directa o indirectamente, así como también a aquellos servicios privados relativos a bienes de "alto interés social" como es la salud pública. Resaltando constantemente la obligación del Estado de implementar medidas positivas para proteger la vida y la calidad de los servicios de atención a la salud, principios receptados en la legislación interna ecuatoriana que establece garantías respecto del derecho a la salud conforme a los principios de universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia y eficacia, prevé la formulación de políticas públicas que garanticen la prevención y atención integral de la salud.

Finalmente, se estableció que dicha atención médica recibida de parte de un profesional no autorizado y en una institución que carecía de la debida supervisión estatal, provocaron afecciones a la salud. Consideró que en este marco, la fiscalización y supervisión estatal deben asegurar los "principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad"[7] del servicio médico. De la misma forma, se debe respetar la calidad del servicio, regulando, supervisando y fiscalizando las prestaciones de salud, asegurando condiciones sanitarias y personal adecuado, calificado y apto para ejercer profesiones médicas. A partir del análisis del caso, se constató que el Estado no realizó un debido control a la institución privada en forma posterior a los hechos, conocidos por medio

(5) TEDH, *Lazar c. Rumania*, (n° 32146/05), 16 de febrero de 2010, párr. 66.

(6) TEDH, *Z c. Polonia* (n° 46132/08), 13 de noviembre de 2012, párr. 76.

(7) Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de DESC, *Observación general 14*, [en línea] http://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html, párr. 12.

del proceso penal iniciado y por las solicitudes de fiscalización y clausura realizadas por las víctimas.

Cabe resaltar una conclusión medular que cristaliza la visión de la salud como servicio público esbozada en fallo:

> "(…) Cuando la atención de salud es pública, es el Estado el que presta el servicio directamente a la población (…). El servicio de salud público (…) es primariamente ofrecido por los hospitales públicos; sin embargo, la iniciativa privada, de forma complementaria, (…) también provee servicios de salud bajo los auspicios del [Estado]. En ambas situaciones (…), la persona se encuentra bajo cuidado del (…) Estado. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo".(8)

En este orden de ideas, se decidió declarar al Estado de Ecuador internacionalmente responsable por la falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal de Melba Suárez Peralta (art. 5.1 de la Convención), en relación con el art. 1.1. No así, respecto de Melba Peralta Mendoza, madre de la víctima, la cual no pudo ser acreditada como víctima de la vulneración al derecho a la integridad personal.

4 | Consideraciones finales

4.1 | En torno al voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Para ser justos, hubo en esta sentencia dos votos razonados. El primero es el del juez Alberto Pérez Pérez, del que podemos decir que viene a justificar el tratamiento de cuestiones relacionadas a la salud por su vínculo íntimo respecto a la protección de la vida y a la integridad personal (según los principios de la interdependencia y la indivisibilidad) y que, en el presente caso, el Estado "generó una situación de riesgo (…) que se materializó en

(8) Corte IDH, "Caso Suárez Peralta vs. Ecuador", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, N° 261, párr. 144.

afectaciones a la salud" de la víctima. Incurriendo en responsabilidad internacional por "falta de garantía y prevención del derecho a la integridad personal".(9)

Sin embargo, creemos paradigmático el voto razonado realizado por el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en el que, a diferencia del anterior, se plantea la posibilidad de abordar el derecho humano a la salud de manera directa y autónoma, es decir, como un derecho de justiciabilidad directa, sin dejar de concurrir con el sentido del fallo principal.

Este voto entiende que el caso en cuestión llega a la instancia jurisdiccional por implicaciones al derecho a la salud debidas a una mala praxis médica cuya responsabilidad responde al accionar del Estado, que generó una afectación grave a la salud de la víctima y a su integridad personal. Estas cuestiones son, a su vez, tratadas con plenitud y de manera autónoma en el transcurso de la sentencia, por lo que, motivado en lo que interpreta una competencia autónoma que otorga el art. 26, plantea justiciar directamente al mencionado derecho social "no solo de manera tangencial y en conexión con otros derechos 'civiles' sino declarado la violación en relación con el art. 1.1 de la Convención".(10)

A su vez, viene a plantear que las obligaciones generales de "respeto" y "garantía" aplican a todos los derechos de la Convención, cualquiera sea su clasificación, por la interdependencia e indivisibilidad existente y reconocida tanto en la Convención como en los motivos intensamente desarrollados al abordar el derecho a la salud en la sentencia. En consecuencia, considera que se debe aceptar que no existe jerarquía entre los derechos humanos, pudiendo ser justiciables de manera directa todos los derechos comprendidos en la Convención, incluidos los del art. 26.

Su crítica se fundamenta en derecho, citando al mencionado art. 26 como fuente directa; al art. 1.1, 2 y 29 como vías interpretativas; a los arts. 31.i) y 45.h) de la Carta de la OEA y al art. XI de la Declaración Americana, sumado al sustancial art. 10 del Protocolo adicional a la Convención Ame-

(9) Corte IDH, "Caso Suárez Peralta vs. Ecuador", cit., ap. 3, voto razonado del juez Alberto Pérez.

(10) Corte IDH, "Caso Suárez Peralta vs. Ecuador" cit., ap. 3. Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

ricana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "´Protocolo de San Salvador". A este planteo de justiciabilidad directa, se le debe sumar el voto de Margarette May Macaulay en el "Caso Furlan y familiares vs. Argentina", donde indica que el Protocolo de San Salvador "no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance de la Convención Americana" y que se debe realizar "una interpretación sistemática de ambos tratados".(11)

Avanzando en su interpretación al art. 26 de la Convención, entiende que la "plena efectividad" consagrada por el mismo, sumado a los elementos de "progresividad" y de "recursos disponibles" permite a la Corte, como fue señalado en el "Caso Acevedo Buendía",(12) hacer un control judicial sobre medidas regresivas o sobre un indebido manejo de los recursos disponibles.

A esta interpretación, el voto suma una necesidad interpretativa lógica relacionada con el contexto histórico y con una visión evolutiva de los derechos humanos acorde a los tiempos actuales, donde se receptan los criterios de los altos tribunales de los Estados Parte y se realiza un análisis del *corpus juris* interamericano como un conjunto. Es decir, considerar a los derechos humanos como algo inacabado y en constante cambio, que se desprenden de las tramas de relaciones y los conflictos sociales, y que su regresividad o indebida administración pueden ser materia de control judicial por parte del tribunal interamericano. Así el Tribunal citó como una fuente de derecho comparado al caso *Airey*(13) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que vino a planear una "interpretación a la luz de las condiciones del presente" cuando aborda la interdependencia.

Concluyó su voto con una demanda a interpretar el art. 26 a "la luz de los tiempos actuales y conforme a los evidentes avances del derecho internacional de los derechos humanos". Resaltó también los avances de los derechos sociales en el ámbito interno de los Estados Parte de la Convención Americana, los cuales están siendo reconocidos en las constituciones

(11) Corte IDH, "Furlan y Familiares vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246, párr. 8. Voto concurrente de la jueza Margarette May Macaulay.

(12) Corte IDH, "Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de septiembre de 2009, Serie C, N° 210.

(13) TEDH, *Airey c. Irlanda* (n° 6289/73) 9 de octubre de 1979, párr. 26.

locales, con mecanismos de protección como es el caso del derecho a la salud, en tanto derecho social. No se pueden negar las tendencias regionales y la evolución jurisprudencial de los altos tribunales nacionales que le dan efectividad a este derecho social, incluso de manera directa y no solo en conexión con los derechos civiles y políticos.

"El Tribunal Interamericano no pude quedar al margen del debate contemporáneo sobre los derechos sociales fundamentales y que son motivo de una continua transformación para su plena realización y efectividad en las democracias constitucionales de nuestros días", es imprescindible continuar por el sendero de interpretaciones dinámicas que conduzcan hacia una efectividad plena, real, directa y transparente de todos los derechos, cualquiera sea su clasificación, sin jerarquía y categorizaciones que menoscaben su realización. Si bien la Corte sigue sin aplicar éste desarrollo de la justiciabilidad directa del art. 26, estamos ante un desarrollo progresivo e histórico de un nuevo paradigma para los DESC, en el cuál se comienzan a destapar los velos jurídico-discursivos en torno a su aplicación directa y ya no mediante herramientas interpretativas o por medio de las reparaciones.

> "Por mucho que se hable de derechos que las personas tienen por el mero hecho de ser seres humanos, es decir, de esencias 'anteriores' o 'previas' a las prácticas sociales de construcción de relaciones sociales, políticas o jurídicas, inevitablemente tendremos que descifrar el contexto de relaciones que les da origen y sentido, sobre todo si queremos huir de la tentación de 'imputar' a toda la humanidad lo que no es más que producto de una forma cultural de ver y estar en el mundo".(14)

(14) Herrera Flores, Joaquín, [en línea] http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/HerreraFlores.pdf

Derecho a la vida de una mujer embarazada

Aborto

CORTE IDH, MEDIDAS PROVISIONALES RESPECTO de EL SALVADOR, "ASUNTO B", 29 de MAYO de 2013

por **MARIANNE MOLLMANN**[1]

I | Los hechos del caso[2]

A principios del 2013, el caso de Beatriz,[3] una mujer embarazada de 22 años en El Salvador que sufría de lupus sistémico eritematoso[4] y nefritis lúpica,[5] motivó que por primera vez un organismo internacional de derechos humanos haya requerido a un Estado la terminación de un embarazo a pesar de las leyes internas que lo prohibían. Asimismo, las medidas

(1) Directora de programas en la Comisión Internacional de Derechos Humanos de Gays y Lesbianas. Ex asesora política en Amnistía Internacional e Investigadora en Latinoamérica sobre los Derechos de la Mujer de *Human Rights Watch*.

(2) Traducción realizada por Marisol Dorrego.

(3) Beatriz es un seudónimo para proteger la privacidad de la peticionaria.

(4) El lupus sistémico eritematoso es una enfermedad autoinmune en la cual el sistema inmune confunde ataques al cuerpo con tejido interno. Véase [en línea] http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/000435.htm

(5) La nefrosis lúpica es un desorden del riñón que aparece como una complicación del lupus sistémico eritematoso. Véase [en línea] http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/ency/article/000481.htm

provisionales en el marco de dicho proceso fueron las primeras medidas de la Corte sobre aborto.[6]

Los doctores de Beatriz habían notado que su embarazo no estaba desarrollándose debidamente y habrían diagnosticado que el feto sufría de anencefalia.[7] La anencefalia es una malformación fetal en la cual el cerebro y la espina dorsal no se desarrollan dentro del útero. Cuando el resultado de dicha malformación no es el parto de un feto muerto, la muerte usualmente ocurre horas o días después del nacimiento.[8] En el caso de Beatriz, los riesgos comúnmente asociados con la anencefalia se encontraban exacerbados por su delicado sistema inmune debido a sus condiciones de salud.[9] Por ello, los doctores habrían recomendado que el embarazo fuera terminado para prevenir daños permanentes a la vida y salud de la madre. Dado que el aborto es ilegal en todos los casos en El Salvador —a su vez es considerado necesario preservar la vida de las mujeres embarazadas— el comité legal del hospital indicaba que necesitaban de una autorización para que el hospital pudiera actuar.

En consecuencia, el 22 de marzo de 2013, el director del comité legal del hospital en el cual Beatriz estaba siendo tratada (Hospital Nacional Especializado en Maternidad "Dr. Raúl Arguello Escalón") mandó una nota a las autoridades de la oficina de protección infantil, indicando que Beatriz posiblemente muriese de continuar con el embarazo, y que su salud sufriría consecuencias menos lesivas a largo plazo si se realizaba un aborto durante las primeras 20 semanas de embarazo. El hospital requería una dirección a la cual enviar una petición para que dicho aborto sea autorizado.

El 11 de abril de 2013 se presentó un recurso de amparo. Mediante dicho recurso se solicitó a fin de salvaguardar el derecho a la vida de Beatriz que

(6) Corte IDH, Resolución, Medidas Provisionales respecto de El Salvador, "Asunto B.", 29 de mayo de 2013.

(7) *Ibid.*

(8) Leikin, Jerrold B. MD; Lipsky, Martin S. MD y Sociedad Médica Americana (eds.); *Enciclopedia Médica*, Nueva York, Random House, 2003, p. 160.

(9) Távara Orozco, Luis "Por qué las malformaciones congénitas letales y la violación justifican un aborto legal", Lima, Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), 2008, pp. 8/9 y 11.

no se condicione su intervención médica a la autorización previa de la autoridad competente.[10]

El 17 de abril de 2013, la Corte Suprema de El Salvador se pronunció acerca de dicho amparo, estableciendo que debían administrarse todos los cuidados necesarios para la preservación de los derechos a la salud y la vida de Beatriz mientras seguía considerando si autorizar o no el aborto. El día siguiente a dicho pronunciamiento, Beatriz realizó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pidiendo que El Salvador le concediese la intervención recomendada por los médicos.

La Comisión Interamericana tomó una decisión sobre este caso el 29 de abril de 2013, requiriendo que

> "el Estado de El Salvador (…) adopte las medidas necesarias para implementar el tratamiento recomendado por el Comité Médico Nacional y el Hospital Especializado en Maternidad Dr. Raúl Arguello Escalón, con el fin de proteger la vida, la integridad personal y la salud de B., y que todas estas medidas se tomen previa consulta de la beneficiaria y sus representantes".[11]

El 3 de mayo de 2013, el gobernador de El Salvador replicó que la Corte Suprema ya había mandado los tratamientos pertinentes y que la condición de Beatriz era estable. El 9 de mayo de 2013 la Comisión reiteró sus demandas ante el gobierno de El Salvador, el cuál respondió que Beatriz se encontraba en una condición clínicamente estable y que por lo tanto no era necesario realizar un aborto.

Alrededor del mes de mayo, el aborto no había sido llevado a cabo y la Comisión presento el caso ante la Corte IDH el 24 de mayo de 2013, recomendado la intervención quirúrgica para asegurar el derecho a la vida de Beatriz. En ese punto, ya habían pasado casi 6 semanas desde que el comité médico del hospital había recomendado la realización del aborto y 2 meses desde que el director del comité legal del hospital había pedido una autorización para que se le permita intervenir al hospital, aclarando que Beatriz debió haberse realizado el aborto antes de la veinteava sema-

(10) Corte IDH, Resolución, Medidas Provisionales Respecto de El Salvador, "Asunto B.", cit.

(11) Véase [en línea] http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp

na del embarazo para prevenir graves consecuencias en su salud. A finales de mayo de 2013, Beatriz llevaba 25 semanas de embarazo.

2 | Análisis de la Corte IDH (medidas provisionales)

El 28 de mayo de 2013, la Corte IDH requirió a la Corte Suprema de El Salvador que se pronunciase sobre el amparo de la peticionaria, la Corte lo hizo en el mismo día. En su sentencia, la Corte Suprema estima que la ley de El Salvador establece un igual valor sobre el derecho a la vida de una mujer embarazada que el de un niño no nacido, y requiere que un cuidado particular le sea dado a la mujer durante el embarazo. Resuelve que, mientras que los derechos de un niño no nacido no pueden estar por encima de los de su madre, en el caso de Beatriz, el aborto no era necesario para resguardar su derecho a la vida, siendo que se encontraba clínicamente estable. La Corte Suprema reconoce que dicha situación puede cambiar pero que las autoridades tenían la obligación de continuar controlando su situación y proveerle de todos los cuidados médicos necesarios.(12) La Corte basa parcialmente su opinión en el testimonio del Instituto de Medicina Legal que especifica que, mientras un aborto puede no ser inmediatamente necesario para resguardar la vida de Beatriz (al momento de dicho testimonio, semanas antes de que la Corte se pronunciase sobre el tema) no descarta la posibilidad de que su estado empeore en cualquier momento, por ejemplo por preclamsia, y por lo tanto debía permanecer bajo supervisión médica.(13) La Corte Suprema también habría consultado —aunque no lo toma en consideración— un reporte del Centro Latinoamericano para la Perinatología y la Salud de la Mujer en la Organización Panamericana de la Salud (PAHO), el cual considera que cambios fisiológicos que son inherentes a cualquier embarazo podrían acelerarse y empeorarse debido al estado de salud de Beatriz "e incluso provocar una serie de complicaciones obstétricas que ya habían ocurrido durante su primer embarazo así como preclamsia". El Centro también establece que "debe tomarse en consideración que la paciente sufre de nefrosis lúpica, que es una de

(12) Corte IDH, Resolución, Medidas Provisionales Respecto de El Salvador, "Asunto B.", cit.

(13) *Ibid.*

las causas más prominentes de mortalidad en mujeres embarazadas que padecen de lupus".[14]

El 29 de mayo, la Corte IDH resolvió sobre las medidas provisionales, declarando que dado que todas las partes implicadas estaban de acuerdo en el hecho de que Beatriz podía entrar en una crisis severa de salud en cualquier momento y dado que su embarazo ya estaba demasiado avanzado para realizar un aborto, solo se podía inducir el parto mediante una cesárea. Establece que no debería haber razones para que los médicos no llevasen a cabo dicha intervención. Por lo tanto, la Corte ordena que El Salvador se asegure de que el personal médico tratando a Beatriz pueda realizar cualquier intervención que consideren necesaria para prevenir un daño irreversible a sus derechos a la vida, integridad física y salud.[15]

A comienzos de junio Beatriz dio a luz a un bebé prematuro mediante cesárea, el cual, como se había predicho, no sobrevivió debido a la anencefalia.

En términos legales, la resolución de la Corte IDH sobre este asunto es innovadora. Es, como se habría mencionado anteriormente, la primera vez que la Corte se expresa sobre el aborto, lo cual en sí mismo es digno de mención.

También es la primera vez que un organismo internacional de derechos humanos se refiere a dicho tema en un caso particular, requiriendo al Estado parte facilitar el derecho de Beatriz de terminar su embarazo a pesar de las leyes nacionales que lo prohíben. Otros organismos internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité sobre Derechos de los Niños, todos habrían emitido recomendaciones generales para que los Estados miembros legalizaran el aborto y lo despenalizasen. Respecto de los casos individuales, en cambio, el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos habían, hasta este momento, sólo requerido a los Estados que regulasen un acceso legal al aborto. En este sentido, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos había compelido a Perú a asegurar a través de políticas y regula-

(14) *Ibid.*, p. 10.

(15) *Ibid.*, p. 14.

ciones relevantes que el acceso al aborto en casos en los que la vida de una mujer y su salud se vea amenazada durante el embarazo, sea real y lícito.[16] En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varios casos,[17] y fue reflejado en la mayoría de los documentos internacionales sobre aborto, incluyendo en principio a la Plataforma de Acción convenida en El Cairo durante la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, según la cual "en circunstancias en las cuales el aborto no es contra la ley, dicho aborto debe ser realizado de forma segura".[18]

Dado que se trata de una resolución sobre medidas provisionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se pronuncia sobre la cuestión de si el aborto debería ser legal en circunstancias específicas como por ejemplo, cuando la vida de una mujer embarazada peligra debido a su embarazo. Sin embargo establece que no habría ninguna razón para no proteger el derecho a la vida y salud de Beatriz en su situación: una mujer embarazada que está enferma, cuyo feto no está en condiciones de sobrevivir luego del parto y en la cual el embarazo está tan avanzado que cualquier intervención que se realice no podrá ser un aborto. Mientras que la resolución de la Corte, en este caso, no significa que la Corte requiera la despenalización del aborto en todos los casos, da a entender que la Corte cree que los derechos a la salud, la vida y la integridad física de una persona no pueden siempre encontrarse protegidos cuando existan leyes que eviten que los médicos provean los cuidados adecuados a las personas involucradas.

En noviembre de 2012, la Corte IDH revisó el estado legal y ético concerniente a los derechos de los neonatos. Lo hizo en el contexto de un caso sobre el acceso a la fertilización *in vitro*, restringida Costa Rica (comparándose a las protecciones legales que haría el estado de El Salvador mediante su Corte Suprema: la protección del derecho a la vida del niño no nacido). En dicha ocasión, la Corte IDH estableció que "algunas personas

(16) Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, *KL v. Perú*, Comunicación n°. 1153/2003, [en línea] http://reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/KL%20HRC%20final%20decision.pdf

(17) TEDH, *A, B y C c. Irlanda* (n° 25579/05), 16 de diciembre de 2010; *P. y S. c. Polonia* (n° 57375/08), 30 de octubre de 2012; *Tysiac c. Polonia*, (n° 5410/03), 20 de marzo de 2007.

(18) Naciones Unidas, *Reporte de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo*, [en línea] https://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2004/icpd_spa.pdf

opinaban que un feto era equiparable a la vida humana" y que "dichas opiniones pueden ser asociadas a conceptos que confieren un carácter metafísico a un embrión". Sin embargo, la Corte es conteste al respecto, estableciendo que "dichos conceptos no pueden justificar la preferencia dada a un cierto tipo de opinión científica al interpretar el derecho a la vida establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos, porque eso implicaría imponer un criterio específico por sobre otros".(19)

Si se considera la resolución sobre las medidas provisionales en este caso en conjunto con la sentencia tomada sobre el mencionado caso en Costa Rica, parece razonable concluir que no parece legítimo restringir el acceso al aborto cuando existen riesgos hacia la salud, la vida, la integridad física y el derecho a la libertad de pensamiento y de consciencia.

Son cruciales para el presente caso los hechos médicos y argumentos legales presentados para visualizar una falacia lógica de quienes argumentan que es posible determinar con total precisión cuando un aborto es necesario para resguardar la vida de una mujer.

Dicho argumento era la principal motivación detrás de la sentencia de la Corte Suprema de El Salvador. La Corte Suprema establecía que el derecho a la vida de Beatriz era tan importante como el del feto. Sin embargo, siempre que ella recibiera "todos los cuidados necesarios" y estuviese bajo permanente supervisión médica, para la Corte Suprema el gobierno no habría violado ninguna de sus obligaciones, a pesar del reconocimiento de que Beatriz durante meses había sido mantenida en un estado en el cual era inminente una crisis de salud.

3 | Consideraciones finales

Al momento de la sentencia de la Corte Suprema, habían pasado 6 semanas desde que los médicos de Beatriz habían declarado que su probabilidad de sobrevivir el embarazo radicaba en la realización de un aborto. La sentencia indicaba que una mujer embarazada en las condiciones de Beatriz debía entrar en una crisis aguda y mortal para poder considerarse el aborto como una opción. Esto se acentúa debido al hecho de que la

(19) Corte IDH, "Caso Artavia Murillo ('fecundación *in vitro*')vs. Costa Rica", (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 28 de noviembre de 2012, párr. 185.

Corte Suprema critica la decisión de la peticionaria de no aceptar la oferta del gobierno de permanecer internada en un hospital durante todo el trascurso de su embarazo, prefiriendo en cambio permanecer en su casa con su familia. Ello había llevado a la Corte Suprema a concluir que su situación no podía ser tan grave y que, en todo caso, aliviaba al gobierno de su obligación de evitar que Beatriz muriese.

La reciente muerte trágica de Savita Halappanavar en Irlanda demuestra el daño que puede producir dicho criterio. Halappanavar era un mujer de 31 años que había estado 17 semanas embarazada cuando fue admitida en el hospital y tuvo un aborto espontáneo. Las leyes irlandesas permitían el aborto sólo en caso de peligrar la vida de una mujer embarazada. Sin embargo, como no había claridad respecto de cuando un médico podía intervenir sin miedo a ser perseguido penalmente, y como el personal médico había detectado que el feto seguía vivo, Savita Halappanavar no recibió la atención necesaria y murió de un shock séptico en octubre del año 2012.[20] Los estudios realizados después de su muerte determinaron que el Consejo Médico Irlandés debió haberle permitido a los médicos intervenir en su caso.

Amnistía Internacional respecto de Irlanda determinó que "la medicina (…) no es una ciencia exacta, y cualquier demora en proveer servicios para la realización de un aborto puede contribuir a la deterioración de la salud en una mujer embarazada".[21]

Dicho concepto es apoyado por varios médicos a través de Latinoamérica e Irlanda sobre la despenalización parcial del aborto. No solo varios de estos médicos se encuentran confundidos por las normas legales con las que deben lidiar, sino que no se les guía apropiadamente: hay situaciones en las que no puede ser posible determinar con exactitud cuando las consecuencias en la salud de una mujer embarazada son una cuestión de vida o muerte. Y en dicho caso, aun así puede ser que sea demasiado tarde como para intervenir, tal como fue el caso de Savita Halappanavar.

(20) Véase [en línea] http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/sepsis.html

(21) Amnistía Internacional, "Comité de Oireachtas sobre la Salud de los niños acorde al Reporte del Grupo de Expertos en el caso *A, B y C. c. Irlanda*", [en línea] http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR29/001/2013/en/e513543d-65c6-470c-a2c8-413fe2f8c80b/eur290012013en.pdf

La situación de Beatriz es análoga: sus médicos habrían declarado que Beatriz se encontraba clínicamente estable pero que "debido a cambios fisiológicos relacionados con su embarazo en conjunto con su enfermedad, una crisis podría producirse en cualquier momento".[22] Incluso el Instituto de Medicina Legal había recomendado que el embarazo continúe porque ya era muy tarde para realizar un aborto, reconociendo la posibilidad de que Beatriz sufriera preclamsia. Establece que Beatriz debía por lo tanto, ser controlada en el hospital con las condiciones de cuidado necesarios ante una eventual crisis.[23]

Además del sufrimiento experimentado por la víctima debido al retraso en la implementación de un tratamiento que podría salvar su vida, es de interés destacar la opinión disidente del miembro del Comité de Derechos Humanos Hipólito Solari-Yrigoyen en el caso de *K.L v. Perú*, quien opina que "No sólo es el hecho de perder la vida de una persona lo que viola el artículo 6 del Convenio, sino el poner en grave peligro la vida de una persona, tal como en este caso".[24]

El caso de Beatriz no es diferente. El Salvador habría puesto la vida de Beatriz en grave peligro al no proporcionarle acceso a una intervención necesaria y hacer peligrar su vida durante dos meses. Esta violación del derecho a la vida indica un remedio sistémico a situaciones análogas: la descriminalización del aborto en todas las circunstancias.

(22) Corte IDH, Resolución, Medidas Provisionales Respecto de El Salvador, "Asunto B.", cit.

(23) *Ibid.*, p. 8.

(24) Comité de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, *KL v. Perú*, cit., opinión disidente.

Derechos de las personas con discapacidad

Accesibilidad a los servicios privados

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, COMUNICACIÓN 1/2010, ABRIL de 2013[1]

por **LUCÍA BELÉN PENSO**[2]

I | Los hechos del caso

Szilvia Nyusti y Peter Takacs, de nacionalidad húngara, ambos con una grave discapacidad visual, firmaron en forma independiente contratos de prestaciones de servicios de cuenta corriente con el banco OTP. Debido a su condición, no pueden utilizar los cajeros automáticos sin ayuda, ya que éstos no poseen caracteres en braille ni un sistema de voz que dé instrucciones o los guíe, a pesar de que pagan lo mismo que el resto de los clientes.

Luego de realizar un reclamo ante la entidad bancaria y agotar los recursos internos, presentan una denuncia ante el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU.

(1) ONU, Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, *Comunicación 1/2010,* 16 de abril de 2013.

(2) Integrante del Proyecto de Investigación 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 | La denuncia ante el Comité

Los autores sostienen que el Estado húngaro, a pesar de promulgar normas que prohíben la discriminación contra las personas discapacitadas, no cumple con su aplicación y las interpreta restrictivamente, incumpliendo con su deber de garantizar una efectiva accesibilidad, violando así derechos reconocidos por la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad. Solicitaron que se ordene la adaptación de todos los cajeros de OTP en todo el país y de las demás entidades financieras.

Por su parte, el Estado sostiene que la obligación de garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad recae sobre sobre entes públicos y no sobre empresas, porque de ser así se estaría violando la voluntad de las partes al momento de contratar.

El Comité afirma que los estados partes se han comprometido a tomar las medidas para que ninguna persona, tanto física como jurídica, discrimine por motivos de discapacidad. Por eso están obligados a garantizar el efectivo acceso a los servicios de comunicación, información y de todo tipo, eliminando los obstáculos, para que estén en igualdad de condiciones con las demás personas.

Observa el reconocimiento del Estado del problema que constituye la falta de acceso de los servicios brindados por los cajeros automáticos y otros servicios electrónicos para las personas no videntes y con otros tipos de discapacidad, admitiendo la necesidad de una solución para los interesados. Además, reconoce que se ha propuesto modificar este obstáculo en forma gradual, por los elevados costos que esto significa, teniendo en cuenta que el Secretario de Estado sugirió al presidente de OTP que adquiera nuevos cajeros, quien se comprometió a adaptar toda la red en el plazo de cuatro años. El funcionario público también solicitó al Presidente de la Autoridad de Supervisión Financiera de Hungría que determine posibles instrumentos reglamentarios e incentivos para todas las entidades bancarias con el fin de garantizar el acceso de sus servicios para los discapacitados.

De todas maneras, el Comité considera que ninguna de las medidas tomadas por el Estado parte fue suficiente para garantizar la accesibilidad de los autores u otras personas en la misma situación a los servicios de cuenta corriente prestados por los cajeros automáticos de OTP, incum-

pliendo de esta forma con las obligaciones que establece el artículo 9 de la Convención. Le recomienda al Estado ponerle fin a los obstáculos que impiden el acceso a estos servicios, ofrecer una adecuada indemnización a los autores por los costos de los procesos internos y externos, adoptar medidas para evitar este tipo de casos en el futuro estableciendo normas de accesibilidad a cumplir por las entidades financieras, crear un marco legislativo para controlar y verificar la adaptación gradual de los servicios bancarios, y velar porque la aplicación de las normas por el poder judicial no obstaculice el goce o ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Por último, le solicita que presente, dentro del plazo de seis meses, una respuesta, dando información de las medidas tomadas con respecto a las recomendaciones realizadas por el Comité.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, el Comité destacó la vigencia del art. 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al valorar que los Estados deben "…adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad…". Esta obligación persiste aun cuando el incumplimiento de este deber sea imputable, en primer término, a prestadores privados.

En efecto, la circunstancia de que un establecimiento privado viole la Convención por carecer de la accesibilidad que el art. 9 manda, no exime al Estado de su deber jurídico de exhortarlo a respetar ese mandato.

Prohibición de la tortura

TEDH, *EL MASRI c. ANTIGUA REPÚBLICA YUGOSLAVA DE MACEDONIA*,[1] SENTENCIA del 13 de DICIEMBRE de 2012

por **AGUSTÍN MOGNI**[2]

I | Los hechos del caso

El presente caso es sobre el señor Khaled El-Masri, un ciudadano alemán que realizó un viaje a la República de Macedonia (en adelante, "Macedonia") con motivo turístico y fue detenido por fuerzas policiales de dicho país. Estas, posteriormente, se comunicaron con agentes de la Agencia Central de Inteligencia de los Estados Unidos (en adelante, "la CIA") ya que tenían la sospecha de que El-Masri formaba parte de las fuerzas de Al-Qaeda, dado que su apellido figuraba en un registro interno.

El-Masri viajó el 31 de diciembre de 2003 desde Ulm, Alemania, con destino a Skopje, Macedonia, para tomarse un descanso de su familia cuando fue detenido. Esto se debió a la sospecha de que su pasaporte alemán era falso y que su verdadero nombre era Jalid Al-Masri, terrorista de una célula de Al-Qaeda en Hamburgo, por lo que dichas autoridades lo llevaron a un motel cercano a la frontera y lo interrogaron reiteradas veces. Estuvo incomunicado durante tres semanas en las que le denegaron el contacto con la embajada alemana, fue amenazado de muerte reiteradas veces y

(1) TEDH, *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia* (n° 39.630/09), 13 de diciembre de 2012.

(2) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

le ofrecieron un trato que consistía en que se declarara miembro de Al-Qaeda a cambio de ser deportado a Alemania. El día número trece de estar detenido e incomunicado, decidió comenzar una huelga de hambre para protestar en contra de su detención clandestina e ilegal.

El 23 de enero de 2004, el demandante fue obligado a filmar un video en el cual, ultrajada su voluntad, afirmó encontrarse en buen estado, haber recibido buenos tratos y que en un breve período de tiempo volaría a su hogar nuevamente. A pesar de ello, fue llevado atado de pies y manos y con sus ojos vendados hacia el aeropuerto de Skopje, en donde recibió tratos degradantes y humillantes al ser atado a una silla en la que le desprendieron toda su ropa con un cuchillo y le introdujeron un supositorio por el ano. Posteriormente, le dieron ropa para que se vistiera y encapuchado lo llevaron a un avión vigilado por fuerzas de seguridad macedonias. Dentro del avión, al peticionante le aplicaron dos inyecciones y le suministraron un anestésico por vía nasal que lo mantuvo inconsciente a lo largo del viaje.

El destino del vuelo, con escala en Bagdad, fue Afganistán y luego de diez minutos en auto fue llevado hacia uno de los establecimientos de la CIA identificado como "*Salt Pit*", una base en una ex-fábrica de ladrillos al norte de Kabul utilizada para detener e interrogar a los sospechados de actividades terroristas. Aquí detuvieron a El-Masri en una celda minúscula sin cama y con comida y agua en mal estado, en la cual permaneció hasta el 24 de mayo del mismo año. Durante este período El-Masri, primero, fue interrogado varias veces por un hombre que hablaba árabe que según pudo comprender entre los gritos lo amenazaba e insultaba al a vez que ignoraba el pedido de ver un representante del gobierno alemán.

En marzo fue que, conjuntamente con otros detenidos con los que se comunicó a través de las paredes de la celda, comenzó una huelga de hambre en protesta al confinamiento bajo ningún cargo. Fue a causa de esto que la salud del solicitante se deterioró considerablemente y a pesar de haber solicitado asistencia médica, esta le fue denegada. El 10 de abril de 2004, habiendo pasado treinta y siete días de su huelga de hambre, le introdujeron violentamente un tubo por su nariz hasta su estómago para suministrarle una especie de suero. A causa de esta alimentación forzosa fue que el solicitante enfermó y sufrió un dolor severo. Luego, el 21 de mayo decidió empezar su tercera huelga de hambre.

Recién el 28 de mayo de 2004 lo sacaron de la celda maniatado y con los ojos vendados para transportarlo a un avión que lo llevaría a Alemania. En el trayecto, le devolvieron el maletín y el traje que le habían sido sustraídos en su ingreso a Macedonia, y le dieron dos remeras nuevas. En el viaje lo acompañó un alemán identificado como "Sam" quien le aclaró que lo dejarían en Europa pero en otro país que el de origen ya que no querían que se vinculara su caso con la CIA. Finalizado el vuelo, lo metieron en el asiento trasero de un auto, todavía atado y cegado, lo llevaron durante varios kilómetros hasta que en el medio de la noche lo liberaron en una ruta desierta.

Luego de caminar hacia el lado que le habían ordenado, se topó con tres hombres armados que le solicitaron su pasaporte y, viendo que no tenía la visa, le inquirieron qué hacía en Albania sin el permiso legal. El-Masri les contestó que no sabía dónde se encontraba, a lo que le informaron que se encontraba en territorio albanés cerca de la frontera con Macedonia y lo llevaron con un oficial superior. Este al ver su aspecto deteriorado con el pelo largo lo increpó diciendo que parecía un terrorista y decidió trasladarlo al Aeropuerto Madre Teresa de Tirana en donde lo subieron a un vuelo con destino a Frankfurt, Alemania.

Finalmente, arribó al Aeropuerto Internacional de Frankurt el 29 de mayo a las 08:40 a.m. con dieciocho kilos menos que cuando partió de Alemania, pelo largo descuidado, y su barba sin afeitar desde su arribo a Macedonia. Inmediatamente después del aterrizaje, El-Masri se topó con el Sr. M. Gnjidic, un abogado de Ulm, quien será su representante legal a partir de ese momento. Una vez en Alemania, solicitó tratamiento psicológico en el Centro para Víctimas de Tortura en Neu-Ulm, el cual le fue recién provisto dos años después y en forma parcial, lo que impedía realizar la recuperación idónea para El-Masri, que sufría de estrés pos-traumático y depresión aguda debido a su experiencia de encierro, maltrato y abuso.

En Alemania comenzó una investigación para saber si las denuncias de El-Masri eran verdaderas y las fuerzas públicas encargadas de investigar encontraron que lo sufrido por el peticionante efectivamente sucedió. Esto debido a que encontraron testigos que confirmaron la entrada de El-Masri a Macedonia, su llegada al hotel, y la ruta de vuelo del avión que salió de Skopje hacia Afganistán con escala en Bagdad en la misma fecha que la expresada por el denunciante. Además, consideraron que ha sido víctima

de los excesos de la política de la "guerra contra el terrorismo" llevada a cabo por Estados Unidos. También le realizaron a El-Masri un análisis radioisotópico del pelo, el cual ratificó la cantidad de huelgas de hambre que como protesta efectuó. Toda esta información contradice la versión oficial del gobierno de Macedonia que deniega la detención en el hotel y el envío a Afganistán y acusa sufrir una campaña mediática en su contra.

El 6 de diciembre de 2005, y con la asistencia de la *American Civil Liberties Union*, El-Masri denunció al director de la CIA conjuntamente con agentes desconocidos. Seis meses después, la Corte del Distrito falló en contra del denunciante alegando que preservar los secretos del Estado está por encima del interés individual de justicia. Esta sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos.

Meses después, El-Masri se reencontró con su familia, esposa y tres hijos, que se habían mudado hacia otra ciudad creyendo que habían sido abandonados por él en su viaje a Macedonia.

2 | Análisis del derecho

El caso lo presenta El-Masri ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Tribunal" o "TEDH") y primero se le asigna una Sala para luego remitirse a la Gran Cámara. El Estado interpone una excepción preliminar planteando que había perecido el plazo de seis meses para presentar una denuncia frente al Tribunal. Macedonia alega que el peticionante no ha realizado ninguna actividad desde el 2004 al 2008, y que no ha realizado una denuncia para que se investigue por parte de las autoridades macedonias.[3] Los representantes de la víctima responden a esta excepción preliminar afirmando que el Estado es quien tiene la obligación positiva de llevar a cabo una investigación y que el caso reviste de una alta complejidad debido a las múltiples violaciones de derechos. A su vez, la participación del servicio secreto de los Estados Unidos con la complicidad de Macedonia se encargó de entorpecer cualquier tipo de actividad escondiendo y negando pruebas.[4]

(3) TEDH, *El-Masri c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, cit., párrs. 130/131.

(4) *Ibid.*, párrs. 132/133.

El Tribunal remite a su jurisprudencia y reitera que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante "el Convenio") es un instrumento para la protección de derechos humanos y debe ser interpretado con el fin de darle practicidad y efectividad para que esos derechos no sean abstractos. Además, considera el plazo a contar desde la fecha de la última decisión del ordenamiento jurídico interno, sin embargo, al no tener un recurso efectivo se cuenta el plazo de seis meses a partir de cuándo tomo conocimiento de sus circunstancias. El TEDH termina fallando a favor del peticionante afirmando que se ha cumplido el plazo de los seis meses estipulado por el art. 35 del Convenio.[5]

En el presente caso los representantes de El-Masri alegan la violación de los arts. 3, 5, 8 y 13 del Convenio. Con respecto al art. 3, el peticionante afirma que el Estado es el responsable tanto por la tortura y los tratos inhumanos que recibió en el hotel de Skopje, en el aeropuerto, en el traslado hacia Afganistán, y en la base de la CIA una vez allí, como de la detención, el daño psicológico, las malas condiciones del alimento y el agua, la alimentación forzosa y la falta de asistencia médica. Además de la falta de investigación por parte de Macedonia.[6]

A todo esto, el Estado niega las acusaciones y afirma que son falsas, por lo que el Tribunal debería tomar con la mayor cautela posible las declaraciones del peticionante.[7] El TEDH declara admisibles las violaciones solicitadas y procede a analizar la falta de investigación y las violaciones producidas en el hotel y en el aeropuerto. Es por lo expuesto por El-Masri que el Tribunal concluye que el Estado demandado es responsable de los tratos inhumanos y degradantes a los que el demandante fue sometido mientras que se encontraba en el hotel, por su tortura en el aeropuerto de Skopje y por haber transferido al peticionante a la custodia de la CIA, lo que lo expuso a riesgos de un tratamiento posterior contrario al art. 3 del Convenio.[8]

(5) Párrs. 134/148.

(6) Párrs. 169/172.

(7) Párrs. 173/174.

(8) Párrs. 180/223.

Con respecto a la violación del art. 5 del Convenio, los representantes de la víctima afirman que ha sido violado por Macedonia debido a haber sido detenido y mantenido incomunicado sin ninguna orden de arresto y sin la posibilidad de ser llevado ante un juez.(9) El TEDH analiza este punto y, luego de declararlo admisible, sostiene que el caso se encuadra en desaparición forzada del demandante, aunque de carácter temporal tiene como características la situación permanente de incertidumbre e incerteza durante todo su cautiverio. Por ende, considera responsable al Estado de la violación de los derechos contenidos en el art. 5.(10)

De acuerdo al art. 8 del Convenio, El-Masri considera que su detención extrajudicial y arbitraria viola los derechos estipulados en el mencionado artículo con relación al respeto de la vida privada y familiar.(11) El Tribunal declara admisible este pedido y hace un análisis de su jurisprudencia en donde considera la noción de "vida privada" y el derecho a establecer y desarrollar vínculos sociales con otras personas. Finalmente, considera que la interferencia en los derechos remitidos del demandante no ha sido de acuerdo a la ley, por lo que el Estado es responsable por la violación al art. 8 del Convenio.(12)

El demandante, a su vez, denuncia que no ha tenido la posibilidad de acceso a un recurso efectivo tal como lo establece el art. 13 del Convenio en lo que respecta a los derechos violados en los arts. 3, 5 y 8. La falta de un remedio legal idóneo no le permitió defenderse de la detención ilegal ni de la transferencia a la CIA.(13) El TEDH declara admisible este punto y argumenta que la falta de investigación por parte de las autoridades estatales, como la no entrega de pruebas útiles para determinar las causas de su detención encuentra responsable al Estado de la violación del art. 13.(14)

Los representantes de El-Masri solicitan, además, la violación del art. 10 pero el Tribunal entiende que se superpone con el fondo de las demás

(9) Párr. 225.

(10) Párrs. 229/243.

(11) Párr. 245.

(12) Párrs. 247/250.

(13) Párr. 252.

(14) Párrs. 254/262.

peticiones y que no se plantea ninguna cuestión a analizar por separado en el art. 10 sino que está ínsito en el art. 3 ya analizado. Es por eso que considera que no hay indicio de violación de los derechos y libertades establecidas en el art. 10. También solicita el demandante la aplicación del art. 41 del Convenio por el cual en el caso de que no haya habido una reparación suficiente en el orden interno sea el TEDH quien repare de manera justa a la víctima.[15]

3 | Consideraciones finales

Este interesante fallo es de vital importancia ya que permite apreciar la connivencia entre los países europeos y la agencia de inteligencia de los Estados Unido, en una clara demostración de impunidad teniendo como objetivo el detrimento de los derechos humanos. Este caso es solo uno, representativo de tantos otros que no salen a la luz, de personas que solo por su aspecto o por su nombre son convertidas en muertos civiles y políticos que tienen que padecer tratos inhumanos bajo una supuesta lucha contra el terrorismo.

Este caso ha tomado gran notoriedad y Khaled El-Masri ha sido entrevistado por diferentes periódicos alrededor del mundo —inclusive en Estados Unidos por *Los Ángeles Times*—, haciendo conocida su historia y denunciando el accionar nefasto de la CIA. Sin embargo, no se le ha permitido el ingreso a dicho país, por lo que se puede afirmar que las violaciones cometidas sobre su persona por la agencia de inteligencia continúan al día de hoy con total impunidad.

De todos modos, la resolución del Tribunal es positiva en el sentido que reconoce la existencia de un procedimiento de entrega, detención, tortura y desapariciones forzadas por parte de la CIA, con la colaboración fundamental de ciertos Estados europeos. A su vez, afirma la necesidad de reforzar el sistema de protección de derechos y adaptarlo a los estándares más altos consagrados por el derecho internacional.

(15) Párrs. 263/267.

Libertad de religión en el proceso penal

TEDH, *DIMITRAS y OTROS c. GRECIA* (N°3),
8 de ENERO de 2013 (DEFINITIVO: 8 de ABRIL de 2013)

por **KATIA ROSENBLAT**[1]

I | Los hechos del caso

Los solicitantes son miembros de *Greek Helsinki Monitor*, una organización no gubernamental con miras a la defensa de los derechos humanos. Es en esa calidad que participaron de diversos procedimientos penales, todos los cuales requirieron que prestaran juramento conforme el art. 218 del Código de Procedimientos Penal griego.

En la mayoría de los casos, la autoridad judicial competente los invitó a jurar sobre el evangelio. Los demandantes indicaron que no eran cristianos ortodoxos o que no tenían intenciones de revelar sus convicciones religiosas, por lo que preferían una declaración solemne. En todos los casos, el pedido fue recibido por autoridad competente, en virtud del art. 220 del Código en cuestión.

En algunas ocasiones, los peticionarios debieron declarar que eran ateos o no ortodoxos en general con el fin de que se corrigiera la mención "cristiano ortodoxo" que figuraba en el texto estándar para el proceso verbal. A su vez, en ciertos formularios —para acceder a determinados expedien-

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

tes—, se contaba con un texto modelo en el que debía tacharse el término "cristiano ortodoxo" para reemplazarse por el de ateo.

2 | Análisis

Los solicitantes alegan que, durante varios procesos, al prestar juramento, fueron obligados a revelar sus convicciones religiosas. Frente a ello, no contaron con ningún recurso interno. En estas circunstancias invocan los arts. 8; 9; 13 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante "el Convenio"). De entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH", "el Tribunal") analiza solamente el 9 y el 13, por considerarlos los únicos pertinentes en el caso.

El Tribunal recuerda que, en otras dos oportunidades, ya analizó la prestación de juramento en el marco de los procedimientos penales,[(2)] constatando la violación de los artículos mencionados. A ese efecto, consideró que había una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de religión de los demandantes, protegido por el art. 9.

En los casos precitados, el TEDH constató que no se permitía al justiciable sustraerse del deber de prestar juramento religioso y optar por una afirmación solemne. Esto se debía al hecho de que tenían que informar precisamente sobre sus convicciones religiosas. En este punto, el Código de Procedimientos Civil sí prevé la elección libre, sin necesidad de manifestaciones religiosas, lo cual marca una gran diferencia de derecho interno entre los dos Códigos.

El Estado, en los casos anteriores, había intentado justificar la situación indicando que el objetivo de la limitación a la libertad de religión, de existir, sería el de garantizar una buena administración de justicia. De esta forma, estima que la abolición de la prestación de juramento y su reemplazo por la afirmación solemne no garantizarían la veracidad de los testimonios y declaraciones en el proceso penal. Aun así, razona que la opción de ele-

(2) TEDH, *Dimitras y otros c. Grecia* (nº 42837/06; 3237/07; 3269/07; 35793/07 y 6099/08), 3 de junio de 2010; y TEDH, *Dimitras y otros c. Grecia Nº2* (nº 34207/08 y 6365/09), 3 de noviembre de 2011.

gir la afirmación es necesaria, ya que hay gente que puede sentirse más comprometida en cuanto a su honor que respecto de sus sentimientos religiosos.[3]

Teniendo en cuenta los argumentos de ambas partes, el Tribunal concluye que la injerencia en la libertad de religión no es proporcional con el objeto tenido en miras, a saber: la protección del orden y, en particular, la garantía de una buena administración de justicia.[4] Por ello, estima que Grecia violó el art. 9 del Convenio.

En cuanto al art. 13, considera que fue violado al no haber un recurso disponible en manos de los peticionarios para obtener un pronunciamiento acerca de la vulneración de su derecho a la libertad de religión.

Respecto del art. 6, los demandantes protestan, principalmente, por la presencia de símbolos religiosos en las salas de los tribunales. La Corte opina que no se estableció un lazo suficientemente directo entre los demandantes y la violación alegada, por lo que rechaza la petición por estar mal fundada.

Parece adecuado destacar que el TEDH reconoce que el Estado logró cambiar los artículos conflictivos del Código de Procedimientos Penal.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso se cuestiona la necesidad que tiene un Estado de conocer ciertos aspectos de la vida privada de quienes están sujetos a su jurisdicción. En esta ocasión, los peticionarios se refieren específicamente a la libertad de religión y a su propia posibilidad de elegir cuándo compartir sus convicciones. Dado que se trata de cuestiones que atañen sólo a la esfera privada de las personas y, según surge de los hechos, no se afecta a terceros ni a intereses estatales, no hay ninguna razón para aceptar una injerencia por parte de Grecia.

(3) TEDH, *Dimitras y otros c. Grecia*, cit., párr. 71 y TEDH, *Dimitras y otros c. Grecia N°2*, cit., párr. 23.

(4) TEDH, *Dimitras y otros c. Grecia* , cit., párr. 81.

A su vez, los fundamentos que expone el Estado para justificar la situación, parecen agravarla, ya que se prestan a una interpretación discriminatoria, al considerar que el juramento religioso —de una religión en especial— tiene mayor validez que la afirmación solemne.

El Tribunal toma una decisión acertada cuando resuelve que el procedimiento era contrario al Convenio, así como cuando se muestra conforme con la actitud del Estado que modifica los textos en pugna.

Vida privada, libertad personal y salud mental

TEDH, *LASHIN c. RUSIA*,
22 de ENERO de 2013

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**[1]

Recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" ó "el Tribunal"), ha condenado a Rusia por violaciones de derechos humanos cometidas contra un nacional ruso que, en razón de sus afecciones mentales, sufrió una interdicción plena de su capacidad civil y fue hospitalizado forzosamente.

I | Los hechos del caso

Según el relato de los hechos, el Sr. Lashin (en adelante "la víctima" ó "el demandante") fue declarado legalmente incapaz[2] por una corte distrital de Omsk, Rusia, a pedimento del Ministerio Público de ese país. Tal decisión fue adoptada tras un proceso en que la víctima estuvo ausente y sobre la base de los padecimientos mentales que sufría —del orden de la esquizofrenia—, que le fueran diagnosticados sucesivamente entre 1987 y 2000.[3]

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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, *Lashin c. Rusia* (n° 33117/02), 22 de enero de 2013, párr. 10.

(3) *Ibid.*, párrs. 7/9.

Sin éxito, los familiares del demandante incoaron recursos judiciales tendientes a obtener su rehabilitación.(4) Además, atento a que desconfiaban de la imparcialidad del Hospital Psiquiátrico Regional de Omsk (en adelante, "el Hospital" o "el Hospital Regional"), dada su filiación estatal, los familiares solicitaron que se filmara la pericia psiquiátrica o, incluso, que la misma fuera realizada por un establecimiento distinto. La Justicia rusa sostuvo que, en virtud de las leyes de atención psiquiátrica, los dictámenes forenses eran de la competencia excluyente de las instituciones del Estado.(5)

En diciembre de 2002, tras examinarlo, un psiquiatra de distrito emitió una orden de hospitalización contra el demandante. La decisión se fundó principalmente en los planteos "sin sentido" que la víctima y sus representantes intentaron judicial y administrativamente. En sintonía con estos hechos, el "Consejo de Tutela" regional revocó la curatela del padre de Lashin, en una decisión tomada sin audiencia de los interesados.

La orden de hospitalización provisoria fue confirmada por los especialistas del Hospital Regional de Omsk (el lugar de recibo), quienes determinaron que el tratamiento debía ser permanente. Los motivos para tomar esta decisión se basaron en la historia clínica anterior del demandante —es decir, todas las actuaciones previas que habían servido para el proceso de interdicción—, y en el hecho de que las continuas querellas administrativas y judiciales contra el Hospital y sus miembros, y dirigidas a obtener la rehabilitación del demandante, confirmaban, a su juicio, el empeoramiento de la condición de la víctima. En una simple providencia inserta en la misma pieza en que se había otorgado la orden provisoria, un juez autorizó la hospitalización "por el tiempo que fuera necesario para el examen de su caso".(6)

El demandante, que no pudo obtener el beneficio de tratamiento domiciliario, impugnó la resolución que lo conminaba a la hospitalización y subsidiariamente solicitó que su tratamiento no fuera llevado a cabo en el Hospital Regional de Omsk. La justicia consideró que la medida de hospitalización provisoria, hasta la decisión sobre el fondo, no era recurrible.

(4) *Ibíd.*, párrs. 12 y 15.

(5) *Ibíd.*, párr. 16.

(6) *Ibíd.*, párr. 26.

En paralelo, se denegó la solicitud que hiciera el demandante de realizar una nueva pericia médica, a la vez que se daba pleno valor a los dictámenes de los especialistas del Hospital Regional, también impugnados por la víctima. Finalmente, el Consejo de Tutela regional otorgó la curatela del Sr. Lashin a la Administración del Hospital Regional, con lo cual, sin celebración de audiencia alguna, la corte distrital que entendía la causa del demandante cerró las actuaciones, toda vez que el Hospital tratante, luego devenido en tutor, desistió de las mismas. Ergo, desde que el curador consentía la hospitalización, ésta devenía irrevisable pues se consideraba voluntaria. De otro lado, las reclamaciones intentadas por el padre y por la pareja de la víctima, tendientes a obtener una copia del auto de archivo de la causa, —con los fines de apelarlo—, no prosperaron ya que, a criterio de la corte distrital, no reunían la legitimación suficiente para actuar en nombre del demandante.[7] Igual suerte tuvieron los planteos ulteriores del mismo tenor.[8]

Por otra parte, el padre recurrió la decisión que le quitó la tutela, la cual fue confirmada sobre la base de su supuesto mal desempeño.[9]

2 | La vida privada y familiar

Ante el TEDH, la víctima impugnó, de un lado, las circunstancias que rodearon los infructuosos intentos de obtener la rehabilitación en 2002, y del otro, la imposibilidad de recurrir la interdicción declarada en su contra luego de esa fecha.

El Tribunal advirtió en primer término que su competencia se hallaba reducida al análisis de los planteos fundados en hechos posteriores a 2002 (hospitalización, retiro de la tutela, etc.), toda vez que los procesos de interdicción de 2000 resultan excluidos por aplicación de la regla de los seis meses.

Como principio general, el TEDH determinó que las declaraciones judiciales de incapacidad y sus efectos constituyen una injerencia en la vida privada de las personas.[10]

(7) *Ibid.*, párr. 33.

(8) *Ibid.*, párrs. 34, 35, 36, 37.

(9) *Ibid.*, párr. 38.

(10) TEDH, *Matter c Eslovaquia*, (n° 31.534/96), § 68, 5 de julio de 1999, y *Shtukaturov c. Rusia*, (n° 44.009/05), § 83, 4 de marzo de 2010.

Según el Tribunal, el art. 8 del Convenio Europeo implica, en primer término, una obligación de abstenerse de las injerencias al derecho a la vida privada y familiar —salvo las excepciones del apartado segundo del art. 8—,[11] y en segundo término, una obligación positiva genérica de respeto al derecho en cuestión. Para el TEDH, los principios aplicables en ambos estándares, "…son similares en términos generales…"[12] y es que, en definitiva, en ambos casos, "…deben conciliarse los intereses contrapuestos de los individuos y de la comunidad en su conjunto…".[13] En consecuencia, cabía evaluar la existencia o no de un interés social, o cualquier otro interés legítimo, que justifique el trato dado al Sr. Lashin.

El Estado goza de un margen de apreciación al decidir o no la rehabilitación de una persona a la que se ha declarado incapaz. Ese margen, sin embargo, puede ser estudiado por el TEDH conforme dos estándares, uno sustantivo y otro adjetivo.

En primer lugar, ha de contemplarse *la calidad* de los procedimientos internos que resulten en una decisión con los efectos señalados.[14] Si bien el art. 8 no consigna normas procedimentales que deban atenderse al momento de decidir una injerencia en la vida privada y familiar, el Tribunal entiende que este *test* de calidad debe preocuparse porque el procedimiento decisor sea *justo* y suficiente para asegurar los intereses salvaguardados por el art. 8 del Convenio.[15]

En este sentido, el TEDH observó el hecho de que los tribunales internos decidieron la interdicción sin la presencia del Sr. Lashin. Es cierto que en determinadas circunstancias, puede eximirse la regla de la presencia per-

(11) "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

(12) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 79.

(13) *Ibid.,* TEDH, *Oluic c. Croacia*, (n° 61260/08), § 46, 20 de mayo 2010.

(14) TEDH, *Shtukaturov c. Rusia*, cit., § 91.

(15) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 81; *Görgülü c. Alemania* (n° 74969/01), § 52, 26 de febrero de 2004.

sonal de las partes,[16] pero siempre que tales circunstancias sean evaluadas cuidadosamente.[17] Debe entenderse que, "…en estos casos, la persona en cuestión no es sólo una parte interesada, sino también el principal objeto de examen por el tribunal…".[18] En este punto, según el Tribunal, no existió el examen cuidadoso necesario para evadir la comparecencia del Sr. Lashin ante la justicia. Sólo se afirmó que la asistencia al foro sería perjudicial para su salud, sin examen médico que lo ratificara. El sólo hecho de que una persona sufre esquizofrenia, no resulta suficiente para justificar su ausencia.

También dentro del test de calidad, el Tribunal analizó el hecho de que la justicia rusa se negó a la producción de un nuevo examen psiquiátrico al demandante. En el caso *Stanev c. Bulgaria,*[19] el TEDH sentó a este respecto una doctrina básica: "…el derecho a solicitar a un tribunal que revise la declaración de incapacidad es uno de los derechos más importantes para el interesado".

Habida cuenta de que transcurrió un año y medio desde la interdicción dictada en 2000, (y de que no se comprobó que el padecimiento de Lashin fuera irreversible, o que el lapso transcurrido no era suficiente todavía para actualizar el dictamen), el demandante "…tenía derecho a una revisión completa de su estado…".[20]

Lashin peticionó, en ese sentido, una nueva pericia que proviniera de instituciones médicas no estatales. El TEDH observa que las leyes internas no sólo no prohibían un examen por parte de peritos privados sino que, además, lo contemplaban expresamente. Ergo, el razonamiento de los tribunales inferiores que sostenía que la existencia de un cuerpo forense

(16) TEDH, *Berková c. Slovakia*, (n° 67149/01), §§ 138 y ss., 24 de marzo de 2009.

(17) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 82.

(18) "*…the individual concerned is not only an interested party but also the main object of the court's examination…*" TEDH, *X. and Y. c. Croacia*, (n° 5193/09), § 83, 03 de noviembre 2011.

(19) TEDH, *Stanev c. Bulgaria*. Véase también el comentario respectivo de Prados, Paula, "Derechos de las personas con discapacidad mental. TEDH, *Stanev c. Bulgaria*, 17 de enero de 2012", en *Revista de Derechos Humanos*, año I, número I, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

(20) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 84.

público hacía inviable la actuación de peritos independientes carecía de asidero en el propio ordenamiento interno ruso.[21] Por otro lado, el TEDH tiene dicho que "…cuando la opinión de un experto probablemente juegue un rol decisivo en los procedimientos (…) la neutralidad del experto deviene en un importante requisito al cual debe darse la debida consideración. La falta de neutralidad puede resultar en una violación de la igualdad de derechos de defensa garantizada por el art. 6 de la Convención…".[22] En la visión del TEDH, toda vez que el Sr. Lashin cuestionaba la neutralidad de los especialistas del Hospital Regional de Omsk, era obligación de la justicia rusa producir un nuevo examen a cargo de una institución no afiliada al Hospital. Este cuestionamiento no resultaba frívolo[23] a ojos del Tribunal, pues las razones de muchas hospitalizaciones ordenadas por el Hospital Regional se basaban precisamente en las querellas que el demandante realizaba contra esa entidad y sus especialistas, lo cual permitía objetar su neutralidad.

Por otro lado, según el criterio sustantivo de análisis, al tratarse de un caso en que la medida cuestionada —la interdicción— causa tan drásticos efectos sobre la autonomía personal de las víctimas,[24] el Tribunal Europeo está habilitado para "un examen un poco más estricto".[25] En ese "examen estricto", que analiza el fondo de las decisiones tomadas por la justicia rusa, el TEDH recordó la doctrina emanada de *Shtukaturov*: "… la existencia de un trastorno mental, incluso grave, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación total (…) a fin de justificar la completa interdicción, el trastorno debe ser de un tipo o grado que justifiquen tal medida". En este sentido, el TEDH advierte que alguna medida de protección resultaba aconsejable en el caso de Lashin. Empero, toda vez que no existía en la legislación rusa un dispositivo que implique una "forma intermedia" de limitación de capacidad para enfermos mentales —que sí existía en casos de adicción o alcoholismo—, la justicia rusa no tuvo más

(21) *Ibíd.,* párr. 85.

(22) *Ibíd.,* párr. 87; *mutatis mutandis, Sara Lind Eggertsdóttir c. Islandia* (n° 31930/04) § 47, 5 de julio de 2007.

(23) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 86.

(24) TEDH, *X. and Y. c. Croacia*, cit., § 102.

(25) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 81.

que aplicar la interdicción total, que significó la pérdida total de autonomía de la víctima. Esta solución resultaba "…a juicio del Tribunal y a la luz de las circunstancias del caso, desproporcionada con la finalidad legítima perseguida…".[26]

Sobre este razonamiento, el Tribunal también consideró la alegada violación al art. 12 de la Convención —derecho de casarse—, entendiendo que esta restricción era un efecto más de la interdicción, que no ameritaba, por ese motivo, un tratamiento separado.[27]

Después de diciembre de 2002, el Sr. Lashin no pudo impugnar la situación en que se encontraba.[28] Ello porque la tutela fue trasladada a la administración del Hospital Regional, que se oponía a la postura del demandante y perseguía su confinamiento. A criterio del TEDH, es claro que desde el momento en que la curatela fue asumida por el Hospital Regional, el Sr. Lashin no pudo interponer ningún procedimiento de rehabilitación. Rusia no preveía una revisión periódica "automática" de la condición de un incapaz, ni garantizaba el acceso directo a los tribunales por parte de un sujeto incapacitado.[29] Ello implicaba una completa dependencia de la persona respecto de su tutor.[30] Desde que el curador rechazaba seguir la vía de la rehabilitación, la víctima carecía de recurso efectivo para impugnar su situación. Tal circunstancia importaba una restricción incompatible con el art. 8 del Convenio Europeo.

3 | La libertad y seguridad personal

El TEDH sostuvo que el confinamiento del Sr. Lashin en el Hospital constituía "Privación de la Libertad", conforme el artículo 5 del Convenio. Por otro lado, ordenó los hechos motivo de reclamo dividiéndolos: el período entre el 9 y 20 de diciembre de 2002, y el posterior al 20 de

(26) *Ibíd.*, párr. 92.

(27) *Ibíd.*, párr. 124.

(28) *Ibíd.*, párr. 94.

(29) TEDH, *Stanev c. Bulgaria,* cit., párr. 243.

(30) TEDH, *Salontaji-Drobnjak c. Serbia* (n° 36500/05), 13 de octubre de 2009, párr. 134.

diciembre de 2002 (cuando la Administración del Hospital de Omsk asumió la curatela).

Ya ha dicho el Tribunal Europeo que el art. 5 del Convenio Europeo exige, en primer lugar, que las detenciones deben ser "legales", esto es, atendiendo la normativa vigente en el Estado sobre el punto. Este requisito no fue cumplimentado en el primer período de análisis, toda vez que no se respetó el sistema de plazos instituido por las leyes de la materia.(31)

En cuanto al segundo período —en que el hospital tomó la curatela—, el TEDH recalca que el sólo hecho de que el curador consienta la detención no la hace "voluntaria" en términos del Convenio. Aunque por lo general es difícil(32) distinguir la intención de una persona con padecimientos mentales, en este caso era claramente contraria a la decisión de su tutor. En consecuencia, contra su voluntad, el Sr. Lashin era detenido y sustraído a todas las garantías del proceso judicial, toda vez que el asentimiento del tutor convalidaba por sí solo la detención sin necesidad de autorización judicial.(33) Debe mencionarse además que el Tribunal reparó en la posible parcialidad del Hospital Regional, querellado constantemente por la víctima, y responsable de su interdicción.(34)

A criterio del TEDH, en casos de detención por incapacidad, la privación de la libertad debe cumplir tres mínimas condiciones:(35)

a. debe demostrarse fiablemente el padecimiento mental;

b. el trastorno o afección debe ser de un tipo o grado que ameriten la detención —tales serían los casos donde se necesita un control o supervisión para que la persona no cause daño a otros o a sí mismo—;(36)

c. la continuidad de la detención debe ajustarse a la persistencia del padecimiento.(37)

(31) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 114.

(32) TEDH, *Case of Storck c. Alemania* (n° 61.603/00) § 74, 2005-V.

(33) TEDH, *Case of Lashin c. Rusia,* cit., párr. 117.

(34) *Ibid*., párr. 118.

(35) Párr. 110.

(36) TEDH, *Hutchison Reid c. Reino Unido,* (n° 50272/99),CEDH 2003-IV, párr. 52.

(37) TEDH, *Shtukaturov c. Rusia*, cit. 114.

En el presente caso, la detención se fundó principalmente en la historia de la enfermedad del Sr. Lashin, más no existieron referencias al estado actual de su padecimiento. Con más, la razón más poderosa a favor de la detención eran las querellas contra el Hospital y sus miembros.(38) Éstas no eran razones suficientes para justificar la medida.(39) Si bien no corresponde que el TEDH se pronuncie sobre el mérito de los dictámenes de un perito, en este caso

> "…el Tribunal está dispuesto a tener una visión crítica de las conclusiones de los psiquiatras, sobre todo porque (a) las conclusiones no fueron sometidas al escrutinio judicial a nivel nacional, (b) su neutralidad estaba abierta a la duda y (c) sus informes no eran lo suficientemente específicos sobre los puntos que son cruciales para decidir si la hospitalización obligatoria era necesaria…".(40)

4 | Consideraciones finales

En el caso analizado, el Tribunal ha vertido principios propios de su jurisprudencia constante, que resultan cardinales en la materia estudiada.

Así, por ejemplo, la necesidad de un estudio sustantivo y adjetivo que contemple las decisiones que resultan en una interdicción de la capacidad civil.

Ello implica, desde el punto de vista sustantivo, la obligación de acreditar relación de proporcionalidad entre la medida impuesta y el padecimiento sufrido.

En punto al estudio adjetivo, cabe concluir que, según la interpretación del TEDH, el art. 8 del CEDH consagra un aspecto procesal imponiendo a las decisiones limitativas de la capacidad civil el respeto de un procedimiento justo en los términos del art. 6 del Convenio Europeo, de lo cual se coligen, en el asunto bajo análisis, dos importantes máximas:

a. la necesidad de restringir lo menos posible la participación procesal de la persona sufriente de padecimientos mentales en los procesos en los que está involucrado, y

(38) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 118.

(39) *Ibíd.*; TEDH, *Stanev c. Bulgaria,* cit., párr. 157.

(40) TEDH, *Lashin c. Rusia,* cit., párr. 119.

b. la importancia de proveer el recurso a una revisión de la situación de incapacidad, con la debida actualización del peritaje médico, efectuada por expertos neutrales.

Finalmente, el Tribunal recordó tres importantes principios a considerar en el momento de establecer una medida de protección privativa de la libertad: a) debe demostrarse fiablemente el padecimiento mental; b) el trastorno o afección debe ser de un tipo o grado que ameriten la detención —tales serían los casos donde se necesita un control o supervisión para que la persona no cause daño a otros o a sí mismo—; c) la continuidad de la detención debe ajustarse a la persistencia del padecimiento.

Tales conclusiones avanzan en el sentido de proteger en el máximo grado posible la autonomía e independencia individual de las personas con discapacidad, concepto de suma importancia, proclamado en la Convención de Naciones Unidas Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como un principio que exige respeto (Preámbulo, pto. "n" *y* art. 3.a).

Discriminación basada en la orientación sexual

TEDH, *X. y otros c. AUSTRIA*,
19 de FEBRERO de 2013

por **MARISOL DORREGO**[1]

I | Los hechos del caso

Las peticionarias son dos mujeres de nacionalidad austríaca (referidas como la primera y tercera peticionaria), ambas nacidas en 1967, que convivían en una relación homosexual estable, junto con el hijo de una de ellas (referido en el fallo como el segundo peticionario). Este último había sido concebido por inseminación artificial y era responsabilidad únicamente de su madre biológica. Las dos peticionarias viven juntas y ambas cuidan del niño. Siendo sus objetivos crear una unión legal entre la primera peticionaria y el niño sin cortar los lazos que existían con su madre biológica, concluyeron un acuerdo de adopción en febrero de 2005 y lo remitieron a la corte del distrito competente para su aprobación. Teniendo en cuenta que el Código Civil excluía la posibilidad de la adopción de un niño de un miembro de una pareja homosexual por parte de su pareja, pidieron conjuntamente que dichas disposiciones fueran declaradas inconstitucionales por considerarlas discriminatorias contra su orientación sexual. La Corte Constitucional lo rechazó por inadmisible en junio de 2005. En octubre de 2005, la Corte del estableció que el Código Civil prohibía que un integran-

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

te de una pareja homosexual adoptase al hijo de su pareja sin quebrar los vínculos que unían a éste con su madre biológica. En el presente caso se hallaría dañado en tal caso el vínculo con su madre biológica, no con su padre. Además, mientras que la ley de Austria no daba una precisa definición de "padres" claramente se refería en sus disposiciones a personas de distinto sexo siendo que para los tribunales internos el niño tenía contacto con ambos padres biológicos y no había necesidad de reemplazar a uno de ellos por un padre adoptivo. En septiembre de 2006, la Corte Suprema desestimó la apelación de las peticionarias en virtud de que la adopción por parte de una de ellas era imposible.[2]

2 | Análisis del Tribunal (Gran Sala)

El tribunal expresa que el art. 14 no puede entenderse como un derecho autónomo sino en relación con otros artículos de la Convención.[3]

Toma en cuenta la relación de las peticionarias y entiende que al convivir juntas y mantener ambas contacto con el hijo de una de las peticionarias, dicha relación se vuelve una relación de familia.[4]

El Tribunal reconoce a los Estados parte una cierta discrecionalidad respecto de la no discriminación de sus nacionales en el sentido de que no se consideraría discriminación a un tratamiento diferente siempre y cuando existiera un criterio en el que las personas dentro de una misma situación recibiesen el mismo trato. Aunque aún en el caso de que compartiesen una similar situación, hay un margen de apreciación en el cual un Estado podría justificar la diferencia de trato.[5][6]

Para el Tribunal, hay que diferenciar cuando se habla de adopción por parte de una persona homosexual si se trata de una adopción individual, si se

(2) TEDH, *X y otros c. Austria* [GC] (n° 19010/07), 19 de febrero de 2013, párrs. 9/20.

(3) TEDH, *Petrovic c. Austria*, 27 de marzo de 1998, § 22, 1998-II; *E.B. c. Francia* [GC] (n° 43546/02), 22 de enero de 2008.

(4) TEDH, *X y otros v. Austria*, cit., párrs. 94/96.

(5) *Ibid.*, párr. 98.

(6) TEDH, *Burden c. Reino Unido* [GC], (n° 13378/05), § 60, 2008.

trata de reconocer a ambos miembros de una pareja el carácter de padres y, finalmente, si se trata de una pareja que quiere adoptar conjuntamente.[7]

En el caso *Gas y Dubois c. Francia*, concerniente a dos mujeres que conformaban una pareja del mismo sexo que había recientemente concluido una unión civil (*PACS: Pacte civil de solidarité*), una de ellas era madre de un niño y bajo las leyes francesas era considerada como única madre del niño. Las peticionarias en dicho caso se quejaban de que la pareja de la madre no pudiera adoptar al hijo de la otra peticionaria. En dicha ocasión, los tribunales franceses rechazaron dicho pedido bajo el pretexto de que no era en el mejor interés del niño. El Tribunal Europeo examinó la situación de las peticionarias en comparación con la situación de una pareja casada ya que en los casos de adopción simple, la ley francesa permitía sólo a parejas casadas compartir derechos de guarda. Los Estados contratantes no tienen obligación de garantizar el acceso a las parejas del mismo sexo a la adopción, y para el Tribunal, la situación de las peticionarias en ese caso no era equiparable a la de una pareja casada.[8][9]

En el presente caso —*X y otros c. Austria*— el art. 12 de la Convención no impondría la obligación a los Estados parte de garantizar el acceso a las parejas del mismo sexo al matrimonio. Tampoco puede derivarse del art. 14 o del art. 8 de la Convención.[10]

Según la ley de Austria, sólo las parejas casadas son elegibles para adoptar y bajo su reglamentación, la adopción del hijo de uno de los cónyuges por parte del otro es una excepción a la norma vigente. Para el Tribunal, las peticionarias no pueden ser consideradas en una situación equiparable a la de una pareja casada respecto de la adopción por parte de uno de los cónyuges. Sin embargo la situación de las peticionarias podía ser equiparable a la de parejas heterosexuales no casadas, las cuáles podían legalmente adoptar a los hijos de sus cónyuges mientras que era imposible para las parejas del mismo sexo.[11]

(7) TEDH, *X. y otros c. Austria*,cit., párr. 100.

(8) TEDH, *Gas y Dubois c. Francia* (n° 25.951/07), 15 de marzo 2012.

(9) TEDH, *X y otros c. Austria*, cit., párr. 104.

(10) *Ibid.*, párr. 106.

(11) *Ibid.*, párrs. 108/112.

La ley austríaca permite la adopción de un segundo padre por parte de una pareja no casada de distinto sexo. En términos generales, la ley permite que cualquier pareja no casada heterosexual pueda adoptar al hijo de su cónyuge sin cortar los lazos de éste con su hijo (art. 182 CC). Sin embargo, el mismo artículo imposibilita a las parejas homosexuales en la misma situación de hacer lo mismo sin cortar los lazos que existen entre uno de ellos y su hijo. Si bien el 1° de enero de 2010 entró en vigor una ley que permitía la posibilidad de que parejas del mismo sexo se unieran civilmente ello no les posibilitaba la opción de adoptar a uno de los hijos de alguno de los cónyuges. El Gobierno, si bien no negó estos hechos, expresó que al no haberse negado la adopción por esos motivos sino por la falta de consentimiento del padre biológico, se estaría analizando la cuestión en abstracto.(12) Para el Tribunal ello no tiene relevancia, ya que la prohibición contenida en su Código Civil no admite la posibilidad de adoptar, además señala que en el ámbito interno se tomó la decisión de negarles dicha posibilidad sin analizar pruebas de ninguna de las partes concernientes, sin embargo se analizó extensivamente la noción de "padres" en el derecho de familia austríaco en el que significaban dos personas de distinto sexo.(13)(14)

El Tribunal entiende que la imposibilidad legal de adopción pedida por los peticionarios era el centro de las consideraciones de los tribunales internos, a diferencia de lo que alegaba el Gobierno.(15) Este hecho impidió que investigaran las circunstancias particulares del caso.(16)

El Tribunal nota que, a primera vista, parecería que la diferencia de trato sólo afectaría a la primera peticionaria, quien es tratada diferente de un miembro de una pareja no casada de diferente sexo que quiera adoptar al hijo de su pareja. Sin embargo, como los tres peticionarios conviven juntos y la adopción pedida tendía a un reconocimiento legal de su vida familiar, el Tribunal considera que los tres peticionarios se encuentran directamente afectados por la diferencia de trato.(17)

(12) *Ibid.*, párrs. 114/117.

(13) *Ibid.*, párr. 120.

(14) TEDH, *Karner v. Austria* (n° 40016/98), 2003-IX.

(15) *Mutatis mutandis*, TEDH, *E.B. c. Francia* [GC], (n° 43546/02), 22 de enero de 2008.

(16) TEDH, *X y otros c. Austria*, cit., párrs. 123/124.

(17) *Ibid.*, 127.

Para los tribunales internos, la ley de adopción debía tender a recrear las circunstancias de una familia biológica en el sentido de proteger a la familia tradicional. El Tribunal Europeo, por su parte, si bien había aceptado que la protección de la familia en un sentido tradicional es, en principio, un fin legítimo que puede justificar la diferencia en el trato,(18) el interés superior del niño también es un fin legítimo que se debe tener en miras, por lo tanto corresponde evaluar si la medida se adecuaba a un criterio de proporcionalidad.(19)

Correspondería al Gobierno la carga de probar que la protección de la familia en el sentido tradicional y, más específicamente, la protección de los intereses del niño, requieren la exclusión de parejas del mismo sexo de "adopción de un segundo padre" (*second-parent adoption*).(20) El Tribunal nota una falta de coherencia entre la legislación de Austria concerniente a la adopción en el sentido de que un homosexual podía adoptar por sí y si aquel tenía una pareja que se encontraba registrada, esta última debía consentir con la adopción. Concluye que la legislación acepta por eso que un niño crezca en una familia compuesta por una pareja del mismo sexo, sin embargo, no le estaría legalmente permitido que la patria potestad estuviera compartida por la pareja homosexual a su cargo.(21)(22)

El Tribunal expresa que cuando se trata de temas de discriminación sobre la base de orientación sexual que deba ser examinado a la luz del artículo 14 de la Convención, el margen de apreciación de los Estados es estrecho.(23)(24) Para el Tribunal, la distinción hecha es por lo tanto incompatible con la Convención.(25)

(18) TEDH, *Karner c. Austria*, cit.

(19) TEDH, *X y otros c. Austria*, cit., párrs. 137/138.

(20) *Ibid.*, párr. 141.

(21) *Ibid.*, párr. 144.

(22) *Mutatis mutandis*, TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido* [GC] (n° 28957/95), § 78, 2002-VI.

(23) TEDH, *X y otros c. Austria*, cit., párr. 148.

(24) TEDH, *A, B y C c. Irlanda* [GC] (n° 25579/05) § 232, 2010.

(25) TEDH, *X y otros c. Austria*, cit., párr. 151.

Finalmente, el Tribunal enfatiza que la cuestión no es si, en el caso presente, se debió haber permitido la adopción por parte de los peticionarios, sino si hubo una efectiva discriminación en los criterios tenidos en cuenta por los tribunales internos.(26)

En conclusión, para el Tribunal se produjo una violación del art. 14 tomado en conjunto con el art. 8 de la Convención.(27)

3 | Consideraciones finales

Para el antiguo presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el sistema se encuentra frente a un dilema entre la aspiración a la protección de los derechos humanos de un lado y la necesaria evaluación de las realidades políticas en el seno de los Estados parte.(28)

En este sentido, en el presente fallo, el Tribunal debe tomar dos conceptos que en sí, conjuntamente, son contradictorios: la protección de la familia en el sentido tradicional y los derechos de las parejas homosexuales. El primer concepto se acerca a la discrecionalidad que tienen los Estados parte de la Convención Europea de Derechos Humanos para cumplir con las obligaciones procedentes de la misma según su criterio. En este sentido, el Tribunal acepta que no se puede, legítimamente, exigir que un Estado garantice el derecho de adoptar a una pareja homosexual, siempre y cuando no se base en una distinción puramente basada en su orientación sexual (es decir, siempre y cuando en las mismas condiciones una pareja heterosexual no pueda adoptar). En ese sentido, se limita a analizar si las peticionarias se encuentran en una situación similar a la de una pareja heterosexual no casada que desee adoptar, y si las leyes las proveen de un trato igualitario. El mismo Tribunal aclara explícitamente que no va pronunciarse sobre si en el caso en cuestión las peticionarias deberían poder adoptar en base a circunstancias de hecho particulares del caso,

(26) *Mutatis mutandis*, TEDH, Aunegger c. Alemania (n° 22028/04), §§ 61-63, 3 de diciembre de 2009, y *Sporer c. Austria* (n° 35637/03), §§ 88/90, 3 de febrero de 2011.

(27) TEDH, *X y otros c. Austria,* cit., párrs. 152/153.

(28) Lestas, George, "*Judges Rozakis's separate opinions and the Strasbourg Dilemma*", en *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivan,* Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 313/314.

sino si la prohibición de adoptar contenida en la ley austríaca responde a restricciones legítimas.

La crítica que podría hacerse al fallo es que trata una cuestión procedimental, en vez de preguntarse si en el caso en concreto debería permitirse una *second-parent adoption* trata la cuestión de si las peticionarias deberían tener acceso a una evaluación concreta de las circunstancias del caso. Por ello, no se analiza si debería, por ejemplo, en el caso en concreto desestimarse la opinión del padre biológico al respecto.

Por otra parte, es interesante destacar que el criterio utilizado en el fallo de restringir la capacidad de interpretar la convención por parte de los Estados en el caso de que se trate de orientación sexual se acerca al criterio recientemente utilizado por la Corte IDH en el "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile" mediante el cual se acude a la figura de "categoría sospechosa" refiriéndose a la aplicación de un escrutinio estricto en los casos relacionados con orientación sexual.[29]

(29) Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de febrero de 2012, series C, n° 239, párr. 221. Véase: http://www.infojus.gov.ar/doctrina/dacf120204-pazos-derecho_igualdad_no_discriminacion.htm?4&src=RVDHU001

Debido proceso. Libertad de expresión

TEDH, *VARELA GEIS c. ESPAÑA*,
5 de MARZO de 2013[1]

por **JULIA BEN ISHAI**[2]

En el presente caso se analiza una denuncia interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante "El Tribunal" y/o "TEDH") contra el Reino de España, (en adelante el Estado), en relación a los arts. 6 en consonancia con los arts. 9 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por la vulneración del derecho a la libertad de expresión y pensamiento de Varela Geis (en adelante, "el peticionante"/"peticionario"/"demandante").

I | Los hechos del caso

El peticionante, Pedro Varela Geis, residente en Barcelona, posee una librería denominada "Europa", la cual comercializa libros y publicaciones diversas, especializadas en la temática del Holocausto.

En el año 1996, se realizó una inspección a la librería Europa, por una denuncia penal de "genocidio". A partir de esta inspección, y en base al material incautado, el Fiscal pidió la condena del peticionario por el delito de "genocidio", en relación al art. 607.2 del Código Penal español, por

(1) TEDH, *Varela Geis c. España* (n° 61005/09), 5 de marzo de 2013.

(2) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

haberse hallado libros y publicaciones que niegan la existencia del Holocausto, así como también por el art. 510.1 del Código español, en relación al delito continuado de discriminación hacia el pueblo judío.

Por su parte, La Comunidad Israelita de Barcelona pidió la condena no sólo por el supuesto de negación considerado en el art. 607.2, sino también por la búsqueda de rehabilitación del genocidio (delito que se encuentra tipificado en el mismo artículo). La Comunitat Jueva Atid De Catalunya y SOS Racismo Catalunya, asociaciones civiles que participaron del proceso, pidieron la condena por el artículo citado en la medida en que no sólo niega el genocidio, sino que además hace "apología" del mismo.

El 16 de septiembre del año 1998, el Juzgado de Primera Instancia en lo Penal condenó al demandante a 2 años de prisión en virtud del art. 607.2, así como 3 años y una multa por el delito continuado de discriminación amparado por el 510.1. El juez declaró que: "…la mayor parte del material vendido en la librería, propiedad del demandante, trataba del Holocausto judío, la Alemania nazi y el Tercer Reich, que exaltaba al régimen nacional-socialista y negaba la persecución del pueblo judío, y que la librería tendía a convencer a sus clientes que el Holocausto era y sigue siendo una gran mentira…".[3]

El peticionario recurrió la sentencia en vista de su condición de mero librero, y no de editor o distribuidor del material incautado, el cual, recalcó, no había sido aportado al proceso.

En julio del año 2000 se celebró una vista oral en la Audiencia Provincial donde se buscó plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal Constitucional, acerca de la constitucionalidad del art. 607.2 del Código Penal, por el que hubo sido condenado Varela Geis.

La audiencia determinó que:

> "…la conducta sancionada por el art. 607 § 2 del Código Penal, no tenía otro contenido que la difusión de ideas o de doctrinas que nieguen o justifiquen los genocidios o que difundan ideas o doctrinas tendentes a rehabilitar a regímenes portadores de ideas genocidas. Para la Audiencia Provincial, esta disposición, así interpretada, entraba en conflicto con la libertad de expre-

(3) TEDH, *Varela Geis c. España* , cit., párr. 8.

> sión, en la medida en que la conducta sancionada era la difusión de ideas o de doctrinas, sin ninguna exigencia de otros elementos, tales como la incitación a concretizarlos mediante conductas que vulneren los derechos fundamentales, o que tales doctrinas estuvieran acompañadas por expresiones o manifestaciones atentatorias de la dignidad de las personas. Ahora bien, toda limitación de un derecho fundamental debe ser justificada por la protección de otro derecho que goce de una garantía similar. En la medida en que el Código Penal contiene una serie de disposiciones que sancionan ampliamente las conductas discriminatorias, una disposición como la del presente caso, no puede justificar una limitación del derecho a la libertad de expresión garantizado por el art. 20 de la Constitución…".(4)

Mediante sentencia del año 2007, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la parte del art. 607.2, en lo que respecta a la negación del genocidio, invalidando la tipificación de ese delito.

En el año 2008, se llevó a cabo una nueva vista pública ante la Audiencia Provincial, sobre el fondo del asunto. En la misma, el peticionario preguntó si se mantenían los cargos respecto del artículo modificado, no obteniendo respuesta al respecto.

Por su parte, el Fiscal retiró la acusación por "negación de genocidio", y pidió que el demandante sea absuelto por esta acusación, siendo sólo condenado en virtud del art. 510.1.

Las asociaciones civiles participantes del proceso, SOS Racismo y la Comunidad Israelita de Barcelona, pidieron la confirmación de la sentencia.

Sin perjuicio de lo dictaminado por el Fiscal, la Audiencia condenó al peticionante por justificación de genocidio en virtud del art. 607.2, por siete meses de prisión, absolviéndolo por el art. 510.1.

Frente a esto, Varela Geis interpuso una apelación ante el Tribunal Constitucional.

(4) *Ibid.*, párr. 11.

2 | La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Estado español solicitó al TEDH que desestime la demanda en virtud del art. 17 del Convenio europeo, ya que el mensaje que trasmiten en conjunto las publicaciones halladas en la librería "Europa" es contrario al espíritu que posee el Convenio, y en definitiva, a la motivación que ha llevado a la redacción de los distintos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Sin perjuicio de esto, la petición fue admitida por el Tribunal en virtud de que los argumentos estimados por el Estado están estrechamente vinculados al asunto del fondo de la demanda.

En lo que respecta a la violación del art. 6.1 y 6.3 inc. a) y b), el peticionario reclama haber sido condenado en apelación por un delito que no había sido constatado en el escrito de acusación y por el que no había sido condenado en primera instancia.[5]

Ante esto, el gobierno expresó que, previo a la sentencia del Tribunal Constitucional, el art. 607.2 incluía de forma indistinta los dos tipos de delitos (negación y justificación de genocidio)

Contestando a esta acusación, Varela Geis señaló que, previo a la modificación del art. 607.2, el Código Penal español instituía tres conductas sancionables respecto de la difusión de ideas o doctrinas negatorias del genocidio, o que justifiquen actos genocidas o pretendan rehabilitar los regímenes totalitarios en alguna de sus formas.

De la misma manera en que se invalidó el delito de negación, ya que se consideró que la simple difusión de conclusiones sobre la existencia o no sin juicio de valor está amparada en el art. 20.1 de la Constitución, se debe comprender que, respecto de la segunda conducta, no vale la simple difusión de ideas (o publicaciones) para justificar un acto genocida, sino que

(5) Previo a la sentencia del Tribunal Constitucional del año 2007, la condena fue establecida por el delito de "negación del genocidio", mientras que, posteriormente y siendo que éste devino atípico, el demandante fue condenado por "justificación del genocidio".

este delito implica generar actividades o actos que conlleven el ejercicio de la justificación.

Para el demandante, los escritos de acusación especificaban claramente cuál era el delito perseguido, teniendo en cuenta además que es la negación del genocidio lo que el juez remarca a la hora de dictar sentencia en primera instancia.

El demandante hace notar que, al haber sido declarada inconstitucional la incriminación del negacionismo, la Fiscalía había retirado la acusación fundamentada en el art. 607.2, lo que constituye, a su parecer, la prueba de que la actuación en juego, era la de negación de genocidio.

Remarca además que, en ningún momento la Audiencia recalcó un pedido de modificación de las acusaciones, sino que se limitó a confirmar (o no) la sentencia de primera instancia. Estima, por tanto, no haber sido informado de la acusación formulada en su contra y no haber podido defenderse.

El TEDH remarca la importancia del escrito de acusación, y de que el acusado sea informado fehacientemente de cuáles son los cargos que se reprochan en su contra. Determina la importancia de saber cuál es la base jurídica sobre la que se basan los cargos que se imputan.

En este punto, valora el Tribunal que tanto la Fiscalía como las acusaciones particulares se habían basado en hechos que corresponden a la negación del Holocausto, salvo en el caso de las actuaciones particulares de los *amicus curiae*.

Además establece que no existe ningún elemento aportado por el Estado donde conste prueba de que el demandante hubiese sido informado del cambio de calificación.

Por lo tanto, estima que no ha habido ninguna instancia donde el demandante hubiera accedido a la información de que existía una recalificación de la acusación de "negación" a "justificación". De ello se desprende que, solo mediante la sentencia dictada en apelación, Varela Geis pudo tomar conocimiento del cambio de tipificación, y por tanto hubo violación por parte del Estado español de los párrafos 1 y 3 inc. a) y b) del art. 6 del Convenio europeo.

En relación a la alegada violación de los arts. 9 y 10, de libertad de expresión y pensamiento, el TEDH valora que:

> "…los agravios alegados por el demandante respecto de los arts. 9 y 10 del Convenio, están íntimamente ligados a los agravios planteados al amparo del art. 6 del Convenio. Habida cuenta del reconocimiento relativo al art. 6 (párrafo 55 arriba indicado), el TEDH estima que no procede examinar, por añadidura, si ha habido en el presente caso violación de estas disposiciones".[6]

3 | Consideraciones finales

El TEDH analizó en el presente caso el derecho a la libertad de expresión en relación con el art. 6 del Convenio Europeo (derecho al juicio justo).

Es en virtud de este punto que el tribunal dictamina la culpabilidad del Estado español, ya que considera que no ha habido una verdadera notificación al acusado, ni ha sido clara la necesidad de modificar la carátula del proceso judicial de negacionismo a justificación del genocidio.

Llama la atención que el TEDH no deja asentada una posición acerca de si la invalidación del delito de negacionismo es o no un retroceso para la legislación española, como sí lo hacen otras organizaciones internacionales, de cuya posición toma nota el alto tribunal.

Determina la Unión Europa que

> "…Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que se castiguen las siguientes conductas intencionadas (…) la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los arts. 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen

(6) TEDH, *Varela Geis c. España*, cit., párr. 59.

> nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo…".[7]

A su turno, sostuvo la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia que:

> "…La ECRI expresa su preocupación por la decisión de 2007 del Tribunal Constitucional que declaro inconstitucional la penalización de la negación del Holocausto. La sentencia establece que la mera negación, neutral, de algunos hechos, sin ninguna intención de apología o incitación a la violencia, al odio o a la discriminación no tiene sanción penal (...) La ECRI recomienda que, en consonancia con su Recomendación n° 9 de política general sobre la lucha contra el antisemitismo, se adopten las medidas necesarias para garantizar que se penalice la negación publica del Holocausto…".[8]

Podemos determinar que es un faltante del presente fallo la ausencia de una posición tomada del Tribunal, teniendo en cuenta que, a la hora de incorporar a su ordenamiento jurídico un tratado internacional de derechos humanos, el Estado posee, como principal obligación, la de adoptar medidas que se correspondan con el tratado y no retrotraerse en la normativa que el Estado ya poseía.

Entendemos que este fallo es difícil de encasillar simplemente como de libertad de expresión, teniendo en cuenta que este derecho aparece en segundo plano en relación a los hechos que se condicen con las ofensas que sufre el acusado en virtud del art. 6, sin perjuicio de esto, podemos preguntarnos por qué el Alto Tribunal no sienta posición en torno si es una pena adecuada la prisión para este tipo de casos, que es la que se establece para Varela Geis, tanto cuando éste es acusado por negacionista como cuando es acusado de justificador de genocidio. Entran en contradicción varios puntos a analizar, en primer lugar si, desde el lugar de comerciante, el demandante podía ser acusado de tanto uno como otro delito penal en virtud de que el mismo ejercía una acción de tercer manejo en torno a la información y/o el contenido que se vendía en

(7) *Ibid.*, párr. 27.

(8) *Ibid.*, párr. 26.

la librería "Europa", no siendo editor o escritor de la mayor parte de los libros.

En esta vía de análisis podemos preguntarnos por qué el Tribunal no analiza el hecho constatado en las declaraciones que se hacen en el proceso penal primario en el sentido que Varela Geis, en su librería, repartió gratuitamente publicaciones donde se negaban hechos sucedidos durante el Holocausto.[9]

Por otro lado, no hay posición tomada tampoco en torno al castigo de prisión por los hechos que involucran la libertad de expresión, siendo que la jurisprudencia generalmente lo considera excesivo, adoptando en cambio la política de indemnizaciones pecuniarias.

Todos estos puntos que no son tenidos en cuenta tienen que ver con la desestimación que realiza el tribunal de la violación de los arts. 9 y 10 al analizarlos directamente en conjunto con el art. 6.

(9) *Ibid.*, párr. 8.5 "…En fecha no determinada del otoño-invierno del 1996, el acusado Pedro Varela Geiss escribió y distribuyó a sus clientes, tanto por 'mail' como mediante entrega gratuita a quienes visitaban la librería Europa, el nº 10 de una serie denominada 'Cartas', en la que bajo el título 'El Mito de Ana Frank' afirma entre otras cosas: 'El mito ¿o tendríamos que decir el timo de Ana Frank?, es probablemente ambas cosas a la vez, a raíz de las investigaciones que hemos podido reunir al respecto. Conocida en el mundo entero por su famoso Diario, es sin duda «la víctima del holocausto» más celebrada (...) Pero lo cierto es que el caso de Ana Frank no es diferente al de otros muchos judíos sujetos a la política de medidas antisemitas en tiempo de guerra, llevadas a cabo por las potencias del Eje (…). Como parte del programa de evacuación de los judíos de Europa occidental, la niña de 14 años y otros miembros de su familia, fueron trasladados por tren de Holanda al campo de trabajo de Auschwitz-Bierkenau. Varias semanas más tarde, ante el avance del ejército soviético, junto a otros muchos deportados judíos fue trasladada al campo de Bergen-Belsen, en Alemania del Norte. Fue allí donde, junto a otros compañeros del campo, Ana cayó enferma de tifus, enfermedad de la que murió a mediados de marzo de 1945. No fue ejecutada ni asesinada. Ana Frank, pereció —al igual que millones de no judíos en Europa durante los meses finales del conflicto—, como otra víctima indirecta de la guerra más devastadora (…)".

Derecho a la salud en situaciones de detención

TEDH, *SALAKHOV e ISLYAMOVA c. UCRANIA*,
14 de MARZO de 2013

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**[1]

En el caso de *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*,[2] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el "TEDH" ó "el Tribunal"), vertió importantes conceptos relativos a cómo la mala atención médica proveída a las personas detenidas impacta negativamente sobre el deber del Estado de proteger la vida.

I | Los hechos del caso

Según el relato de hechos, el Sr. Salakhov (en adelante "la víctima"/"el peticionario"), quien fuera diagnosticado como HIV positivo en 2005, fue detenido en 2007 por supuesto robo, y permaneció en esa situación aproximadamente hasta febrero de 2008, aparentemente en buen estado de salud. Vale decir que los demandantes y el Estado disienten en el hecho de si el Sr. Salakhov informó o no a la policía que padecía HIV.

A partir de marzo de 2008, el peticionario se quejó de diversos malestares, hasta que en junio de ese año, como consecuencia de numerosos episodios clínicos, se concluyó que su sintomatología revelaba portación de HIV

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania*, (n° 28005/08), 14 de marzo de 2013.

en cuarta etapa clínica.[3] Pese a ello, el profesional tratante determinó en que no había necesidad urgente de hospitalización. En sentido similar, la Corte distrital rechazó un planteo del defensor de Salakhov, orientado a eximirlo de la detención en vistas de su crítico estado de salud.

En 2008, el peticionario obtuvo una medida provisional de parte del TEDH[4] donde se exhortaba a Ucrania el inmediato traslado de la víctima a una institución médica que concediera el tratamiento adecuado. La misma fue desconocida incluso en ocasiones posteriores en las cuales el peticionario solicitó la eximición de prisión invocándola.[5]

En julio de 2008, Salakhov resultó condenado por el delito de fraude al pago de una multa. Sin embargo, hasta que el pronunciamiento adquiriera firmeza, el peticionario debía permanecer en prisión, aún pese la existencia de un dictamen médico que lo desaconsejaba.[6] No fue sino hasta agosto de 2008, poco antes de morir, que Salakhov fue llevado a su casa.[7]

Luego de la muerte del Salakhov, su madre (Islyamova), impugnó ante el Ministerio Público la atención médica deficiente y tardía que recibió su hijo (cabe referir que éste llegó a ser atendido sujeto con esposas), lo cual, en su entendimiento, condujo a la muerte del peticionario. Sin embargo, sus planteos no tuvieron éxito, pues las autoridades atribuyeron la demora en suministrar el tratamiento al hecho de que el demandante no hubo notificado desde un principio la existencia de su enfermedad.

La madre apeló exitosamente esas decisiones, lo cual motivó que el caso fuera reenviado más de una vez al tribunal de primera instancia para que decidiera reabrir las investigaciones.

La reapertura no fue dictada sino hasta marzo de 2012, con resultados aún desconocidos.[8]

(3) *Ibid.*, párr. 22.

(4) *Ibid.*, párr. 29.

(5) *Ibid.*, párrs. 31/32.

(6) *Ibid.*, párr. 46.

(7) *Ibid.*, párrs. 54/55.

(8) *Ibid.*, párr. 82.

2 | La sentencia del Tribunal Europeo

Con base en los artículos 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes) del Convenio Europeo (CEDH), los agravios ante el TEDH se centraron en la falta de protección de la salud del Sr. Salakhov, el hecho de que se lo sujetara con esposas, y la inefectividad de la investigación doméstica.(9)

El Tribunal consideró oportuno, primeramente, relacionar los hechos denunciados y los artículos convencionales invocados, a los fines de establecer si los primeros resultaban acertadamente subsumibles dentro del ámbito de reproche de los segundos. Al hacer este análisis, el TEDH revisó su propia jurisprudencia, recordando que, en casos de similar plataforma fáctica, donde la consecuencia de la mala atención médica era la muerte, los magistrados se habían inclinado por resolver el caso desde la lupa del art. 2. Por el contrario, cuando la víctima había logrado mantenerse con vida, el enfoque del asunto partía desde el art. 3.(10)

Este caso, sin embargo, dadas sus particularidades, llevó a la Corte a estudiar cada agravio separadamente, pero desde el análisis conjunto de los arts. 2 y 3. Ello a partir de que se hubo alegado un nexo causal entre el deceso de Salakhov y los hechos motivo de reclamo.(11)

2.1 | Atención médica en la cárcel y en hospitales públicos

El TEDH se abocó, en primer término, a estudiar si efectivamente había existido o no atención médica adecuada disponible para la víctima. Para ello, previo a todo análisis, el Tribunal consideró que las autoridades no habían tomado conocimiento de la enfermedad padecida por Salakhov sino hasta junio de 2008, es decir, muy tardíamente. Tal circunstancia, en cierto modo, avaló el argumento estatal de que la atención médica proporcionada no pudo ajustarse a las pretensiones de la víctima, toda vez que se desconocía el padecimiento de Salakhov.

(9) *Ibid.*, párr. 89.

(10) *Ibid.*, párr. 107.

(11) *Ibid.*, párr. 111.

Según la jurisprudencia constante del TEDH, el art. 3 del Convenio obliga a los Estados Parte a garantizar que la salud y el bienestar de una persona detenida estén asegurados adecuadamente, lo cual incluye, entre otras cosas, la porporción de un médico.(12) A los efectos de conocer si tal obligación se ha cumplido, es crucial determinar si las autoridades proporcionaron un mínimo de supervisión médica.(13) En síntesis, el Tribunal debe analizar si a una persona que demanda cuidados médicos regulares se le privó de los mismos, y si ello constitutyó un trato inhumano o degradante en los términos del art. 3 del Convenio.(14)

Por otra parte, el TEDH recordó que la distribución de la carga de la prueba varía según los hechos denunciados, los agravios, y el derecho en juego.(15) En consecuencia, en un caso como éste, donde la información sobre las condiciones de detención, incluida la cuestión de la atención médica, se halla en poder de las autoridades, puede que los peticionarios tengan dificultades para conseguir pruebas que funden su posición.(16) Con ello, sólo se les exige una relación circunstanciada de los hechos alegados,(17) trasladándose al Estado la carga de la prueba. Así las cosas, un conjunto probatorio acercado por el Estado que demuestre una supervisión médica constante y adecuada, desacreditaría al peticionario que se agravia de la mala atención médica, mientras que la ausencia de tales datos permite presumir el incumplimiento de las obligaciones en trato.(18) Y es que un fuerte deterioro en el estado de salud de una persona que ha permanecido detenida arroja dudas sobre la atención médica que se le ha brindado.(19)

(12) TEDH, *Kudla c. Polonia* [GC] (n° 30210/96), 2000-XI, párrs. 93-94.

(13) TEDH, *Popov c. Rusia* (n° 26853/04), 13 de julio de 2006, párr. 211; *Mechenkov c. Rusia* (n° 35421/05), 7 de febrero de 2008, párr. 102.

(14) TEDH, *Farbtuhs c Letonia*, (n° 4672/02), 2 de diciembre de 2004, párr. 53; *Sarban c. Moldavia*, (n° 3456/05), 4 de octubre de 2005, párr. 78.

(15) TEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria* (n^{os} 43577/98, 43579/98), párr. 147.

(16) TEDH, *Vladimir Vasilyev c. Rusia* (n° 28370/05), 10 de enero de 2012, párr. 66.

(17) TEDH, *Visloguzov c. Ucrania* (n° 32362/02) 20 de mayo de 2010, párr. 45.

(18) TEDH, *Pitalev c. Rusia* (n° 34393/03) 30 de julio de 2009, párr. 55; *Petukhov c. Ucrania* (n° 43374), 21 de octubre de 2010, párr. 96.

(19) TEDH, *Farbtuhs c. Letonia*, cit., párr. 57.

En el caso del Sr. Salakhov, el Gobierno no acompañó prueba que lo liberara de esa sospecha, mientras que, por su parte, el peticionario —y sobre todo su madre—, aportaron un detallado análisis de hechos, y acreditaron fehacientemente su imposibilidad de producir pruebas. Tal circunstancia permitió al TEDH aseverar que el Estado violó el art. 3 del Convenio, en los términos señalados.

A similar conclusión llegó el Tribunal al evaluar la atención médica proporcionada por los hospitales públicos que trataron a Salakhov. En efecto, tras recordar que los actos y omisiones de las instituciones públicas pueden llegar a comprometer la responsabilidad del Estado,[20] el TEDH convalidó los dictámenes del cuerpo médico forense de Crimea en los cuales se había criticado con dureza el tratamiento ofrecido al peticionario.

2.2 | Sujeción mediante esposas

El Tribunal sostuvo que el peticionario estuvo esposado casi todo el tiempo, desechando el argumento estatal de que esa medida de seguridad había sido aplicada ocasionalmente.[21]

Seguidamente, reconoció que la sujeción mediante esposas comúnmente no constituye un hecho suceptible de generar una violación del art. 3, siempre que se aplique en el marco de una detención legal, y no implique un uso de fuerza o exposición pública superiores a lo que se estime necesario.

En todo caso, al momento de evaluar la pertinencia de esta medida, cabe considerar el eventual peligro de fuga del detenido, o los daños que éste pueda provocar.[22]

En el caso del señor Salakhov, su crítico estado de salud y el hecho de que estuviera escoltado por guardias, aventaba tales riesgos. En consecuencia, la medida resultaba a todas luces injustificada, y además implicaba un

(20) TEDH, *Glass c. Reino Unido* (n° 61827/00), 2004-II, párr. 71.

(21) TEDH, *Salakhov e Islyamova c. Ucrania,* cit., párr. 151.

(22) TEDH, *Raninen c. Finlandia,* 16 de diciembre de 1997, 1997-VIII, párr. 56; *Henaf c. Francia,* (n° 65436), párrs. 50/53.

tratamiento inhumano y degradante aplicado contra la víctima, en vistas de su mal estado de salud.

2.3 | Protección de la Vida

A juicio de la madre de Salakhov, el Estado había fallado en su deber positivo de proteger la vida de su hijo.

El TEDH, con base en la doctrina del señero precedente *Osman,*[23] se dispuso a estudiar si, en el caso concreto, el Estado había hecho todo lo razonablemente esperable para proteger la vida del peticionario. Cabe recordar que esta obligación se activa desde el momento en que existe un riesgo real e inmediato para la víctima, conocido por el Estado.

Según el Tribunal, la citada obligación se activó a partir de junio de 2008, cuando existía un diagnóstico crítico de la salud de Salakhov, que además era conocido por las autoridades.

Por otro lado, el TEDH se dispuso a estudiar la compatibilidad de la detención con el estado de salud del peticionario, desde el punto de vista del deber de protección de la vida. Al hacerlo, recordó que existen tres elementos útiles para juzgar dicha relación compatibilidad: a) el estado de salud del detenido, b) la pertinencia de la atención médica proveída en prisión, y c) la conveniencia de mantener la pena privativa de libertad, en vistas del estado de salud de la persona.[24]

A ojos del Tribunal, la incompatibilidad de la detención con el estado de salud de Salakhov resultaba evidente, toda vez que, con el tiempo, cada vez eran más preocupantes los padecimientos sufridos por aquel, y más desaconsejable y cruel resultaba el mantenimiento del encierro.

Todos estos factores llevaron al Tribunal a concluir que, en el caso a despacho, el Estado no había hecho todo lo razonablemente posible, en tiempo oportuno y de buena fé, para evitar la muerte de Salakhov.

(23) TEDH, *Osman c. Reino Unido,* 28 de octubre de 1998, 1998-VIII, párr. 116.

(24) TEDH, *Mousiel c. Francia* (nº 67263/01), párr. 40; *Melnik c. Ucrania,* cit., párr. 94.

3 | Consideraciones finales

En el caso estudiado, se destaca la valoración que el Tribunal dio a la mala (o nula) atención médica recibida por el Sr. Salakhov, ubicándola como uno de los factores determinantes de la violación al art. 2 (derecho a la vida) del Convenio Europeo.

Tal inteligencia es conteste con las expresiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que más de una vez ha sostenido que las personas privadas de la libertad son acreedoras de protección especial, habida cuenta de que se hallan sometidas a un fuerte control por parte de quienes las custodian.(25) Esa protección especial implica, entre otros deberes, el de asegurar una vida digna y respetuosa de la integridad personal del recluso.

Debe recordarse que la pena, en tanto tiende a la readaptación del condenado (art. 10.3 PIDCYP), y no a su castigo, jamás puede significar la total privación de sus derechos humanos.(26)

(25) Corte IDH, "Caso del Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004, p. 153.

(26) *Ibíd.*

Derecho a la vida privada y familiar

Robo de bebés

TEDH, *ZORICA JOVANOVIC c. SERBIA*,[1]
26 de MARZO de 2013

por **AGUSTÍN MOGNI**[2]

I | Los hechos del caso

En el presente caso, la peticionaria es Zorica Jovanovich, de nacionalidad serbia, nacida en 1953, quien junto a su pareja dio a luz a su hijo el 28 de octubre de 1983 en el hospital estatal "Centro Médico Cuprija". Los primeros informes de salud del niño fueron óptimos y hasta se les permitió a los padres pasar gran cantidad de tiempo con su hijo. A pesar de esto, con fecha 31 de octubre, el médico les informó que el niño había fallecido por causas desconocidas, provocando que los padres inmediatamente salieran corriendo hacia la sala de maternidad. Una vez allí, no solo no les permitieron ingresar, sino que una enfermera intentó inyectarle un sedante a la peticionaria, por lo que decidió irse del hospital. Luego, le informaron que no podrían disponer del cuerpo ya que la autopsia sería realizada en la ciudad de Belgrado, a más de 150 kilómetros de Cuprija, lo cual, según el hospital, era una práctica común.

(1) TEDH, *Zorica Jovanovich c. Serbia* (n° 21794/08), 23 de marzo de 2013.

(2) Integrante del Proyecto de Investigación 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 22 de noviembre de 2002, es decir, casi veinte años después del nacimiento de su hijo, las autoridades de la Municipalidad de Cuprija le informaron a los padres que se había inscripto el nacimiento pero nunca el fallecimiento. El 10 de enero siguiente, el padre del niño presentó una querella en contra del *staff* médico del Hospital por *sustracción de menores*, la cual fue desestimada por el Fiscal al considerar que "hay suficiente prueba de que el hijo falleció el 31 de octubre de 1983",(3) considerando que no había más que investigar.

En 2005, cientos de padres en la misma situación que Zorica se unieron con el fin de obtener respuestas acerca de sus bebes desaparecidos, especialmente durante los '70 y '80, realizando una consulta al Parlamento serbio. Este adoptó, en julio de 2006, el pliego presentado por el Comité Investigador establecido para esta causa en particular, el cual concluyó que:

1. Hubo importantes irregularidades por parte de los órganos estatales en la aplicación de las leyes y procedimientos;
2. La gravedad de la situación ameritaba la duda o preocupación de los padres acerca del verdadero paradero de sus hijos;
3. No podría ser efectiva, a la actualidad, ningún tipo de investigación criminal por la cantidad de tiempo transcurrido.

Asimismo, luego de una investigación aún mayor, el Defensor Público (*Ombusdman)* presentó un reporte el 29 de julio de 2010 en el cual se encuentran los siguientes puntos a destacar:

1. Que en Serbia, al día de la fecha, no hay ningún procedimiento o norma clara de qué se debe hacer en caso de producirse el fallecimiento de un niño en la institución hospitalaria;
2. Que la opinión médica que prevalecía era la no entrega del cuerpo a los padres para privarlos del sufrimiento psicológico que conlleva la muerte de un hijo, a pesar de que dicho accionar les acentuaba la angustia;
3. Que los reportes de autopsia estaban incompletos, o inconclusos o con alto nivel de dudosa veracidad;
4. Que la respuesta que devino a dichos casos por parte del Gobierno fue inadecuada o insuficiente;

(3) *Ibid.*, párr. 17.

5. Que está vigente el derecho de los padres a saber la verdad del paradero de sus hijos, lo que podría llevarse a cabo con una ley acorde al marco de violación de los derechos.

Por ello, y sin saber dónde se encuentra el cuerpo del niño, la madre se presenta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o "el Tribunal") en busca de que se declare la responsabilidad internacional de Serbia y de obtener, a su vez, la debida reparación.

2 | Análisis del Tribunal

La Segunda Sección del Tribunal, primero, hace referencia a las excepciones preliminares interpuestas por Serbia, relacionadas con la incompetencia *ratione temporis* y con las condiciones de admisibilidad de una demanda, estipuladas en el art. 35[4] del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, "el Convenio"). Con respecto a la primera de ellas, el Convenio entró en vigencia para Serbia el 3 de marzo de 2004, mientras que los hechos son previos a dicha fecha. Sin embargo, el TEDH retoma su jurisprudencia[5] para definir a la desaparición de personas como un fenómeno caracterizado por su continuidad en el tiempo, situación en la que se hace presente la incertidumbre y la falta de información, o incluso, una ocultación deliberada acerca del paradero de dicha persona. Entonces, mientras perdure la desaparición de la persona en cuestión persiste la violación al derecho, por ello el Tribunal decide desestimar esta excepción preliminar.

En el inciso primero de dicho artículo, se establece el plazo de seis meses para presentar una demanda, posterior al agotamiento de los recursos internos. Según el Estado, debería haberse interpuesto la demanda dentro de los seis meses contados a partir de la entrada en vigencia

(4) "Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva"(Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 35).

(5) TEDH, *Varnava y otros c. Turquía* (n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 et 16073/90), 10 de enero de 2008.

del Convenio, mientras que la otra parte afirma haber esperado a que finalice el debate parlamentario debido a que tenían esperanzas de que se les brinde una solución. Frente a este planteo, el Tribunal afirma que el objetivo del mencionado inciso es fomentar la seguridad jurídica[6] y evitar que "las controversias del pasado puedan ser planteadas sin límite de tiempo".[7] A pesar de esto, la jurisprudencia constante del Tribunal sostiene que dicho requisito temporal no será aplicable en situaciones de violaciones continuadas,[8] por ello, el TEDH desestima la excepción preliminar planteada por el Estado ya que no puede considerarse irrazonable la espera de los padres a un dictamen favorable que les provea una solución por parte del Parlamento.

Con respecto a la tercera y última excepción interpuesta por Serbia, relativa al agotamiento de los recursos internos, el TEDH la desestima afirmando que no fue efectiva la interposición de demandas en los ámbitos tanto civil como penal y que el Estado, al que le corresponde la carga de la prueba, no ha probado cuál es el remedio efectivo que debieron agotar los peticionarios antes de asistir al Sistema Europeo.

En cuanto al fondo del asunto, los peticionarios alegan que el Estado es responsable de la falta de información sobre el paradero de su hijo y de su supuesta muerte. En tanto, el Estado alega que la desaparición le es inimputable ya que no habría prueba alguna de la separación ilegal entre madre e hijo y que fue realizada en una institución médica y no en un órgano estatal. Frente a esto el Tribunal considera que se ha violado el art. 8 del Convenio,[9] cuyo objeto principal es la protección de los individuos contra las injerencias arbitrarias cometidas por las autoridades públicas, debido a que no se ha realizado una investigación idónea, Serbia ha admitido que la opinión médica consideraba que les ahorraba sufrimiento a los padres y que continúa la falta de esclarecimiento.

(6) TEDH, *Walker c. Reino Unido* (n° 34979/97), 2000-I.

(7) TEDH, *Zorica Jovanovich c. Serbia*, cit., parr. 52.

(8) TEDH, *Cone c. Rumania* (n° 35935/02), 24 de junio de 2008, § 22.

(9) "Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho…" (CEDH, art. 8).

Conjuntamente, la demandante invoca la violación del art. 13 en relación con el art. 8 del mismo instrumento internacional;[10] para así hacerlo alega que el Estado no la ha compensado de forma alguna, a pesar de haber accedido por las vías idóneas, por la vulneración continua previamente desarrollada. El Tribunal declara admisible el agravio pero no lo examina por separado ya que lo considera innecesario.

Para finalizar, el Tribunal declara admisible la demanda, que se ha producido una violación al artículo 8 y que no es necesario expedirse acerca del art. 13. A su vez, establece la reparación económica y, de mayor importancia, le impone al Estado adoptar todas las medidas apropiadas para reparar individualmente a todos los padres que se encuentren en una situación similar a las víctimas de este caso, acorde a lo que establece el art. 46 del Convenio Europeo en relación a la fuerza obligatoria y la ejecutoriedad de las sentencias.[11]

3 | Consideraciones finales

El presente caso reviste de una gran importancia ya que es el primer caso que se expide en el Tribunal Europeo acerca del robo de bebés exclusivamente y, al mismo tiempo, es una sentencia aplicable a los demás casos similares que fueron llevados al Sistema Europeo contra Serbia.

No hay dudas de que es una sentencia positiva ya que le atribuye responsabilidad al Estado por hechos acaecidos en el ámbito de un centro médico, sin embargo, considero que se podría haber obtenido un pronunciamiento de mayor integralidad con respecto a la salud y el deber del Estado. Un claro ejemplo de esto se encuentra en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en el "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil"[12] en el cual la Corte Interamericana establece que al ser la salud la materia en

(10) "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" (CEDH, art. 13).

(11) "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes" (CEDH, art. 46).

(12) Corte IDH, "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil", Excepciones, Fondo y Reparaciones, 4 de julio de 2006, Serie C, N° 149.

cuestión, el Estado tiene un deber positivo tanto sobre las instituciones públicas como las privadas, y que debe realizar un control extensivo en ambas instituciones para garantizar en plenitud el disfrute de la salud.

Al margen de lo anteriormente expuesto, esta sentencia de gran importancia, que ha sido traducida a diversas lenguas, sienta un precedente más que relevante en el desarrollo del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos.

Libertad de expresión

TEDH, *NOVAYA GAZETA y BORODYANSKIY c. RUSIA*,
28 de MARZO de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**[1]

1 | Los hechos del caso

La editorial *Novaya Gazeta*, primer denunciante, publicó una serie de artículos escritos por el segundo denunciante, Borodyanskiy. Entre ellos se encontraba uno titulado "Las personalidades reciben préstamos",[2] que trata el tema de ciertas irregularidades en el seguro de préstamos impagos mediante diversas estrategias fraudulentas. En la publicación se enumeraban individuos que, según el artículo, formaban parte de estos planes. Uno de los supuestos participantes era M. R., un político y empresario de Kazajistán, interesado en la producción agrícola de la región de Omsk. En el texto, el gobernador de la región, P., figura como involucrado favoreciendo al comerciante ya mencionado.

Ante estas circunstancias, P. promueve una demanda invocando la protección de su buen nombre, honor, dignidad y reputación profesional. La corte que evaluó la situación decidió que, al constatarse la presencia de elementos difamatorios, procedía una rectificación pública de las declaraciones, así como una indemnización por daños no pecuniarios. Al apelar, el primer denunciante alegó que el artículo contenía juicios de valor no susceptibles de ser probados, pero no se tuvo en cuenta esta cuestión y se lo condenó a lo mismo que en la instancia anterior.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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, *Novaya Gazeta y Borodyanskiy c. Rusia* (n° 14087/08) 28 de marzo de 2013, párr. 8.

En cuanto al derecho interno relevante, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "el Tribunal" o "TEDH") menciona que, en un decreto del pleno de la Corte Suprema de la Federación Rusa, se aclara que se debe distinguir entre declaraciones de hechos, cuya veracidad puede ser chequeada, y juicios evaluativos, opiniones y convicciones, que constituyen una expresión de visiones y opiniones subjetivas que no pueden ser valoradas de la misma forma.

2 | Análisis

Los denunciantes consideran que se violó su derecho a la libertad de expresión, contenido en el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "el Convenio"). El Tribunal, al examinar la cuestión, establece una serie de principios generales que deberán regir en estos casos. Primero, se refiere a la importancia primordial de la libertad de expresión en una sociedad democrática, debiendo asegurarse no sólo las manifestaciones inofensivas de opinión, sino también las que puedan resultar ofensivas para algunos, en favor del pluralismo. Segundo, deja sentado que las restricciones deben ser interpretadas estrictamente por autoridades competentes y que estas consideraciones siempre estarán sujetas al control del TEDH. Tercero, la Corte reitera el rol de "guardián público"[3] de la prensa, lo que significa que le incumbe impartir información e ideas de interés público y que la audiencia y los lectores, a su vez, tienen derecho a recibirlas. Esta característica es la que autoriza a veces a la prensa a exagerar, provocar y hacer declaraciones inmoderadas. Por último, el Tribunal vuelve a hablar de la "necesidad social imperiosa" capaz de justificar la interferencia en el ejercicio de este derecho, distinguiendo entre los hechos demostrables, y los juicios de valor no susceptibles de ser probados.

El TEDH nota que los procesos de difamación interfieren con los derechos enumerados en el art. 10 del Convenio, aunque en razón de una ley y con un fin legítimo, proteger la reputación de P. Así, analiza si la interferencia fue necesaria en una sociedad democrática, si fue justificada por un interés estatal urgente, y si los objetivos perseguidos fueron proporcionales con la restricción. El Tribunal aclara que la sola existencia de estos fines

(3) *Ibid.*, "*Public watchdog*", párr. 29.

legítimos no es suficiente para indicar el mencionado interés estatal. Asimismo, se refiere al rol fundamental de la prensa en lo que se refiere a los eventos públicos y su discusión en una sociedad democrática. Por esa razón, instituye que el margen de apreciación del Estado en estos casos es más reducido y debe tolerar cierto grado de exageración, provocación y lenguaje inmoderado a la prensa. Además, la Corte reitera que las figuras públicas —como P.— se exponen a un escrutinio mayor respecto de sus actos, ya sea por parte de los periodistas o del público.

Al ejercer los derechos protegidos por la Convención, los periodistas —de acuerdo con la Corte—, deben seguir los principios del periodismo responsable, obrar de buena fe, proveer información precisa y confiable, reflejar objetivamente las opiniones de aquellos que forman parte del debate público y abstenerse del puro sensacionalismo. En el caso, los demandantes no presentaron pruebas de que sus aseveraciones tuvieran una base fáctica, al considerar que se trataba de un juicio de valor que no requería prueba alguna. Para el TEDH, hasta un juicio de valor puede ser excesivo si no tiene un apoyo real. En consecuencia, considera que el hecho de afectar la reputación de P. sin ofrecer ninguna evidencia no se corresponde con la buena fe exigida a los periodistas, de lo cual se desprende que la interferencia en la libertad de expresión de los demandantes se basó en razones relevantes y suficientes. También opina que las sanciones impuestas son proporcionales.

3 | Caso análogo en el Comité de Derechos Humanos

Las circunstancias expuestas guardan enorme similitud con los hechos presentados en la Comunicación 2027/2011 del Comité de Derechos Humanos[4] (en adelante "el Comité"), cuya decisión se dio a conocer sólo un mes después de la del TEDH. En aquella, el autor —Almas Kusherbaev— escribió un libro sobre cuestiones de opinión pública en Kazajistán. En respuesta, un diputado, Romin Madinov, entabló una demanda civil por difamación acusándolo de haber dañado su imagen. Se lo condenó a resarcirlo. Por un lado, el autor presentó un recurso alegando la vulneración de su derecho a la libertad

(4) ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 2027/2011, dictamen aprobado el 30 de abril de 2013.

de expresión; por otro, Madinov presentó otro para una indemnización más elevada. El tribunal desestimó el primero y admitió parcialmente el segundo, aumentando considerablemente la indemnización. El Tribunal Supremo ratificó la sentencia. El autor alega que pasará el resto de su vida abonando la indemnización y que se enfrentará a una posible pena de prisión en caso de dejar de hacerlo.

Kusherbaev acude al Comité alegando la vulneración a su derecho a la libertad de expresión incluido en el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "el Pacto"), refiriéndose a la jurisprudencia del TEDH en el tema.

Parece pertinente señalar el análisis que realiza. Entre sus aspectos más relevantes, se refiere a que "el derecho a la libertad de expresión protege tanto los discursos ofensivos e insultantes como los que se reciben de manera positiva".[5] A su vez, menciona el especial tratamiento de los políticos en cuanto a sus actividades públicas, que deben tener un mayor umbral de tolerancia a las críticas, en virtud de su alta exposición.[6] Más aún, no se limita el principio cuando el político ejerce otras actividades, como las empresariales.[7] Acude también al argumento de las declaraciones de opinión no demostrables.[8] Por ello, considera que el hecho de que le requirieran evidencia en los tribunales internos no resultaba adecuado. Al hacer referencia a que las restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática, Kusherbaev cita al Tribunal cuando éste establece que debe haber proporcionalidad razonable entre la condena al pago de daños y el perjuicio causado a la reputación[9] y que deben tenerse en cuenta los posibles efectos de dicho pago para el demandado.[10]

(5) ONU, Comunicación 2027/2011, párr. 3.4; TEDH, *Sürek c. Turkey N° 2* (n° 24.122/94) 8 de julio de 1999, párr. 34.

(6) ONU, Comunicación 2027/2011, párr. 3.5; TEDH, *Lingens c. Austria* (n° 9815/82) 26 de febrero de 1986, párr. 42.

(7) ONU, Comunicación 2027/2011, párr. 3.5; TEDH, *Dichand y otros c. Austria* (n° 29271/95) 26 de febrero de 2002, párr. 49.

(8) ONU, Comunicación 2027/2011, párr. 3.6; TEDH, *Dichand y otros c. Austria*, cit., párr. 42.

(9) ONU, Comunicación 2027/2011, párr. 3.8; TEDH, *Tolstoy Miloslavsky c. Reino Unido* (n° 18139/91) 13 de julio de 1995, párr. 49.

(10) ONU, Comunicación 2027/2011, párr. 3.8; TEDH, *Steel y Morris c. Reino Unido* (n° 68416/01) 15 de febrero de 2005, párr. 96.

Al entrar en vigor en 2009 el Protocolo Facultativo del Pacto, el Comité evalúa los actos del Estado a partir de esa fecha. De esta manera, el autor considera admisible al caso desde que los pagos por daños y perjuicios que siguieron tras la entrada en vigor del Protocolo constituyeron por sí violaciones a los derechos del Pacto. El Comité no concuerda con esta posición, por lo que decide que la comunicación es inadmisible *ratione temporis*.

4 | Consideraciones finales

En lo atinente al primer caso y la posición que adopta la Corte, resulta difícil el estudio de la situación si no existe ningún fundamento de parte de los demandantes en cuanto a las bases fácticas de su publicación. El Tribunal hubiera podido aprovechar la oportunidad para fijar un criterio que estableciera cuál es la fina línea que determina la posibilidad de analizar o no la distancia entre los juicios de valor y la realidad. Parece ser que los demandantes entendieron que no había necesidad alguna de justificarla y que la sola mención de una cuestión de interés público bastaría para publicar cualquier opinión, sin importar los derechos que pudieran vulnerarse. Esta confusión puede traer aparejadas publicaciones lesivas de derechos y un amplio margen de discrecionalidad para la restricción de la libertad de expresión, tanto de parte del Estado como del Tribunal.

Es preocupante, al mismo tiempo, que el TEDH se refiera, como fundamento de su decisión, a conceptos tan abstractos como la buena fe, que resultan poco esclarecedores en casos como este y hacen más difícil una discusión productiva. La mención hecha al reflejo objetivo de opiniones aparece como poco realista en un contexto mundial donde los medios de comunicación sirven para expresar opiniones políticas y suelen proteger los intereses de quienes los financian y dirigen, aunque sería interesante ahondar en este concepto y ponerle límites claros a la subjetividad del periodismo. Entre éstos últimos, podrían aconsejarse, por ejemplo, la identificación de las meras opiniones en la publicación o la alusión al sistema utilizado para seleccionar los testimonios o discursos citados y los extractos de los mismos. Lo relevante para sentar estos criterios debería ser, principalmente, el derecho a la información del público en un contexto de respeto hacia el pluralismo.

Respecto al segundo caso, es discutible que el Comité se limite a decidir su inadmisibilidad, dado que los efectos de aquél continúan vigentes y lo seguirán estando. Esta situación no deriva sólo del caso en particular, sino de la situación preocupante de violaciones usuales al derecho a la libertad de expresión en Kazajistán.(11) El Comité tiene dicho que "el Protocolo Facultativo no se puede aplicar retroactivamente y que por tanto, el Comité se ve en la imposibilidad *ratione temporis* de examinar hechos acaecidos antes del 25 de diciembre de 1991, a menos que sigan ocurriendo después de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo o tengan efectos que de por sí constituyan una violación del Pacto".(12)

Según la jurisprudencia del TEDH, cuando la situación es continua tiene competencia para analizarla a pesar de que haya ocurrido antes de su reconocimiento.(13) Lo mismo opina la Corte IDH,(14) aunque los casos en que se admite esta competencia extendida suelan estar relacionados con graves violaciones de derechos humanos.

En atención a la especial situación de Kazajistán en cuanto a la vulnerabilidad de los periodistas frente a la clase política, parecía posible un análisis más profundo por parte del Comité, que permitiera establecer si el derecho a la libertad de expresión continuaba o no siendo violado.

Ambos órganos, en casos similares, aunque resuelvan de manera diversa, coinciden en que dejan pasar las ocasiones que los demandantes les dan de fijar estándares más claros y, en lugar de sacarles provecho, se mantienen al margen de la discusión.

(11) *Civil defamation laws fail to meet international freedom of expression standards* [en línea], http://www.osce.org/home/73750

(12) ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 499/1992, dictamen aprobado el 30 de marzo de 1993, párr. 4.2.

(13) TEDH, *Almeida Garrett, Mascarenhas Falcao y otros c. Portugal* (n° 29813/96 y 30229/96) 11 de enero de 2000, párr. 43.

(14) Corte IDH, "Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua", Excepciones Preliminares, sentencia de 27 de enero de 1995, Serie C N° 21, párrs. 23/26; y "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 155.

Debido proceso

Derecho al acceso a un tribunal y publicidad de las sentencias

TEDH, *FAZLIYSKI c. BULGARIA*,
16 de ABRIL de 2013

por **MARINA CHERTCOFF**[1]

I | Los hechos del caso

El presente caso trata la denuncia realizada por Krasimir Gerorgiev Fazliyski, quien fuera despedido de su trabajo en la Dirección Nacional de Seguridad del Ministerio de Asuntos interiores de Bulgaria luego de que hubiese sido determinado por un informe psicológico que no contaba con las aptitudes psicológicas necesarias para llevar a cabo sus tareas. En función de una disposición interna del Ministerio de Asuntos Interiores de 1997 que había creado el Instituto Psicológico de dicho Ministerio, sus empleados podrían ser periódicamente evaluados psicológicamente por distintos motivos,[2] y dicho informe no podría ser sujeto a revisión judicial, a la vez que, en caso de determinarse que uno de los empleados no se encontraba en condiciones psicológicas para desarrollar su tarea, el Ministerio se vería compelido a despedirlo.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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) Evaluar actual condición mental, estudiar la disminución de la motivación en el trabajo o falta de adaptación, prevenir el abuso de poder, etc.

En primera instancia, dicho informe había sido solicitado luego de que se intentara, desde noviembre del 2002, suspender al denunciante debido a "faltas disciplinarias" que incluían denuncias atinentes a que Fazliyzki amenazaba a sus colegas con la posición jerárquica que él ocupaba dentro del Ministerio. Asimismo, se consideró que sus actividades en la cría de peces eran incompatibles con su trabajo como agente.

Luego de haber sido elaborado el mencionado informe en junio del 2003, el 27 de junio del mismo año fue efectivamente suspendido de sus funciones. El 26 de agosto de 2003, el peticionario inició acciones legales ante una corte de primera instancia. Más adelante, las actuaciones pasaron a un panel de tres miembros de la Corte Suprema administrativa donde se rechazó el pedido de apelación contra la decisión de despido, dado que se consideró que el procedimiento contra el denunciante había sido llevado a cabo conforme a los procedimientos establecidos por la ley búlgara. Además, la Corte Administrativa se consideró incompetente para revisar los resultados del informe psicológico.

Esta última decisión fue sostenida por un panel de cinco miembros de la misma corte. Sin embargo, dado que los procedimientos eran clasificados, Fazliyski se vio imposibilitado para obtener copias de las decisiones de la Corte Suprema Administrativa; sin embargo, se le concedieron dos certificados donde se incluyeron las provisiones y órdenes de dicha sentencia.

2 | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "El Tribunal" o "TEDH"), el peticionario realizó una denuncia alegando que el Estado búlgaro había violado el art. 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (En adelante, el "Convenio" o el "CEDH") en cuanto a la negativa de la Corte Suprema Administrativa a analizar la validez del informe psicológico que produjo el relevamiento de sus funciones. Por otro lado, también denunció la violación del art. 6.1 del Convenio concerniente a la clasificación de los procedimientos de la Corte Suprema Administrativa, que tuvo como resultado que sus decisiones no

fueran publicadas y que el mismo denunciante no hubiera podido obtener copias de dichas actuaciones. Sin embargo, el Tribunal procedió a analizar los dos hechos alegados a la luz del art. 6, dado que los requerimientos del art. 13 son menos estrictos que los del art. 6, y a la vez, son absorbidos por el art. 6.1

En primer lugar, el Tribunal reiteró sus estándares constantes con respecto a la aplicabilidad del art. 6 del Convenio: para que el art. 6.1 sea aplicable en virtud de su faceta civil, debe existir una genuina y seria disputa sobre un derecho que debe estar reconocido en el derecho interno. Dicho conflicto puede relacionarse no solamente con la existencia de ese derecho, sino también con su amplitud y la posibilidad de ser ejercido.(3) Asimismo, el Tribunal para determinar la aplicabilidad del art. 6.1 a casos que involucran el empleo de civiles, utilizó el nuevo criterio esgrimido por la Gran Sala en el caso *Vilho Eskelinen y Otros.*(4) Dicho criterio estipula que el art. 6 es aplicable en su rama civil a todas las disputas que involucren empleados civiles a menos que: a) el derecho interno del Estado parte expresamente vede el acceso a una corte por la jerarquía de la persona en cuestión y b) dicha exclusión debe ser justificada objetivamente.

En el presente caso, el TEDH consideró indiscutible la existencia de una disputa entre un derecho reconocido por la ley búlgara —el derecho a no ser arbitrariamente despedido de su trabajo— y que este conflicto era genuino y serio, y a su vez, que los procedimientos ante la Corte Suprema Administrativa fueron directamente decisivos para el ejercicio del mencionado derecho.(5) Además, el ordenamiento interno del Estado reconoce expresamente el derecho a la revisión judicial del despido de los empleados del Ministerio de Asuntos Interiores.

Al analizar el fondo de la cuestión, el Tribunal dividió en dos los hechos sobre los cuales iba a centrar su análisis: por un lado, el margen de jurisdicción de la Corte Suprema Administrativa, y por otra parte, la ausencia de publicidad de sus sentencias.

(3) TEDH, *Fazliyski c. Bulgaria* (n° 40908/05), 16 de abril de 2013, párr. 51.

(4) TEDH, *Vilho Eskelinen y Otros c. Finlandia* [GC] (n° 63235/00), 19 de abril de 2007.

(5) TEDH, *Fazliyski c. Bulgaria*, cit., párr. 55.

En cuanto al alcance de competencia de la jurisdicción de la Corte Suprema Administrativa, el tribunal remarcó que su tarea era examinar si los procedimientos ante dicho tribunal cumplían o no con los requerimientos del art. 6.1.[6] Si bien el art. 6.1 no impide a las cortes nacionales solicitar y considerar opiniones de expertos y cuerpos forenses para resolver sobre un caso, la Corte Administrativa no solamente tomó en consideración las evaluaciones realizadas por el instituto de psicología del ministerio, sino que lo interpretó como vinculante, negándose a revisarlo por no ser una decisión administrativa. Para cumplir con las condiciones impuestas a la luz del art. 6.1 dicho informe debería haber sido revisado por el tribunal. Además, ninguna razón fue provista por el Estado para justificar la legitimidad o proporcionalidad de restricción al derecho a ser oído por un tribunal competente.[7] Por lo tanto, determinó que el art. 6.1 había sido violado.

Ahora bien, al analizar la clasificación del proceso y la falta de publicidad de la sentencia, el Tribunal mencionó que si bien finalmente los procedimientos y, en consecuencia, las sentencias del tribunal administrativo fueron desclasificados, en primera instancia no se proporcionó ningún tipo de publicidad que le permitiera al público obtener copias. Tal como el Tribunal sostuvo en el caso *Raza c. Bulgaria*, la completa restricción del público de tomar conocimiento de una decisión judicial no puede ser considerada como una garantía. La publicidad de las sentencias asegura la realización de un escrutinio del público de dichas decisiones, y de esta forma, constituyen una salvaguarda básica contra la arbitrariedad. Incluso en los casos donde está involucrada la seguridad nacional, muchos estados han optado por clasificar únicamente aquellas partes de las sentencias cuya desclasificación podría poner en peligro la seguridad del Estado o de terceros. De ahí que se resalta la necesidad de poner en práctica las técnicas existentes para poder equilibrar la seguridad nacional sin negar totalmente una garantía procesal básica como la publicidad de las sentencias.[8] En consecuencia, el Tribunal concluyó en que se había producido la violación del art. 6.1.

(6) *Ibid.*, párr. 56.

(7) *Ibid.*, párrs. 58, 59, 60, 61, 62.

(8) *Ibid.*, párr. 69.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza, por un lado, la aplicabilidad del art. 6.1 a un proceso administrativo que involucra el empleo de civiles. Al respecto, se analizó si la Corte Suprema Administrativa al no haber examinado el informe psicológico que produjo el despido del denunciante constituyó una denegación del acceso a una corte. En efecto, el TEDH determinó que el estado búlgaro había violado el art. 6.1, dado que no ofreció ningún tipo de justificación sobre la proporcionalidad o el fin legítimo perseguido por la medida adoptada.

Otro importante punto analizado fue la publicidad de las sentencias. En concordancia con la jurisprudencia constante del tribunal[9] se reiteró que es un principio general establecido en el derecho internacional que las sentencias deban ser públicas, salvo en algunas reducidas circunstancias. Esto implica que las decisiones de una corte sean leídas en público, así como que también deben estar disponibles para que las personas puedan leerla y tener acceso a ella como garantía contra la administración secreta de la justicia sin la existencia de un escrutinio por parte de la sociedad, lo cual puede derivar en decisiones arbitrarias. Más aún, se enfatiza que este "acceso público" implica que no sólo el acceso a revisar una decisión por parte de las personas con un interés específico, sino que se refiere a la sociedad toda.[10] Al mismo tiempo, se destaca que existe un cierto margen de apreciación dado a los estados sobre este asunto: la forma de publicidad dada a cada decisión en la esfera de las leyes domésticas debe ser establecidas teniendo en cuenta las características de los procedimientos existentes en cada estado parte.

Ahora bien, mientras que todos los estados miembros del Consejo de Europa aceptaron el principio de publicidad, sus sistemas legislativos y práctica judicial revelaron una gran diversidad sobre la amplitud y modo de implementación, en lo concerniente a la realización de audiencias públicas y el pronunciamiento de las sentencias.

(9) TEDH, *Sutter v. Switzerland (*Serie A N° 74), 22 de Febrero de 1984; *Werner c. Austria*; *Szucs c. Austria*; *Pretto and Others v. Italy*.

(10) TEDH, *Sutter v. Switzerland,* cit.

Conservación de huellas digitales

Derecho a la vida privada y familiar

TEDH, *M.K c. FRANCIA*,
18 de ABRIL de 2013

por **MARISOL DORREGO**[1]

I | Los hechos del caso

El peticionario nació en 1972 y vive en París. El 10 de febrero de 2004, una investigación fue abierta en su contra por haber robado libros. En el marco de la investigación, se procede a tomar sus huellas digitales. Por una sentencia del 15 de febrero de 2005, sobre la apelación de una sentencia de primera instancia del tribunal correccional de París del 28 de abril de 2004, la corte de apelaciones de París deja en libertad al peticionario.

El 28 de septiembre de 2005, el peticionario es puesto en vigilancia en el marco de una investigación, igualmente por robo de libros. De nuevo se le toman las huellas digitales.

El 2 de febrero de 2006, dicho procedimiento es mandado a archivo por el procurador de la República de París.

Las huellas digitales tomadas en el proceso son registradas en una base de datos automatizada de huellas digitales (denominada FAED).

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

Mediante una carta enviada el 21 de abril de 2006, el peticionario pide al procurador de la República de París que sus huellas digitales sean eliminadas del FAED.

El 31 de mayo de 2006, el procurador de la República procede únicamente a la eliminación de las huellas digitales tomadas en el marco del primer proceso iniciado contra el peticionario. Expresa que la conservación de un ejemplar de sus huellas digitales se justifica en interés del propio peticionario, permitiendo de esa forma excluir su participación en casos de hechos cometidos por un tercero usurpando su identidad.

El 26 de junio de 2006, el peticionario presenta un recurso ante el juez de liberados y de la detención (juez competente en materia de detención provisoria) del tribunal de gran instancia de París, que es declarado inadmisible. El juez estima que la conservación de las huellas digitales es en interés de los servicios de investigación ya que les permitía disponer de una base de datos con las mayores referencias posibles. El juez añade que dicha medida no causaría ningún gravamen al peticionario, teniendo en cuenta la confidencialidad del FAED, y que excluiría toda consecuencia sobre la vida social o personal del interesado.

El 21 de diciembre de 2006, el presidente de la Cámara de Instrucción de la Corte de Apelaciones de París confirma dicha sentencia. El 1° de octubre de 2008, la Corte de Casación rechaza un recurso del peticionario considerando que el peticionario podría haber hecho valer su argumentación y tomar conocimiento de las motivaciones del ministerio público. Añade que de las presentaciones del proceso se puede aseverar que el mismo habría sido conforme a los textos legales y convencionales invocados por el peticionario, entre los cuales figura el art. 8 de la Convención.[2]

2 | Apreciación del Tribunal Europeo

El Tribunal establece que la conservación de documentos personales por parte de las autoridades nacionales, o de las huellas digitales de un individuo identificado o identificable, constituye una ingerencia en el

(2) TEDH, *M.K c. Francia* (no. 19522/09), 18 de abril de 2013, párrs. 5/16.

derecho al respeto a la vida privada.[3] Tal injerencia debe estar prevista en el derecho interno, enunciada con precisión y contener una protección adecuada contra la arbitrariedad y, en consecuencia, definir las modalidades del ejercicio del poder conferido a las autoridades competentes.[4] Luego, analiza si es una injerencia necesaria en una sociedad democrática.

En este caso, el Tribunal constata que dicha injerencia esté prevista por la ley, por el art. 55-1 del código de procedimiento penal y el decreto 87-249 del 8 de abril de 1987.[5]

El Tribunal advierte que dicha injerencia tiene un fin legítimo: la detección y, en consecuencia, la prevención de las infracciones penales. Resta determinar si puede ser considerada como "necesaria dentro de una sociedad democrática", y si responde a una necesidad social imperiosa. En particular, el Tribunal analiza si es proporcional al fin perseguido. El Tribunal hace énfasis en que la protección de los datos personales es fundamental para el ejercicio del derecho a la vida privada, *a fortiori* cuando aquellos son automatizados y utilizados con fines policiales,[6] y que el derecho interno debe asegurar que dichos datos sean pertinentes para las finalidades por las cuales se los registra.[7]

A su vez, dichos datos permiten la identificación de las personas concernientes durante un período de tiempo que no exceda el tiempo necesario de los fines para los cuales se tomaron los datos personales en primer lugar.[8]

Para el Tribunal, se deben tomar recaudos contra la estigmatización de las personas que no son reconocidas culpables de ninguna infracción y

(3) TEDH, *M.K c. Francia*, cit., párr. 29; *S. y Marper c. Reino Unido* [GC] (n° 30562/04 y 30566/04).

(4) TEDH, *Malone c. Reino Unido*, Serie A N° 82, 2 de agosto de 1984; *Rotaru c. Rumania* [GC] (n° 28341/95) 10 de noviembre de 2009; *M.K c. Francia*, cit., párr. 30.

(5) TEDH, *M.K c/ Francia, cit.*, párr. 31.

(6) *Ibid.*, párrs. 32/35.

(7) TEDH, *S. y Marper c. Reino Unido*, cit.; *B.B c. Francia*, n° 5335/06.

(8) TEDH, *M.K c. Francia*, cit., párr. 35 *in fine*.

por tanto deberían beneficiarse de la presunción de inocencia, mientras que su tratamiento es el mismo que el de aquellas personas que han sido condenadas. Desde ese punto de vista, la conservación de datos personales privados no es equiparable a una expresión de sospechas sobre su persona, pero las condiciones de su conservación no les deberían causar un perjuicio en ese sentido.(9) En el presente caso, la medida no importaba en sí misma ninguna obligación a cargo del peticionario. Obedece a modalidades de consulta suficientemente encuadradas ya que sólo personas habilitadas a consultar dicha base de datos pueden hacerlo y cuentan con un régimen de autorización.(10) Sin embargo, para el Tribunal el objetivo de la base de datos, no obstante el fin legítimo perseguido, toma necesariamente como resultado la conservación de la mayor parte de nombres posibles.

El Estado expresa que el rechazo del procurador de la República de eliminar los datos del peticionario tomados durante el segundo procedimiento estaba motivado por la necesidad de preservar los intereses del peticionario, permitiendo la exclusión de su participación en caso de usurpación de su identidad por un tercero. Para el Tribunal, sostener este argumento en base a una pretendida garantía de protección contra una posible usurpación de la identidad por un tercero equivale, en la práctica, a justificar una práctica excesiva y no pertinente.(11)

Para el Tribunal, además de facilitar la identificación de autores de delitos, habría una finalidad más amplia que no estaría claramente señalada y que no se limitaba sólo a autores de delitos, ya que para facilitar el proceso de instrucción todas las personas dentro de un proceso penal serían pasibles de ser identificadas de la misma forma. A su vez, es susceptible de englobar de *facto* a todas las infracciones y contravenciones con tal de permitir la identificación de los autores de delitos según el art. 1 del decreto.(12)

(9) TEDH, *S. y Marper c. Reino Unido,* cit.; *M.K c. Francia*, cit., párr. 36.

(10) A contrario, TEDH, *Khelili c. Suiza* (n° 16188/079), 18 de octubre de 2011, *M.K c. Francia*, cit., párr. 37.

(11) *Ibid.*, párrs. 39/40.

(12) Párr. 41.

Por otra parte, el Tribunal constata que el decreto no opera ninguna distinción fundada entre la existencia o no de una condena por parte de un tribunal y señala el riesgo de la estigmatización.(13)

El Tribunal considera que las disposiciones del decreto relativas a las modalidades de conservación de datos no ofrecen una protección suficiente a los interesados sino que debería tratarse la posibilidad de eliminación de dichos datos. Siendo que en el momento de los hechos el período de archivo era de 25 años, para el Tribunal dicha duración es asimilable a una conservación indefinida de los datos.(14)

En consecuencia, estima que el Estado habría sobrepasado su margen de apreciación en la materia y que el régimen de conservación de las huellas digitales del peticionario no se traducen en un justo equilibrio entre el interés público y privado en juego. Por lo tanto, existiría una injerencia desproporcionada al derecho del peticionario al respeto de su vida privada que no es necesaria en una sociedad democrática. En conclusión se produjo una violación al art. 8 de la Convención.(15)

3 | Consideraciones finales

El Tribunal Europeo ya se habría referido en anteriores oportunidades a la utilización de datos personales por parte de autoridades policiales o administrativas, y el cambio jurisprudencial se habría dado por el caso *S. y Marper c. Reino Unido*, pero es pertinente considerar los casos análogos anteriores. Si tomamos en cuenta el análisis hecho por el Tribunal (y consecuentemente por la Comisión Europea de Derechos Humanos) en el caso *Friedl c. Austria*,(16) en aquella ocasión, el Tribunal estimó que el almacenamiento de datos por parte de la policía podía ser considerado como una necesidad en una sociedad democrática, teniendo en cuenta que los datos eran simplemente conservados en una

(13) Párr. 42.

(14) Párr. 45.

(15) Párrs. 46/47.

(16) TEDH, *Friedl c. Austria*, série A. vol 305-B, 31 de enero de 1995; Commission européenne des droits de l'homme, *Friedl c. Autriche*, 19 mai 1994, requête n° 15225/89.

base de datos administrativa. Como no había explotación de los mismos ni un "uso crítico" de los datos, no habría para el Tribunal, en ese caso, una violación al derecho a la vida privada. Sin embargo, según este criterio, el individuo afectado por la conservación de sus datos sólo podía recurrir contra su conservación si se hacía un uso efectivo de los mismos.

En *S. y Marper c. Reino Unido*, el Tribunal revisa su postura anterior y considera que, teniendo en cuenta que se produce una injerencia en la vida privada del individuo, si bien la misma posee un fin legítimo, se debe tomar en cuenta el derecho que posee toda persona en el marco de un proceso judicial de la presunción de inocencia. En este sentido, la conservación de sus datos por tiempo indefinido aún después de haber obtenido un pronunciamiento judicial favorable, conlleva el riesgo de la estigmatización. Es sobre los mismos argumentos que el Tribunal se pronuncia en *M. K c. Francia*. Es de destacar que el pronunciamiento de la Gran Cámara sobre *S. y Marper c. Reino Unido*[17] es de fecha cercana a *M. K c. Francia* y que ambos tienden a una integración del principio *nemo tenetur se ipsum* ("nadie está obligado a declarar en su contra") a las garantías del art. 6 de la Convención.

(17) TEDH, *S. y Marper c. Reino Unido*, cit.

Garantías del debido proceso penal

TEDH, *ZAHIROVIC c. CROACIA*,
25 de ABRIL de 2013

por **MARINA CHERTCOFF**[1]

I | Los hechos del caso

El denunciante, Zajko Zahirovic, es una persona apátrida que vive en Zagreb, Croacia. El 29 de noviembre de 2009 fue condenado por un panel de tres jueces a 6 años de prisión por triple tentativa de homicidio. No obstante, al someterse el caso ante la Corte Suprema, su condena fue elevada a ocho años.

El 22 de octubre de 2003, un juez de primera instancia de la corte del condado de Zagreb abrió una investigación donde Zajko Zahirovic era acusado de una triple tentativa de homicidio.

Zahirovic se presentó ante dicho juez el 28 de abril de 2004, momento en el cual se dictó su prisión preventiva ante el inminente peligro de fuga. El 2 de septiembre de 2004, un panel de tres jueces de la Corte del Condado de Zagreb dispuso extensión la prisión preventiva del acusado. Más adelante, el 28 de abril del 2006, al cumplirse el plazo máximo de prisión preventiva, Zahirovic fue puesto en libertad.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

Igualmente, el 27 de noviembre de 2009, un panel de tres jueces determinó que el acusado era culpable de la triple tentativa de homicidio, sentenciándolo a seis años de prisión. Algunos meses más tarde, el 2 de febrero de 2010, el fiscal del condado interpuso una apelación ante la Corte Suprema contra la sentencia, solicitando que, dadas la naturaleza y circunstancias del caso, la pena impuesta a Zahirovic fuera elevada a 8 años. A la vez, la defensa del acusado interpuso otro recurso de apelación ante la Corte Suprema alegando la falta de imparcialidad de uno de los jueces, quien había tenido participación en el proceso como juez del primer panel de jueces que ordenó su prisión preventiva, y asimismo, participó como juez del panel de 5 jueces que lo condenó.

El 16 de marzo de 2010 la fiscalía presentó su dictamen ante la Corte Suprema sobre los dos pedidos de apelación. Sin embargo, este dictamen no fue comunicado a la defensa del acusado. El 22 de marzo del mismo año, la Corte Suprema informó que realizaría una audiencia para decidir sobre las apelaciones presentadas, pero que le sería vedado al acusado asistir a dicha audiencia, no obstante, se permitiría la presencia de su abogado. El mismo día, se decidió que la condena de Zahirovic fuera elevada a 8 años.

En consecuencia, el denunciante interpuso un recurso de queja ante una Corte Constitucional, alegando que su derecho a un juicio justo había sido violado por la falta de imparcialidad de uno de los jueces, quien no solamente había participado en la extensión de su prisión preventiva como juez de un panel de 3 jueces, sino que había integrado también el segundo panel de 5 jueces que lo condenó. Agregó, además, que no le había sido informado el contenido del dictamen del fiscal general y tampoco le fue permitido asistir a la audiencia ante la corte suprema que elevó su condena.

2 | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En primer lugar, el peticionario al realizar la denuncia ante el Tribunal, sostuvo que el Estado había violado el art. 6.1 y 6.3 en función de: i) Falta de imparcialidad, dado que el mismo juez integró dos paneles distintos,

ii) violación del principio de contradicción, por no haberle sido permitido acceder al contenido del dictamen del fiscal general, y iii) violación del principio de contradicción por habérsele vedado acudir a la audiencia de apelación ante la Corte Suprema.

Al respecto, inicialmente, el Tribunal declaró inadmisible la denuncia de falta de imparcialidad por falta de agotamiento de recursos internos. El juez M.G. no sólo había participado en los dos paneles de jueces que alegó el denunciante, sino en un tercero que ordenó su liberación por haberse cumplido el plazo máximo de prisión preventiva,[2] y ninguna denuncia al respecto fue realizada por Zahirovic.[3]

Luego, en lo que se refiere a la supuesta violación del principio de igualdad de armas, el Tribunal reiteró que dicho principio es una de las aristas dentro del concepto amplio de debido proceso, lo cual incluye al principio de contradicción.[4] El principio de contradicción, en un proceso penal, implica que tanto a la defensa como a la fiscalía se le brinde la posibilidad de ser oídas, producir evidencia y comentar las observaciones y pruebas producidas por la parte contraria. Al mismo tiempo, se resaltó que existen diversos métodos para cumplir con este principio, pero que cualquiera sea el método elegido se debe asegurar que las partes tomen conocimiento de las actuaciones que se realicen y que tengan una oportunidad real de argumentar contra ellas.[5]

En resumen, es posible que una situación procesal que no da lugar a que la contraria conteste, de lugar a violación del principio de contradicción, siempre y cuando no haya existido la posibilidad de tomar conocimiento y comentar sobre la actuación de la otra parte.[6] Aparte, atendiendo a los

(2) TEDH, *Zahirovic c. Croacia* (n° 58590/11), 25 de abril de 2013, párrs. 35, 36.

(3) El código procesal croata en sus arts. 36 y 38 contemplan la posibilidad de recusación de jueces de los cuales se sospeche falta de imparcialidad. Sin embargo, dicho procedimiento no fue utilizado por la defensa.

(4) TEDH, *Zahirovic c. Croacia,* cit., párr. 42.

(5) *Ibid.*

(6) TEDH, *Brandstetter c. Austria* (Serie A, N° 211), 28 de agosto de 1991, párrs. 66/67; TEDH, *Milatová y Otros c. República Checa* (n° 61.811/00), 21 de junio de 2006, párr. 65; TEDH, *Krčmář y Otros c. República Checa* (n° 35.376/97), 3 de marzo de 2000, párrs. 41/45; TEDH, *Gregacevic´ vs. Croacia,* (n° 58.331/09) 10 de julio de 2012, no. 58.331/09, párr. 50.

argumentos presentados por el Estado, se hizo hincapié en que es una cuestión atinente a la defensa evaluar si contesta o no una actuación de la contraria. Por ende, es injusto que la fiscalía realice presentaciones ante un tribunal sin que la defensa pueda tomar conocimiento.(7)

Al analizar específicamente los hechos del caso, el TEDH observó que el dictamen suscripto por el fiscal general fue tenido en cuenta por la Corte Suprema al momento de pronunciarse, y más aún, pareció haber aceptado su pedido de elevar la condena, ya que no solamente desechó la apelación realizada por la defensa, sino que elevó la condena a 8 años.(8)

El Tribunal decidió desechar el argumento del Estado que sostenía que solamente uno de los dictámenes no había sido comunicado a la defensa, ya que dichas observaciones constituyen opiniones razonadas sobre los méritos del caso, tendientes a influir en la decisión de la Corte Suprema. Y que además, teniendo en cuenta la naturaleza del *thema decidendum*, no es necesario analizar si la omisión de la comunicación perjudicó o no efectivamente al acusado, ya que la violación del derecho de defensa en juicio puede producirse incluso si no existiese perjuicio.(9) Asimismo, tampoco es relevante si la defensa del acusado no contestó otros dictámenes o presentaciones hechas por la fiscalía, ya que depende del primero decidir realizar observaciones o no.

En vista de estas consideraciones, el Tribunal determinó que el art. 6.1 y 6.3 habían sido violados por el Estado al no habérsele permitido peticionante y sus abogados acceder al dictamen presentado por el fiscal general.

En otro orden de ideas, en el hecho de que se le haya negado a Zahirovic la posibilidad de asistir a la audiencia de apelación, se adujo que la forma en que se aplica el art. 6 del Convenio a procedimientos ante cortes de segunda instancia depende de las características particulares del proceso y de la naturaleza de las decisiones que vayan a tener lugar.(10)

(7) TEDH, *Bulut c. Austria*, (n° 17.358/90), 22 de febrero de 1996, párr. 49; TEDH, *Josef Fischer c. Austria*, (n° 33.382/96), 17 de enero de 2002, párr. 19.

(8) TEDH, *Zahirovic c. Croacia*, cit., párr. 46.

(9) *Ibid.*, párr. 48.

(10) *Ibid.*, párr. 54.

El Tribunal remarcó que la presencia personal del acusado en la audiencia de primera instancia es un principio general basado en la noción de juicio justo. Ahora bien, la asistencia a una audiencia de apelación no tiene el mismo significado crucial.(11)

En el presente caso, la corte que trató la apelación debía examinar no solamente el derecho, sino también los hechos del caso y realizar una evaluación sobre la culpabilidad o inocencia del acusado. Todo lo cual hace imposible examinar el asunto sin considerar la evidencia proporcionada por las partes y sin tener en cuenta la personalidad y carácter de la persona involucrada. Esto en definitiva hace que en ese tipo de procedimientos sean de gran relevancia para el acusado, ya que implican consecuencias muy gravosas para su vida.(12)

Con respecto al argumento del Gobierno, que sostuvo que no había violado el art. 6 puesto que no se había vedado al abogado defensor asistir, el Tribunal no le concedió mayor relevancia y señaló que en procesos donde los resultados tengan magnitudes trascendentales en la vida de una persona, la presencia del principal afectado es esencial para la equidad del proceso.(13)

Por lo tanto, se consideró que la prohibición al acusado de asistir a la audiencia de apelación constituyó una violación al art. 6.1 y 6.3 del Convenio.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no sienta nuevos precedentes ni establece nuevas garantías para el proceso penal. En cambio, hace un repaso por algunos de los aspectos más importantes del procedimiento penal, y si bien los principios de contradicción (derecho a ser oído), oralidad y publicidad fueron banderas del iluminismo del siglo XIX contra el sistema inquisitivo, aún hoy existen resistencias en el campo del derecho penal para su pleno cumplimiento. Estos principios,

(11) *Ibid.*

(12) *Ibid.*, párr. 57.

(13) *Ibid.*, párr. 62.

respectivamente, incluyen la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación y la posibilidad de agregar, además, todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible. A la vez, los principios de oralidad y publicidad incluyen que el debate sea llevado a cabo con la presencia ininterrumpida de quienes participaron en el procedimiento.

Ahora bien, es de importancia notar que el TEDH delinea una diferencia entre la presencia del imputado en la primera y segunda instancia; en la primera, siempre obligatoria, ya que siempre se debaten cuestiones de hechos y prueba; en la segunda, en cambio, muchas veces no se discute sobre esas circunstancias sino que sólo se atiende a un debate en torno al derecho. Así, lo que demarcará la imprescindibilidad de la presencia de todas las partes procesales será lo que se discuta en la segunda instancia: siempre que sean discutidas cuestiones de hecho y prueba será obligatoria para llevar a cabo el debate la presencia ininterrumpida de todos aquellos que participen en el procedimiento para asegurar la equidad del proceso.

Derecho a la vida privada y familiar

Derecho a la vida digna y suicidio asistido

TEDH, *GROSS c. SUIZA*,
14 de MAYO de 2013

por **PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ**[1]

I | Los hechos del caso

En el presente caso el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante "TEDH", el "Tribunal Europeo" o el "Tribunal") analizó la demanda incoada por la señora Alda Gross contra la Confederación Suiza en la cual alegó que el nombrado Estado violó su derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a su vida.

La peticionaria, nacida en 1931, durante muchos años expresó su deseo de poner fin a su vida. Fundamentó tal decisión en que, sin perjuicio de que no padecía ninguna enfermedad terminal, cada vez se sentía más frágil y no quería continuar sufriendo la disminución de sus facultades físicas y psíquicas.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

En 2005, tras un intento fallido de suicidio, fue internada en un hospital psiquiátrico durante 6 meses. Este tratamiento no modificó su deseo de poner fin a su vida. Sin embargo, a fin de sortear las posibles consecuencias de otro intento frustrado de suicido, decidió que deseaba poner fin a su vida mediante la aplicación de una dosis letal de una droga (*sodium pentobarbital*). De conformidad con la legislación helvética, dicha droga únicamente podía ser recetada por un médico. A efectos de lograr su cometido, se contactó con *EXIT*, una organización especializada en suicidios asistidos. *EXIT* ofreció su ayuda pero le advirtió sobre las dificultades de que un médico le recete la droga letal.

En 2008 Gross fue analizada por un psiquiatra, quien luego de examinarla arribó a la conclusión de que gozaba de capacidad para tomar decisiones, que su deseo de morir era razonable y estaba bien fundamentado. Asimismo, concluyó que no padecía de ninguna enfermedad psiquiátrica. Empero, se negó a darle la prescripción médica necesaria para adquirir la droga letal. Frente a tal negativa, la peticionaria solicitó a tres médicos que le recetasen la droga necesaria para poner fin a su vida. Sin embargo, ninguno se la otorgó fundándose en que no deseaban verse involucrados en eventuales procesos criminales.

Ante dicho escenario, Gross recurrió a la vía administrativa a fin de que el Estado demandado le provea la sustancia letal. Su requisitoria fue rechazada en cada una de las instancias inferiores, y finalmente por la Corte Suprema Suiza. Los fundamentos de dicho tribunal fueron los siguientes:

1. De conformidad con lo resuelto por el TEDH en el caso *Pretty c. Reino Unido,*[2] no existe una obligación positiva en cabeza del Estado de garantizar a las personas sujetas a su jurisdicción el acceso a sustancias peligrosas que les de permitan quitarse la vida sin riesgo alguno;

2. El requisito de una orden médica para obtener la droga persigue el legítimo objetivo de proteger a los individuos de tomar una decisión apresurada, así como también prevenir su uso abusivo;

3. Las restricciones al acceso a la droga letal requerida por la peticionaria persiguen la protección de la salud y la seguridad pública;

(2) TEDH, *Pretty c. Reino Unido* (n° 2346/02), 29 de abril de 2002.

4. Una posible reforma a la legislación relativa al suicidio asistido estaba siendo objeto de un debate político al momento de resolver el caso, y por tanto, correspondía a los legisladores zanjar la cuestión;

5. Gross no reunía los requisitos prescriptos por las "Reglas éticas generales para el tratamiento de pacientes terminales" elaborada por la Academia Suiza de Ciencias Médicas, toda vez que la nombrada no sufría de una enfermedad terminal;

6. Citando su jurisprudencia sobre el tema, reiteró que recetar el medicamento letal (*sodium pentobarbital*) a una persona que padece una enfermedad incurable, persistente y seria no necesariamente supone una violación de las obligaciones profesionales de los galenos. Sin embargo, aclara que dicho presupuesto constituye una excepción y que supone la obligación del Estado o del médico de proveer la sustancia para poner fin a una vida.

2 | La Sentencia de la Sala de la Segunda Sección

La demanda de la sra. Gross fue analizada a la luz del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (respeto de la vida privada y familiar).

En primer lugar, el Tribunal Europeo retomó la jurisprudencia sentada en el caso *Hass* donde reconoció el derecho de los individuos a decidir de qué forma y en qué momento poner fin a su vida, siempre y cuando el mismo la tome libremente y sea capaz de actuar conforme a ella. Y que dicho derecho se encuentra subsumido dentro del amplio derecho al respeto de la vida privada y familiar.[3]

Asimismo, señaló que existen obligaciones positivas inherentes al derecho en cuestión. Tales obligaciones implican la adopción de las medidas necesarias para garantizarlo, entre las que se encuentra la provisión de un marco legal regulatorio.[4]

En esta inteligencia, el TEDH señala que la principal cuestión a resolver en el presente caso es si el Estado falló en proveer las suficientes pautas

(3) TEDH, Gross c. Suiza (n° 67810/10), 14 de mayo 2013, párr. 59.

(4) *Ibid.*, párr. 62.

o reglas generales que definan si, y en caso de ser afirmativa la respuesta, bajo qué circunstancias los médicos estaban autorizados para recetar una droga letal a una persona en la situación del peticionario (es decir una persona que no padece una enfermedad terminal pero que ha tomado libremente la decisión de poner fin a su vida).[5]

En este sentido, en primer lugar se señala que el máximo tribunal helvético, a la hora de fundamentar su sentencia, se valió de las "Reglas éticas generales para el tratamiento de pacientes terminales", las cuales fueron elaboradas por una organización no gubernamental y no constituían propiamente una ley. A su vez repara en que dichas reglas, de conformidad con su redacción, eran aplicables únicamente a pacientes cuyos médicos hayan arribado a la conclusión de que un proceso ha comenzado y que finalizará con la muerte del mismo dentro de un período acotado de tiempo. Como Alda Gross no padecía una enfermedad terminal, el TEDH señala que claramente no se encontraba bajo el ámbito de aplicación de las reglas mencionadas.[6]

Continuando con su desarrollo, el Tribunal Europeo observó que el Estado demandado no presentó ningún material o documento en el cual consten reglas generales, principios o estándares que puedan servir como guía para dilucidar si es posible y bajo qué circunstancias que un médico pueda recetar la droga letal a un paciente que, como la peticionaria, no sufre una enfermedad terminal. Esta carencia de regulación legal o de reglas generales produce, tal como se constató en el presente caso, cierto miedo o resquemor en los médicos frente a la solicitud de un paciente de que le recete una dosis letal de droga.[7]

Por tanto, el Tribunal concluyó que la señora Gross padeció un estado de angustia e inseguridad respecto de la extensión de su derecho de poner fin a su vida, que pudo haber sido evitado si el Estado Suizo hubiera elaborado un marco legal claro en el cual defina las circunstancias bajo las cuales los profesionales de la medicina están autorizados a recetar una droga letal en los casos en donde el paciente tomó seriamente la decisión,

(5) Párr. 63.

(6) Párr. 65.

(7) Párr. 65.

en ejercicio de su libre voluntad, de poner fin a su vida, cuando la muerte no es inminente en función de una enfermedad terminal. El tribunal reconoce que existen muchas dificultades a la hora de hallar el necesario consenso político en un tema tan controversial y con fuerte impacto moral y ético. Sin embargo, destaca que estas dificultades son inherentes a la democracia y no pueden eximir a las autoridades nacionales de cumplir con su tarea.[8]

En base a lo expuesto, el TEDH concluye en que existió una violación al art. 8 del CEDH.

Para concluir, en lo que respecta al fondo de la demanda, es decir la concesión de la autorización para obtener la droga letal, el Tribunal reiteró que el objeto y el propósito subyacente al Convenio es que los derechos y libertades deben ser garantizados por los Estados parte a través de su jurisdicción. Asimismo, es fundamental para esa maquinaria de protección establecida por el Convenio que los sistemas nacionales provean de reparaciones por violaciones a sus previsiones, a fin de que El Tribunal practique el rol de supervisor conforme al principio de subsidiariedad. Teniendo presente lo antedicho, y apelando al principio de subsidiaridad, el TEDH consideró que corresponde a las autoridades locales elaborar una clara y comprensiva regulación legal sobre si, y bajo qué circunstancias, un individuo en la misma situación que la peticionaria —que es alguien que no padece una enfermedad terminal— debe concedérsele la posibilidad de adquirir una dosis letal de medicaciones que le permita poner fin a su vida.[9]

3 | Consideraciones finales

Comparto con el Tribunal los lineamientos brindados respecto del alcance del derecho al respeto de la vida privada y familiar. Sin embargo, al igual que en el caso *Koch c. Alemania*,[10] entiendo que ha eludido categóricamente, amparándose en el denominado principio de subsidiariedad, dar solución a una cuestión muy importante como es el denominado suicidio

(8) Párr. 66.

(9) Párr. 69.

(10) TEDH, *Koch c. Alemania* (n° 497/09) 19 julio de 2012.

asistido. El mismo tribunal vuelve a reiterar que el art. 8 del Convenio Europeo consagra un derecho individual a elegir cuándo y cómo poner fin a nuestra vida. Si también reconoce que toda ley o todo acto estatal que obstaculice el ejercicio de tal elección constituyen una violación al derecho a que se respete la vida privada, y además agrega que los Estados parte tienen la obligación positiva de adoptar medidas para garantizar su ejercicio —como la elaboración de un marco legal claro y preciso—, entonces ¿por qué negar el ejercicio de tan trascendental decisión a personas que, por diversos motivos, se hayan imposibilitadas de poner fin a sus vidas por sí solas (como en el caso *Koch*) o a personas que sin padecer una enfermedad terminal, han tomado libre y seriamente la decisión finalizar su vida como en el presente?

Derecho al nombre. Derecho a la igualdad

TEDH, *GARNAGA c. UCRANIA*, 16 de MAYO de 2013;
LEVENTOĞLU ABDULKADIROĞLU c. TURQUÍA, 28 de MAYO de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**(1)

I | *Garnaga c. Ucrania*

I.1 | Hechos del caso

La peticionaria, Nataliya Volodymyrivna Garnaga, nacida en 1968, vivió mucho tiempo con la familia de su padrastro, madre y medio hermano, por lo que quería acercarse aún más a ellos tomando el apellido de su padrastro, así como un patronímico derivado del nombre de éste. Para cambiar este último de Volodymyrivna a Yuriyivna, en marzo de 2004 presentó un pedido ante una oficina del Registro Civil de Bila Tserkva.

La oficina rechazó el pedido ya que el patronímico de una persona física sólo podría cambiarse ante un cambio de nombre de su padre.

En mayo de 2004, la demandante cambió su apellido de Glazkova a Garnaga, el apellido de su padrastro, así como de su madre y de su medio hermano.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

Todas las Cortes donde la peticionaria apeló la rechazaron, apoyando la decisión del Registro Civil, considerándola justificable no sólo por las Reglas del Registro de Estado Civil sino también conforme a la Constitución, al Código Civil y al Código de Familia.

1.2 | Análisis

La demandante acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH" o "el Tribunal") alegando que las autoridades internas interfirieron con su derecho a la vida privada, protegido por el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante "el Convenio") al negarse a cambiar su patronímico.

En cuanto a la admisibilidad de la petición, el Tribunal evalúa si los recursos internos intentados podrían haber tenido efectividad. Esto se debe a que, de lo contrario, el plazo de seis meses para presentarse ante el TEDH hubiera transcurrido, al partir del acto objeto de la controversia. La conclusión del Tribunal es que la judicatura local podría haber fallado en favor de Nataliya Volodymyrivna Garnaga, por lo cual la petición se presentó en plazo y es admisible.

Respecto del fondo, el TEDH reitera que la negativa a adoptar un nuevo nombre no necesariamente implique una interferencia. Estipula además que del art. 8 —que trata las injerencias de autoridades públicas en la vida privada y familiar del individuo— se derivan para el Estado obligaciones negativas y positivas. En ambos casos, debe hacerse un balance entre los intereses del individuo y los de la sociedad en su conjunto. Así, considera que ciertas restricciones legales en este ámbito pueden justificarse en el interés público, como por ejemplo cuando se imponen para asegurar un registro acertado de la población o la salvaguarda de los medios de identificación personal y de los lazos familiares.

El patronímico es una parte del nombre que deriva tradicionalmente del nombre del padre de la persona en cuestión. La legislación ucraniana reconoce el derecho de los individuos a conservar o cambiar su nombre. El sistema para ello es bastante flexible, con mínimas restricciones, a saber: si el individuo se encuentra bajo investigación, si su historial criminal no

fue cancelado o anulado de acuerdo con la ley, si hay un pedido oficial del extranjero para que se lo incluya en listas de personas buscadas y si suscribe información falsa. No se vislumbra ninguna otra justificación. En esta situación en que cambiar tanto el nombre como el apellido resulta muy sencillo, las trabas para cambiar el patronímico no parecen apropiadas ni suficientemente razonadas en el derecho interno.

Como las autoridades ucranianas no hicieron un balance de los intereses en juego, no cumplieron con su obligación de asegurar a la peticionaria el derecho al respeto de su vida privada. Por ello, se violó el art. 8 del Convenio.

2 | *Leventoğlu Abdulkadiroğlu c. Turquía*

2.1 | Hechos del caso

La demandante, Bahar Leventoğlu Abdulkadiroğlu, cuyo apellido era "Leventoğlu" antes de casarse, debió tomar el de su marido de acuerdo con el Código Civil turco, que autoriza a los hombres casados a conservar su apellido, pero no así a las mujeres. Como era conocida por su primer apellido en su vida académica y profesional, siguió usándolo aunque no pudiera utilizarlo en documentos oficiales.

Una reforma al mencionado Código permitió a las mujeres conservar su apellido delante del de sus esposos, pero la peticionaria no optó por ello, al considerar que no satisfacía su intención, que era la de usar sólo el primero.

La demandante acudió a los tribunales internos para pedir que le permitieran apellidarse sólo Leventoğlu. Todos ellos decidieron no autorizarla.

2.2 | Análisis

El TEDH examina el caso a la luz del art. 14 del Convenio, en conjunto con el art. 8. De esta manera, estima que, remitiéndose a un caso análogo anterior,[2] esta discriminación en razón del sexo viola los artículos mencionados.

(2) TEDH, *Ünal Tekeli c. Turquía* (nº 29865/96), 16 de noviembre de 2004.

El Tribunal ha definido el concepto de discriminación, el cual incluye la generalidad de los casos en los que una persona o un grupo de personas es tratada/o, sin justificación apropiada, de forma menos favorable que otra/o.[3]

En cuanto a las diferencias de trato basadas sólo en el sexo, deben mediar razones de peso para que puedan estimarse compatibles con el Convenio.[4]

En aquella oportunidad, el TEDH destacó que la legislación que no permite a la mujer conservar su apellido resulta atrasada y corresponde a un período anterior a las reformas efectuadas por el Estado en el año 2001 para subsanar la desigualdad que existía entre hombres y mujeres.[5]

Así, esa vez concluyó que la sociedad puede tolerar cierta inconveniencia, como la que deriva de ajustar los Registros a nuevas disposiciones, con el fin de permitir a los individuos utilizar el nombre que elijan.[6]

3 | Consideraciones finales

Ambos casos se relacionan con la interferencia del Estado en la posibilidad de elegir el nombre de los demandantes. En las dos ocasiones, el Tribunal resuelve garantizar el derecho alegando que las restricciones no eran justificadas. En el primero no tendría sentido que se prohibiera el cambio de patronímico (salvo en caso de cambio de nombre del padre) cuando se permitían el de nombre y el de apellido. En el segundo, la desigualdad que marcaba la imposibilidad de la mujer de conservar su apellido al casarse, sin agregar el de su marido, es criticada una vez más por el TEDH.

De esta manera, el Tribunal busca una mayor libertad para las personas a la hora de definir cómo serán llamadas oficialmente, en casos en que el cambio de nombre es justificado para reforzar la identidad de una familia o la conservación del apellido resulta importante para reafirmar la igualdad entre hombres y mujeres.

(3) *Ibid.*, párr. 51.

(4) *Ibid.*, párr. 53.

(5) *Ibid.*, párr. 62.

(6) *Ibid.*, párr. 67.

Detrás de la institución clásica de la familia se esconden barreras a la igualdad de género y grandes obstáculos impuestos históricamente por el concepto de *pater familias*. En Roma, el *cognomen* o apellido nació como nombre personal que distinguía a los individuos dentro de una misma *Gens*, pero, durante la república, comenzó a ser transmitido de padre a hijo, para distinguir a la familia dentro de la *Gens*. El patronímico consistía en añadir el término *filius* precedido por la abreviatura del nombre del padre, en genitivo. Hacia la mitad de la república se agregó la abreviatura de la tribu.(7)

Como puede observarse, tanto el apellido como el patronímico tienen sus raíces en la sociedad patriarcal y definen la identidad de la persona de acuerdo con la de su padre.(8)

El psicoanálisis según Lacan toma al patronímico y al apellido como indicadores de la unidad de la descendencia, establecidos con el fin de que trascienda una herencia social.(9) En ese sentido, otro autor de la misma rama señala al nombre patronímico como simbólico, "en el sentido de que trasciende al viviente y permanece al resguardo del tiempo".(10) A su vez, reconoce al apellido como característico de la figura paterna,(11) sin calificar ninguna identidad femenina, condenando a la mujer al olvido e identificándola con éste.(12)

En la actualidad, existen múltiples variantes de composición de la familia que difieren ampliamente de la institución clásica. Esto lo ha afirmado la Corte IDH negando que la Convención Americana sobre Derechos Humanos determine un concepto cerrado de familia y que proteja un mode-

(7) Véase [en línea] http://caetra.org/cultura_nombres.htm.

(8) El patronímico se utilizó en múltiples culturas, tales como la griega, que utilizaba la terminación *ida* tras la primera parte del nombre del padre. En español, se forman con el nombre del padre más la terminación *ez*. En holandés, se utiliza el prefijo *Van*, en alemán, *von*. En anglo-normando existe el prefijo *Fitz* para designar a los hijos. Tanto en árabe como en hebreo se emplea *Ben*. En este último, también se adhiere el prefijo *Bar*. Los escoceses usan *Mc*. En inglés, las terminaciones *son* y *sen*. Los irlandeses lo forman con el prefijo *O'*. Por último, en ruso se utilizan *ich* (masculino) y *ovna* o *evna* (femenino) como patronímico junto al nombre y *ov* u *ova* para los apellidos. Véase [en línea] http://etimologias.dechile.net/?patronimicos

(9) Lacan, Jacques, *La Famlia* (trad. Víctor Fishman), Bs. As., Argonauta, 2010, pp. 16/17.

(10) Pommier, Gérard, *El orden sexual*, (trad. Irene Agoff) Bs., As., Amorrortu, 1995, p. 30.

(11) *Ibid.*, p. 31.

(12) *Ibid.*, p. 26.

lo "tradicional" de la misma.[13] Así, los Registros Civiles deberían poder adaptarse más fácilmente tendiendo siempre a la igualdad y a la libertad de las personas para construir su vida privada sin imposiciones externas. La rigidez que se intenta conservar para la vida familiar a través de ciertas formalidades no parece condecirse con la evolución constante de la misma en el plano íntimo. Por eso, los Estados deberían reflejar y acompañar los avances hechos en la esfera privada.

Esto ocurre sólo parcialmente en el derecho argentino, ya que se contempla la igualdad de las personas que se encuentran en parejas del mismo sexo, mediante la reforma de la ley 26.618 a la ley 18.248, pero no así la de aquellas que formaron parejas de distinto sexo. Esto puede verse al notar que las mujeres no pueden, salvo circunstancias excepcionales taxativamente enumeradas por la ley,[14] dar su apellido a sus descendientes, y a que no se contempla la posibilidad de que los hombres adopten el apellido de sus esposas de la misma forma que las mujeres están autorizadas a tomar el de sus maridos. La ley en cuestión presenta un régimen igualitario y de avanzada en cuanto a las parejas del mismo sexo, conservando un atraso significativo en relación con las demás parejas y un sesgo discriminatorio hacia las mujeres que tienen hijos o contraen nupcias con hombres.

Dado que no surge del texto legal que la elección del apellido por los progenitores cree inconvenientes registrales, en vistas de que las parejas del mismo sexo pueden hacerlo, no parece razonable que se restrinja esa posibilidad a las parejas de distinto sexo.

En conclusión, los Estados deberían ajustar sus leyes a la realidad, así como realizar avances en todos los aspectos, incluidos los simbólicos, para desterrar las estructuras patriarcales que devienen atrasadas frente al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

(13) Corte IDH, "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2012, Serie C Nº 239, párr. 142.

(14) Si fuesen las únicas en reconocer a su hijo o cuando, tras un reconocimiento tardío del padre, el hijo fuese públicamente conocido por el apellido de la madre (art. 5, ley 18.248).

Violencia de género, violencia doméstica y torturas

TEDH, *EREMIA and OTHERS c. MOLDOVA,*
28 de MAYO de 2013

por **MARINA CHERTCOFF**[1]

I | Los hechos del caso

El presente caso trata la denuncia realizada por Lilia Eremia y sus dos hijas, Doina Eremia y Mariana Eremia. En particular, las peticionarias alegan que el Estado Moldavo incumplió con sus obligaciones, consagradas en los arts. 3, 8 y 14 en conjunto con el art. 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (En adelante, "el Convenio" o "CEDH"), al no haber intervenido ante la situación de violencia que sufrían por parte de su marido y padre, respectivamente.

La primera denunciante se encontraba casada con A., quien desempeñaba el cargo de oficial de policía en Moldavia. De acuerdo con las denuncias realizadas por Lilia Eremia, desde el nacimiento de su segunda hija era víctima de violencia por parte de su esposo, quien al regresar al hogar alcoholizado la golpeaba y acosaba verbalmente en presencia de sus hijas.

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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 2 de julio de 2010, Lilia Eremia inició los trámites de divorcio, luego de haber sido golpeada el día anterior y presenciado que el agresor acosara verbalmente a sus hijas. No obstante, el juez que entendía la causa determinó que debía transcurrir un período de observación de 6 meses en los cuales podía producirse una reconciliación. En los meses siguientes, entre agosto y diciembre del mismo año, fueron realizadas numerosas denuncias contra A. por reiteradas agresiones contra las peticionarias. En estas ocasiones se le realizaron pericias médicas a la Lilia Eremia que determinaron que había sido golpeada violentamente, presentando hematomas y signos de asfixia.

En noviembre del mismo año, se labró una orden de protección por la cual A. debía mantenerse alejado 500 m. de las denunciantes, evitar contactarlas y agredirlas. Aún así, A. acosó en la vía pública a la Lilia Eremia y visitó su lugar de residencia en varias ocasiones. Frente a esto, las autoridades arguyeron que ella había prestado su conformidad para que A. regresara al hogar conyugal.

En enero de 2011, la peticionaria fue citada a la estación de policía para prestar declaración sobre las agresiones sufridas y la violación de la orden de restricción. Allí sostuvo que la policía la presionó para que retirara las denuncias realizadas contra su marido, ya que esa situación haría que perdiera su trabajo, lo cual impactaría en forma negativa en la educación de sus hijas y posibilidades futuras. Luego de esta declaración, se le informó a la peticionaria que el fiscal general no iniciaría una investigación criminal. Al día siguiente A. volvió al hogar y atacó de nuevo a su esposa, amenazándola con asesinarla. Mediante un examen forense se determinó que Eremia presentaba numerosos hematomas. En base a estos hechos, se presentó una denuncia por la violación de la orden de restricción, a lo cual el departamento de protección familiar y asistencia social contestó que por errores administrativos, la orden de restricción nunca había entrado en vigor.

El 14 de abril de 2011 la Corte de apelaciones revocó parcialmente la orden de protección sosteniendo que la ley moldava no contemplaba expresamente una zona exclusiva de 500 m., ni tampoco prohibía expresamente que el agresor abusara o ejerciera violencia contra la víctima, sino que implicaba una obligación general de no hacer contacto.

Nuevamente, la peticionaria interpuso una denuncia contra su marido solicitando que sus dos hijas fueran reconocidas como víctimas. Los trabaja-

dores sociales que la asistían le recomendaron que se reconciliara con A., dado que ella no era "ni la primera ni la última mujer en ser golpeada por su marido". Ahora bien, el fiscal decidió suspender la investigación por un año, dado que consideró que A. había cometido una ofensa menor, no representaba un peligro para la sociedad, era un trabajador respetado por la comunidad, y tenía tres personas para mantener. Esta decisión fue apelada, y una vez más rechazada.

2 | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Al realizar su análisis, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "El Tribunal" o "TEDH") tuvo en cuenta no solamente el Convenio Europeo, sino distintos instrumentos internacionales. Entre estos, se refirió a la recomendación del Comité de Ministros de Europa del 30 de abril del 2002 sobre la protección de mujeres contra la violencia; a la Recomendación general 28 de la CEDAW (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) sobre el art. 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; a el informe del relator especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres del 8 de mayo de 2009, y al caso Opuz c. Turquía.[2]

En primer lugar el Tribunal se refirió a la alegada violación del art. 3 respecto de la primera denunciante, Lilia Eremia. Se reiteraron los estándares constantes del art. 3: para producirse el maltrato al que se refiere el Convenio debe existir un mínimo grado de severidad. El análisis de qué implica ese mínimo es relativo, depende de las circunstancias del caso, como la naturaleza del maltrato, el contexto, su duración y las consecuencias físicas y psicológicas que tenga para la víctima. Además puede tenerse en cuenta el sexo, edad y estado de salud de la víctima.[3]

Por otro lado, el art. 1 en conjunto con el art. 3, impone a los Estados obligaciones positivas para proteger de torturas, tratos crueles, inhumanos o degradantes a los individuos bajo su jurisdicción, incluyendo los casos

(2) TEDH, *Opuz c. Turquía*, (n° 33401/02), 9 de junio de 2009, párr. 183.

(3) TEDH, *Eremia c. La República de Moldavia, (*n° 3564/11), 28 de mayo de 2013, párr. 48.

en que dichas agresiones sean propiciadas por particulares.[4] Un Estado puede interferir en la vida privada y familiar de las personas para proteger la salud y derechos de las personas y prevenir crímenes en ciertas circunstancias. Más aún, las obligaciones positivas de los Estados, conforme al art. 3, incluyen diseñar un marco legislativo para prevenir y castigar los tratos crueles, inhumanos y degradantes, y que en el caso de que haya serios indicios de que una persona pudiese ser víctima de este tipo de tratamiento, aplicar las leyes relevantes y proporcionar protección a las víctimas. Se enfatizó, por otra parte, que no es el rol propio del Tribunal elegir entre un amplio rango de posibles medidas para que el estado cumpla con las obligaciones emanadas del art. 3, sino que elegir qué medidas implementar es un deber general de los Estados parte.[5]

A pesar de que el Estado de Moldavia contaba al momento de los hechos con un marco legislativo que le permitía prevenir y sancionar la violencia familiar, las autoridades no lo aplicaron de forma efectiva. Además, se hizo hincapié en que la peticionaria se encontraba en una situación de gran vulnerabilidad, puesto que no podía defenderse de A., dado que era un oficial de policía especialmente entrenado para superar la resistencia de sus oponentes. Más aún, se resaltó el hecho de que las autoridades no tomaron medidas que fueran efectivas, quedando evidenciado en que nunca se iniciaron procedimientos penales contra el agresor, lo cual estaba contemplado en el art. 320 del Código de procedimiento moldavo.[6]

El TEDH determinó, por todo lo anterior, que los malos tratos sufridos por Lilia Eremia eran lo suficientemente serios para causarle sufrimiento psicológico, ansiedad y temor de ser víctima de nuevos tratos crueles, constituyendo un trato contrario al art. 3 del Convenio. Y que más aún, considerando la naturaleza del caso y la forma en que las autoridades lo manejaron, siendo conscientes de la situación de violencia sufrida por la peticionaria, no tomaron medidas, incumpliendo de esta forma con sus obligaciones positivas.[7]

(4) *Ibid.*, párr. 51.

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*, párr. 63.

(7) TEDH, *Gäfgen c. Alemania* [GC], (n° 22.978/05), 1 de junio de 2010, párr. 108.

Luego, la Corte decidió analizar el caso de la violencia sufrida por las hijas de Lilia Eremia a la luz del art. 8 y no del art. 3 como había sido pedido por las denunciantes.

En primera instancia, se reiteraron los lineamientos del art. 8: si bien el objetivo de dicho artículo es proteger a los individuos de la arbitrariedad de las autoridades públicas, el Estado tiene obligaciones positivas para un "efectivo" respeto de la vida familiar y privada. En el caso en particular, debe tenerse en cuenta la especial vulnerabilidad que tienen los niños, lo cual demanda que el Estado actúe con mayor celeridad para garantizarles una protección real y efectiva.(8) A la vez, se mantuvo el concepto de vida privada, el cual incluye la integridad física y psicológica de las personas, y es el deber del estado de protegerlo, incluso si el peligro proviene de terceros ajenos al Estado.(9)

Dado que A. tuvo un comportamiento contrario al art. 3, no puede considerarse que fue un comportamiento de acuerdo con la ley, ni es necesario en una sociedad democrática.(10) Por lo tanto, la pregunta que se realiza el tribunal es si las autoridades moldavas tomaron todas las medidas necesarias para cesar con esa interferencia. Del análisis de los hechos se desprende que, por un lado, las investigaciones iniciadas contra A. fueron suspendidas bajo la promesa de que no agrediría a su esposa e hijas por un año, y se lo liberó, asimismo, de toda responsabilidad penal. Por lo tanto, la Corte Europea determina que el art. 8 fue violado ante la falta de cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado.

En última instancia, se analizó la violación del art. 14 (no discriminación) en conjunto con el art. 8 y 3 del Convenio. Las peticionarias alegaron que las autoridades no tomaron acciones efectivas para prevenir la violencia doméstica y protegerlas de futuras agresiones, investigando y sancionando a A. de forma discriminatoria, en base a roles estereotipados asignados a las "familias". De esta forma, se afirmó que las autoridades fomentaron con

(8) *Ibid.*, párr. 73.

(9) *Ibid.*

(10) En el segundo párrafo del art. 8 se establece una excepción al deber de no intervenir en la vida privada de las personas. Si esta interferencia estuviera "de acuerdo con la ley" y fuera "necesaria una sociedad democrática" se darían los requisitos para que dicho comportamiento sea compatible con el art. 8 del Convenio.

esta inacción, el comportamiento de A. quien se sentía inmune a la acción del Estado. Y que en definitiva, este trato constituía violencia de género.

Al analizar esta supuesta violación, la Corte tomó las observaciones realizadas por uno de los *amicus curiae, The Equal Right Trust,* que opinó que la violencia impacta de forma distinta y desproporcionada sobre las mujeres. Esta violencia debe ser tratada con celeridad, y su naturaleza demanda que sea, sobretodo, tratada como una forma de discriminación de género. Asimismo, la CEDAW recomienda a los Estados adopten la obligación de prevenir, investigar, juzgar y sancionar los actos de violencia de género.(11)

En este sentido, la Corte Europea se expidió diciendo que de la combinación de los hechos surge que las acciones de las autoridades no fueron una simple falla o falta de celeridad en su accionar, sino que reflejaba una actitud discriminatoria hacia Lilia Eremia como mujer. También, en coincidencia con las observaciones del relator especial de Naciones Unidas para la violencia contra las mujeres,(12) el Tribunal apreció que el Estado moldavo no apreció la seriedad y el impacto del problema de la violencia doméstica en Moldavia y sus efectos discriminatorios sobre las mujeres. Por todo, se determinó que el Estado moldavo violó el art. 14 en conjunto con el art. 8 y 3.

En un mismo orden de ideas, La Corte Interamericana de Derechos humanos se expidió en un caso similar sobre la violencia doméstica María da Penha Maia Fernándes vs. Brasil, donde si bien se trató el tema como "violencia doméstica" se lo analizó desde una perspectiva de género, constituyendo la primera ocasión en la que la Corte IDH decidió analizar el caso a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —"Convención Belem Do Pará"—. En dicho caso se responsabilizó al Estado por negligencia y tolerancia en relación con la violencia doméstica contra las mujeres brasileñas, pues se daban las condiciones de violencia doméstica y de tolerancia por el Estado definidas en la Convención Belém Do Pará (arts. 3, 4, 7 (a), (b), (d), (e), (f) y (g). Consideró violados también los derechos a las garantías judiciales y a

(11) CEDAW, *Recomendación general 28,* [en línea] http://sicedaw.inmujeres.gob.mx/Recomendaciones/Discriminacion.pdf

(12) TEDH, *Eremia c. La República de Moldavia,* cit., párr. 35.

la protección de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a una vida libre de violencia (art. 3), a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral y seguridad personal, dignidad personal, igual protección ante la ley y de la ley, y a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes.

3 | Consideraciones finales

Para comenzar, es importante señalar que el presente caso encuadra dos aspectos de la violencia que son, no sin motivo, confundidos reiteradamente: la violencia de género y la violencia doméstica o familiar. Mientras que el último se refiere a una violencia o agresión ejercida dentro del núcleo familiar; el primero, se refiere no al contexto donde esta violencia impacta, sino a la violencia ejercida contra una persona por el hecho de ser mujer.

Del presente fallo, no se desprenden criterios claros y precisos de cómo el tribunal diferencia estos casos, pero podemos inferir por el análisis separado de los hechos en relación con el derecho —el caso de la Sra. Eremia, por un lado, y el de sus hijas por el otro— que uno encuadra dentro de la violencia de género, la cual puede darse dentro o fuera del núcleo familiar, mientras que el otro lo hace dentro de la violencia familiar.

Por otra parte, yendo al fondo, el presente fallo es relevante ya que es la segunda vez en la jurisprudencia del TEDH que se reconoce la discriminación de género en un contexto de violencia contra las mujeres. Cuatro años después de "Opuz c. Turquía",[13] el tribunal retoma en "Eremia" el aspecto de género dentro de la violencia y la posibilidad de caracterizar a la violencia doméstica y de género como un trato inhumano conforme al art. 3 del Convenio.

Primero, el Tribunal considera los hechos del caso para Lilia Eremia a la luz del art. 3, lo que no es usual puesto que, en general, son tratados solamente como una violación a la vida privada y familiar. Esto no es menor, pues implica que el Tribunal ha ido más allá de la llamada "igualdad formal" y ha reconocido la existencia de lo que, en términos feministas, se

(13) TEDH, *Opuz c. Turquía,* cit.

llama "sexismo institucional" que quedó evidenciado en la negativa de los trabajadores sociales y autoridades que le negaron a la peticionaria el divorcio y la indujeron a retirar las denuncias, ya que "no era la primera ni la última mujer en ser golpeada por su marido".

En resumidas cuentas, "Eremia" constituye un cambio importante dentro de la jurisprudencia de este tribunal regional, ya que ha quedado establecido que los casos de violencia doméstica no necesariamente quedan solamente circunscriptos a la esfera de la vida privada y familiar; y que puede ser un trato inhumano. Mientras que en recientes casos, el TEDH determinó que debía analizarlos solamente a la luz del art. 8 enfatizando que las cuestiones que surgirían del art. 14 habían sido ya analizadas con el art. 8,[14] "Eremia" podría ser un cambio de paradigma donde se incorporan los instrumentos contra la violencia de género y se reconocen las obligaciones internacionales en materia de género que deben cumplir los Estados.

(14) TEDH, *Kalucza c. Hungría* (n° 57.693/10), 24 de abril de 2012; *Bevacqva y S. c. Bulgaria* (n°. 71.127/01) 6 de diciembre de 2012; *Hajdouvá c. Eslovaquia* (n° 2660/03), 30 de noviembre de 2010; *A. c. Croacia* (n° 55.164/08) 14 de octubre de 2010.

Derecho a la educación. Igualdad y no discriminación

TEDH, *LAVIDA y OTROS c. GRECIA,*
30 de MAYO 2013, (definitiva de 30 de AGOSTO de 2013)

por **KATIA ROSENBLAT**[1]

I | Los hechos del caso

La ciudad de Sofades se encuentra en el departamento de Tesalia, Grecia. Según el gobierno, cerca de la mitad de su población —alrededor de 3000 habitantes— es de origen gitano y reside en una aglomeración conocida como *Nea Zoé*, nueva urbanización de ese grupo étnico. De acuerdo con los peticionarios, 84 familias habitan el nuevo barrio y 300 viven en uno antiguo.

Al momento de los hechos, cuatro escuelas públicas funcionaban en Sofades. Una de ellas, la Cuarta Escuela Primaria de Sofades (en adelante "la Cuarta Escuela" o "la Cuarta"), se construyó en el antiguo asentamiento de la comunidad romaní y también se encontraba cerca de *Nea Zoé*. Los solicitantes afirman que las vacantes no son suficientes en esta escuela, además de que los alumnos gitanos residentes en el nuevo barrio no pueden inscribirse en la Primera Escuela, debiendo transportarse a la Cuarta, situada más lejos de su vivienda. Respecto de la escuela destinada a la

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

comunidad gitana, ella cuenta con 511 alumnos y, según los requirentes, sólo 250 siguen los cursos asiduamente.

Los demandantes, quienes residen en el nuevo asentamiento, son niños en edad de asistir obligatoriamente a la escuela durante el período 2009/2010 y padres de esos niños. La mayoría de los alumnos —salvo uno que va al jardín de infantes, dos que terminaron sus estudios y otra que logró que se la inscribiera en la Segunda Escuela— se encuentran cursando sus estudios en la Cuarta Escuela.

El 21 de mayo de 2009, una delegación de *Greek Helsinki Monitor* (en adelante "GHM"), representante de los demandantes en este litigio, escribió una carta a S. V., Secretario Especial para la Educación Intercultural del Ministerio de Educación, y a A. S., Ministro de Educación, describiendo la situación. En el texto califica de segregación étnica a la existencia de "escuelas para romaníes", las cuales poseen un nivel desvalorizado o inexistente de enseñanza. A su vez, estima que los gitanos tienen derecho a acceder a programas para reducir la deserción escolar ya existentes para los niños musulmanes. Además, los alumnos gitanos deberían poder integrarse en escuelas más cercanas a sus viviendas en lugar de concurrir a "escuelas para romaníes". Al no obtener respuesta, GHM escribió también al Mediador de la República.

En 2009, los padres de los alumnos pidieron al director de la Primera Escuela que aceptara inscribir a sus hijos. Éste se rehusó sosteniendo que las autoridades consideraban que debían concurrir a la Cuarta Escuela.

El 29 de septiembre de 2009, la Dirección Regional de Educación de Tesalia dirigió al Ministerio de Educación un informe relativo al funcionamiento de las escuelas de Sofades y a la escolarización de los niños gitanos. En él afirma que, para poner fin a la exclusión y promover la integración de los romaníes, debería evitarse que asistieran a escuelas exclusivas para la población cíngara, construyendo nuevos establecimientos educativos y reorganizando el mapa escolar. Esto es así dado que, en la actualidad, la escolarización de los niños gitanos se considera irrealizable en razón del gran número de alumnos y de la insuficiencia de infraestructura de los establecimientos dedicados a ellos.

El informe también relata que el padre de un alumno gitano, habitante del sector de afectación de la Primera Escuela, inscribió a su hijo en la misma

y éste fue admitido, pero los demás padres reaccionaron negativamente. Asimismo, dos niños residentes en el viejo asentamiento solicitaron se los inscribiera en la escuela del sector de Filia, pero, al aprobarse su ingreso, los padres de los demás y las autoridades municipales se opusieron, exigiendo que volvieran a la Cuarta Escuela en razón de su lugar de residencia.

El 25 de noviembre de 2009, GHM envió al nuevo Secretario Especial para la Educación Intercultural del Ministerio de Educación una carta similar a la anterior sin obtener respuesta. El 15 de diciembre, el Mediador de la República informó a GHM que también notificó a este funcionario sobre el asunto.

El 7 de diciembre de 2011, los servicios competentes del Ministerio de Educación propusieron transferir alumnos de la Cuarta Escuela a la Primera y a la Segunda Escuelas de Sofades, además de a las de Kypseli, Karpochori y Mataraga, incorporando personal especializado para facilitar su integración. A su vez, instaron a no inscribir más alumnos en la Cuarta Escuela, sino a repartirlos entre las mencionadas.

El 23 de diciembre de 2011, el Secretario Especial para la Educación Intercultural decidió realizar las propuestas. Ante las protestas de los padres de alumnos no gitanos, y luego de una reunión entre el Secretario Especial, el Ministro de Educación, el alcalde de Sofades, diputados de Karditsa y representantes de la asociación de padres de alumnos, se estipularon otras medidas, a saber: mantener la Cuarta Escuela y proveerla de más equipamiento y personal; construir una nueva escuela para niños gitanos; inscribir nueve alumnos que estén por comenzar su escolarización en clases preparatorias de la Primera y la Segunda Escuelas, que funcionen en la Quinta Escuela Maternal; a partir del período 2012/2013, inscribir alumnos de la Quinta Escuela Maternal en distintos establecimientos educativos de la ciudad de Sofades, sin que excedan del 20% del alumnado de cada una.

De acuerdo con el derecho interno pertinente, en favor de la educación intercultural, no deberían existir escuelas en las cuales más del 50% del alumnado fuese gitano.

Numerosos textos internacionales también abarcan la preocupación por la segregación de los gitanos en el ámbito de la educación. Entre ellos pueden

contarse la Recomendación CM/Rec(2009)4 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la educación de los Gitanos y de las Personas Nómadas (*Gens du voyage*) en Europa,[2] un informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia,[3] la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial[4] y la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.[5]

2 | Análisis

El Estado interpuso las siguientes excepciones preliminares: incumplimiento del plazo de seis meses, no agotamiento de recursos internos y ausencia de la calidad de víctima (esta última respecto de los padres de los alumnos). Todas ellas fueron rechazadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "TEDH" o "el Tribunal"), declarándose admisible el caso.[6]

Los peticionarios sostienen que el hecho de que sus hijos hayan sido ubicados en una escuela primaria reservada exclusivamente a gitanos los priva de una verdadera escolaridad y es violatorio del art. 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante "el Convenio"), combinado con el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido como el Protocolo N° 1 a dicho instrumento (en adelante "el Protocolo").

Antes de comenzar el análisis del caso, el Tribunal expone una serie de principios generales sobre la materia a estudiar. Primero, anuncia que el dere-

(2) El Comité sugiere fomentar un acceso no discriminatorio a una enseñanza de calidad para los niños gitanos a nivel nacional. TEDH, *Lavida y otros c. Grecia* (n° 7973/10) 30 de mayo 2013, párr. 72.

(3) La Comisión manifiesta su preocupación por la separación de los niños gitanos y recomienda clases preparatorias para alumnos provenientes de grupos minoritarios, con criterios objetivos y en favor del interés superior del niño. *Ibid.*, párr. 30.

(4) El Comité recomienda evitar la segregación de los alumnos gitanos. *Ibid.*, párr. 72.

(5) La Convención califica de discriminatorias a las medidas para mantener establecimientos educativos separados. *Ibid.*, párr. 72.

(6) *Ibid.*, párr. 53.

cho a la instrucción garantiza un derecho de acceso a los establecimientos escolares existentes en un momento dado con el fin de que produzca efectos útiles: que el titular pueda beneficiarse con la enseñanza recibida, es decir, que los estudios sean reconocidos oficialmente.(7) Segundo, el TEDH recuerda que la comunidad gitana es una minoría vulnerable que merece protección especial, la cual se extiende al ámbito de la educación e implica otorgarles atención especial a sus necesidades y a su modo de vida.(8) Tercero, el Tribunal vuelve a estipular que el art. 14 del Convenio no goza de existencia autónoma, pero sirve de complemento importante a otras disposiciones del instrumento y de sus protocolos, dado que protege a los individuos de toda discriminación en el ejercicio de los demás derechos enunciados en las otras disposiciones.(9) Por último, admite nuevamente que una discriminación potencialmente contraria al Convenio pueda resultar de una circunstancia de hecho.(10) Cuando un demandante produce un principio de prueba de discriminación relativo al efecto de una medida o de una práctica, la carga de la prueba incumbe al Estado, quien deberá demostrar que la diferencia de trato está justificada.(11)

Respecto del caso en particular, el Tribunal estima que, aunque el Estado no tenga intenciones discriminatorias, una posición que perpetúa la escolarización de los niños gitanos en escuelas exclusivas para esa comunidad y renuncia a las medidas antisegregacionistas efectivas, todo ello, en razón de la oposición manifestada por los padres de alumnos no romaníes, no puede considerarse justificada por un objetivo legítimo. A su vez, menciona que la situación descripta perduró hasta el período 2012/2013. Por estos motivos, el TEDH concluye que hubo violación del art. 14 del Convenio, combinado con el art. 2° del Protocolo, en perjuicio de los peticionarios.(12)

(7) *Ibid.*, párr. 61.

(8) *Ibid.*, párr. 62; *Oršuš y otros c. Croacia* (n° 15766/03) 16 de marzo de 2010, párrs. 146/148.

(9) TEDH, *Lavida y otros c/ Grecia*, cit., párr. 63.

(10) *Ibid.*, párr. 64; *Zarb Adami c. Malta* (n° 17209/02), 20 de junio de 2006, párr. 76.

(11) TEDH, *Lavida y otros c/ Grecia*, cit., párr. 64; *D. H. y otros c. República Checa* (n° 57325/00) 13 de noviembre de 2011, párrs. 180/189.

(12) TEDH, *Lavida y otros c. Grecia*, cit., párrs. 73/74; *Sampani y otros c. Grecia* (n° 59608/09) 11 de diciembre de 2012.

3 | Consideraciones finales

Al tomar conocimiento de los hechos del caso, resulta claro que los niños que residen en Sofades se ven discriminados en lo que respecta a su acceso a la educación, y aún más a una formación de calidad.

En esta ocasión, el TEDH resuelve oponiéndose a la segregación étnica en materia de educación, siendo consistente con el resto de su jurisprudencia.

Hubiera sido interesante que se pronunciara sobre la necesidad de que se tomaran medidas positivas para que los padres de los demás niños, además de ciertos funcionarios, dejaran conscientemente de obstruir el acceso del alumnado cíngaro a la educación.

Derecho al acceso a la información

TEDH, *INICIATIVA JUVENIL por LOS DERECHOS HUMANOS c. SERBIA,* 25 de JUNIO de 2013

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**[1]

En el caso de *Iniciativa Juvenil por los Derechos Humanos c. Serbia*,[2] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ("el Tribunal/TEDH"), realizó consideraciones sobre derecho al Acceso a la Información, contemplado dentro del ámbito de protección del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales[3] ("el Convenio europeo").

I | Los hechos del caso

El peticionario, *Youth Initiative for Human Rights,* —una ONG que vigila el respeto de los Derechos Humanos en Serbia—, se agravió del hecho de que la Agencia de Inteligencia de ese país se negó a informarle cuántas personas habían sido sometidas a sus mecanismos de vigilancia electrónica durante 2005, pese a que dicha repartición fue compelida a hacerlo por orden del Comisionado de Información, el órgano encargado de la aplicación de la Ley de Libertad de Información, una norma

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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, *Iniciativa Juvenil por los Derechos Humanos c. Serbia* (n° 48135/06), 25 de junio de 2013.

(3) *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, [en línea] http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

que, de un lado, preveía el acceso a la información y, del otro, establecía las posibles restricciones a ese derecho. La Agencia de Inteligencia, para decidir contra la petición de *Youth Initiative,* había invocado los arts. 8 y 9 de la ley mencionada, que estipulaban muy restrictivamente los supuestos en que podía negarse el acceso a informaciones de interés público. Como se dijo, el Comisionado entendió que la Agencia había aplicado erróneamente la ley, y la obligó a proveer las demandas de *Youth Initiative.* Pese a ello, en 2008, la Agencia de Inteligencia volvió a negarse a suministrar las informaciones requeridas, arguyendo esta vez que no poseía esos datos.

2 | La sentencia del Tribunal Europeo

El Tribunal, en primer término, afirmó su competencia a partir de que el Estado había alegado improcedente su intervención *ratione materiae,* dado que, según su postura, el art. 10 no establecía "…un derecho general de acceso a la información". El TEDH desechó esa objeción citando una decisión anterior,[4] donde había afirmado que la "libertad de recibir información", consagrada en el art. 10 del Convenio, sí incluye ese derecho.[5] Por otro lado, también sostuvo que las ONG's y otras entidades que se involucran en asuntos de interés público (tal el caso de *Youth Initiative),* son asimilables a organismos de control público[6], como la prensa, y por tal motivo merecen igual protección que ella.[7]

En cuanto al mérito de la pretensión, el Estado citó en su favor otro fallo donde el TEDH había sostenido que el art. 10 del Convenio, en materia de acceso a la información, sólo planteaba una obligación negativa de no restringir el goce de ese derecho, pero no ponía a cargo de los Estados Parte un deber positivo de recopilar y difundir, *motu propio,* la información.[8] Para el TEDH, el hecho de que *Youth Initiative* ejerciera la actividad de recolectar información de interés público con la intención de impartirla y así contribuir

(4) TEDH, *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría* (n° 37374/05), 14 de abril de 2009.

(5) *Ibid.,* párr. 35.

(6) *"Watchdogs"* en el original.

(7) TEDH, *Iniciativa Juvenil por los Derechos Humanos c. Serbia,* cit., párr. 20*; Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría,* cit., párr. 27.

(8) TEDH, *Guerra y otros c. Italia* (n° 116/1996/735/932), 19 de febrero de 1998, párr. 53.

al debate público, lo convertía, como ya se dijo, en un sujeto asimilable a la prensa y digno de su protección. Ergo, el derecho afectado era su libertad de expresión, también consagrado en el art. 10, interpretado según los términos de protección concebidos para la prensa.(9)

Si bien la libertad de expresión admite restricciones, aquellas deben fundarse en la ley.(10) La Agencia de Inteligencia se negó a otorgar la información solicitada por *Youth Initiative*, incumpliendo la Ley de Libertad de Información, a partir de interpretarla de forma arbitraria,(11) —recuérdese que el propio Comisionado de información así lo había decretado—.

Respecto de los motivos que la Agencia de Inteligencia había esgrimido para volver a negar los datos pretendidos por *Youth Initiative* (2008), —sostuvo que "no los tenía"—, el TEDH dijo que ese argumento no resultaba convincente. Primero, porque la naturaleza de la información claramente indicaba que se trataba de datos que manejaba esa repartición. Segundo, porque al negarse a darla en una primera ocasión, la Agencia, tácitamente, reconocía que la tenía en su poder.(12)

En virtud de esos razonamientos, Serbia resultó condenada por violación al art. 10 del Convenio Europeo.

3 | El derecho de acceso a la información en la jurisprudencia del TEDH

Debe decirse que, en rigor, lo que motivó la condena a Serbia, fue la recalificación que el Tribunal hizo del agravio del peticionario. Originariamente, éste había invocado el derecho de acceso a la información. El TEDH sostuvo que lo que se había vulnerado era su derecho a la liber-

(9) TEDH, *Iniciativa juvenil por los Derechos Humanos c. Serbia,* cit., párr. 20*; Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría,* cit., párr. 24.

(10) *Ibid.,* párr. 25.

(11) *Ibid.,* párr. 20*; Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría,* cit., párr. 26.

(12) TEDH, *Iniciativa Juvenil por los Derechos Humanos c. Serbia,* cit., párr. 20*; Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría,* cit., párr. 25.

tad de expresión, en tanto organismo de control público asimilable a la prensa, a quien se le había restringido ilegalmente el acceso a determinados datos.

Esta conclusión no podría extraerse sino del voto concurrente de los jueces Sajó y Vučinić. Estos magistrados explican que el Tribunal Europeo mantiene una jurisprudencia restrictiva en materia de acceso a la información, (pese a que ha avanzado en reconocerlo protegido por el art. 10),[13] en dos aspectos: a) quiénes son los sujetos activos del derecho de acceso a la información, y b) qué tipo de obligaciones impone el art. 10 del CEDH —positivas o negativas—.

En el fallo *Leander,* el TEDH sostuvo que el art. 10 "…básicamente prohíbe que un gobierno restrinja a una persona el hecho de recibir información que otros quieren o pueden estar dispuestos a impartirle. El art. 10 (...) no confiere a la persona el derecho de acceso a un registro que contiene información sobre su posición personal, ni encarna la obligación del Gobierno de impartir tal información para el individuo…".[14] De la doctrina citada puede extraerse con claridad que quien resulta sujeto activo del derecho de marras es la prensa, y no los particulares. Éstos carecen de legitimación para requerir información pública. Es la prensa la que resulta sujeto activo de ese derecho en el sentido de que es ella quien puede solicitar información a los Gobiernos, con base en el hecho de que recaba información de interés público con la intención de impartirla y así contribuir al debate público. El particular, por su parte, resulta ofendido cuando es a los medios de comunicación a los que se les impide acceder a la información. Esta interpretación surge, en primer lugar, del hecho de que el Tribunal recurriera al expediente de asimilar a *Youth Initiative* a la prensa para poder acordarle la protección que ésta recibe del art. 10. En segundo lugar, los jueces del voto concurrente hacen notar este hecho al sostener que, en vista de la evolución jurídica en materia de acceso a la información, el Convenio del Consejo de Europa sobre Acceso a Documentos Oficiales (2009), y las exigencias democráticas: "…la diferencia entre periodistas y otros miembros del público está desapareciendo rápidamente. No puede

(13) *Inter alia:* TEDH, *Gillberg c. Suecia* (nº 41723/06), 3 de abril de 2012, párr. 74; *Társaság a Szabadságjogokért c. Hungría,* cit., párr. 35; *Gaskin c. Reino Unido,* Serie A Nº 160, 7 de julio de 1989, párr. 52; *Leander c. Suecia*, Serie A Nº 116, 26 de marzo de 1987, párr. 74.

(14) TEDH, *Leander vs. Suecia,* cit., párr. 74. (Traducción y resaltado del autor).

haber una democracia robusta sin transparencia, que debe servir para todos los ciudadanos".

En el "Caso Claude Reyes",[15] la Corte IDH expuso una doctrina muy distinta a la precitada. La Corte IDH debió decidir sobre la alegada violación del derecho de acceso a la información de las víctimas, integrantes de la fundación Terra, que se agraviaban del hecho de que el Estado chileno había rehusado entregarles información relativa a inversiones en materia de industrialización forestal por parte de empresas extranjeras que, presuntivamente, tendrían efectos nocivos en el medio ambiente.

La Corte IDH comenzó por definir la información solicitada por las víctimas como de interés público a partir de tres motivos: a) los datos requeridos versaban sobre contratos del Estado, b) el posible impacto ambiental de los proyectos había generado gran discusión pública respecto del asunto, y c) el pedido de información constituía una forma de verificar el adecuado actuar y cumplimiento de los deberes a cargo de un órgano del Estado (el Comité de Inversiones Extranjeras, la repartición requerida por las víctimas).[16]

En segundo término, la Corte IDH sostuvo que el art. 13 de la Convención Americana (Libertad de pensamiento y expresión) regula, además del derecho a expresar el pensamiento propio, el de "…buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole…".[17] Este último aspecto del art. 13, "…protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención…".[18] Desde esta perspectiva, el art. 13 comporta "…el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla…",[19] sujeto a las restricciones lógicas. La importancia y necesidad de proteger este derecho ha

(15) Corte IDH, "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile". Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C N° 151.

(16) *Ibid.*, 73.

(17) Corte IDH, "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile", cit., párr. 76; "Caso López Álvarez vs. Honduras", sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C N° 141, párr. 163; "Caso Ricardo Canese vs. Paraguay", sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C N° 111, párr. 77; "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N° 107, párr. 108.

(18) Corte IDH, "Claude Reyes y otros vs. Chile", cit., párr. 77.

(19) *Ibid.*, párr. 77.

alcanzado consenso regional en el ámbito americano a partir de sucesivas resoluciones de la Asamblea General de la OEA, y un intenso conglomerado de instrumentos internacionales signados por los Estados Miembro.[20]

En lo que interesa, merece especial consideración el hecho de que, para la Corte IDH, la supuesta afectación de un interés directo o personal no debe resultar un prerrequisito para acceder a la información. En consecuencia, según esta doctrina, todos estamos legitimados para compulsar la información pública,[21] lo que resulta en control democrático de las gestiones estatales, y constituye un efecto de los principios de publicidad y transparencia de la gestión pública.[22]

Finalmente, en cuanto a si las obligaciones que impone el art. 10 en materia de acceso a la información son sólo negativas o también positivas, los Magistrados Sajó y Vučinić precitados, no hesitan en aseverar que "dada la complejidad de la gestión de datos moderna, la simple falta de una prohibición de acceso puede no ser suficiente para el goce efectivo del derecho a la información". Con ello es claro que abogan por una interpretación más amplia de la responsabilidad de los Estados frente al derecho en trato.

En este sentido, cabe remontarse nuevamente al "Caso Claude Reyes", donde expresamente la Corte IDH determinó que el art. 13 de la CADH consagra una obligación positiva estatal de suministrar[23] información requerida, con las limitaciones del caso.

4 | Consideraciones finales

El caso en análisis deja entrever que el TEDH ha interpretado el derecho de acceso a la información de una forma limitada. Ésta conclusión ha sido resaltada desde el propio seno del Tribunal.

El TEDH, como se ha visto, analiza el contenido del derecho de acceso a la información a partir de los criterios de protección acordados a la prensa.

(20) *Ibid.*, párr. 78.

(21) *Ibid.*, párr. 77.

(22) *Ibid.*, párr. 86.

(23) *Ibid.*, párr. 77.

El efecto de esta interpretación implica interponer, entre los particulares y el Estado, a la prensa como vehículo del acceso a la información pues, parece, pone sólo en cabeza suya la legitimación para reclamar las informaciones públicas. Esto redunda en una calificación de los sujetos que tienen derecho a acceder a la información en contravención del propio Convenio europeo, donde se establece que "Las Altas Partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades…",[24] y que "El goce de los derechos y libertades… ha de ser asegurado sin distinción alguna".[25] Además, esta interpretación también desnaturaliza el contenido del derecho de marras, que es un derecho de los ciudadanos:[26] los Estados no están obligados respecto de la prensa y, por su intermedio, al resto de la población. Éstos deben garantizar la transparencia y la publicidad de sus actos, extremos inherentes a un régimen político verdaderamente democrático,[27] a todos los ciudadanos, de forma inmediata y sin intermediarios. Claro está, con las eventuales restricciones que la Convención Americana y el Convenio europeo autorizan.

El criterio de la Corte IDH en el "Caso Claude Reyes" es sensiblemente diferente al expuesto por el Tribunal Europeo. Ello es consecuencia, quizás, del hecho de que la Corte regional ha evitado interpretar el acceso a la información desde el tamiz de protección de la libertad de prensa, lo cual constituye un acierto: el derecho de acceder a la información, si bien cae dentro de la esfera protectoria del art. 10 del Convenio Europeo, y 13 de la Convención Americana, es autónomo respecto de la libertad de prensa, pues debe ser garantizado a todas las personas y no sólo en relación a una corporación determinada. Si se creyera que sólo la prensa y las ONG's de derechos humanos se encuentran legitimadas para exigir el cumplimiento del derecho en trato, sería el dislate de propiciar que aquellas entidades monopolicen la defensa del mismo.

(24) *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, cit., art. 1.

(25) *Ibid.*, art. 14.

(26) Declaración Conjunta de la Relatoría Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa sobre Libertad de Prensa, y el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la OEA, [en línea] http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&lID=2

(27) *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, cit., Preámbulo.

Derecho a la vida privada y familiar

Separación del niño de sus progenitores

TEDH, *R. M. S. c. ESPAÑA*,
18 de JUNIO de 2013

por **JULIA BEN ISHAI**[1]

I | Los hechos del caso

En el presente caso se analiza una denuncia interpuesta ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante "El Tribunal" y/o "TEDH") contra el Reino de España, en donde se estudia la violación del derecho a la vida privada y familiar, en los términos del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la demandante R. M. S. quien fuese separada de su hija G., privándosele el contacto con la misma.

La demandante, de origen guineano por parte de su padre y español por parte de su madre, convivía con sus dos hijos, su abuela y su tío abuelo al momento del nacimiento de G., en octubre del 2001. R. M. S. extendió poderes de cuidado especial a su tío con respecto a sus dos hijos anteriores, ya que por sus actividades laborales debía viajar frecuentemente.

El 25 agosto de 2005, R. M. S. solicitó "trabajo, alimentos y una vivienda" al departamento de servicios sociales del Ayuntamiento de Motril. Sin

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

embargo, a petición de la trabajadora social A. L. N., del Servicio Social de Protección de Menores de la Delegación Provincial para la Igualdad y Bienestar Social de Granada (en adelante "la Delegación Provincial"), la hija menor de la demandante fue separada de ésta a causa del "estado de excitación de la demandante" y la "situación legal de desamparo" motivada por la carencia de recursos de sus progenitores, afectados de un "estado de indigencia extrema" caracterizado por "…la falta de higiene y ropas inadecuadas para el periodo estival, cicatrices, piel reseca, arañazos y ansiedad ante la comida…".(2)

Un informe posterior (01 de septiembre de 2006) infirió que la menor poseía una enfermedad de "dermatitis seborreica atópica", que generaba las cicatrices y piel reseca que presentaba.(3)

El 30 de agosto, la demandante fue informada de la asunción de la tutela de G. por parte de la Delegación Provincial y del impedimento de visitar a su hija hasta tanto no iniciara un tratamiento psiquiátrico. Días más tarde, la menor fue trasladada sin que ello le fuera informado a su madre, y sin que ella diese su consentimiento.

En los días 06 y 20 de septiembre, y 27 de octubre de 2005, acontecieron los únicos y últimos tres encuentros entre la menor y su madre, los cuales fueron supervisados por educadores y personal de la fuerza policíaca.

La Delegación Provincial resolvió declarar en estado de desamparo a G., suspender las visitas de su madre, y trasladarla sin informar a R. M. S. el nuevo lugar de residencia.

Entre los días 22 de noviembre de 2005 y 31 de enero de 2006, la peticionaria solicitó en diecisiete ocasiones ver a su hija y recibir información sobre la misma, no habiendo recibido ninguna autorización de visita, ni información alguna.

El primero de febrero la Delegación Provincial presentó la propuesta de iniciar un proceso de acogimiento familiar pre-adoptivo. Dos meses más

(2) TEDH, *R. M. S. c. España* (n° 28775/12), 18 del junio de 2013, párr. 9.

(3) *Ibid.*, informe elaborado por el Centro de Acogida San Ramón y San Fernando de Loja.

tarde, una pareja fue elegida como padres pre-adoptivos de la menor, resolviéndose esta situación el 14 de febrero de 2007.

Pese al rechazo a la entrega en adopción por parte de la madre, el proceso judicial por adopción se inició en julio de 2009. Durante el período intermedio, y la totalidad del proceso judicial, la menor G. permaneció con la familia designada por la Delegación Provincial.

Promediando el proceso, el tío abuelo de la menor y tutor legal de los hermanos de ésta, se presentó como testigo y aportó la propuesta subsidiaria de adoptar a G., teniendo en cuenta el acogimiento que él mismo ya poseía de los otros hijos de R. M. S. Sin perjuicio de esto, tanto su presentación como su testimonio fueron rechazados, y el juez de primera instancia confirmó la sentencia apelada en relación al estado de desamparo de G. La demandante recurrió la sentencia, siendo apoyada por el fiscal de menores. Pese a esto, la Audiencia Provincial de Granada ratificó la sentencia de primera instancia. Los recursos interpuestos en Casación y ante el Tribunal Constitucional fueron declarados inadmisibles.

El procedimiento de adopción de la menor fue puesto en marcha en abril de 2011 siendo interpuesto dos meses más tarde por la madre de G.

Al 05 de febrero de 2013, el TEDH no fue informado por el gobierno del desarrollo del procedimiento de adopción deprendiéndose que la niña no fue adoptada aún.

2 | La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el análisis del presente caso, lo que oportunamente señala el TEDH, es la importancia de tener en cuenta el interés superior del niño como sujeto vulnerable cuyos derechos humanos están protegidos internacionalmente por numerosos instrumentos.

A partir de ello, se pone en consideración que el juez debe mediar entre los intereses contrapuestos de la madre y de la menor aunque, analizando el caso con mayor rigurosidad, es interesante analizar si dichos intereses son verdaderamente contrapuestos.

Observa el TEDH que la decisión de separar a R. M. S. de G. fue tomada con posterioridad al informe redactado por la trabajadora social A. L. N. del 04 de octubre de 2005 y que fuese reconfirmado el 01 de febrero de 2006, sin tomarse en cuenta otras opiniones de profesionales que pudiesen trabajar interdisciplinariamente la delicada situación de la separación de una madre de su hija. Se remarca la falta de consideración en las 17 ocasiones en las que R. M. S. buscó reencontrarse con su hija entre el 22 de noviembre de 2005 y el 31 de enero de 2006.

Es importante precisar que la tarea que debían llevar a cabo las autoridades nacionales españolas involucraba desarrollar medidas adecuadas para priorizar el interés superior de la niña en virtud de una vida familiar sana, y en torno a esto, no se tuvo en cuenta la edad de la menor, quien no había alcanzado los 4 años de edad al momento de ser separada de su madre, lo cual no fue un punto de análisis en el informe de la trabajadora social o en la posterior sentencia de primera instancia, entendiéndose que, frente a casos de estas características, es importante que un grupo de profesionales pueda trabajar desde distintas áreas para comprender cuál es el interés superior de una niña de 3 años que al momento de ser separada de su madre no presentaba signos de violencia, ni abusos de algún tipo o déficits, ya sean afectivos o en su estado de salud, ya que el signo de deterioro que presentaba la piel de la menor fue estudiado como si se tratara de una consecuencia de la dermatitis seborreica atópica que tenía y no de su estado de desamparo.

Señala el Tribunal que:

> "…las capacidades educativas y afectivas de la demandante con respecto a su hija menor G. no han sido formalmente puestas en tela de juicio (…) la asunción de la tutela de la niña fue tomada en razón a la situación de indigencia (…) las Autoridades nacionales hubieran podido compensar con ayuda de otros medios que no fueran los de la separación total de la familia…".[4]

El planteo que se hace en este punto es acerca de la falta de búsqueda de un medio menos lesivo a los efectos que el Estado proteja el "interés superior del niño". En este caso vemos que lo que motivó a la madre a presentarse en primer lugar ante la Municipalidad, que la llevó a la privación de una vida familiar junto a su hija, fue su falta de ocupación laboral. Esta

(4) *Ibid.*, párr. 85.

situación económica podría haberse resuelto si el Ayuntamiento de Motril (Granada) hubiese prestado la ayuda reclamada por la demandante en su pedido por "trabajo, alimentos y una vivienda", del 23 de agosto de 2005.

Pese a esto, tampoco fueron tenidas en cuenta las mejorías en sus actividades laborales a lo largo del proceso administrativo y judicial.

Es remarcable la falta de atención a las declaraciones del fiscal de menores que hicieron los jueces, manteniendo desde el 23 de agosto de 2005 hasta la fecha en que se dicta la resolución. Señala el TEDH en este punto que "…normalmente hay que considerar la asunción de la tutela de un niño como una medida provisional que ha de suspenderse en cuanto la situación se preste a ello y que todo acto de ejecución debe concordar con un fin último: reunir nuevamente al progenitor biológico con su hijo…".(5)

No sólo es impedida de ejercer este derecho la madre de la menor, sino también su familia extendida, priorizándose los derechos de la familia adoptiva que los de la familia biológica de G. En este sentido, es de consideración el hecho de que no sólo se priva a la menor de crecer con su madre sino que también se la aleja de sus hermanos con quienes tampoco se establecieron reuniones periódicas para fomentar el vínculo entre ellos.

El TEDH considera que "…las Autoridades españolas no han desplegado los esfuerzos adecuados y suficientes para hacer respetar el derecho de la demandante a vivir con su hija, ignorando así su derecho al respeto de su vida privada y familiar, garantizado por el art. 8…".(6)

En virtud de ello, el TEDH impuso al Reino de España una pena económica con la que debe indemnizar a la demandada.

3 | Consideraciones finales

El presente caso analiza la protección de la vida familiar en el Reino de España.

Pese a que se termina condenando al Estado implicado, observamos que la imposición de una indemnización pecuniaria no es suficiente para lograr

(5) *Ibid.*, párr. 89.

(6) Párr. 93.

una reparación real que lleve a la recomposición de las relaciones familiares afectadas.

En este caso, esto es altamente notorio, ya que siendo que no se enmarca en situaciones de violencia, maltrato o abuso, la importancia de adoptar medidas positivas es más amplia por el grado de responsabilidad que acarrea el Estado.

Haciendo un análisis de jurisprudencia comparada, podemos evocar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Fornerón e Hija vs. Argentina". Aquí, frente a la adopción de la niña M. y la búsqueda de su padre biológico de poder establecer una relación con su hija, la Corte IDH ordenó un programa de reparaciones que involucra acciones positivas tendientes a reconstruir el lazo filo parental teniendo en cuenta el interés superior de la niña.[7] En este sentido no solo se establece un régimen de visita progresivo,[8] con acompañamiento terapéutico,[9] donde estén cubiertos todos los recursos económicos necesarios para que se lleven a cabo estos encuentros,[10] sino que además se exhorta al Estado a adoptar todas las medidas judiciales, legales y administrativas necesarias para facilitar el proceso de vinculación[11]donde se respete la voluntad y opinión de la menor.[12]

Este fallo sirve como ejemplificación de lo que puede ser una reparación integral en aquellos casos que involucran el art. 8 del Convenio .

Por lo expuesto, podemos llegar a la conclusión de que el fallo es incompleto en varios aspectos, porque si bien remarca la responsabilidad internacional del Estado español, no hace a un programa de reparación real, que lleve a la recomposición de la vida familiar entre las partes.

(7) Corte IDH, "Caso Fornerón e Hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27/04/2012, párr. 160.

(8) *Ibid.*, párr. 160.

(9) Párr. 162.

(10) Párr. 163.

(11) Párr. 164.

(12) Párr. 165.

Derecho a la vida. Obligaciones positivas de los Estados

TEDH, *NENCHEVA y otros c. BULGARIA,*
18 de JUNIO de 2013

por **MARISOL DORREGO**[1]

I | Los hechos del caso

Los peticionarios son padres de siete de quince niños fallecidos en el transcurso de 1996 y 1997 en el hogar para niños con problemas físicos y mentales de la ciudad de Dzhurkovo y una asociación denominada Asociación para la integración europea de los derechos humanos. En el transcurso de ese período, Bulgaria estaba pasando por una crisis económica, financiera y social. El presupuesto acordado a Dzhurkovo sufrió una desvalorización muy importante y la municipalidad no se pudo hacer cargo de los gastos de los alimentos y los productos de primera necesidad. Durante ese tiempo, el hogar disponía de alrededor de 0,80 euros por niño y por día. En ese momento no contaba con un médico en el establecimiento. Por las condiciones del invierno, el hogar no era fácilmente accesible y el hospital más próximo se encontraba a 40 kilómetros y no había ningún medio de transporte adecuado para transportar a los enfermos. La calefacción funcionaba una hora a la noche y una hora a la mañana. El alimen-

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

to era insuficiente. El personal del hogar así como los vecinos aportaban voluntariamente comida. Además, era difícil mantener las condiciones de higiene básicas. Tanto la directora del establecimiento como autoridades municipales realizaron reclamos tendientes a conseguir más alimentos, pero los mismos resultaron infructuosos. La primera muerte se produce el 15 de diciembre de 1996. El 22 de enero de 1997, un grupo de 8 niños fue trasladado al hogar de Dzhurkovo en virtud de una decisión de los servicios sociales municipales. La directora del establecimiento pide ayuda a organizaciones de derechos humanos y vuelve a reclamar ante el Ministerio de Trabajo y Política Social, al de Finanzas, y al gobernador regional pidiendo una intervención urgente. El 22 de febrero de 1997 el número de niños fallecidos es de siete. La directora del establecimiento contacta de nuevo a servicios del Ministerio de Trabajo y Política Social encargados de la asistencia social y se le acuerda, excepcionalmente, subvenciones de alrededor de 3720 euros. Durante ese mismo período mueren 15 niños más. El Ministerio Público Fiscal regional inicia una investigación al respecto. La directora del establecimiento es detenida por homicidio involuntario de personas por faltar a una obligación legal. El Ministerio de Trabajo y Política Social expresa que, a ese momento, el hogar no se hallaba sujeto a su presupuesto sino a un presupuesto municipal y que no contaba con documentos relativos al hogar. El Ministerio Fiscal concluye que la directora del hogar obró con negligencia provocando la muerte de trece niños, en circunstancias particularmente graves. El 18 de mayo de 2005, la directora del hogar y otros dos acusados más son absueltos. Dicha sentencia es confirmada por la Corte de Apelación y por la Corte de Casación.[2]

2 | Apreciación del Tribunal Europeo

Los peticionarios se quejan de que el Estado habría faltado a sus obligaciones positivas de proteger la vida de las personas puestas bajo su responsabilidad, creando un daño inminente para su salud y su vida. También habría faltado a su responsabilidad de investigar e identificar las causas del deceso. A su vez, se quejan de que las condiciones del hogar de Dzhurkovo constituían un trato inhumano y degradante. Se basan en los

(2) TEDH, *Nencheva y otros c. Bulgaria* (n° 48609/06), 18 de junio de 2013, párrs. 4/62.

arts. 2, 3, 5, 13 y 14 del Convenio. Sin embargo el Tribunal sólo analiza los hechos en base a los arts. 2, 3 y 13 de la Convención.[3]

Sobre el art. 2, el Tribunal expresa que frente a los alegatos de que el Estado habría fallado en su deber de proteger la vida de los niños, era esencial determinar si al momento de los hechos debieron haber podido tomar conocimiento de que existía un riesgo real para la vida de los peticionarios. Siendo que dichos niños habían sido confiados al cuidado del Estado en un establecimiento público especializado y se encontraban en una situación de particular vulnerabilidad, en las malas condiciones en las que se hallaba el hogar —y al que el Gobierno habría negado toda clase de ayuda económica— era inevitable que se pusiese en peligro su vida y que se necesitasen de cuidados médicos más específicos.[4] Las autoridades habrían sido alertadas de la situación mediante cartas enviadas por la directora del hogar, señalando las condiciones graves en las que se encontraban los niños y la dificultad de aportarles los cuidados médicos necesarios.[5] Por ello, el Tribunal tiene por establecido que las autoridades públicas habían tenido conocimiento de dicha realidad, y más aún, al no ser un caso aislado, se confirma la obligación del Estado de proteger la vida. Indica que el Estado no habría tomado medidas concretas, expeditivas y suficientes para prevenir los decesos.[6] A su vez, expresa —al contrario de lo alegado por el Estado—, que la vía civil impulsada por alguno de los peticionarios y sus consecuentes indemnizaciones no pueden ser tomadas como reacciones exigidas al Estado conforme al art. 2 del Convenio ya que la misma sería tomada por iniciativa exclusiva del particular.[7] El Tribunal constata que la necesidad de investigar los hechos fue receptada por el Estado, pero que conviene examinar si dicha investigación fue realizada conforme a la diligencia y prontitud requerida por el art. 2.

Asimismo, las circunstancias denunciadas sobrepasan un caso de negligencia de profesionales de la salud. El Tribunal es de la opinión que las

(3) *Ibid.*, párr. 85.

(4) Párrs. 117/120.

(5) Párr. 121.

(6) Párrs. 122/123.

(7) Párr. 125.

autoridades nacionales tenían la obligación de tomar medidas apropiadas de manera urgente. A su vez, expresa la necesidad de iniciar una investigación en el menor plazo posible seguido a los hechos. Respecto de esto, la investigación oficial no comenzó sino dos años después del acaecimiento de los hechos y sin que el Estado diera ninguna explicación sobre la demora en iniciar la investigación. De hecho, la ausencia injustificada de la apertura de la instrucción en el marco de un proceso judicial y la duración de la misma comportaron un período de inactividad de cuatro años que compromete la eficacia del proceso.[8] Dichas demoras habrían hecho imposible saber si el comportamiento de otras personas involucradas en el funcionamiento del hogar habrían contribuido a los hechos producidos.[9] Los peticionarios estiman que la investigación sólo se centró sobre las acusaciones a los miembros del personal del hogar, mientras que falló en investigar acerca de la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados.[10] Los tribunales internos llegan a la conclusión de que las autoridades públicas, si bien habían recibido varias solicitudes pidiendo alimentos y reajustes de presupuesto, no habían tomado las medidas necesarias. Sin embargo habrían llegado a dicha conclusión en el marco de un proceso limitado a las acusaciones contra tres empleados del hogar.[11] Para el Tribunal la investigación llevada a cabo no tenía por fin descubrir todas las circunstancias alrededor de los hechos producidos y que, de haberse realizado más prontamente, hubiera permitido identificar a todos los responsables. Concluye que hubo violación del art. 2 del Convenio.[12]

3 | Consideraciones finales

El presente caso analiza las obligaciones del Estado conforme al art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al no asegurar condiciones necesarias que evitasen la muerte de los hijos de los peticionarios

(8) Párrs. 128/130.

(9) Párr. 132.

(10) Párr. 134.

(11) Párrs. 135/136.

(12) Párr. 139.

internados en una institución para niños con discapacidades físicas y mentales. Si bien es un caso que, aislado, resulta preocupante, tanto más lo es respecto de la situación en general de Bulgaria sobre las medidas tendientes a asegurar el derecho a la vida a personas internadas en instituciones mentales. A su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya se habría expedido en una situación similar —*Stanev c. Bulgaria*— en el cual se habría encontrado violaciones sistemáticas de los derechos de niños y adultos en instituciones búlgaras.[13] En ese caso se analizaba en particular el derecho a la educación de los niños con discapacidades destinados a instituciones especializadas. En el caso *Lazarov c. Bulgaria*, pendiente de resolución, también se analizaría el derecho a la vida relacionado con una persona perteneciente a una institución similar en Bulgaria.[14]

(13) TEDH, *Stanev c. Bulgaria* [GC] (n° 36760/06), 12 de enero de 2012.

(14) Véase [en línea], http://www.bghelsinki.org/en/news/press/single/press-release-bulgarian-helsinki-committee-brings-institutionalized-child-death-european-court-human-rights/

Jurisdicción. Derechos políticos. Libertad de asociación

CADHP, *"TANGANYIKA LAW SOCIETY, LEGAL AND HUMAN RIGHTS CENTER AND REVEREND CHRISTOPHER MTIKILA v. THE UNITED REPUBLIC OF TANZANIA"*, APLICACIONES 09/2011 y 11/2011, 14 de JUNIO de 2013

por **JULIA BEN ISHAI**[1]

1 | Introducción

El presente análisis se suscita tras las peticiones presentadas por Christopher R. Mtikila, *Tanganyika Law Society* y *Legal and Human Rights Center* (en adelante, "los peticionarios" o "los demandantes") ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (en adelante, "CADHP") por la presunta violación de los arts. 2°, 10 y 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos por parte del Estado de Tanzania (en adelante, "Tanzania" o "El Estado").

2 | Hechos

Para comenzar, debemos especificar la distinción que realiza la CADHP entre los peticionarios: por un lado, *Tanganyka Law Society* y *Legal and*

(1) Integrante del Proyecto de Investigación 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".

Human Rights Center, quienes presentan la demanda en conjunto, a los que la Corte llama "El primer peticionario" y, por el otro, el Sr. Christopher R. Mtikila, el cual presenta su aplicación por separado a quien la Corte denominará "el segundo Peticionario" o Reverendo Mtikila. El Tribunal agrupa las demandas que se presentan en virtud de la sustancialidad del reclamo y la esencia de fondo, que es la misma en ambos casos. En cuanto al primer peticionario, se trata de dos ONG del Estado de Tanzania abocadas a la promoción de los derechos humanos y el asesoramiento legal de ciudadanos tanzanos, mientras que el Reverendo es un ciudadano nativo tanzano que se presenta representándose a sí mismo.

El origen de estas peticiones se remonta al año 1992 cuando la Asamblea Nacional tanzana reformó las leyes electorales, fijando que solo se podría acceder al cargo de gobernador, presidente o cualquier cargo parlamentario mediante el sistema de partidos políticos y cumpliendo una serie importante de requisitos, tales como incluir representantes de las distintas áreas del país y fijar un número mínimo de representantes. Al año siguiente, el Reverendo Mtikila se presentó ante la Corte Suprema tanzana solicitando se declare la inconstitucionalidad de los artículos de la Constitución modificada, recurso que le fue concedido. Sin perjuicio de esto, el Gobierno presentó con posterioridad un nuevo proyecto de ley en el Congreso que volviese a establecer la situación que se había entablado en el año 1992, la cual fue aprobada. En el año 2005 el segundo peticionario volvió a cuestionar esta nueva ley ante la Corte Suprema y salió victorioso nuevamente. En el año 2009 el Congreso solicitó a la Corte Suprema que modifique su jurisprudencia en relación con esta ley, entendiendo que respondía a importantes objetivos políticos. Frente a esto, la solución a la que llegaron el Gobierno y la Corte Suprema fue la de impulsar una iniciativa popular en torno a esta problemática. Sin embargo, al momento de dictado de la sentencia de la CADHP, la consulta en cuestión no fue aún realizada y hasta ese momento los candidatos no sujetos a partidos políticos no podían ser elegidos en la República de Tanzania.

Por lo tanto, existe una diferencia en la violación de derechos de los peticionarios. Mientras que el segundo peticionario es un perjudicado directo de las medidas adoptadas a nivel interno, el primer peticionario denuncia en base a su función de ONG y en virtud de la violación de derechos humanos que se alegan y que afectan, a su criterio, a todo el pueblo tanzano.

3 | Procedimiento ante la CADHP

En primer lugar, para el Estado, el presente caso era inadmisible de acuerdo a la falta de agotamiento de las instancias internas, en virtud de que el proceso de consulta popular estaba aún en tratativas en el Parlamento tanzano.

La Corte sostuvo que el art. 6° del Protocolo determina la necesidad del agotamiento de los recursos locales y que la Comisión ha entendido que estos recursos deben entablarse por vía judicial y en ese sentido, el segundo peticionario determina que al haber llegado hasta la instancia de la Corte Suprema de Justicia se han agotado para él las vías judiciales a las que podría acceder. Además, entiende la Corte que el primer peticionario no tenía la necesidad de ir por esta vía en virtud de su condición de ONG. Además, estipula que el trámite parlamentario es un proceso político y no constituye un efectivo y suficiente remedio porque no es de libre acceso a todos y cada uno de los ciudadanos, es discrecional y puede ser abandonado en cualquier momento. El resultado del mismo depende de las mayorías y sin importar lo democrático que el proceso pueda ser, no se puede equiparar una consulta con un proceso judicial independiente para la reivindicación de los derechos consagrados en la Carta.

Por otra parte, con relación a la jurisdicción que posee la Corte en este caso, se suscita cierta discrepancia entre sus miembros, ya que dos de ellos, en sus votos en disidencia, se manifiestan de acuerdo con la posición del Estado tanzano, en virtud de que la violación que se alega se dio años antes de la ratificación por parte de Tanzania del Protocolo para la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y que, por ende, el Estado alegó que la Corte no poseía jurisdicción.

La mayoría del Tribunal consideró que la Carta Africana estaba en vigencia durante la época en que sucedió el hecho que causó la alegada violación de los arts. 3°, 10 y 12 y la ratificación posterior del Protocolo por el Estado no configura un problema, ya que es un mecanismo para proteger los derechos que consagra la Carta. Además, sostuvo que los hechos que motivaron la presente demanda continuaban vigentes. Para los jueces Fatsah Ouguergouz y Gerard Niyungeko, sin embargo, esta resolución es incon-

gruente con lo establecido en el art. 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que determina el principio de irretroactividad de estos.

Los peticionarios consideran que la prohibición de presentarse a elecciones de los partidos independientes constituye un grave hecho de discriminación hacia ellos y una violación grave del derecho de libre asociación y una restricción al derecho de participar en la vida política. En este sentido, se debe tener en cuenta que las condiciones para formar un partido político son verdaderamente estrictas, exigiéndose que haya una cantidad determinada de miembros por cada región,(2) lo cual, a criterio de los peticionarios, vuelve la creación de un partido político algo sumamente oneroso y limita la capacidad de muchos ciudadanos de poder acceder a estos.

La respuesta del Estado consistió en la necesidad de limitar la libertad absoluta que llevaría a la anarquía y el descontrol. La prohibición, según su contestación, está basada en la seguridad nacional, orden público, la paz y la moral. Respecto de la necesidad de registrar los partidos políticos y que contengan representación de ambas regiones del país, el Estado contestó que se trata de una medida en virtud de la unidad nacional y para evitar el tribalismo. Alega, además, que las medidas tomadas deben entenderse desde el punto de vista político y no tanto el legal, teniendo en cuenta el contexto socio cultural del país y su pasado histórico. Si no existiese el requisito de contar con miembros de ambas regiones se podría caer en un batalla entre regiones que impediría el normal desarrollo de uniones libres y democráticas tendientes a lograr el progreso en el Estado tanzano. En este sentido, se priorizó el fortalecimiento de un sistema multi-partidista. A los fines de sustanciar su opinión citó el caso Castañeda Gutman vs. México de la Corte IDH,(3) en el que se determina que en ciertas realidades sociales se puede impedir la presentación de candidatos independientes en virtud de priorizar otras necesidades existentes en el Estado, como por

(2) La República Unida de Tanzania está compuesta por dos regiones con diferentes sistemas legales Mainland (o Tanganika) y Zanzibar.

(3) Corte IDH, "Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Méxicanos", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 06/08/2008.

ejemplo, el fortalecimiento de los partidos políticos como actores esenciales de los sistemas republicanos y democráticos.

Asimismo, para Tanzania no existe la alegada violación al art. 2°, ya que la medida se aplica de igual manera a todos los tanzanos. Tampoco se puede especificar una violación al art. 10, pues no es obligación formar parte de un partido político y constituye un interés personal que pueden tener (o no) los individuos. Para el Estado, además, constituye un verdadero error que el Tribunal admita esta petición por parte del segundo peticionario, que sí pertenece a un partido político y se ha presentado a elecciones sin éxito en ellas.

En torno a la exigencia de demostrar la existencia de una necesidad social imperiosa que autorice la restricción de derechos y/o una reglamentación estricta de estos, la Corte determina que se debe evaluar si la restricción es razonable en virtud de lo cual se analiza el impacto, naturaleza y alcance de la limitación en razón de un objetivo particular. Para sustentar su postura, la CADHP apela a jurisprudencia tanto del TEDH como de la Corte IDH. En su jurisprudencia constante, esta última ha determinado que las restricciones siempre deben ser de índole legal.(4)

Para la CADHP, al igual que para la Comisión Africana, las limitaciones solo deben ser las establecidas en el art. 27 de la Carta Africana que se basa en los derechos de otros, así como los derechos colectivos, la seguridad, la moral y el interés común. Estas, además, deben tomar la forma de una ley de aplicación general.

El Tribunal concluye que estos supuestos no se ven reflejados en la respuesta del Estado tanzano. Determina además que el caso de la Corte IDH citado por la República Unida de Tanzania no se asimila al presente porque en él los candidatos independientes podían presentarse mediante partidos políticos sin ser parte de ellos, mientras que en este caso no existía esta posibilidad.

Por lo tanto, para la Corte la normativa sancionada en Tanzania respecto de la presentación de candidatos independientes va en contra de los

(4) Corte IDH, "Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/02/2001.

estándares internaciones establecidos por la Carta Africana ya que, en virtud de la adhesión a la misma, es preciso que el Estado adapte su legislación a la normativa internacional, no pudiendo alegar el incumplimiento de normas de esta índole en virtud de su contradicción con la legislación interna.

Respondiendo al argumento de que el segundo peticionario había formado su partido político, la Corte explica que esto no modifica el hecho de que fue necesario para que su participación en política fuese posible la creación o participación en un partido político.

En definitiva, la Corte consideró que hubo una violación por parte del Estado tanzano del art. 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Respecto de la alegada violación del art. 10, entiende el Tribunal que la libertad de asociación es negada en el caso de que un individuo se vea obligado a asociarse con otro. Para la Corte, la libertad de asociación implica la libertad de asociarse y la de no asociarse. Por tanto, también hubo violación del art. 10.

Por último, al analizar la alegada violación al art. 2°, la Corte determina que, contrariamente a lo que afirmaba el Estado, lo que importa en este caso no es si la norma se aplica a un grupo restrictivo o a todos los tanzanos, sino la distinción que realiza entre los tanzanos que pertenecen a un partido político y aquellos que no pertenecen a uno a los fines de poder acceder a cargos públicos. Para el Tribunal, las justificaciones invocadas por el Estado en virtud de las necesidades sociales no son suficientes de acuerdo a los criterios del art. 27. Por eso, determina que hubo violación del art. 2° de la Carta Africana.

Para finalizar, resta asentar que los votos en disidencia también tienen injerencia en otros aspectos. El Vicepresidente de la Corte, Fatsah Ouguergouz, sostuvo que las restricciones de los derechos políticos sucedidos en Tanzania se dieron de acuerdo a las condiciones establecidas en el art. 27, pese a que el Estado no se defendió de la mejor manera posible. También alega que si bien se configura una violación del art. 2°, en este caso, la Corte debió aclarar que no todo tratamiento diferente configura una discriminación.

4 | Palabras Finales

El presente trabajo se enmarca dentro de los primeros fallos que ha suscitado la CADHP desde su conformación en el año 2006.

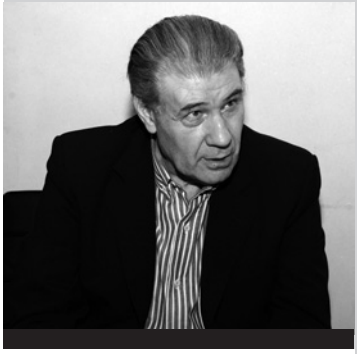
El análisis de los derechos políticos se debe resaltar teniendo en cuenta que en la redacción de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos los derechos políticos fueron relegados frente a otros que se están analizados en el presente fallo como lo son los derechos colectivos[5].

Por último, cabe destacar también las comparaciones que la Corte realiza con fallos tanto de la Corte IDH y el TEDH como informes del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, nutriéndose de esas experiencias.

(5) Rey, Sebastián Alejandro, "La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: una utopía convertida en realidad", en *Portal Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, diciembre de 2006, [en línea] http://www.derecho.uba.ar

Entrevistas

Entrevista a Víctor Hugo Morales



VÍCTOR HUGO MORALES

Periodista y locutor uruguayo

Usted fue un gran luchador por la democratización de los medios en Argentina. ¿Cuál es su balance después del fallo de la Corte que ratificó la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual?

Bueno, el fallo de la Corte fue la culminación de una lucha que valió la pena, de la cual no solamente se sacó una ley que puede ayudar muchísimo a la democratización del periodismo, que recorta un poco, aunque por supuesto no todo, el inmenso poder, devastador en algunos casos, de los megáfonos más potentes que tiene el país. Permitió también encontrar, a los jóvenes sobre todo, una bandera maravillosa en la cual había algo muy fuerte para creer y para soñar. Y fue además una manera de conocer más profundamente ciertos aspectos del país, como por ejemplo, sus medios de comunicación, sus comportamientos, el manejo, el impudor, el poder que han tenido, y entendiendo eso del periodismo se entiende también la política. La influencia que ellos han tenido en la política, la dependencia de la política de esos medios de comunicación, la influencia que esos medios pueden tener en crear la cultura necesaria, no sólo en la gente, sino también en los medios para que se lleven a cabo los fines de la gente que ellos representan, fundamentalmente, que en toda nuestra América Latina, cuando hablamos de "poderosos" se refiere a los criterios liberales, no liberal norteamericano, sino liberal como lo vemos nosotros acá, es decir, al liberal de la libertad de mercado, de la libertad de funcionamiento de las empresas y libertad de regulación del Estado. Yo creo que fueron tantas las utilidades de la "Ley de Medios" que cuando dentro de 20 años miremos hacia atrás, los cambios positivos que haya en la sociedad argentina en buena medida pueden ser atribuidos a la lucha de todos estos años.

Haberse enfrentado al Grupo Clarín y los principales medios hegemónicos de Argentina seguramente tuvo un costo personal para usted

No existe lucha ni batalla en la cual no se dejen unos jirones si es que uno se quiere involucrar. Y para mí, cuando surgió la "Ley de Medios", este era un tema que yo venía tratando desde hacía muchos años. Ya en 1987 tengo mis primeras manifestaciones de rechazo a la conformación de los multimedios, que era cuando *Clarín* se empezaba a hacer de Mitre, después vino lo de Canal 13 con la privatización de Menem y hubo una manifestación muy fuerte contra esos multimedios, contra el nivel creciente de influencia que ya no era solamente lo que en aquellas épocas se imprimía en los diarios, sino que era una influencia envolvente de la capacidad hasta de pensar que podían tener los destinatarios de esa potencia comunicacional que ellos tenían. Y luego la llegada del fútbol que vino a coronar todo lo que en aquel momento no lo discutíamos, no lo sabíamos ver. La historia de Papel Prensa está profundamente ligada a cómo la historia del fútbol y la concesión que la AFA le hizo al Grupo Clarín que vino a permitir que se formase un verdadero imperio ante el cual no había más remedio que proceder con una ley de medios de la democracia. Porque yo creo que la "Ley de Medios", que viene después del "Fútbol para Todos", es la última de las deseables consecuencias que todos esos errores de un país desregulado habían permitido que se cometieran contra los intereses del propio país, de la propia sociedad.

Mencionó recién la causa sobre Papel Prensa, pero también hay otra causa importante que en este momento se encuentra ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que tiene que ver con la deuda impositiva de *La Nación* con el Estado Nacional

Tengo varias indignaciones con este tema. La primera es el hecho de manifestación de poder, de ostentación de poder, diciendo "No voy a pagar, me afirmo en una cautelar", tener siempre algún juez que puede proceder de esa manera. Y no pagar porque se les antojó, no pagar porque hubo un momento en que la deuda no era tan grande. Recordemos que la pagó *Clarín*, por ejemplo, que había facilidades que podrían haber adoptado. Entonces, no pagaron por una cuestión económica, pero también por una manifestación de poder. No se les antojaba pagar, y por consiguiente, no lo iban a hacer. Esto tenía que quedar claro, esta es la primera indignación, la forma en que el poder abofetea la dignidad del resto de los ciudadanos. Pero también es indignante saber lo que han hecho con esos más de 300 millones de pesos que deben, que entre paréntesis podríamos preguntarnos cuántas escuelas, cuántas becas a científicos podrían darse en ese juego muy perverso que ellos establecen cuando quieren criticar algún gasto del Estado, diciendo cuántas camas se pueden poner en los hospitales o cuántos hospitales se pueden hacer con ese dinero. Bueno, la misma pregunta puede hacerse para ese dinero que ellos le escamotean al Estado. Otro elemento de indignación es apreciar como en Estados

Unidos el diario *La Prensa* es de *La Nación*, como el diario *La Prensa* de Nueva York, como el diario *La Razón* de Chicago, como *El Mensajero* de San Francisco, como *La Opinión* de Los Ángeles. Hay otro más en Miami. Es decir, llegan a once millones de hispanos con su mensaje neoliberal comprando medios de comunicación a través de una empresa con el dinero que no le pagan al Estado argentino. Y todos estos medios sirven para que su megáfono sea más amplio y para actuar contra lo que a ellos les importa combatir, es decir, la América Latina más progresista de estos años. El diario *La Prensa* de Nueva York lo tengo registrado, lo tengo por escrito día y nota que perfectamente se pueden buscar, entre el 20 de febrero y el 6 de marzo en 15 días escribieron 121 notas contra Venezuela. Entonces, es indignante que la gente no lo sepa, es agobiante que ese poder se lleve absolutamente a todos por delante, que la gente de la política no se dé cuenta que está sometida a algo que lo tritura cuando se le antoja. Como por ejemplo, los radicales cuando votaron a YPF, el diario *La Nación* a través de su principal columnista los trató inmediatamente de corruptos que habían vendido el voto por cargos en el Congreso. Es decir, corruptos y baratos, de alguna manera, porque ni siquiera eran corruptos por millones de pesos para ellos. Y se tragaron ese sapo, ese ataque impiadoso sobre sus dignidades personales. Yo no podría sobrellevarlo, yo los combato porque creo en lo que digo y porque ahora me han hecho daño, pero antes no me habían hecho daño y lo mismo los combatía. Sé que no es una cuestión personal, pero también los combato por el daño que me han hecho y porque entiendo que no se debe claudicar, uno no se debe apichonar sobre ese poder, sino que hay que buscar de cualquier manera confrontar, por lo menos, aun sabiendo de antemano que hay una derrota asegurada, darse la dignidad personal o colectiva de saber que uno ha dado todo en esa pelea.

¿Cuál es su opinión sobre cómo los medios transmiten la información y la relación entre la información y la verdad? ¿Debe el periodista tener un compromiso con la verdad?

Yo creo que se ha tocado fondo en el periodismo de esta época. Las cosas que se han hecho naturales en nuestra relación, el insulto, el insulto de los periodistas, el insulto de los foristas que ellos sostienen. A mí me gusta hablar con nombre propio, por ejemplo mencionar a los hermanos Saguier que han comprometido el honor personal mío en este caso por el resto de la vida, porque siempre habrá un imbécil que crea en lo que ellos han dicho de mí o que crean que soy una persona a la que un gobierno paga para que diga lo que piensa, porque en estos temas está muy claro que yo venía diciéndolo desde hace 20 años. Es indignante que ellos pretendan ser patrones morales del comportamiento de los políticos, del resto de los periodistas que no se alinean con el punto de vista de ellos. Y que en esa manifestación de poder procuren siempre aniquilar y triturar al adversario impiadosamente desde un lugar en el cual desde el punto de vista ético y moral están muy pero muy a tiro de las críticas que ellos procuran formular a los demás. Yo creo que ya no tienen límite. Ya hubo una manifestación de la justicia de la Unión Europea contra un diario que permitía que sus

foros fueran como insultantes con una personalidad de la política. Ya ha ocurrido en Uruguay que pidan cárcel para una persona que a través de *Twitter* ataca a otra, ya ha ocurrido en Estado Unidos. La libertad de expresión no te puede permitir decir cualquier cosa

¿Está de acuerdo en que se les pueda exigir a los periodistas el cumplimiento de ciertos parámetros profesionales?

Yo creo que lo mejor sería autorregulación, lo mejor sería que los medios periodísticos encontraran patrones en sus propias discusiones respecto a cuáles deberían ser los comportamientos éticos así como tienen un manual de estilo, que no respetan pero que lo tienen en cada diario, si hubiese un manual de estilo que no sé exactamente cuál sería su nombre, una regla de cordura, una regla de calidad, de ética profesional que rigiese para todo el periodismo en general. Yo creo que podemos ser muchísimo mejor de lo que somos sin privarnos de nada, de lo que verdaderamente llamamos libertad de expresión, libertad para criticar. A veces pienso si el gobierno en su afán de mostrarse como muy favorable a la libertad de expresión no ha hecho finalmente un daño derogando el delito de calumnias y de injurias. No sé si eso fue un paso correcto, porque ha permitido que se abra el juego a cualquier tipo de insultos. Y lo notable es que uno también empieza a recorrer esos caminos, porque a tal insulto, tal respuesta muchas veces. Posiblemente eso tendría un recorte en las cosas que digo de los Saguier, de Magnetto, si ellos tuvieran un recorte para lo que son capaces de decir respecto a otra gente. Es decir, ellos han marcado que todo vale y dentro de ese todo vale y la indignación en la impotencia, en la rabia, en la bronca, en el dolor, en la humillación que ellos le hacen padecer a las personas, puede caber que también existan exabruptos que quizá no serían cometidos en caso de que ellos no hubieran abierto todos los diques y todas las compuertas hacia cualquier desastre en el comportamiento periodístico.

Magnetto inició un juicio contra usted justamente en función de sus opiniones

Me acuerdo que una de las cosas que primero dijeron fue que yo había dicho, por la historia de Papel Prensa, que Magnetto tiene las manos ensangrentadas. Entonces cuando el abogado me preguntó dije "pero yo lo tomé de ustedes eso". Entonces levantó la mirada el abogado y le dije "pero yo eso lo tomé de ustedes cuando dijeron que Moyano tenía las manos pegoteadas de sangre, ¿no se acuerdan del dibujo que le hicieron?" Entonces, ellos lanzaron la posibilidad de que a una persona se la pueda acusar de lo peor, a Moyano lo acusaban de asesino en ese momento, de cómplice de un asesinato y era una infamia. Era una mentira y lo podían hacer y seguían impunes. Entonces, ¿qué me puede venir a decir Magnetto a mí del comportamiento respecto a calumnias e injurias si ellos viven calumniando e injuriando? Es casi un chiste lo que Magnetto intentó cuando pretendió, no sé si le va a dar curso todavía el juicio contra mi persona. Entonces, en esas extralimitaciones y esos excesos que ellos han cometido desde la impunidad de la que gozan está también

la apertura hacia comportamientos periodísticos que quizá serían mucho más sosegados hasta mi propia persona con respecto a los juicios de valor que uno establece sobre ellos.

¿Cuál es su opinión sobre el rol del periodismo en la discusión sobre el anteproyecto de Código Penal?

Primero, creo que la discusión es algo tan forzado, tan absurdo que han conseguido establecer una conversación que no debió ni existir hasta que ese anteproyecto no entrara en el Congreso y empezara a discutirse allí y nos fuéramos informando nosotros de lo que se discutía para poder participar. Esta discusión está hecha sobre un borrador y han tergiversado la información. Hay una manifestación muy interesante: no hay ningún jurista, ni siquiera de derecha que se haya animado, aún por afuera de los intereses políticos sectoriales que puedan tener, a cuestionar el anteproyecto. No conozco yo por lo menos, declaraciones de ninguno de ellos, lo cual quiere decir que hasta quienes tienen enemistad manifiesta o envidia manifiesta respecto al talento del Dr. Zaffaroni, por ejemplo, se han abstenido. Porque además se dan cuenta que es injusto, que Zaffaroni fue uno más, posiblemente por su sabiduría, pero uno más de un grupo que por fin estaba atendiendo a lo que llamamos la famosa política de Estado, hacer un código impulsado por todas las fuerzas políticas gravitantes que había en ese momento, cuando se hizo es la convocatoria. Entonces nos estamos perdiendo una gran oportunidad por un interés político, por una viveza criolla malentendida, por un golpe de efecto malintencionado, que arrastró a todos los demás hasta el ridículo de dejar expuestos a sus propios representantes en esa comisión, porque en algún momento se dieron cuenta que era o estar con el gobierno o estar más allá de Massa. Entonces, para estar más allá de Massa, llegaron a la conclusión de que eso no se podía estudiar ni mucho menos votar. Es una verdadera pena y una pérdida muy profunda pensar que las cosas puedan quedar en los términos que han dispuesto los sectores de la oposición, que en este tema no eran oposición hasta el día en que un opositor se sintió más vivo que todos y encontró una bandera política para usar con fines claramente electorales.

Entrevista a Willem De Haan(I)

WILLEM DE HAAN

Profesor Emérito de Criminología e Investigador Senior en el Departamento de Derecho Penal y Criminología y en el Centro de Justicia Internacional Penal de la Universidad VU de Amsterdam, Holanda
Fue Presidente de la Asociación Holandesa de Criminología y es Miembro del Consejo Social de la Real Academia Holandesa de Ciencias.

¿Cómo surge su interés en la experiencia de justicia transicional argentina y en qué consiste su investigación actual?

Elegí estudiar a la Argentina porque conocí muchos refugiados que llegaron a mi país alrededor de 1978 y empezaron a enseñar tango luego de establecerse en Holanda. Me enseñaron a bailar tango y así me llevaron a la Argentina por primera vez. Desde entonces voy a Argentina cada año y cada año pasó aún más tiempo en este país. El segundo paso fue venir aquí y empezar a leer sobre la historia argentina, la cual estudié desde el período de 1950 en adelante y empecé a familiarizarme con la historia argentina y a tratar de comprender su historia más reciente. También traté de entender el fenómeno cultural del tango, el asado y otras actividades típicamente argentinas. Y luego comprendí que necesitaba entender el español. Tenía algunos conocimientos rudimentarios del español, por lo que empecé a leer el diario *Clarín* junto a un diccionario, pero para entonces me enteré de qué clase de diario era y empecé a realmente comprender.

Que no alcanza con leer un solo diario para entender la realidad argentina

Claro. Por eso también empecé a leer *Página 12* y *La Nación* y, finalmente el diario *Buenos Aires Herald*. Para entonces ya podía entender el español y gran parte de la historia argentina y me convertí en profesor del LLM del Centro de Justicia Internacional Penal. Empecé a enseñar ahí, en un departamento que se interesa en la justicia transicional y realiza investigaciones donde estudiantes brillantes que están estudiando para obtener un doctorado, o ya tienen un doctorado y hacen investigación, realizan una muy importante investigación

(1) Traducción realizada por Marisol Dorrego.

empírica. Y se juntan muchas veces. Casi cada semana tenía un encuentro y tenían mucho entusiasmo por la justicia internacional y eso hizo que quisiera contribuir algo al grupo. Así que ellos sabían que yo iba regularmente a la Argentina, porque había dado un par de ejemplos basados en lo que había leído en libros de historia argentina. El director del equipo dijo que quizás debía hacerme de contactos, así podría traerlos aquí y que el caso de Argentina entrase a formar parte de nuestra curricula. Y así es como realizamos el año pasado un seminario con profesores de derechos, antropólogos y miembros de la sociedad civil.

¿Y cómo comenzaste a analizar el tema de la complicidad civil durante la dictadura argentina en tu investigación?

Cuando empecé a organizar este encuentro académico, oí hablar sobre eso a mis estudiantes. Uno de ellos en particular, era como mi asistente, había empezado un curso sobre crímenes internacionales y justicia internacional y quería escribir al respecto y lo charlamos. Yo sugerí ciertos ejemplos de los periódicos argentinos. El trabajo se estaba moviendo en dirección a la complicidad de actores civiles y sugería que aquello podía resultar interesante. Sería algo nuevo para el departamento y encajaría perfecto en el programa de investigación que era sobre la complicidad de las corporaciones: ambos estaban centrados en esta forma de complicidad. Así que el ambiente era ideal para una investigación como ésta. En el caso argentino era obvia la presencia de las corporaciones legitimando el golpe de estado. En relación con las multinacionales ya hay un reporte del año 1980, un informe sobre la relación entre las multinacionales holandesas y los gobiernos de los países sudamericanos. Allí aparecen la mayoría de las multinacionales que se encontraban trabajando en Argentina durante ese período. Vimos que muchos estudiantes se anotaron para estudiar dicho fenómeno y se interesaron en profundizar la investigación.

En general se menciona a *Shell* o *Phillips* como empresas que pudieron haber colaborado con la junta militar. Sin embargo, no debe olvidarse a la empresa *Fokker* que les vendía aviones.

Eso es interesante, porque habíamos tenido un debate en el Parlamento durante los años '70 sobre el permiso para exportar partes de los *Fokker* a Argentina. La maquinaria ya estaba aquí pero se necesitaba de ciertas partes para volar, y había políticos, especialmente luego de haber pasado el Mundial de fútbol, que estaban preocupados por las cosas que sucedían en Argentina. La gente estaba desapareciendo y habían entrevistado a personas y se había escrito al respecto. Y luego en el Parlamento existía el debate sobre si debíamos o no seguir proveyendo de partes al Ejército argentino. Y se autorizó la exportación con el argumento de que había muchos aviones y que no todos podían representar daño alguno para la población de Argentina. El mismo argumento fue usado respecto a la tecnología balística detrás de los misiles en Malvinas, que dicha tecnología estaba a manos de la Marina y que no representaría daño para la población argentina.

Supongo que dicho debate volvió a reproducirse cuando Máxima Zorreguieta se convirtió en reina.

Los periodistas siguieron el caso del padre de Máxima, nos preguntábamos ¿quién era esta persona? Encontraron fotos de él junto a Videla en un auto abierto. Así que resultaba claro que era cercano, si es que no era parte del régimen. Y entonces se planteó si podía ser visto con la reina. Porque hay instituciones y organizaciones alrededor de la reina protegiendo la integridad de la monarquía. Así que esa responsabilidad era del Primer Ministro. Así que el Primer Ministro tomó la medida de pedirle a un antropólogo especializado en América Latina de ir a la Argentina y entrevistar gente y recabar documentos para escribir un reporte sobre quién es Zorreguieta, cuál fue su rol en el régimen y la conclusión a la que llegaron fue que, por supuesto, la sociedad argentina tenía características diferentes a la holandesa pero se produjo un fenómeno de colaboracionismo con la dictadura, similar al que hubo durante la Segunda Guerra Mundial, holandeses que colaboraron con el régimen nazi. Y en base a esa conclusión el Primer Ministro decidió que el padre de Máxima no podía estar presente en la boda real.

Sin embargo, recientemente una hija de desaparecidos que vive en Holanda denunció la responsabilidad de Zorreguieta por la desaparición de su padre que trabajaba en el Secretaria de Agricultura. El caso fue desestimado, así como su posterior apelación, y creo que esto se debe a la conexión que hay con la familia real. Además, Máxima habló sobre el tema aconsejada por el servicio de comunicación del gobierno. Dijo que deploraba que su padre, que tenía buenas intenciones, hubiera trabajado tan duro por un régimen que ahora sabemos que fue terrible.

Volvamos a la cuestión de la complicidad de las compañías multinacionales. ¿Sabían o deberían haber sabido las consecuencias de su cooperación con el régimen militar argentino?

Es difícil probar que sabían. Decir que deberían haber sabido en términos legales hubiera requerido determinar si estaban en posición de saber. Viendo la clase de información que se tenía en 1977 sobre lo que estaba pasando en Argentina y los reportes internacionales al respecto, por ejemplo, de Naciones Unidas, se podría analizar lo que debieron haber sabido y las medidas o precauciones que debieron tomar al realizar negocios con Argentina. Es una cuestión muy gris que creo que no podría ser resuelta en un tribunal, pero en términos de ética de negocios es importante comprender las relaciones entre las multinacionales en un país extranjero y qué cosas, acorde a estándares internacionales, constituyen cooperaciones. Así que se trata de avanzar y entender cómo la cooperación de las multinacionales con la dictadura se desarrolló en la Argentina. Esta situación fue muy diferente de África, en donde las multinacionales no tenían aparentemente ningún problema ético. Esto resulta interesante. Tenemos, por supuesto, muchos casos históricos de colaboración con Alemania, pero eso sucedió hace mucho tiempo. La experiencia argentina es por varias razones muy interesante. Pero especialmente porque

desde la reapertura de los juicios, se produjo un renovado y revigorizado proceso de justicia transicional dentro del cual aparecen los juicios a los militares pero, además, las investigaciones sobre la complicidad civil. Los holandeses no somos muy buenos discutiendo la complicidad civil. Por ejemplo, hay que pensar la problemática de la esclavitud en relación con nuestro pasado colonial. Tenemos dificultades para enfrentar los hechos y lidiar con ellos. Y desde esa perspectiva, admiro como Alemania lidió con su pasado histórico. Hacen un montón de trabajo en términos de consciencia histórica del pasado e investigación y trasladan dichas investigaciones a programas educacionales, en museos y monumentos, lugares llenos de memoria. Algunos de los cuáles se pueden ver aquí.

Hay distintas posibilidades de analizar este tema. Una sería determinar la responsabilidad penal de las corporaciones y otra la responsabilidad penal individual de los empleados de la corporación. ¿Cuál considera que es la mejor vía de acción?
En primer término, el mejor plan de actuación depende del caso en concreto.

No hay una respuesta uniforme para todos los casos. Segundo, teóricamente diría que la mejor forma de actuar es la que mejor se adecúa al fenómeno al cual estás respondiendo. Esto significa, en concreto, que específicamente los crímenes que son cometidos con complicidad de civiles son un fenómeno colectivo. No es una cadena de mando en la cual se dan órdenes y alguien las ejecuta. Es una línea de comando de responsabilidad superior en términos de las normas penales internacionales: es una fórmula paradigmática. Pero es mucho más difuso coinciden muchas causas y muchos factores. En esos casos sencillamente añadir la culpa individual y hacer que una persona sea responsable por todo lo que pasó no parece ser la respuesta correcta ya que estaríamos olvidando la esencia del fenómeno. No significa que el individuo en cuestión debería salir libre, sino que es una buena práctica penal el condenar a cada individuo por su participación en un delito, pero en un asesinato la contribución de cada individuo puede ser determinada, aislada. Mientras que en un genocidio, en una masacre, ¿quién era el responsable? ¿Fue la junta militar que dio órdenes determinadas y los civiles participaron? ¿Fue por ambas cosas? Hay que separar todas esas nociones, es más complejo.

¿Qué opina de la posibilidad de lidiar con la complicidad civil a través de una comisión de la verdad para investigar, informar y establecer responsabilidades, o de procesos civiles en lugar de penales?

No tendría sentido perseguir a una empresa o una corporación penalmente si no se la puede condenar finalmente y continúa con sus prácticas. Además, si se trata de empresas que obran de manera despiadada, con prácticas poco éticas, entonces no sirve de mucho perseguir a los trabajadores de esa empresa individualmente. Hay que atacar el problema, y ese problema es la corporación y la ética de negocio de la corporación.

En muchos países, el estándar de prueba para procesos civiles es menor y la reparación es una forma de justicia formal, podría formar parte de la justicia transicional en términos de prevención. Dichas reparaciones y procesos podrían causar daño a las reputaciones de las empresas. Y hay que analizar el conocimiento del debate público y la consciencia histórica sobre qué pasó y especialmente por qué pasó. Sin el apoyo civil no puede existir una dictadura, o al menos una que dure tanto tiempo. Un mejor y más acabado conocimiento sobre la complicidad civil puede aclarar cómo es posible que la población argentina llegase a consentir un régimen dictatorial. ¿Fue realmente por miedo o fue un apoyo silencioso? Esas son cuestiones que hay que debatir. Y las interpretaciones que son relevantes ahí es si se debe ver como un proceso puramente político mediante la teoría de los dos demonios o si se puede ver como un proceso económico como Victoria Basualdo sostiene, que las grandes firmas y los militares tenían una suerte de pacto, que apoyaban a los militares porque ello les reportaba una ganancia económica enorme. Y se necesita de un entendimiento de estas teorías para entender lo que pasó y como prevenir una experiencia similar en el futuro.

¿Existen condenas en Holanda a determinadas personas por colaborar con regímenes militares?

Sí, hay dos condenas famosas. La más conocida es la de Frans van Anraat, un hombre de negocios que había proveído a Saddam Hussein de productos químicos para matar a toda una población en el norte de Iraq. Así que fue sentenciado a 20 años de prisión. Analizando estas condenas hay que preguntarnos si vale más la pena perseguir a las corporaciones o a los individuos implicados. En algunos casos es debatible si esta es la mejor estrategia a tomar, pero bajo las leyes holandesas, probablemente tomamos la mejor decisión.

Después de su estudio sobre la experiencia Argentina, ¿cuál es su opinión sobre cómo lidiar con el pasado y los crímenes cometidos durante la dictadura?

Es demasiado pronto para decir. Porque todavía están en proceso de confrontar estos problemas. Por ejemplo, lo difícil que es aceptar las exoneraciones o absoluciones para algunas personas mientras que para otras se trata de una legitimación del proceso. Al final va a tener que ser aceptado como un hecho histórico. Hay cosas que mis colegas y abogados penales encuentran raro, no pueden imaginar cómo es que pudieron lidiar con tantos juicios. Dicen "Nuremberg y Tokio son juicios ejemplares". Para ellos enjuiciar a la población civil y encontrar a individuos responsables por un crimen es algo impensado. También cómo organizaron juicios tan grandes —las megacausas— alrededor de los distintos centros de detención ilegales y recabaron tanta información y testimonios para ayudar a comprender lo sistemático de la represión. Estas son cosas que creo que deben entender antes de juzgar a los juicios en Argentina. Yo mismo estaba muy emocionado cuando escuche hablar por la televisión a Kirchner y explicaba que este era el mejor camino a tomar. Temía que la oposición, los militares, los hombres de

negocios, reaccionaran negativamente al respecto, pero la situación se normalizó en ese sentido. Y quizás los empresarios en la Argentina piensan que no hay un futuro para ellos junto a los militares y que todo quedó en el pasado. Estar en el buen lado o el mal lado de un negocio, como lo llama Obama. Así que hay que esperar a que los historiadores tomen cierta distancia para evaluar más objetivamente todo el proceso.

En la actualidad se está debatiendo un anteproyecto de reforma del Código Penal. Los medios de comunicación lo están criticando fuertemente y la oposición se ha sumado a la crítica. ¿Cuál es su opinión sobre esta clase de discusión y los debates que surgen cuando se quiere reformar la legislación penal?

Mi opinión como criminólogo es que rediseñar el Código Penal después del paso de mucho tiempo es bueno porque hace conscientes a las personas que los crímenes son socialmente construidos. En otras palabras, son el resultado de un debate político, cómo encontramos reprochable y punible aquello que necesitamos castigar con más severidad, aquello que es más serio y por qué es más serio. Creó una conciencia de lo que normalmente asociamos con lo que los criminólogos llamamos "construcción de un crimen". Y si el Código Penal es viejo la gente se olvida y tiende a ver el crimen como un fenómeno natural, lo naturaliza. Una ley penal que tiene más de 100 años de antigüedad se vuelve a veces inútil porque algunos de los delitos quizás deberían tener menos importancia que en el pasado, y otros considerarlos más importantes. Poner eso en consideración no se puede realizar sin un debate sobre la reforma del Código Penal. Sin embargo, es obvio que no se puede esperar que las víctimas de ciertas atrocidades y delitos muy serios instantáneamente sean racionales al respecto, es imposible. Por eso es tan importante el rol de los medios. Cómo los medios comunican a la sociedad los puntos esenciales del proyecto de código penal influye en la opinión pública. Y la cuestión se vuelve más compleja cuando la discusión se vuelve electoralista.

Reseñas bibliográficas

Derecho penal internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro

de Anitua, Gabriel Ignacio; Iglesias Skulj, Agustina; Ramos Vázquez, José Antonio y Zapico Barbeito; Mónica (coords.), Buenos Aires, Editorial Fabián J. Di Plácido, 2012, 511 páginas.

por **FLORENCIA GABRIELA PLAZAS**(1)

Derecho penal internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro es una obra que reúne artículos de varios autores coordinada por Gabriel Ignacio Anitua —reconocido académico y profesor de derecho penal y criminología de la UBA—, Agustina Iglesias Skulj, José Antonio Ramos Vázquez y Mónica Zapico Barbeito, todos ellos miembros del equipo de investigación Criminalidad y Justicia Penal en el Siglo XXI, de la Universidad de La Coruña (ECRIM).

Los artículos que allí se publican fueron presentados en el Congreso Internacional "Derecho penal internacional y memoria histórica: desafíos del pasado y retos del futuro en la protección de los derechos humanos", celebrado en el mes de noviembre de 2010 en la Universidad de La Coruña. Muchos de sus autores son miembros e integrantes del área de derecho penal de la referida casa de estudios.

El libro trata sobre cuestiones generales de derecho penal internacional y justicia transicional; sin embargo, la pertenencia al ECRIM de varios de

(1) Abogada (UBA). LLM (Southwestern University, Los Ángeles). Auxiliar docente (UBA). Se desempeña como Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación. Ex abogada del CELS, donde litigó en causas por delitos de lesa humanidad ocurridos durante el Terrorismo de Estado.

los autores hace prevalecer, dentro de la temática abordada, el análisis del caso español, en especial la posibilidad de una efectiva investigación de los crímenes ocurridos durante el franquismo y la Guerra Civil.

A tres años de celebrado el Congreso en que fueron presentados la mayoría de los artículos de esta obra, continúan gozando de especial relevancia y actualidad en la presente coyuntura, no solo española, sino también argentina. En estos días se encuentra en pleno debate en el ámbito judicial la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de la justicia federal argentina para posibilitar la investigación en nuestro país de los hechos ocurridos en España durante la Guerra Civil y la dictadura de Franco. Se trata de la única causa abierta por estos crímenes en aplicación del referido principio y existen varios pedidos de extradición vigentes efectuados por la jueza Servini de Cubría al Gobierno español.

La obra cuenta con un prólogo de G. I. Anitua, quien también es coordinador de la publicación y se divide en cuatro secciones: I. Cuestiones Generales del Derecho Penal Internacional, II. Tribunales Penales Internacionales, III. Principio de Jurisdicción Universal y Justicia Transicional y IV. Memoria Histórica.

La primera sección engloba artículos que tratan diversas cuestiones referidas al derecho penal internacional. Entre ellos pueden destacarse los artículos de prestigiosos autores como José Luis de la Cuesta Arzamendi, Eugenio Raúl Zaffaroni y Patricia Faraldo Cabana. El primero de ellos, en "Sentido y función del sistema penal en un mundo globalizado", indaga sobre la incidencia del fenómeno globalizador en el sistema penal y la necesidad de no confundirlo con el proceso de internacionalización del derecho penal. Por su parte, Zaffaroni analiza el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad compartiendo los argumentos que expusiera en su voto como juez de la Corte Suprema de Justicia argentina en el famoso caso "Arancibia Clavel", en donde se estableció la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Concluye que la imprescriptibilidad que hoy consagran las leyes y la costumbre internacional es fruto de la carencia de legitimidad del derecho penal para contener el poder punitivo en estos casos y que no existe ningún argumento jurídico ni ético que permita invocar la prescripción.

Faraldo Cabana se adentra en la responsabilidad por mando en el Estatuto de Roma y su traslación al Código Penal Español. Compartiendo

algún eje del tema de abordaje, Jiménez Martínez examina en su artículo la responsabilidad penal de los dirigentes a través de una autoría mediata en aparatos organizados de poder y la controversia acerca de la posibilidad de aplicar la fórmula de Radbruch en las distintas propuestas doctrinales.

Integra también esta primera sección el artículo de Merino I Sancho en el que se describe la evolución de la regulación jurídica de la violencia contra las mujeres en tiempos de conflictos armados, analiza la experiencia del Tribunal Especial para Sierra Leona y culmina señalando algunos de los desafíos que aún quedan pendientes.

Por su parte, García Sáez analiza el nacimiento del pacifismo jurídico de Kelsen y la individualización de la sanción como base de la justicia penal internacional. A continuación, De Pablo Serrano examina la evolución del delito de negación y justificación del genocidio tipificado en el Código Penal español.

La segunda sección, que trata sobre Tribunales Penales Internacionales, cuenta con dos artículos. El primero de ellos, de Fernández-Pacheco Estrada, explica la evolución en el surgimiento de tribunales penales internacionales e intenta determinar los efectos que trae aparejada la cesión del *ius puniendi* y los riesgos de fragmentación del derecho penal internacional. En segundo lugar, La Spina revisa la calidad y el perfil de la justicia practicada en el ámbito internacional desde Nüremberg hasta la Corte Penal Internacional y concluye en que se ha dado un paso importante en la lucha contra la impunidad a pesar de que denuncia la persistencia de la justicia universal cercana a los vencedores y selectiva respecto de los crímenes que juzga.

La tercera sección, referida al principio de jurisdicción universal, está compuesta por tres artículos. Dos de ellos analizan la regulación del principio de jurisdicción universal en el ordenamiento español. Blanco Cordero, estudia el tema haciendo especial referencia a las consecuencias que dejó la modificación a la Ley Orgánica del Poder Judicial —ocurrida en el año 2009— en la que se redujo considerablemente el ámbito de aplicación del referido principio. Por su parte, Hellamn Moreno estudió el origen del principio de jurisdicción universal en España y sus modificaciones a través del análisis del trámite parlamentario.

En el último de los artículos de la tercera sección, Ana Messutti examina la querella penal presentada en Argentina a través de la que se pretende impulsar la investigación penal de los crímenes del franquismo. La autora describe el proceso de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad ocurridos durante la última dictadura militar argentina y analiza los términos de la querella presentada así como las cuestiones de derecho penal internacional involucradas.

En la última sección del libro, se abordan temas referidos a la memoria histórica y a la justicia transicional en seis artículos, la mayoría de ellos de autoría de prestigiosos académicos como Guillermo Portilla Contreras, Juan María Terradillos Basoco y Ana I. Pérez Machío.

Así, Portilla Contreras examina la actuación del Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo; Terradillos Basoco estudia la justicia penal de transición española a través del análisis de la ley de amnistía y la ley de memoria histórica.

Por su parte, Pérez Machío analizó la situación de las mujeres presas en la prisión de Saturraran durante la Guerra Civil y la primera Posguerra a través de una contextualización jurídica de la normativa penal y penitenciaria de la época, y un estudio de los expedientes penitenciarios de las internas que estuvieron allí presas. Compartiendo la perspectiva, Vañó Vicedo en su colaboración, efectúa un análisis de género de la justicia transicional a través de cuatro ejes: la búsqueda de la verdad, el enjuiciamiento, las reparaciones y la reforma institucional.

En la misma sección, Zapico Barbeito intenta contestar si es posible una investigación penal de los crímenes del franquismo en España, ya que al momento de su escritura el entonces Juez Baltazar Garzón se encontraba investigado por el posible delito de prevaricato por llevar adelante la instrucción de una causa penal en la que se investigaban esos delitos. En su ensayo, estudia los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal e imprescriptibilidad de las conductas investigadas, la obligación internacional de asumir la investigación y persecución de crímenes internacionales y los efectos de las leyes de Amnistía y Memoria Histórica.

Por último, Cuadro Crespo analiza la experiencia colombiana de justicia transicional a través del análisis de la ley de justicia y paz, resaltando los

logros obtenidos y enumerando las dificultades que fueron surgiendo en el proceso de aplicación de la norma.

De la descripción del contenido de la obra reseñada, se desprende que se trata de una publicación que abarca con amplitud y profundidad los principales temas del derecho penal internacional, haciendo hincapié en la historia española sobre los delitos de derecho internacional allí cometidos. En el estudio, también contribuye el análisis del juzgamiento de los delitos de lesa humanidad ocurridos en Argentina, así como la experiencia de justicia transicional colombiana.

Como fuera alertado el lector al inicio de esta reseña, se trata de una obra cuyo contenido es sumamente actual. A tal punto que el Comité de Naciones Unidas contra la Desaparición Forzada de Personas concluyó su análisis del informe presentado por el Estado español, exhortando a España a

> "que asegure que todas las desapariciones forzadas sean investigadas de manera exhaustiva e imparcial, independientemente del tiempo transcurrido desde el inicio de las mismas y aun cuando no se haya presentado ninguna denuncia formal; que se adopten las medidas necesarias, legislativas o judiciales, con miras a superar los obstáculos jurídicos de orden interno que puedan impedir tales investigaciones, en particular la interpretación que se ha dado a la ley de amnistía; que los presuntos autores sean enjuiciados y, de ser declarados culpables, sancionados de conformidad con la gravedad de sus actos; y que las víctimas reciban reparación adecuada que incluya los medios para su rehabilitación y sea sensible a cuestiones de género" (Observaciones Finales emitidas el 15/11/2013).

Sin lugar a dudas, *Derecho penal internacional y memoria histórica. Desafíos del pasado y retos del futuro* constituye una herramienta fundamental para abordar el proceso de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en España, así como para mantenerse actualizado sobre los principales debates que continúan vigentes en el derecho penal internacional.

¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"

de María Candelaria Sagüés, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2012, 520 páginas.

por **MARÍA LUISA PIQUÉ**[1]

El objeto de este comentario es la obra *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*, tesis doctoral escrita por María Candelaria Sagües, dirigida por Edgardo Alberto Donna y publicada por Rubinzal-Culzoni.

El propósito de la obra es determinar si ciertas composiciones musicales de la cumbia villera configuran algún tipo penal. El motivo de esta indagación, en palabras de la autora, consiste en que

> "uno de los reproches más fuertes con que se la acribilla [a la cumbia villera] es considerar que sus controvertidas letras incitan a la delincuencia, hacen alusión directa y explícita a hechos de violencia, menosprecian o enfrentan a la autoridad policial. Otros aluden al consumo de sustancias tóxicas vinculándolas con lo placentero y con la ingesta excesiva de bebidas alcohólicas, asociándolas también a un estado de bienestar".[2]

(1) Abogada (UBA). Especialista en derecho penal y procesal penal (UTDT). Máster en derecho (Universidad de Georgetown). Docente de "Garantías Constitucionales del Derecho Penal y Procesal Penal" (Facultad de Derecho de la UBA). Se desempeña en el Programa sobre Políticas de Género de la Procuración General de la Nación.

(2) Sagües, M. Candelaria, *¿Delito o protesta social? Una visión fáctica, constitucional y penal de la "cumbia villera"*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 15.

Por tal motivo, la autora emprende la tarea de analizar muchas de las letras de las canciones de la cumbia villera y contrastarlas con tipos penales tales como la apología del delito, la apología del uso de estupefacientes, la incitación a la violencia colectiva y la instigación al delito. La conclusión a la que arribara Sagües consiste en que la cumbia villera está constitucional y convencionalmente protegida contra la censura previa y que no se configuran dichos tipos penales.

Para lograr su propósito, la autora arranca su obra con una contextualización de la cumbia villera y con un primer análisis del contenido de sus letras, producto de un relevamiento de cientos de canciones de dicho género musical.

La autora señala, a su modo de ver, que la cumbia villera "como género musical surgió como consecuencia de la realidad imperante en nuestro país, y refleja la problemática de los sectores más marginales. La música forma parte de la sociedad y algo de su destino está ligado a lo que en ella suceda. El auge de la cumbia villera, en plena crisis, oficia de testimonio de una Argentina en decadencia".(3) Con relación a los contenidos, opina que en las letras "se exaltan valores que son contrarios a los honrados en la sociedad actual. Para el pensamiento corriente, sus héroes son los antihéroes y sus valores, los antivalores".(4)

La *escala axiológica* de la cumbia villera, a la luz del análisis de la autora, estaría compuesta por

> "el odio a la policía y el rechazo a cualquier autoridad, no su respeto; trabajar es sinónimo de robar; el poder está en la droga, el alcohol, el sexo, el dinero y las armas, no en la cultura ni en la educación; la solución de los conflictos la encuentran a través del uso de las armas y la violencia, no con palabras; la figura de la mujer está denigrada, no respetada. En la mayoría de los casos viven la delincuencia con orgullo. Sueñan con robar un banco, no con un trabajo digno y estable".(5)

(3) *Ibid.*, p. 65.

(4) *Ibid.*, p. 66.

(5) *Ibid.*

A raíz de esto, la autora asimila esta visión con una *ceguera axiológica* —con cita de Néstor Sagüés—, en el sentido de que "una persona o un grupo de personas pueden adoptar un criterio erróneo de justicia o valorar como bueno algo intrínsecamente malo", poniendo como ejemplo la esclavitud y el nazismo. Según la autora, unas de "las características más señaladas de la sociedad actual" serían "el respeto a la mujer, el amor, la educación, el trabajo, la solidaridad, la obediencia a las autoridades", ya que "la tendencia es justamente revalorizar estas pautas. Son modelos a seguir que la sociedad exalta y anhela y que en la cumbia villera fuertemente se rechazan". Así, los valores enaltecidos en las letras de la cumbia villera implicarían una agresión a "los valores que la sociedad global pregona".(6)

Una primera reflexión a la que nos invita esta sección de la obra es si esto es tan así. Es decir, si verdaderamente los valores enaltecidos en las letras de la cumbia villera están a contramano de los valores pregonados por "la sociedad global", o al menos por la sociedad Argentina. Atribuirle a la sociedad "global" o "actual" la anhelación o exaltación de ciertos valores, implica una generalización que nos puede llegar a ocultar la cantidad de matices, fisuras y quiebres que existen en toda sociedad, sobre todo en relación con esos valores. Tomemos como ejemplo las alusiones a la violencia contra las mujeres.

La autora destaca que, desde su punto de vista, "el respeto a la mujer es un sentimiento rechazado por el 'cumbia villero'. No existen las canciones de amor". Esto iría en contra de una de las características más señaladas de la sociedad actual, que sería el respeto a la mujer, "donde la tendencia es justamente revalorizar la figura femenina. Por ende, la falta de respeto a la mujer es una agresión a los valores que la sociedad exalta y que el cumbiero rechaza".(7) Más adelante, la autora vuelve sobre este tema y destaca que "las mujeres son permanentemente desprestigiadas en las letras de la cumbia villera, encontrándose catalogadas como un simple instrumento de trasgresión".(8) Luego de

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*, p. 46.

(8) *Ibid.*, p. 80.

transcribir algunas letras especialmente relevantes, afirma que las mujeres aparecerían como "objetos sexuales" al servicio del hombre.

Ahora bien, ¿van estos contenidos a contramano de "los valores que la sociedad global pregona" o "exalta" o "anhela"? Las afirmaciones de la autora en este sentido no me resultan del todo convincentes. Si nos atenemos a las alarmantes estadísticas elaboradas por organismos oficiales y no oficiales sobre la violencia contra las mujeres (tanto en Argentina como en muchísimas otras partes del mundo), o si solamente observamos las noticias periodísticas, o si simplemente miramos los programas de televisión (en cualquier horario, ya sea de la televisión abierta o de cable), o si atendemos a las letras de las canciones de otros géneros musicales, u observamos las publicidades comerciales, o incluso si leemos sentencias judiciales, encontraremos que la vigencia de estereotipos sexistas, la objetivización, discriminación y convalidación de la violencia contra las mujeres es generalizada y crónica en muchos ámbitos de la sociedad, y que esta se expresa a través de diferentes discursos según cual sea el público interpelado.

Por todo esto, tendería a pensar que la cumbia villera expresa de una forma en particular —propia del género del musical— estereotipos sexistas que se reproducen en todos los ámbitos y estratos de la sociedad, aunque las modalidades varíen de acuerdo con el ambiente en el que se desarrollan y al público al que se dirija. La cumbia villera, por lo tanto, no parecería ser ninguna anomalía ni excepción en este aspecto.

En la segunda parte de la obra, la autora se aboca a analizar los alcances de la protección constitucional y convencional que goza la libertad de expresión. A su modo de ver, sin un análisis previo de la libertad de expresión, no sería posible concluir si la cumbia villera configura "una conducta delictiva".(9)

Luego de una reseña doctrinaria y jurisprudencial de ciertos artículos de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional de los que deriva la protección de la libertad de expresión, o de prensa, o de imprenta, y la prohibición de censura previa, y de reseñar algunos precedentes jurisprudenciales relevantes, tanto de nuestra Corte Suprema como del sistema interamericano de derechos humanos,

(9) *Ibid.*, p. 230.

la autora, siguiendo a Gregorio Badeni, sostiene que la libertad de expresión es una libertad estratégica. Esto sería así "porque, cuando mayores son las restricciones que se le impongan, mayores serán los límites para exteriorizar las restantes libertades humanas".(10) La autora subraya que se trata tanto de un derecho individual como de

> "una institución prevista para consolidar a las restantes libertades, en el marco de una democracia constitucional, que no es susceptible de restricción o reglamentación destinada a imponer el contenido de una expresión o la publicación o no publicación de cierta idea, aclaración o comunicación, aunque ella no sea compartida o aunque se considere que puede ser lesiva para el propio sistema democrático constitucional".(11)

Luego, ahonda en la importancia de la libertad de expresión para garantizar el pluralismo de ideas, como medio para fiscalizar la gestión gubernamental y como herramienta de educación, de difusión y de transmisión de cultura y como instrumento de información que permite conocer la realidad.(12)

En la última sección de su libro, la autora desarrolla detalladamente por qué los y las autores/as e intérpretes de la cumbia villera no podrían ser perseguidos/as penalmente por los contenidos de las canciones, incluso si se considerara que ciertas composiciones "incitan a la delincuencia, hacen alusión directa y explícita a hechos de violencia, invitan a menospreciar y enfrentar a la autoridad policial y promueven el consumo excesivo de estupefacientes y alcohol".(13) Los tipos penales en juego son la apología del crimen (art. 213 CPN), la apología sobre uso de estupefacientes (art. 12 ley 23.737), la instigación a cometer delitos (art. 209 CPN) y la incitación a la violencia colectiva (art. 212 CPN).

Al respecto, la cumbia podría ser equiparada a una *conducta*, dado que el "hecho de opinar cantando implica una conducta que, por vía de hipótesis, puede encuadrar en algún tipo delictivo y vulnerar algún bien jurídico

(10) *Ibid.*, p. 270.

(11) *Ibid.*, p. 271.

(12) *Ibid.*, pp. 276 y 277.

(13) *Ibid.*, p. 341.

tutelado en nuestra normativa penal vigente". Siguiendo a Núñez, la autora sostiene que "lo castigable no debe ser el pensamiento o la opinión, sino la acción u omisión que convierte al pensamiento en un hecho dañoso para alguien. En síntesis, existen ciertos supuestos en que 'cantar' puede llegar a ser una conducta punible".(14)

La autora, luego analiza el concepto de derecho penal de acto —que funda en el art. 18 CN—, y concluye, no obstante, que "cantar opinando constituye una conducta, que por ende trasciende al fuero íntimo que implica el pensamiento, y esta acción de cantar puede lesionar algún bien jurídico tutelado en nuestra normativa penal vigente y encuadrar en algún tipo delictivo".(15)

Antes de analizar cada tipo penal en particular, la autora se centra en los bienes jurídicos que están en juego: el orden público y, en el caso del tipo penal del art. 12 de la ley 23.737, la salud pública. Con relación al concepto de *orden público*, la autora repasa las definiciones que han dado los doctrinarios penales más clásicos —Soler, Núñez, Eusebio Gómez, Molinario, Creus, etc.— y anuncia que adherirá a la postura de Donna, según la cual, lo que se protege es "la paz pública, en tanto sentimiento, que tiene la generalidad, de seguridad en el Derecho y la fidelidad al orden normativo, en cuanto a la continuación y estado de la paz social".(16)

En cuanto a la *salud pública*, la autora hace referencia al concepto amplio, que busca tutelar "tanto la salud física y moral de la humanidad, como así también las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad", concepto que quedó reflejado en el precedente "Montalvo" de la CSJN, al que hace referencia.

Luego de esta introducción, la autora descarta que las letras de la cumbia villera configuren el tipo penal de "apología del delito", dado que "en ellas se venera la delincuencia, pero sin hacer referencia a un episodio puntual".(17)

(14) *Ibid.*, p. 343.

(15) *Ibid.*, p. 345.

(16) *Ibid.*, p. 351.

(17) *Ibid.*, p. 390.

En cuanto a la preconización o difusión pública o inducción del uso estupefacientes (ley 23.737, art. 12), la autora concluye que, si bien el uso en forma excesiva de estupefacientes es un tema recurrente en las canciones de la cumbia villera, estas "no deben considerarse fuentes generadoras de comportamientos criminales",(18) dado que no es posible afirmar que ciertas personas en particular hayan comenzado a ejecutar algún hecho ilícito referido al consumo de estupefacientes. Así, aplicar la censura en un caso así, o perseguir a sus intérpretes, implicaría un "cercenamiento de la posibilidad de que los individuos difundan y comuniquen sus ideas contrarias a la política criminal del Estado en materia de consumo y tenencia de drogas prohibidas".(19) Asimismo, lo resuelto por la CSJN en "Arriola", marcaría una "tendencia a despenalizar las conductas vinculadas exclusivamente a la tenencia para consumo de estas sustancias", lo cual tornaría esta discusión en obsoleta en un futuro cercano.(20)

Finalmente, la autora analiza —y descarta— otros tipos penales en los que podría encuadrar la cumbia villera: en relación con la incitación a la violencia colectiva, la autora destaca que no se advierte del contenido de las canciones la prédica de una acción violenta "que esté dirigida a incitar o producir una acción ilícita en forma inminente, ni que dicha prédica resulte suficiente para incitar o producir tal acción, y de ese modo lesionar el bien jurídico tutelado"; por lo tanto, "La mera manifestación en abstracto de la propiedad o aun de la necesidad del recurso a la fuerza y a la violencia, según los lineamientos sentados, no alcanza para ser castigada".(21) Con relación a la instigación pública a cometer un delito determinado contra una persona o institución (art. 209 CPN), la autora considera que las letras de la cumbia villera no configuran ese tipo penal, dado que si bien en muchas de sus letras se sugieren "la comisión de delitos en general como el hecho de robar, matar, dañar, lesionar, etc." no se instiga "a la comisión de cierto robo o de cierta pluralidad de robos determinados".(22)

(18) *Ibid.*, p. 421.

(19) *Ibid.*, p. 422.

(20) *Ibid.*, p. 424.

(21) *Ibid.*, p. 448.

(22) *Ibid.*, p. 467.

Finalizada esta argumentación, la autora concluye que "la represión penal de las ideas contenidas en las canciones, bajo el argumento de que tales ideas son contrarias a la política criminal del Estado (…) constituye una restricción a la libertad de expresión tutelada constitucionalmente".(23)

La obra comentada —además de su recorrido por las letras de la cumbia villera y la sistematización de su contenido— nos ofrece una sólida argumentación que podría ser utilizada como coraza para proteger a la cumbia villera contra la censura previa y contra pretensiones o amenazas de persecución penal contra sus autores/as e intérpretes.

Sin embargo, y como reflexión, me gustaría adelantar algunas opiniones o intuiciones dirigidas a llevar el análisis constitucional de la autora un poco más allá, y que nos conducirían a afirmar no solo que la cumbia villera está constitucional y convencionalmente protegida contra la censura previa y contra la persecución penal de sus autores/as e intérpretes, sino que merece una especial protección por parte del Estado, al igual que otros géneros musicales y expresiones artísticas y políticas. Y esto es así porque la cumbia villera puede ser vista no solo como expresión artística, sino también con un tipo de arte que, además, tiene un significado de contenido político.

Para empezar a desandar este camino, es especialmente importante hacer hincapié en el vínculo que existe entre la libertad de expresión y el ejercicio de la autonomía personal, consagrado en el art. 19 CN. Explica Carlos Nino que la libertad de expresión es central en un sistema democrático, pero que dicha justificación "va más allá de la protección de que gozan, en el contexto de esa concepción, todos los actos que no causan un daño considerable a terceros".(24) Luego de mencionar una miríada de justificaciones, tanto consecuencialistas como no consecuencialistas de la libertad de expresión, y basándose en autores como Scanlon y Greenwalt, Nino continúa explicando que una de las teorías que justifican la libertad de expresión que merecer ser tenida especialmente en cuenta es la de que "es esencial al tratamiento de los individuos como seres autónomos el reconocimiento de la libertad de expresión".(25)

(23) *Ibid.*, p. 479.

(24) Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 260.

(25) *Ibid.*, p. 261.

Este vínculo, entre el ejercicio de la autonomía personal y la libertad de expresión, es uno de los pilares de la tradición de la libertad de expresión en los Estados Unidos. Como explica Fiss, a la luz de esta tradición, "la libertad de expresión garantizada por la primera enmienda equivale a la protección de la autonomía, es la coraza alrededor del orador".(26)

Uno de los principales defensores de la libertad de expresión por sus efectos en el desarrollo individual, de hecho, fue John Stuart Mill. En el capítulo 2 de su obra *Sobre la libertad,* Mill defendió la libertad de expresión, pero no porque no dañara a terceros, sino porque se trata de un medio necesario para examinar las propias creencias. Como reseña Fiss, "Mill defendía la libertad de expresión porque permite a las personas evaluar críticamente las convenciones sociales que gobiernan sus vidas. Nos permite cuestionar los dogmas religiosos y los principios éticos prevalecientes".(27)

El especial papel de la libertad de expresión en el ejercicio de la autonomía personal se intensifica cuando de expresión artística se trata. Esto es así porque la expresión artística puede tener un papel crucial, en palabras de Fiss, en desafiar las convenciones, "al retratarnos las vidas de otras personas y ayudarnos a experimentarlas".(28) Por eso, es un tipo de expresión que fomenta no solo el ejercicio de la autonomía de quien se expresa, sino también de quien aprecia dicha expresión. Así, lo que se estaría protegiendo no sería solamente el acto de creación artística —la expresión del artista— "sino más bien la libertad de observar y experimentar arte, el cual, al igual que el debate libre y abierto sobre religión y ética, es esencial para la evaluación crítica de las convenciones y, por lo tanto, para el pleno desarrollo de la personalidad humana".(29)

Y esta protección de la cumbia villera, en su calidad de expresión artística, no se conmueve incluso para quienes no se sientan especialmente atraídos por este género musical o lo consideren poco valioso en términos

(26) Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social,* México, Fontamara, 1997, p. 23.

(27) Fiss, Owen, *Democracia y Disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Bs. As., Ad-Hoc, 2010, p. 69.

(28) Fiss, Owen, *Democracia y Disenso..., op. cit.*

(29) *Ibid.,* p. 69.

estéticos. Como bien señala Carlos Nino, la consecuencia de que en una democracia la libertad de expresión sea necesaria "tanto para la promoción del bien de la autonomía personal equitativamente distribuida como para enriquecer el debate colectivo que es inherente al valor epistemológico de la democracia"[30] es que, cuando de expresión se trata, el concepto de daño a terceros debe ser aún más restrictivamente interpretado: "esos daños deben estar en general vinculados al acto de expresión más que al contenido de ella, y cuando están referidos a ese contenido —como es inevitable que ocurra con algunos casos de revelación de secretos de Estado o de difamación, por ejemplo— nunca pueden consistir meramente en sustentar la idea, creencia o actitud que se considera falsa o disvaliosa".[31] No hay razones para aplicar este razonamiento a las expresiones artísticas.

En definitiva, si una de las funciones de la libertad de expresión es que el sistema político mejore la percepción sobre las necesidades e intereses de los ciudadanos, necesitamos mucha expresión artística, dado que la libertad política requiere libertad de criterio y, por lo tanto, el tipo de libertad de expresión que Mill valoraba.[32] Así, el art. 19 CN, en tanto consagra la autonomía personal, es una de las corazas más importantes a favor de la libertad de expresión, y mucho más cuando de expresión artística se trata. Sin embargo, los fundamentos de la protección no se detienen ahí.

En este sentido, cuando de libertad de expresión se trata, la autonomía personal no debe ser protegida por su valor intrínseco, "sino como un medio o instrumento de autodeterminación colectiva. Permitimos a las personas que hablen para que otras puedan votar. La expresión de opiniones permite a las personas votar inteligente y libremente, conociendo todas las opciones y poseyendo toda la información relevante".[33] Como decía el profesor Meiklejohn, "como profesor creo que la gente necesita novelas, dramas, pinturas y poesía, porque van a ser llamados a votar".[34]

(30) Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 262.

(31) *Ibid.*, p. 263.

(32) Fiss, Owen, *Democracia y Disenso, op. cit.*, p. 71.

(33) Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social…, op. cit.*, p. 23.

(34) Citado por Fiss, Owen, *Democracia y Disenso, op. cit.*, p. 71.

Y en este punto, el carácter político de la cumbia villera cobra una especial relevancia y refuerza la protección que debe otorgársele.

Al respecto, la autora afirma que "la cumbia villera resulta apolítica".[35] La autora funda esta afirmación en que "El poder no está en las instituciones (…) está en la droga, el alcohol, el sexo, el dinero y las armas. No es una canción revolucionaria. No hay un proyecto político que defienda, más que la propia subsistencia".[36]

Sin embargo, creo que sería interesante discutir esta afirmación. De hecho, del minucioso análisis de los contenidos de las letras de la cumbia villera que surgen de este libro surgen temáticas con un notable contenido político, aun cuando no sea de política partidaria, o no se refieran a un proyecto político en particular. Por ejemplo, en ciertas composiciones se destaca la denuncia contra la persecución policial, el "repudio a ciertas exteriorizaciones del control social oficial",[37] la marginalidad, la discriminación, la desprotección judicial,[38] el sentimiento de justicia y el orgullo ante la identidad villera,[39] e incluso las alusiones a robos de un banco o invitaciones a la violencia a la formación de motines en las prisiones.[40]

Acotar el concepto de lo político a la idea de un proyecto, de un partido o de una revolución, nos hace perder de vista el alto contenido político de las temáticas abordadas en la cumbia villera, que reflejan una mirada (política) sobre la actualidad, sobre la distribución de la riqueza, sobre el control social, sobre la desigualdad en el acceso a recursos materiales y simbólicos, en definitiva, sobre el poder.[41]

(35) Sagües, M. Candelaria, *¿Delito o protesta social?...*, *op. cit.*, p. 97.

(36) *Ibid.*, p. 97.

(37) p. 82.

(38) p. 87.

(39) p. 88.

(40) p. 91.

(41) La propia autora reconoce, en sus conclusiones, que la cumbia villera "cumple una función de informar sobre lo que ocurre en las villas y lo hace a través de la única forma de expresarse que conoce. El relato villero constituye una alarma social y puede considerarse en tal sentido como una canción de protesta" (p. 472).

Ahora bien, si estamos de acuerdo en que la cumbia villera debe ser protegida contra la censura previa y las amenazas de persecución penal, ¿agrega algo —en términos de protección— el hecho de que reconozcamos su valor artístico y su carácter político? Es decir, además de abstenerse de censurar o de perseguir penalmente a los/as autores e intérpretes de la cumbia, ¿tiene el Estado un rol adicional? Me atrevería a decir que sí, y a adelantar algunas intuiciones.

Específicamente, reconocerle la libertad de expresión de un carácter doble —tanto como libertad personal, que promueve el ejercicio de la autonomía, o como libertad política, que constituye uno de los pilares del sistema democrático— y reconocer a su vez el carácter artístico y político de la cumbia villera, debería conducirnos a afirmar no solo que la cumbia villera no debería ser ni censurada ni sus autores perseguidos penalmente sobre la base de su contenido, sino también —y en esto me gustaría hacer especial hincapié— en que merece una especial protección por parte del Estado.

Y esto es así porque, hoy en día, la censura y la criminalización (o amenazas de persecución penal) no son las únicas formas de atacar la expresión. Claro está, es innegable que son las formas más brutales de cercenamiento. Sin embargo, la aparición de medios de comunicación como la televisión, la radio, el internet, y la participación en los medios de comunicación de sectores económicos privados, ha alterado profundamente el panorama y las posibilidades de la expresión. La idea de que la expresión solo puede ser atacada por el Estado, a través de mecanismos como la censura o la represión, responde a un cierto modelo de comunicación que, debido a los desarrollos modernos, ha dejado de ser el principal. En palabras de Fiss,

> "Ya no se puede identificar al policía con el mal y al ciudadano con el bien. El estado de cosas protegido por la Primera Enmienda puede ser amenazado tan fácilmente por un ciudadano privado como por un organismo del Estado. Una sociedad que opera con capital privado puede constituir una amenaza a la riqueza del debate público tanto como un organismo gubernamental, porque cada uno de ellos está sujeto a restricciones que limitan lo que dice o lo que permitirá decir a los demás. El Estado tiene el monopolio del uso legítimo de la violencia,

> pero este particular tipo de poder no es necesario para controlar y restringir el debate público".[42]

En este contexto, el Estado no puede ser visto como (el único) enemigo de la libertad de expresión, sino que es preciso también prestar atención a otros tipos de ataques que pueden provenir por parte del sector privado —concretamente, de los grupos económicos que son propietarios de los medios de comunicación. Volviendo a Fiss,

> "Deberíamos aprender a ver en el Estado no solo a un enemigo, sino también a un amigo de la libertad de expresión; como cualquier actor social tiene el potencial para actuar en ambas direcciones, y usando el enriquecimiento del debate público como piedra de toque, debemos comenzar a discriminar entre ellas. Cuando el Estado actúa para mejorar la calidad del debate público deberíamos admitir que sus acciones son consistentes con la Primera Enmienda. Además, cuando en ocasiones no lo hace, podemos pedir confiadamente al Estado que actúe de aquel modo. El deber del Estado es preservar la integridad del debate público —básicamente de la misma manera que un gran profesor— sin indoctrinar, sin fomentar la 'verdad', sino salvaguardando las condiciones para una verdadera y libre determinación colectiva".[43]

En síntesis, que el Estado no censure previamente a la cumbia villera ni persiga penalmente a sus autores/as, es un importante primer paso. Pero teniendo en cuenta el valor artístico, cultural y político de la cumbia villera, sería interesante pensar en si no deberíamos exigirle al Estado un paso más. Ya no se trata de pedirle que no haga, que se abstenga, sino de exigirle acciones positivas dirigidas a la protección, fomento y promoción de la cumbia villera, tal como se hace con otros géneros musicales y expresiones artísticas. Sería interesante, entonces, ampliar la reflexión y discusión.

(42) Fiss, Owen, *Libertad de expresión y estructura social…*, *op. cit.*, p. 30.

(43) *Ibid.*, p. 32.

Convención sobre los derechos del niño. Comentada, anotada y concordada

de Virginia Deymonnaz, Diego Freedman, Marisa Herrera, Martiniano Terragni y Mary Beloff, Buenos Aires, La Ley, 2012, 320 páginas.

por **JUAN FACUNDO HERNÁNDEZ**[1]

Un cuarto de siglo ha pasado desde la irrupción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en el campo del derecho internacional de los derechos humanos.[2] La Convención significó un escenario de ruptura con ciertas prácticas judiciales, institucionales y culturales en relación a la infancia.

En el plano normativo tuvo la eficaz tarea de volver a unir al universo de niñas, niños y adolescentes —en adelante, NNyA—. Mientras la Ley de Educación de 1884 —ley 1420— estuvo destinada a un grupo mayoritario de niños de nuestro país, la Ley de Patronato de Menores —ley 1903 de 1919— solo estuvo destinada a unos pocos. La primer política pública universal que encarnó la ley 1420 estuvo destinado a aquellos NNyA cuyos padres estaban dispuestos a integrar un proyecto político de Nación, pero aquellos que no lograron integrarse fueron destinados al sistema tutelar que sintetizó la ley 1903, sistema que además de contar con leyes e instituciones de albergue, desarrolló el derecho de menores —es decir el

(1) Abogado (UBA). Fundador del Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia. Actualmente está a cargo de la Oficina de Niñez y Adolescencia de la Secretaría General de Derechos Humanos de la Defensoría General de la CABA.

(2) Fue aprobada el 20/11/1989 en el ámbito de las Naciones Unidas y fue ratificada por nuestro país mediante ley 23.849 (BO 22/10/1990).

no-derecho—, sustrayendo a los NNyA del derecho, y permitiendo que el Estado intervenga de manera coactiva en las familias que amenazaban el proyecto integracionista de Nación.(3)

Los rótulos fueron cambiando con el tiempo, pero la "lógica tutelar", en algunos aspectos, sigue hasta nuestros días. Tamaño desafío tuvo la Convención: irrumpir y modificar un paradigma que llevaba 100 años de vida.

Hecha la introducción de este instrumento legal, cabe tener en cuenta el enorme esfuerzo de los autores por la publicación de una obra eminentemente jurídica, que en el campo bibliográfico del tema no abundan. Darle contenido a la Convención nos exige día a día avanzar un paso más en dar contenido a lo que en un siglo el derecho de menores se encargó de vaciar. Este es el sentido del libro: estrechar los lazos del contenido de la Convención con el sistema universal y regional de protección de los derechos humanos y, por supuesto, a resaltar la recepción legal en el derecho argentino del articulado de la Convención.

I | La estructura de la publicación

La obra comienza con los antecedentes de la CDN, con los instrumentos jurídicos complementarios y su recepción y jerarquía en el derecho argentino.

(3) Para conocer el funcionamiento del sistema tutelar en nuestro país ver: Larrandart, Lucila, "Prehistoria e historia del control socio-penal de la infancia" en Méndez, E. G. y Blanchi, M. del C. (comps.) *Ser niño en América Latina, de las necesidades a los derechos*, Bs. As. (UNICEF), Editorial Galerna, 1991 y González, Fabio, "Niñez y beneficencia: Un acercamiento a los discursos y las estrategias disciplinarias en torno a los niños abandonados en Buenos Aires de principios del siglo XX (1900-1930)", en Moreno, J. L. (comp.), *La Política Social antes de la Política Social (Caridad, beneficencia y política social en Buenos Aires, siglos XVII a XX*, Bs. As., Trama editorial-Prometeo Libros, 2000.

Para la relación entre sistema tutelar y sistema educativo: Carli, Sandra, "El Campo de la Niñez", en Puiggrós, Adriana (dir.) *Historia de la Educación Argentina*, t. III: Escuela, Democracia, Orden (1916-1943), Bs. As., Galerna, 1992.

Para conocer el contexto en el cual se inserta la necesidad de crear un sistema tutelar en la Argentina ver: Zimmermann, Eduardo, *Los liberales reformistas. La cuestión social en la Argentina 1890-1916*, Bs. As., Sudamericana, 1995.

Por último, es importante tener en cuenta que el sistema tutelar no es un invento argentino; ver Platt, Anthony, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 1988 y Donzelot, Jacques, *La policía de las familias*, Valencia, Pre-textos, 1990.

A continuación, se refiere a los artículos de la Convención, desde el art. 1° —definición de "niño"— hasta los últimos artículos que se refieren al Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en los arts. 43, 44 y 45.

Cada uno de los derechos comentados comienza con la referencia a otros instrumentos de derechos humanos, propios del sistema universal y regional de derechos humanos. A los fines de precisar el alcance y el status legal, los autores dan cuenta de las distintas interpretaciones de los organismos que integran ambos sistemas de protección de los derechos humanos.

De esta manera, los derechos de la Convención son ampliamente relacionados con las observaciones generales y demás informes producidos por los organismos de control y seguimiento previstos en los principales tratados de derechos humanos.

En el ámbito regional, se observa una profusa vinculación tanto del articulado de la Convención con las sentencias de la Corte IDH como también de las opiniones consultivas, entre las que se destaca la OC 17/02 "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño".

Seguidamente los autores se refieren a la recepción del derecho específico en el derecho argentino. De esta manera, se relaciona el derecho consagrado en la Convención y en los demás instrumentos internacionales con las leyes que lo instrumentan en nuestro país. Dentro de estos subcapítulos que se repiten en cada uno de los derechos, los fallos de la CSJN tienen un papel destacado.

La normativa de derechos humanos se caracteriza, en la mayoría de los casos, por su indeterminación respecto a las obligaciones y a los bienes jurídicos que protegen. Por ello, el concepto de contenido básico, al cual la obra contribuye, permite articular las distintas fuentes de las normativas generales, obteniendo los elementos esenciales, obligaciones básicas y las prioridades en materia de protección de derechos de los NNyA. La interpretación armónica de las distintas normas y sobre todo los pronunciamientos de algunos organismos del sistema universal y regional de derechos humanos tienden a llenar estos vacíos.

Sin perjuicio del minucioso trabajo realizado, particularmente interesante resultaron los siguientes capítulos:

1.1 | Interés superior del niño

Señalan los autores que este artículo, quizás el más citado de la Convención, fue y es utilizado para motivar las decisiones jurídicas o administrativas de quien las toma, según sus propias creencias. Por lo tanto, es sumamente útil la recopilación de bibliografía, normativa y jurisprudencia que propone reducir la discrecionalidad que puede significar una fórmula tan amplia y vaga como la que nos ocupa. Sin duda, la clave radica en un fallo de la Corte IDH (entre otros hallazgos) donde señalan que el interés superior del niño debe ser entendido como la necesidad de satisfacción de todos los derechos. Así, pensar en derecho y en jerarquías de derechos implica una limitación de cualquier valoración personal.

1.2 | Protección de la vida familiar

Aquí los autores construyen una dimensión especial luego de reunir los arts. 5°, 9°, 10, 11, 18, 20, y 21, lo que resulta de suma utilidad ya que este derecho fue quizás el más significativo de la Convención, pues como señalamos, en el inicio su aporte principal fue contribuir a cambiar la mirada respecto a los políticas de institucionalización de NNyA. En este capítulo, particularmente, relevante es el redescubrimiento de los autores de algunos instrumentos, de menor peso jurídico, pero bastante olvidados o desconocidos. Me refiero a "La Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 del 03/12/1986.

1.3 | Derecho a ser oído

Es muy útil la referencia al art. 27 inc. C de la ley 26.061, en relación a la figura del abogado del niño y la recepción jurisprudencial que ha tenido, como la instrumentación que en el año 2006 realizara la Defensoría General de la Nación. Estimo necesario en este punto sumar dos elementos funda-

mentales que, seguramente, acaecieron con posterioridad a la publicación de la obra. Me refiero al fallo de la CSJN del 26/06/2012 "Recurso de hecho deducido por la Defensora Oficial de M. S. M. en la causa M., G. c/ P., C. A. H.", M. 394. XLIV, por el cual, lamentablemente, el Máximo Tribunal se inclinó hacia lo que los autores señalan como tesis intermedia al limitar la elección de un abogado de su confianza a quienes alcancen los 14 años de edad. La inminente reforma del Código Civil parece encaminarse hacia esta posición limitativa del concepto de capacidades progresivas. El otro aspecto destacado que seguramente será agregado en próximas ediciones es la creación del Equipo Público de Abogados del Niño en el ámbito de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires mediante resoluciones AGT 210/11 y 24/13.

1.4 | Art. 40 de la CDN, NNyA en conflicto con la ley penal

No obstante el profuso trabajo de búsqueda y sistematización de la publicación, entiendo que la referencia al régimen penal juvenil no recibe el tratamiento que mayoritariamente le han atribuido tanto la jurisprudencia local como el sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos.

En este sentido, el decreto ley 22.278, —Régimen Penal de la Minoridad de 1980 (dictadura militar)— ha recibido un tratamiento crítico de la Corte Suprema en el caso "Maldonado" (238:4343) y fundamentalmente en el caso "García Méndez" (331:2691), que no aparece reflejado en la publicación. Mientras en el primer caso la Corte describe la ley de manera muy crítica (consid. 24 en adelante), en el segundo directamente requiere al Poder Legislativo que, "en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, 2° párr.)" (ver consid. 7°).

Al respecto, si bien es cierto que numerosas provincias han regulado sus sistemas procesales de manera respetuosa de los preceptos de la CDN, como señalan los autores, ciertas regulaciones de fondo, entre ellas el tiempo de duración de la pena, debe ser regulado por el Congreso de la Nación, lo que torna imperioso la modificación del decreto ley 22.278.

Por su parte, la Corte IDH, tanto en el caso "Bulacio" (2003) que el libro menciona en varias oportunidades como en el caso "Mendoza" —de imposición de penas perpetuas a menores de edad—, solicitó expresamente la modificación del régimen penal actual. Si bien la sentencia de la Corte IDH en el caso perpetuas —"Mendoza"— es bastante reciente, del 14/05/2013, el informe de fondo del 2/11/2010 ya recomendaba a la Argentina modificar la ley 22.278.

El Comité de Expertos de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, al analizar el sistema juvenil argentino, expresó en las observaciones finales del año 2002 su profunda preocupación por el hecho de que la ley 22.278, que se basa en la doctrina de la "situación irregular" no distinga, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia. Este mismo punto lo sostuvo en 2010 a raíz del examen del último informe presentado por el Estado argentino, en varios párrafos de las observaciones finales (párrs. 34, 35, 77, 78, 79 y 80). El Comité de Derechos Humanos, organismo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también expresó en el 2010 su rechazo al régimen penal juvenil vigente a analizar el art. 24 del Pacto (párr. 23).

En este mismo sentido, el tratamiento del art. 40.3 a) —Edad mínima de responsabilidad penal— en relación a los NNyA no punibles, es decir, aquellos que tienen menos de 16 años al momento de la realización del ilícito, desde mi opinión, debería haber recibido un tratamiento más crítico. No obstante, y en apoyo de la dificultad en la que seguramente se vieron envuelto los autores, en este tema la Corte avaló la práctica de la privación de libertad de los NNyA no punibles (Fallos: 331:2691).

1.5 | Comité de Derechos del Niño

Es sumamente interesante que la publicación se haya dedicado a los mecanismos de control que prevén numerosos tratados de derechos humanos, como en este caso el Comité de los Derechos del Niño que cumple un rol sumamente destacado en el seguimiento del cumplimiento de la CDN.

Si bien la publicación buscar comentar, anotar y concordar una norma jurídica —lo que han realizado muy bien—, creo que podría haber incor-

porado una mención al papel de la sociedad civil, dado el aporte valioso que esta obra significará en la formación de nuevos estudiantes. En este sentido, poco tiempo atrás, Carlos María Cárcoba señaló la importancia de añadir a la formación de estudiantes una mirada más política sobre el derecho.[4]

Tanto en las observaciones y recomendaciones finales que emiten para los Estados parte como en las discusiones previas de las observaciones generales, las organizaciones de la sociedad civil (y otras organizaciones del sistema de las naciones unidas) cumplen un rol preponderante que alimenta la tarea de vigilancia del Comité, especialmente las organizaciones de América Latina.

El art. 8° CDN es denominado la cláusula argentina por la presión de las Abuelas de Plaza de Mayo para su introducción.

Incluso la Declaración de los Derechos del Niño debe su origen a Eglantyne Jebb (1876-1928),[5] fundadora de *Save the Children*. La Declaración fue elaborada por ella en 1923 y publicada por primera vez en la revista de *Save the Children*, "*The World's Children*" ("Los niños del mundo").

2 | Conclusión

No obstante algunos aportes que he señalado, la publicación cumple una tarea destacada para la defensa de los derechos de NNyA. La gran sistematización realizada y la sencillez en la presentación de la información permiten que sea una obra de permanente referencia. En este sentido, el libro no es extenso —300 páginas—, lo que posibilita una consulta rápida y concreta sobre la interrelación entre el derecho internacional y el derecho local.

Los comentarios realizados deberían ser interpretados como simples aportes o puntos de vista, que no deberían "esmerilar" el campo de

(4) Entrevista a Carlos María Cárcova: "En Derecho la solución correcta nunca es lógica, siempre es política", en [en línea] http://www.infojusnoticias.gov.ar/entrevistas/en-derecho-la-solucion-correcta-nunca-es-logica-siempre-es-politica-68.html

(5) [En línea] http://es.wikipedia.org/wiki/Eglantyne_Jebb

los defensores de los derechos humanos de los NNyA al que, sin dudas, pertenecen los autores de la publicación, sino que deberían fortalecerlo para dar una respuesta a los temas pendientes de resolver como la cuestión penal y dedicarse con mayor energía a otros temas que aún no han ingresado en la agenda de discusión, para lo cual la publicación es un valioso aporte.

Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)

de Horacio Rosatti, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, 338 páginas.

por **ARIEL BERNAL**[1]

La presente reseña dará cuenta de una obra que, desde el punto de vista del Poder Judicial, describe el recorrido que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el período 2003-2013 en cuanto a la ampliación de las fuentes del derecho interno argentino para la protección de los Derechos Humanos, producto de la incorporación de instrumentos internacionales. Para esto, su autor, Horacio Rosatti, analiza los criterios y fallos paradigmáticos sobre casos vinculdos a Derechos Humanos en los que la Corte ha tenido que expedirse.

El libro se divide en dos partes: "Dilemas del Poder Judicial en la Argentina a comienzos del tercer milenio", conformada por dos reflexiones —"El dilema de los límites entre la política y la justicia" y "El dilema de los límites de la interpretación judicial"— y "Análisis de fallos paradigmáticos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)".

En "El dilema de los límites entre la política y la justicia"el autor reflexiona sobre la tensa relación entre el Poder Judicial y el poder político representativo. Explica, en este sentido, cómo intervienen —y qué son— las limita-

(1) Abogado (UBA), Profesor de Enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA).

ciones extrínsecas e intrínsecas para dificultar a la Justicia en la resolución de cuestiones de naturaleza política. Además, expone el debate que abre la pregunta sobre qué es lo que define la "politicidad" de una cuestión para su "no judiciabilidad"; frente a la que hay quienes consideran que ciertas cuestiones de gobierno no deben ser revisadas en sede judicial y quienes consideran que todo acto público debe estar sujeto a revisión judicial.

En "El dilema de los límites de la interpretación judicial"el motivo de la reflexión son los fundamentos de la libertad interpretativa del juez. Partiendo de la concepción clásica de la teoría de la división de poderes, el autor hace un análisis sobre la lectura que realizan los jueces de la Contitución Nacional en tanto herramienta adaptativa necesaria por funcionar como solución a dilemas epistemológicos. Además, se pregunta si podrá sostenerse la constitucionalidad de aquella libertad frente a la necesidad de seguridad jurídica por parte del justiciable o frente al principio de igualdad jurídica que exige igual tratamiento a quienes se encuentran en las mismas circunstancias.

La segunda parte de la obra consta de la exposición y análisis de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del período 2003-2013, vinculados a los Crímenes de Lesa Humanidad producidos durante el régimen militar que gobernó el país entre 1976 y 1983.

El apartado se inicia con una descripción de este período —las políticas estatales de la última dictadura militar que sufrió nuestro país y las condiciones económicas en las que emergió y se sostuvo— considerando al año 1976 como, además del año de su inicio, un hito en el proceso de reconversión económica y social ligado a acontecimientos de orden internacional. En cuanto a ésto, se alude a la forma en que los militares conideraban las luchas reivindicativas en los lugares de trabajo y el saldo de la dictadura en términos económicos.

Luego, el autor explica el proceso de transición política del autoritarismo a la democracia y su consolidación a partir de las distintas instancias de participación ciudadana en el espacio público y del dictado de las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida durante la presidencia de Raúl Alfonsín; sin dejar de considerar los levantamientos militares y el deterioro de la economía. Luego, se describe el marco de la asunción a la presidencia de Carlos Menem, el contexto económico —la etapa en la que Domingo Cavallo fue Ministro de Economía (teniendo en cuenta las leyes de Con-

vertibilidad, privatizaciones y de Emergencia Económica)— y social —los decretos de indulto, el Pacto de Olivos—. Y su segunda presidencia con las nuevas formas de protesta. La asunción a la presidencia de Fernando de la Rúa, la crisis económica y política de aquel momento. Finalmente, la asunción de Néstor Kirchner.

El siguiente apartado se divide en cinco partes cuyas perspectivas son jurídicas. La primera introduce la forma en que la democracia encaró las violaciones a los Derechos Humanos por parte de gobiernos anteriores y la posibilidad de sancionar a los responsables. Además, hace una mención a las leyes de amnistía, los decretos de indultos y refiere a cómo la Corte Suprema debió remontar esta normatividad mediante sus pronunciamientos.

En segundo lugar, nos habla de las fuentes de Derecho Interno y Derecho Internacional en materia de derechos humanos en cuanto a los métodos de inserción de los tratados internacionales al orden jurídico nacional a partir del criterio del juez Boggiano. El autor refiere a las modalidades de ingreso, progreso y egreso al sistema jurídico argentino de los tratados internacionales. Cómo los términos de esa apertura son objeto de polémica doctrinaria y jurisprudencial. Seguidamente, se repasan criterios que se desprenden de los votos de miembros de la Corte Suprema.

El siguiente punto trata de la ubicación de los tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional dentro del orden jurídico argentino. Se efectúa un análisis de los criterios seguidos por los jueces Fayt, Belluscio y Boggiano sobre las divergencias respecto de la ubicación de los tratados y sobre lo establecido por la reforma constitucional de 1994 en relación con la jerarquía normativa de las convenciones.

En cuanto a la jurisdicción nacional e internacional en materia de Derechos Humanos, se realiza un análisis del art. 118 de la Constitución Nacional y sobre cómo lo establecido en este artículo, que refiere al Derecho de Gentes, generó un debate que se deduce de los votos de miembros integrantes de la Corte Suprema de Justicia. Se analizan la interpretación sustantivista y procesalista del art. 118 de la Constitución Nacional, el contenido del Derecho de Gentes en cuanto a su caracterización y fuentes a partir de los votos de miembros de la Corte Suprema en distintos fallos, como "Simón" o "Arancibia Clavel". A su vez, se cuestiona si este Derecho de Gentes es un Derecho Natural. También, en este sentido, se analiza

la posibilidad de que los crímenes de lesa humanidad no esclarecidos en un ámbito nacional puedan serlo en el ámbito de la jurisdicción universal. La pregunta que surge tiene que ver con que si el art. 118 de la Constitución Nacional habilita a la jurisdicción universal.

A continuación, se refiere al control de convencionalidad y de constitucionalidad en materia de derechos humanos. Se explica control de convencionalidad — que trae aparejado una serie de interrogantes en cuanto a la obligatoriedad para los jueces de la realización de este control, su paralelismo con el control de constitucionalidad, etc.—, el significado de la expresión "en las condiciones de su vigencia" del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional con la que son incorporados los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. También se analizan los votos de diversos fallos de la Corte Suprema —"Giroldi", "Arancibia Clavel", "Simón", etc.—.

Luego se analizan los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de sus respectivos fallos, como así también el dictamen del Procurador General de la Nación en ocasión de la causa "Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ Recurso de casación" del 10 de marzo de 2010; en donde sostuvo una propuesta de un test para la aplicación de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos al ámbito interno. En un siguiente apartado se comenta cómo es la situación en relación con la sujeción a las opiniones consultivas y recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por parte de la jurisdicción nacional.

En el siguiente ítem, el autor detalla una serie de cuestiones vinculadas a los crímenes de Lesa Humanidad refiriéndose a la prescripción, cosa juzgada y obediencia debida, en los fallos "Arancibia Clavel"—para entender la prescripción—, "Camps", Mazzeo", "Simón" y otros resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El siguiente apartado se titula: "¿Derecho constitucional a la pena o derecho constitucional a la exención de la pena?".

Aquí también se hace un análisis de los votos de los jueces en los fallos anteriormente mencionados teniendo siempre como premisa la búsqueda de la verdad. Se plantea el interrogante acerca de lo que ocurre cuando el crimen es cometido por el propio Estado y si se procede o no a la pres-

cripción, en caso de que exista un juzgamiento lento por el mismo Estado. Además, se cuestiona sobre la legitimidad de la revisión por la figura de la cosa juzgada si el juzgamiento antes mencionado es parcial o deficiente. Seguidamente se detallan los fundamentos de la imprescriptibilidad de esta clase de delitos y las excepciones al principio de la cosa juzgada. Se describe el peligro que conlleva la posibilidad de consagrar un Derecho Penal del enemigo si no son respetadas las garantías de un Estado de Derecho. Se menciona la ley 23.521 —que consagra la Obediencia Debida— y se describe la postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Camps", para luego poder entender lo resuelto en el fallo "Simón" —que se fundamentó tomando como fuentes los distintos tratados con jerarquía constitucional (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes) consagrados en la reforma de la CN en 1994 y fundamentalmente el art. 18 CN—.

La segunda parte del libro trata sobre el estudio de casos relacionados con derechos humanos, en particular resueltos por la Corte Suprema, que abordan los siguientes temas: derecho a la vida, a la identidad, a ejercer libremente el culto, la libertad de expresión, acceso a la vivienda digna, relación de empleo, libertad sindical, protección del medio ambiente y movilidad jubilatoria.

En relación al tema vinculado al derecho a la vida, se expone el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "F. A. L. s/Medida autosatisfactiva" sobre el aborto. Para ello se interpretó el art. 86 inc. 2 del Código Penal. La Corte hizo una interpretación de la cláusula penal en su fallo y al mismo tiempo realizó una exhortación a las autoridades nacionales y provinciales para que implementaran medidas que permitieran remover todos los obstáculos administrativos para el acceso a los servicios médicos.

En primer término, se analizan los fundamentos esgrimidos por la Corte en su fallo, donde la cuestión a develar era si el Código Penal en su artículo permitía el aborto en caso de violación sin que la mujer fuera demente. El autor, al dar su propia opinión sobre el tema se funda en normativa constitucional —como ser la Convención sobre los Derechos del Niño— e infraconstitucional —como ser el Código Civil argentino—. Se pregunta

quién debe establecer los criterios normativos sobre el aborto. Finalmente se detallan distintos criterios normativos.

Lo referido al derecho a la identidad se inicia con el concepto de identidad personal, que implica su ocultación o falseamiento para la persona que la desconoce y las consecuencias que esta situación puede traer. Seguidamente, se hace una descripción del período en el que se llevó a cabo de forma sistemática el falseamiento y supresión de las identidades de personas —1976-1983—.

Se caracterizan y se comparan las particularidades del totalitarismo y el autoritarismo como formas de gobierno. También se describe al último golpe militar de Argentina y cuestiones como el control del Estado, el sistema de partidos, la explicación ideológica, las movilizaciones dirigidas, el sistema propagandístico, persecución del pensamiento disidente. Se expone sobre la forma en que se origina la ideología militar y la creación de su concepto "subversión" —que implicaba persecución, tortura y desapariciones forzadas entre otros—, los "grupos de tareas" —conformados por civiles y militares—, los bebés capturados con sus madres en los operativos, el pacto de silencio de los perpetradores, las acciones de protesta de madres y abuelas junto a otros organismos de derechos humanos. La visita de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1979. Los interrogantes jurídicos generados por el descubrimiento de la identidad falseada; tales como si el conocimiento de la verdad biológica es un derecho del titular o un deber, entre otras preguntas y sus posibles respuestas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de expedirse en el caso de extracción de sangre de forma compulsiva de un menor para conocer su identidad. De aquí surgía la pregunta sobre lo que pasaba cuando la víctima del delito de sustracción era ya una persona adulta y se negaba a la realización de una prueba hematológica y sus supuestos familiares biológicos querían conocer la verdad. Es decir, la tensión que se genera entre la víctima y los derechos de la supuesta familia. Dentro de este punto se analizan los votos de los jueces de la Corte Suprema en distintos fallos.

El derecho a la intimidad es el tema del siguiente apartado. Se describe en perspectiva histórica la relación entre la cultura y la política a partir

del golpe de Estado de 1955, cómo el Estado ha tratado de controlar las expresiones culturales —en particular las de los jóvenes—, los nuevos códigos culturales, la producción cinematográfica, la proliferación de pequeñas editoriales, la irrupción del rock. Las transformaciones que se daban en la vida cotidiana eran difundidas por productos culturales como libros, películas o revistas. La difusión del psicoanálisis en medios de comunicación y la idea de que las transformaciones en lazos de familia se debían a esta difusión del psicoanálisis. Una descripción de la evolución en el consumo de drogas desde épocas antiguas. El siglo XIX y el advenimiento de la química moderna. El siglo XX, con la incorporación en las agendas de los países occidentales de los temas sobre el tráfico y consumo de drogas. La realización de convenciones internacionales junto con la firma de tratados para la promoción de medidas preventivas. Luego se analiza el tema desde una perspectiva jurídica tomando como referencia diversos fallos resueltos por la Corte Suprema. El caso de la tenencia para uso personal, que vincula cuestiones como el derecho a la privacidad y la injerencia del Estado. La descripción de los casos fallados por la Corte que demostraban cambios jurisprudenciales en cuanto a la punición o no de la tenencia de estupefacientes para uso personal, lo que generó inseguridad jurídica. Se describen dos circunstancias objetivas: el fracaso de la política criminal basada en la incriminación de la tenencia para uso personal y la incorporación de tratados internacionales con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 que remiten a los principios *pro homine* de autonomía personal, de dignidad humana y de no estigmatización, en el sentido de que el consumidor es una víctima y no un delincuente.

El próximo capítulo se inicia con una definición de salud. Hace referencia al derecho a ejercer libremente el culto y, específicamente, a la objeción religiosa frente a los tratamientos médicos. Seguidamente se habla de la salud como preocupación pública y como derecho individual. La prestación del servicio de salud por parte del Estado —como prestación pública— se justifica en el mantenimiento de las condiciones de vida, calidad del entorno o prevención de las enfermedades. Como derecho individual reclamable, se expresa en los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Incluye referencias como la alimentación, asistencia médica, acceso al agua potable, etc. La cuestión es qué ocurre con la salud como cuestión propia de la vida privada; es decir, si la salud o la vida son renunciables por su titular y cuál es el límite de la intervención estatal. Se

toman como referencia los casos "Bahamondez" y "Albarracini Nieves", resueltos por la Corte Suprema.

El capítulo referido a la libertad de expresión comienza dando un panorama sobre la historia de la prensa. Se destaca la importancia que ésta tenía en la ciudad de Buenos Aires de 1914, donde existían diversas publicaciones. También, se alude a las mejoras técnicas de impresión, al aumento de la alfabetización, la facilitación de la circulación de la información por parte de las agencias de noticias y al crecimiento del periodismo en las provincias. Porque, aparte de la prensa comercial, circulaba también la prensa obrera. La creación de bibliotecas populares a comienzos de siglo XX. La presencia de la radio en los hogares siendo tanto fuente de información como de diversión. El rol protagónico de la prensa en los comienzos del gobierno peronista. El rol en la difusión y control de la información en este período por organismos estatales. La aparición del televisor en 1951 y su consolidación en la década de 1960 como medio masivo de comunicación. En 1976 el gobierno militar desplegó una política restrictiva para la libertad de prensa siendo responsable de la desaparición forzada, asesinato y encarcelamiento de periodistas, censura y clausura de publicaciones. Finalmente, se describe cómo, en épocas posteriores, Internet modifica las formas en que los ciudadanos se informan y debaten. Luego se describe el enfoque desde la perspectiva jurídica, considerándose los criterios jurisprudenciales y entendiéndose que es la democracia la que vincula los fundamentos de la libertad de expresión.

La Corte Suprema ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la libertad de expresión desde ángulos distintos —la inexactitud, error o falsedad de la información brindada por el periodista—. Se analizan diferentes criterios elaborados en los fallos y resueltos por la Corte, como el llamado test de veracidad y la doctrina de la real malicia. Se comenta el status de estos criterios y su vinculación. A su vez, se distinguen entre hechos y opiniones para determinar hipótesis de responsabilidad. La Corte ha determinado un umbral de tolerancia en cuanto a la crítica o el error periodísticos sobre las personas que revisten carácter público. Se comentan los argumentos vertidos por la Corte en distintos fallos. Libertad de expresión y pauta de publicidad oficial es el siguiente tema analizándose el fallo "Editorial Río Negro". En primer término, se desarrollan los argumentos de la provincia demandada por la empresa que edita el diario al que se le había privado de la publicidad oficial por una denuncia de corrupción que el mismo diario hizo a un funcionario provincial. Seguidamente se describen los funda-

mentos de la Corte y, en especial, el voto disidente del juez Maqueda que analiza dos cuestiones: La libertad de expresión y libertad de empresa, y los límites de control del Poder Judicial en el tema.

A continuación se trata el derecho a la información pública. Se hace una descripción de las vinculaciones que implica el acceso al conocimiento, cómo se entiende el derecho al conocimiento y qué comprende. Por ejemplo: preservación de fuentes de información, divulgación del conocimiento y el acceso a la información. Finalmente se comenta el caso "Asociación Derechos Civiles c/Estado Nacional PAMI", donde la Corte se expresó sobre la importancia del derecho a la información, en cuanto a su contenido y legitimación.

El siguiente capítulo analiza un caso paradigmático en cuanto al acceso a la vivienda digna. Se realiza un análisis del fallo "Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C. S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo"; en el que una madre en situación de calle por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad afectado por una discapacidad inicia una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitando la inclusión a programas en materia de vivienda con fundamento en la violación a derechos fundamentales (salud, vivienda, dignidad) reconocidos en la Constitución local, en la Constitución Nacional y en tratados internacionales con jerarquía constitucional. En su fallo la Corte invocó a la Consitución Nacional, a tratados internacionales con jerarquía constitucional, a tratados internacionales sin jerarquía constitucional y a normas de la Ciudad de Buenos Aires. Se hace referencia a la teoría de la justicia de John Rawls que sirve de fundamentación al fallo. En el libro *Teoría de la Justicia,*(2) Rawls trata de llevar la teoría del Contrato Social a un nivel más elevado de abstracción. Rawls apela al llamado "Contrato Social Instrumental". Se analizan el objetivo, el hombre contratante, el "estado de naturaleza" y los principios de la justicia para las instituciones. Luego se detalla un apartado titulado "La Constitución argentina como Contrato Social Instrumental". Se intenta proyectar la matriz del modelo de Rawls al texto constitucional argentino.

"Relación de empleo" es el título del siguiente capítulo. Comienza con un análisisi del caso "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa SA s/ Despido" sobre indemnización por despido sin causa, en donde la Corte se expide sobre su propio rol en temas en los que la competencia originaria pertenece a

(2) Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Bs. As., FCE, 2012.

otro poder estatal. Luego, se describe el caso "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales SA"; sobre la caída de un actor desde un techo en el que se encontraba trabajando sin que se le haya proporcionado ningún elemento de seguridad. El problema se centraba en establecer cuál era el régimen aplicable a la indemnización, la Ley de Riesgos de Trabajo (más restrictiva) o las del Código Civil. Resultaba, por aplicación del Derecho común, que la eventual compensación de la pérdida de ganancia que el trabajador tendría como consecuencia de su incapacidad total superaría los $ 209.000 —lo que representaba más de tres veces el importe que obtendría de aplicarse la Ley de Riesgos de Trabajo—.

El siguiente apartado se titula: "¿Aplicación de normas del Código Civil al Derecho Laboral o aplicación de la Constitución al Derecho Laboral?". Aquí se intenta determinar si la insuficiente reparación indemnizatoria establecida en una norma laboral se debe resolver aplicando una norma civil o con la derivación de una cláusula constitucional.

Otro tema de interés es el de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y el principio de progresividad incorporados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales en su art. 2.1 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 26. Se describen las dos facetas que caracterizan la progresividad, la prospectiva y la defensiva. Finalmente, se comentan las consideraciones sobre el trabajo y el trabajador que realiza la Corte en los fallos "Vizzoti" y "Aquino".

A continuación se aborda el tema de la libertad sindical. En primer término, desde un perspectiva histórica que parte de la inserción de la Argentina en el mercado económico mundial a partir del desarrollo de políticas inmigratorias que tuvieron el fin de facilitar la llegada de trabajadores europeos. Por lo que en la segunda mitad del siglo XIX se conformó una capa de trabajadores compuesta mayormente por italianos y españoles, seguida por franceses e ingleses.

También, se hace una revisión de la historia de la forma de organización de los trabajadores y sobre cómo afectó en ella las distintas decisiones políticas. En un primer momento las asociaciones de trabajadores adoptaron la forma de sociedades mutualistas. La conformación de la primera central obrera en 1901. Las distintas corrientes sindicalistas. El intervencionismo estatal en materia laboral mediante la regulación legal del trabajo y la repre-

sión de la protesta obrera. La pérdida del influjo del anarquismo. La creación de la Confederación General del Trabajo (CGT) en 1930. El golpe de Estado de 1943 que encuentra dividida a la CGT. La resolución de conflictos obrero-patronales a partir de una nueva política laboral con la incorporación de nuevos derechos para el trabajador por parte de Juan Domingo Perón, quien ocupaba la Secretaría de Trabajo. La sanción del Estatuto del Peón que regulaba las relaciones laborales en el plano rural. En la etapa 1946-1955 se definía la estructura organizativa sindical que incluía sindicatos y confederaciones en una única central, la Confederación Nacional del Trabajo.

En 1955, la Revolución Libertadora puso fin al segundo mandato del presidente Juan Domingo Perón. Ésto, propició la intervención a la CGT. A partir de aquí, la democracia comenzó a perder valor debido a la alternancia de gobiernos civiles y militares.

En 1958 Arturo Frondizi llegó a la presidencia. Luego se sancionó la ley 14.455 de Asociaciones Profesionales que regulaba el funcionamiento sindical. El libro describe, además, cómo el Estado dictatorial del 24 de marzo de 1976 reprimió al movimiento obrero —encarcelamientos o eliminación—; intervino en extremo las bases institucionales del poder sindical —lo que incrementó las protestas obreras, hasta llegar a la primera huelga general en 1979— y trastocó la legislación del trabajo. El retorno de la democracia que permitió la recomposición de los sindicatos. El período del quiebre del modelo sindical con la aparición de nuevas divisiones en los años noventa.

La segunda parte del capítulo adopta una perspectiva jurídica para describir la regulación de las condiciones de trabajo en la Argentina, comentar sobre la primera etapa de regulación infraconstitucional desde la regulación civil hasta la regulación laboral; luego, una segunda etapa de regulación constitucional. La constitución de 1949 y las normas constitucionales vigentes. Seguidamente, se describen las diferencias entre gremio y sindicato.

Análisis del caso "ATE" ("Asociación Trabajadores del Estado c/Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales") y el modelo sindical en la Constitución. La Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de fallar sobre este modelo sindical en el caso anteriormente mencionado. Finalmente un breve análisis del art. 14 de la Constitución Nacional, referido a la tutela sindical.

El penúltimo capítulo es sobre la protección del medio ambiente. Para abordarlo, se hace un análisis del caso del Riachuelo: la historia del río,

su navegabilidad, la instalación de saladeros, la matanza de animales y el consecuente esparcimiento de focos de contaminación, su estigmatización como zona de producción e importación de epidemias, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de 1887 sobre los saladeros, la construcción del nuevo puerto, su influencia demográfica y los fundamentos de la elección del lugar donde debía ubicarse el puerto. A continuación se analiza el fallo "Mendoza" sobre el tema de la contaminación del Riachuelo. Los demandantes en el caso son vecinos ribereños. Señalan cuáles son las fuentes de contaminación —empresas que vierten al río los líquidos utilizados, desperdicios provenientes de basurales o la presencia de hidrocarburos y pesticidas—. La primera respuesta de la Corte en 2006 es hacer una distinción entre pretensiones para determinar cuáles considera encuadrables en su competencia originaria. A su vez, pide más información garantizando la intervención de todos los involucrados y convoca a especialistas. Finalmente, se pronuncia por la ejecución de un programa o plan integral de saneamiento y limpieza. A fines de 2012, un estudio de las aguas del Riachuelo determina que no han tenido un avance concreto ni mejoras continuas.

El último capítulo del libro aborda el tema de la movilidad jubilatoria. Se menciona al art. 14 *bis* de la Constitución Nacional que refiere a la "movilidad" en el marco de derechos de la seguridad social. Seguidamente se analizan tres fallos de la Corte Suprema, "Sánchez, María del Carmen c/ ANSES s/ Reajustes varios" de 2005, "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ Reajustes varios" de 2006 y "Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES s/ Reajustes varios" de 2007 que implicaban un avance en la materia. La Corte estableció criterios de interpretación en los fallos mencionados en cuanto a la competencia del legislador para fijar el método de actualización de haberes previsionales.

La descripción de los fallos y de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos diez años que se realiza en el libro nos muestra con claridad el recorrido que hizo en cuanto a la interpretación de las causas relativas a los Derechos Humanos. La obra define con exactitud las diversas posturas y criterios relativos a los derechos humanos en particular y a los fundamentos que hacen a la búsqueda de la verdad en los casos de delitos de Lesa Humanidad. Introduce al lector en tiempo y espacio para que logre identificar el contexto de cada tema que describe. Se conforma, así, una obra de suma utilidad para quienes precisen información o sencillamente necesiten consultar o investigar sobre temas de derechos humanos en particular.

Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual: un estudio jurídico penal

de Natalia Eloísa Castro, Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2012, 224 páginas.

por **MICAELA GALANTERNIK**[1]

1 | Algunas consideraciones iniciales

El desafío de abordar un análisis jurídico penal integral sobre un delito en particular —cuando el delito en cuestión es un fenómeno complejo y organizado, como la trata de personas—, conlleva un compromiso que pocos son capaces de afrontar. La principal dificultad se encuentra en retratarlo de la forma más fidedigna posible y evitar caer en estereotipos y estándares errados que desvirtúen el escenario real de la problemática, para que no terminen por adulterar el imaginario colectivo.

Sin caer en valoraciones trilladas, la obra de Natalia Eloísa Castro, tal como su título lo indica, tiene el objetivo de realizar un análisis exhaustivo; intenta sumergirse en las entrañas del conflicto buscando los factores que lo generan y lo mantienen en el podio de los negocios ilícitos trasnacionales de mayor rentabilidad.

La autora no se limita a la descripción del tema como si fuera un problema de las ciencias exactas, no pretende satisfacer al lector prometiéndo-

(1) Abogada (Universidad de Palermo, 2010), Carrera de Especialización en Derecho Penal, Asesora Jurídica de la Coordinación de Transparencia del Ministerio de Seguridad de la Nación.

le comprensión, ni intenta desentrañar por completo la técnica legislativa compleja utilizada por el Poder Legislativo Nacional para trasplantar las definiciones del Protocolo de Palermo[2] a la normativa interna.

Los capítulos del libro se suceden como las distintas etapas de un delito complejo, sin resolución. La autora, consciente de ello, nos comparte las herramientas justas y necesarias para actuar con la mayor de las responsabilidades, conforme lo amerita la circunstancia.

El objetivo de la presente reseña es ofrecer un resumen objetivo y analítico del contenido del libro, explicando el punto de vista del que la autora tiñe el tema. En este caso, considero que las transformaciones que se produjeron en el último tiempo, de las cuales voy a hacer mención más adelante, permiten profundizar algo más en su desarrollo, y exceder levemente el límite establecido para un trabajo de estas características.

2 | Un recorrido por la obra

Al comienzo del libro, luego de calificar a la explotación sexual comercial de niñas, niños y jóvenes como una gravísima y clara vulneración a los derechos humanos más esenciales, la autora dedica unas líneas a estimar el alcance y magnitud del fenómeno conforme lo estiman los estudios estadísticos confeccionados por organismos con competencia en la temática.

A continuación se sumerge en los informes sobre Trata de Personas (TIP) que presenta anualmente el Departamento de Estado de los Estados Unidos, que tienen como propósito despertar la conciencia a nivel mundial, destacar los esfuerzos de la comunidad, e incentivar a los gobiernos extranjeros a tomar medidas para contrarrestar el avance del delito organizado.

La propuesta de la autora es abordar la problemática de la trata de niñas, niños y jóvenes en nuestro país desde diversas facetas —sociológica, política y normativa—, impronta desde la cual encarará cada uno de los capítulos, para facilitar la comprensión del lector.

(2) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), aprobado en nuestro país por la ley 25.632.

El prólogo que hace Luis Fernando Niño al libro es claro cuando menciona que la autora contrarresta las forzadas —y, a menudo, interesadas— sinonimias entre conceptos que lucen similares, pero difieren grandemente en punto a su significación en términos de opresión y explotación. En efecto, ella se muestra interesada en diferenciar los términos, conceptos y definiciones que conforman el núcleo de las ofensas en disputa, y en velar para que sean aplicadas de manera apropiada; dando a entender que su uso indiscriminado —en especial por parte de los operadores judiciales— podría derivar en serias consecuencias negativas. A través de la alusión a opiniones de especialistas y documentos confeccionados en el marco de congresos y reuniones internacionales, distingue la "prostitución infantil" de la "explotación sexual comercial infantil". El último concepto deja en claro que en el trasfondo existe una violación de las víctimas, organizada y sistemática, en provecho del explotador. Además, con el mismo afán esclarecedor, define, caracteriza y distingue a la trata del tráfico de personas.

Al introducir los presupuestos problemáticos de fondo, Natalia Castro bosqueja lo que, a mi parecer, es el eje central de su trabajo, aquello que diferencia a este libro del resto de los textos en la materia:

> "como punto de partida de los múltiples factores y realidades sociales, se debe aclarar que subyacen detrás de esta penosa realidad concepciones altamente vinculadas a cuestiones de género, sumados a tópicos paternalistas de tratamiento e invisibilización de la minoridad, un alto contenido relacionado a la inequidad social en materia de pobreza y vinculado a esto último, al movimiento migratorio- territorial de personas".(3)

De esa forma, tal como prologa Luis Niño, la autora acierta al sintetizar en cuatro trazos los factores que se combinan perversamente en la intrincada trama de la trata de personas: la cuestión de género, la invisibilidad de la niñez, la pobreza y uno de sus epifenómenos, la migración interna e internacional.

De allí en adelante, todas las facetas de la problemática —normativa nacional, regional e internacional; políticas públicas; evolución histórica; etc.— son abordadas considerando a estos cuatro factores como sus cimientos —estructura—.

(3) *Ibid.*, pp. 23 y 24.

Al referirse a estos componentes, en primer lugar se encauza en explicar las acepciones del concepto de género y en remarcar las inequidades que, construidas muy tempranamente, luego sirven como base para instituir la explotación sexual comercial, interpretada como una modalidad que justifica "la apropiación masculina del cuerpo de la mujer". En segundo lugar explica que, entre otras cuestiones de interés, en diferentes investigaciones se pudo observar que las mujeres en contextos de prostitución realizaron sus "elecciones" en la niñez, condicionadas por situaciones tanto externas como internas.(4) Seguidamente describe el modo en que la pobreza se transforma en un escenario que aumenta la exclusión, al producir un alto impacto social, económico y cultural, y la manera en que las organizaciones se convierten en buenas lectoras de estas instancias de vulnerabilidad.

Ahora bien, antes de seguir avanzando, la autora es enfática en aclarar que el mercado sexual requiere cuerpos que no se limitan a los de alguna clase social en particular para no caer bajo el estereotipo según el cual todas las víctimas emanan de contextos de extrema marginalidad. Finalmente, presenta al movimiento migratorio-territorial, vinculado directamente con el desarraigo y descontextualización del individuo, como la última de las condiciones estructurales que fomentan el mercado de la explotación sexual. Natalia E. Castro enumera algunas circunstancias específicas por las cuales la extranjería podría ser susceptible de generar un estado de vulnerabilidad —desconocimiento de las leyes o prácticas del país, aislamiento del grupo de pertenencia— dejando sentado que la condición de migrante, por sí misma, no acarrea consecuencias de mayor significancia si no se encuentra acompañada de algún elemento externo negativo.

En la misma línea, Zaida Gatti explica que las organizaciones criminales de trata de personas necesitan la concurrencia simultánea de múltiples factores: zonas de extrema pobreza de una región, desigualdad de oportunidades, migración por motivos económicos y sociales, discriminación por género, falta de acceso a la educación, a la salud y a la justicia. Agrega que existen otras variantes que facilitan el desenvolvimiento y la rentabilidad de las organizaciones criminales, como la falta de concientización, sensibilización e información por parte de la sociedad en general.(5)

(4) González, "Mujeres en situación de prostitución. La otra tortura", en *Pagina 12*, Sección Psicología, 09/06/2005, p. 29.

(5) Gatti, Zaida, "Las víctimas de la Trata. Política de restitución de derechos", en *Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, pp. 6/7.

Para ilustrar estas condiciones estructurales que facilitan la concreción del delito, así como otras situaciones que fomentan la exclusión social, la invisibilidad y un estado de múltiple vulnerabilidad; Natalia Castro acierta al citar voces de especialistas, militantes de derechos humanos y de personas que sufrieron desde cerca la trata de personas. Apoya su teoría con un análisis integral de "Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad",(6) de donde concibe que se desprenden otros factores que son coadyuvantes al fenómeno de la trata de niñas, niños y jóvenes, y complementarios a los cuatro antes mencionados. A su vez, Castro señala que

> "… (las) reglas no se limitan a establecer unas bases de reflexión sobre los problemas del acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sino que también recogen recomendaciones para los órganos públicos y para quienes prestan sus servicios en el sistema judicial. No solamente se refieren a la promoción de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de estas personas, sino también al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento".(7)

En el capítulo cuatro describe las acciones transversales a nivel regional y del Estado Argentino dirigidas a hacerle frente al delito desde su prevención, la protección integral de sus víctimas y la eficaz persecución y sanción de sus responsables.

Asimismo deja entrever el surgimiento de las primeras aproximaciones hacia la intención de crear una normativa interna que reprima a los responsables de perpetrar el delito, que luego serían plasmadas en los debates legislativos de la ley 26.364.(8)

(6) Véase [en línea] http://www.mpd.gov.ar/articulo/index/articulo/100-reglas-de-brasilia-sobre-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad-258

(7) Castro, *op. cit.*, p. 37.

(8) Sobre la primera, la articulación de medidas coordinadas de las que participan los diferentes Poderes y organismos del Estado, cada uno dentro de su ámbito de competencia, volveré casi al final de la reseña para hacer referencia a nuevas iniciativas que surgieron con posterioridad a la publicación del libro.

Un trabajo de copioso valor y de gran provecho se encuentra en el capítulo cinco. La autora detalla los instrumentos específicos de los sistemas internacional y regional de derechos humanos. Lo interesante de esta descripción es que se trata de una labor que tiene el valor agregado de la clasificación; pues la normativa local e internacional se encuentra asociada al factor estructural específico que aborda, esto es, la cuestión de género, de minoridad, de pobreza o migratoria. Ciertamente desglosa cada uno de los documentos que conforman la base jurídica de protección de las víctimas, subraya los apartados de mayor influencia y pone especial énfasis en destacar la responsabilidad estatal que surge a partir de la asunción de los deberes de garante de los derechos humanos.

El siguiente capítulo tiene el propósito de facilitar una exposición integral de los elementos que componen el marco jurídico del delito de trata de personas en nuestro país. En primer, lugar se analizan los antecedentes históricos y legislativos que dieron origen a la ley 26.364 de "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas", para luego aventurarse en la difícil tarea de desmembrar la normativa penal, atendiendo a sus principales aspectos: los conceptos de trata y prostitución, los bienes jurídicos en juego, las acciones típicas, las finalidades de explotación, la autoría y participación, y las circunstancias agravantes, entre otras cuestiones.

Expone, también, la médula del debate parlamentario que sirvió de fuente para la sanción de la ley de trata en el año 2008; señala las divergencias abrumadoras en los argumentos legislativos, diferenciando algunos casos en que indirectamente se pretendía instalar un sistema prohibicionista, de otros que abogaban por la no punibilidad de las víctimas y el reconocimiento pleno de sus derechos.

En este sentido, Luis Niño hace notar que, al considerar algunas de sus puntuales citas, se traslucen las diferentes concepciones éticas y jurídicas de los legisladores y las tensiones entre la impostergable necesidad de proteger a las víctimas de la explotación y el respeto por el vallado de privacidad constitucionalmente resguardado.

La autora demuestra una audaz perspicacia al proyectar la controversia generada en torno a temas sensibles como la irrelevancia del consentimiento de la víctima, la punibilidad del consumidor del producto de la explotación sexual y el agravamiento de las penas, algunos de los cuales continúan siendo motivo de debate hasta la actualidad.

Merece especial atención la investigación acerca de las propiedades del concepto de prostitución, en especial la evolución histórica y legislativa del término y las concepciones patriarcales que lo fundaron y que, hasta el día de hoy, sobreviven. En un extracto del texto y en una valiosa nota al pie, la autora se detiene unos instantes para realizar una reseña del régimen legal de la prostitución en distintos países, la política estatal de tolerancia adoptada y las consecuencias devenidas de dicha elección.

A continuación, sorprende al lector al derrumbar la ingenua creencia de que en nuestro país rige un sistema puramente abolicionista, sin injerencia de medidas prohibicionistas. En efecto, descubre que muchas de ellas se encuentran ocultas detrás de contravenciones provinciales o municipales cuyo propósito es reprimir y castigar el ejercicio de la prostitución, criminalizando y privando de su libertad a la mujer prostituida a través de figuras como el "escándalo" o la "molestia".

La última parte del libro contiene un estudio puramente jurídico-penal que deconstruye cada uno de los elementos descriptivos y normativos del tipo delictivo de la trata de personas en perjuicio de niñas, niños y jóvenes, y un obligado análisis comparativo con las figuras anteriores vigentes según la ley 25.087. Así, se invita al lector ya instruido a utilizar los conocimientos adquiridos en los capítulos anteriores, y descubrir por sí mismo las controversias que subyacen en la interpretación y aplicación del tipo penal para situaciones concretas.

3 | La trata de personas como una forma de esclavitud moderna

En las primeras páginas del libro Natalia Castro introduce al lector al fenómeno de la trata de personas con el objetivo de situarlo en el contexto histórico, tanto a nivel internacional como nacional. A medida que desarrolla su propósito, menciona que "numerosos informes han pretendido estimar el alcance y la magnitud de 'esta forma de esclavitud moderna'…".(9) Entiendo que este modo de describir la problemática global implica mucho más que una simple manera de calificar al delito: su preponderancia es tal

(9) Castro, *op. cit.*, p. 2. [El destacado es propio].

que obliga a relacionarla con otros tópicos que son abordados en el libro en capítulos posteriores.

En contraposición a la esclavitud "tradicional" —definida por la Convención sobre la Esclavitud en el año 1926 como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos",(10)— la esclavitud moderna es un concepto que fue avanzando a lo largo de los años, tras visibilizar situaciones de hecho que ameritaban transformar su prematura concepción. Los expertos coinciden que es erróneo utilizar la definición tradicional como el paradigma de la esclavitud en la actualidad, toda vez que esta temprana definición ha sido superada por concepciones que se compatibilizan mejor con el avance de las sociedades modernas y las nuevas (malas) prácticas que se le incorporaron con el propósito de ejercer algún derecho de propiedad sobre el prójimo.(11)

Estas nuevas situaciones de hecho, que son reconocidas como instituyentes de la esclavitud, deben indefectiblemente contemplar entre sus supuestos a las acciones de índole sexual, como la prestación de servicios sexuales, cuando ella es forzosa por realizarse bajo el concierto o explotación de una tercera persona. El motivo que impide asociar esta clase de situaciones con manifestaciones concretas de esclavitud se vincula directamente con la naturalización de dichas prácticas. Zaida Gatti entiende que esta modalidad delictiva se encuentra muy naturalizada bajo la premisa de que "la prostitución es el oficio más antiguo del mundo",(12) y se sostiene bajo estándares culturales e históricos acerca de que los hombres tienen necesidades o impulsos sexuales irrefrenables, que no pueden dejar de satisfacer.(13) La autora refuerza su postura indicando que el consumo de prostitución se constituye como una normativa patriarcal que garantiza el reconocimiento de la virilidad y masculinidad entre hombres.(14) Todo ello

(10) Art. 1 de la Convención sobre la Esclavitud, Firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926.

(11) Colombo Marcelo L. y Mángano M. Alejandra, "El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal", en *Revista del Ministerio Público*, año 7, n° 11, p. 11.

(12) Gatti, *op. cit.*, p. 9.

(13) *Ibid.*, p. 10.

(14) *Ibid.*

permite remarcar que es precisamente esa coyuntura social la que impide relacionar fácilmente a la prostitución forzada con las formas de esclavitud contemporáneas.

En una línea similar, Kathleen Barry sostiene que

> "... el prejuicio que hace que la prostitución forzosa resulte invisible como forma de esclavitud tiene su origen en la tendencia a concentrar la atención en la forma en que una chica llega a ella. Si es secuestrada, comprada, contratada fraudulentamente a través de una agencia del crimen organizado, resulta fácil reconocer su victimización. Pero si ingresa en la esclavitud porque la han inducido a prostituirse a través del amor y de tácticas amistosas, entonces pocas personas, o ni siquiera ella misma, están dispuestas a reconocer su victimización...".(15)

Marcelo Colombo y María Alejandra Mángano(16) visualizan el origen de esta controversia y ofrecen una vía de escape para que el lector comprenda el vínculo ceñido que efectivamente existe entre la esclavitud moderna y la explotación sexual. Los autores comienzan por exponer que es habitual generar una analogía entre la esclavitud y la reducción a la servidumbre o los trabajos forzados y que, no obstante ello, existe una notoria dificultad en relacionarla naturalmente con la concreción de servicios sexuales bajo la explotación de un tercero. Estas posturas diferenciadoras parecen olvidar la existencia de una prohibición legal expresa que castiga la explotación sexual de una persona,(17) toda vez que se confunde, por un lado, el ejercicio individual de la prostitución que se encuentra permitido y tutelado constitucionalmente;(18) y, por el otro, la explotación de la

(15) Barry, Kathleen, *La esclavitud sexual de la mujer*, Barcelona, La Sal, 1987, en Casas, Laura J., "El caso María de los Ángeles Verón: una larga espera, un fallo inesperado", en *LLNOA* 2013 (abril), p. 239.

(16) Colombo y Mángano, *op. cit.*, p. 4 y ss.

(17) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 6: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer". Y el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena de 1949.

(18) A través del art. 19 Constitución Nacional Argentina: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero,

prostitución que vulnera la integridad sexual, la dignidad misma del ser humano, entre otros bienes jurídicos en juego.

Para confrontar esta postura, los autores invocan uno de los estandartes en la concepción de la versión moderna de la esclavitud: la sentencia dictada por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso "Prosecutar v. Kunarac, Kovac y Vulkovik".[19] Aquí se efectuó una valiosa exégesis de las acepciones de la esclavitud como forma moderna de sometimiento y se sostuvo que

> "la cuestión de si un fenómeno particular es una forma de esclavitud dependerá de la operación de los factores o indicios de esclavitud identificados (entre esos factores se incluyen) el control del movimiento de alguien, el control del entorno físico, el control psicológico, (…) la amenaza de la fuerza o la coerción, la duración, la afirmación de la exclusividad, la sujeción al tratamiento cruel y el abuso, el control de la sexualidad y el trabajo forzoso".[20]

En el mismo sentido, afirman que una moderna definición de esclavitud debería contener las acciones de concertar y explotar la prostitución ajena —en tanto éstas llevan implícito el control de la sexualidad de la persona que pone su cuerpo al servicio de terceros—, y una afirmación de exclusividad sobre esa actividad, imponiendo una obligación de prostituirse sólo para quien administra el prostíbulo. Esas dos características permiten caracterizar de un modo más actual aquello que significa hoy en día "ejercitar alguno de los derechos de propiedad" conforme lo establece la Convención sobre la Esclavitud del año 1926.[21]

El motivo por el cual afirmo que el término "esclavitud moderna" que utiliza Natalia Castro en la introducción tiene consecuencias sobre la

están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

(19) TPIY, case n° it-96-23, it-96-23/1A, sentencia del Tribunal de Apelaciones del día 12 de junio de 2002.

(20) Colombo y Mángano, *op. cit.*, p. 8. [El destacado es propio].

(21) *Ibid.*

totalidad de la obra, radica en que los reproches fundados originalmente en torno al rechazo de la sanción de la figura de la esclavitud —en oportunidad en que se discutía la pertinencia de que los entonces esclavos quedaran en libertad—, son de la misma naturaleza de los que, décadas más tarde, se formularon respecto de la tipificación de la trata de personas. Pero, lo más relevante es que de allí deriva un concepto fundamental: la indisponibilidad del bien jurídico tutelado. En la actualidad existe casi unanimidad en la idea de que el individuo es ineficaz para autorizar su propio sometimiento a una situación de esclavitud, o análoga a ella, toda vez que los bienes jurídicos en juego no se encuentran a disposición de su titular.[22] Ello porque los constituyentes, al plasmar el artículo 15 de la Constitución Nacional[23] que prohíbe la esclavitud en nuestro país, no concibieron la libertad respecto de un ciudadano en particular sino como un elemento del Estado de Derecho y, como tal, como un derecho irrenunciable.[24] En consecuencia, si consideramos que la prostitución forzada o la explotación sexual no son más que una nueva acepción de la esclavitud, entonces no podríamos concebir que la víctima sea capaz de consentir su propia explotación, independientemente de la edad que tenga y aún en el caso de que de su declaración testimonial surja inequívocamente que lo habría autorizado. A partir de ello no puede sino afirmarse, tal como lo describe Natalia Castro, que la tipificación del delito, conforme fue plasmado en la ley 26.364 del año 2008 para las víctimas mayores de edad, se contrapone explícitamente con la naturaleza misma de la ofensa en cuestión. Luego de ello, la llegada de una reforma normativa se transformó en algo más que inminente.

(22) En este sentido ver: Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino,* t. IV, Bs. As., Tea, 1996, p. 28; Donna, E. Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial,* t. II-A, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 125; Breglia Arias, Omar R. Gauna, *Código Penal,* t. I, Bs. As., Astrea, 2001, p. 1019.

(23) Art. 15 CN: "En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República".

(24) Fin de reducción a servidumbre o condición análoga, elaborado por la Procuración General de la Nación Argentina. Véase [en línea], http://www.mpf.gov.ar/Institucional/UnidadesFE/Ufase/trata/ElDelito/Servidumbre/Servidumbre.pdf

4 | El actual contexto normativo de la lucha contra la trata de personas

Luego de la publicación de *Trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual: un estudio jurídico penal,* una multiplicidad de situaciones coyunturales generaron transformaciones políticas que tuvieron un fuerte impacto en la lucha contra el fenómeno de la trata de personas. A continuación presento un breve análisis de estos tres principales avances —la reforma normativa, la sanción de una ley contra el trabajo infantil y la media sanción a un proyecto de ley que penaliza al cliente de trata— subrayando la forma en que cada uno de ellos se relaciona con el escenario que la autora traza su obra.

4.1 | Reforma de la ley 26.364

En el mes de diciembre de 2012, tiempo después de la publicación del libro, la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Tucumán sorprendió ingratamente a toda la sociedad con el dictado de una sentencia que constituyó el puntapié inicial para acelerar una transformación en materia de trata de personas en nuestro país que desde hacía muchos años se venía postergando.

En el fallo del día 11 de diciembre de 2012,[25] en la causa en la que se investigaba la privación ilegítima de la libertad y la promoción de la prostitución de María de los Ángeles Verón, tres jueces del Poder Judicial de la provincia de Tucumán resolvieron absolver a los trece imputados argumentando que no existían pruebas fehacientes para doblegar el principio de inocencia. Dicho escandaloso fallo dejó al descubierto situaciones que ya se advertían en otras causas por trata y por explotación de personas. Entre los absurdos y desconsiderados enfoques que los magistrados le dieron a la causa, estuvo el factor de haber direccionado el debate alrededor de la vida íntima de las víctimas produciendo un claro proceso de revictimización, en vez de poner el foco en la comisión del delito. Tal como lo menciona Zaida Gatti, ello tiene como presupuesto un claro entorno de

(25) Cámara de Apelaciones en lo Penal de Tucumán, Sala II, "I., D. G., A., D. P. y otros s/ privación ilegítima de la libertad y corrupción", 11/12/2012.

desigualdades sociales. El punto de partida es considerar a las víctimas como pertenecientes a un estrato social inferior; no sólo en relación a los victimarios sino, especialmente, en relación a los encargados de sentenciar y condenar a los responsables.[26] En efecto, la sentencia demostró que subsisten serios prejuicios en los operadores judiciales; quizás los más difíciles de desterrar porque, justamente, el derecho —con su pretensión de racionalidad, abstracción y neutralidad— camufló y perpetuó situaciones e interpretaciones desigualitarias.[27]

Si bien en la causa judicial no se investigó el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, en virtud de que la reforma a la ley 26.364 fue sancionada con posterioridad a los hechos que estaban siendo juzgados, quedó de manifiesto que la dinámica particular del delito requería entender el caso bajo similares paradigmas.

El impacto social e indignación colectiva que generó dicho decisorio[28] junto a las sucesivas críticas a la ley 26.364 derivaron en una necesaria e impostergable reforma normativa. Tal es así, que el día 19 de diciembre de 2012 fue sancionada por el Congreso de la Nación la ley 26.842 de "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas",[29] que modifica el Código Penal (CP), el Código Procesal Penal (CPP) y la ley 26.364.

Realizar un análisis exhaustivo de la nueva ley de trata de personas excede con creces el propósito de la presente reseña. Sin embargo, no puedo dejar de hacer mención a que el contexto normativo-penal del delito de trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual descripto por Natalia Castro sufrió algunas modificaciones.

(26) Gatti, *op. cit.*, p. 8.

(27) Casas, *op. cit.*, p. 2.

(28) Poco más de un año después de la sentencia absolutoria, esto eso, en el mes de diciembre de 2013, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán revocó parcialmente la sentencia y condenó a los secuestradores de Marita Verón como coautores y partícipes de la "retención y ocultamiento agravado para el ejercicio de la prostitución". Véase [en línea], http://www.infojusnoticias.gov.ar/provinciales/la-corte-tucumana-revoco-el-fallo-de-la-causa-marita-veron-1005.html

(29) Ley 26.842: "Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas", Código Penal, Código Procesal Penal y ley 26.364. Modificaciones. Sancionada: Diciembre 19 de 2012. Promulgada: Diciembre 26 de 2012.

4.1.1. Principales modificaciones jurídico penales

En términos generales, la reforma que impuso la ley 26.842 modificó aspectos fundamentales de la tipificación del delito de trata de personas. Además, ello fue complementado con reformas en materia de garantías mínimas para el ejercicio de los derechos de las víctimas, con la reformulación penal de los delitos de explotación y con la constitución de dos organismos interdisciplinarios dedicados exclusivamente a la gestión de políticas públicas dirigidas a la prevención, concientización y conocimiento integral del delito.

En cuanto a las disposiciones penales, sería erróneo afirmar que el panorama descripto por Natalia Castro, enfocado en las víctimas menores de edad, no haya sido objeto de grandes modificaciones. Si bien los principales cambios normativos recayeron sobre los casos con víctimas mayores de edad, lo cierto es que el escenario fue modificado trascendentalmente para toda clase de víctimas, sin importar su edad. Señalaré a continuación algunos ejemplos de ello.

4.1.1.1. Modificación del tipo penal básico

La técnica legislativa utilizada para la ley anterior —herencia directa del Protocolo de Palermo— ponía de manifiesto la existencia de dos tipos penales independientes que se aplicaban según cuál fuera la edad de la víctima. De ese modo, si el sujeto pasivo era mayor de dieciocho (18) años se aplicaba el antiguo art. 145 *bis* del CP, y si era menor de dieciocho (18) años se aplicaba el art. 145 *ter* del CP; ambos sujetos a encontrarse agravados por múltiples circunstancias.

El núcleo duro de los reproches que se constituyeron en torno a la ley reformada —motivo de numerosas opiniones divergentes, conforme lo describe la autora en el capítulo dedicado a los antecedentes normativos y debates parlamentarios— guarda relación con el hecho de que la conducta se tornaba atípica si se verificaba un consentimiento libre de vicios de la víctima mayor de edad. Para que la conducta resultara punible debía constatarse la utilización de algún medio comisivo[30] que doblegara o eli-

(30) Ley 26.364, art. 2: "…engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima…".

minara la voluntad del sujeto pasivo, siempre que ello estuviese dirigido a la explotación de la víctima.

Distinto era el caso de las víctimas menores de dieciocho (18) años, ya que el tipo no requería la verificación de ningún medio comisivo, se conformaba con la realización de alguna de las acciones típicas; siempre y cuando se encontrara presente el elemento subjetivo distinto del dolo. Para este supuesto, los medios comisivos se trasformaban en agravantes de la sanción penal.

Así, Natalia Castro describe los argumentos que empleó el entonces senador Jorge M. Capitanich en el debate para la sanción de la ley 26.364 con el propósito de secundar la irrelevancia del consentimiento en general. Al respecto, el legislador argüía que los traficantes empleaban el consentimiento de la víctima como defensa en los juicios penales. En consecuencia, a las mujeres les tornaba dificultoso probar que fueron forzadas a la prostitución o sexualmente explotadas. Ciertamente el Senador criticaba al Protocolo de Palermo, argumentando que la definición allí plasmada no cumplía con los objetivos de defensa de la víctima y protección de sus derechos humanos. Tampoco resultaba útil para perseguir el delito, ya que interponía estrictos impedimentos para que éste pudiera darse por configurado.(31)

Luego de ello, la autora se embarca en la tarea de sintetizar los debates legislativos y propuestas de reforma que le siguieron a la sanción de la ley de trata del año 2008; algunos de los cuales finalmente se verían plasmados en la actual normativa. En dicho contexto, la principal controversia se centraba nuevamente sobre la cuestión referida a la intrascendencia del consentimiento de la víctima, entendiendo que el tipo establecido en la ley debía verificarse aun cuando mediare consentimiento expreso del sujeto pasivo, bajo el entendimiento de que "nadie puede asentir su propia esclavitud".(32)

En concordancia con todo lo recién mencionado, y atenta a la cantidad de críticas que se hacían, la nueva normativa decidió ponerle un punto final a la disputa unificando un tipo penal básico para todas las víctimas,

(31) Castro, *op. cit.*, p. 107.

(32) Castro, *op. cit.*, p. 114.

sin importar su edad y prescindiendo del valor del consentimiento. Así, el art. 1 de la ley 26.842, que modifica el art. 2 de la ley 26.364, indica que: "El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores". Asimismo, el tipo quedó redactado en el art. 145 *bis* del CP del siguiente modo: "Será reprimido con prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, el que ofreciere, captare, trasladare, recibiere o acogiere personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países, aunque mediare el consentimiento de la víctima".

Zaida Gatti considera que ello fue un gran acierto, toda vez que dictaminar que existe trata de personas sin hacer referencia a los medios comisivos supone considerar que algunas formas de explotación son coercitivas por su propia naturaleza. Toda defensa o alegación del consentimiento por parte de la víctima carece así de valor. Asimismo, el hecho de que una persona sea consciente de que se la está empleando en prostitución o cualquier tipo de comercio sexual como un objeto de intercambio que genera ganancia para los explotadores o en uso de trabajos forzosos (en campos, textiles, ladrilleras, etc.) no modifica su condición de víctima.[33]

La consecuencia práctica que deviene de dicho acierto legislativo es una descompresión en la exigencia de constatar la utilización de algún medio comisivo como requisito indispensable para conformar el tipo básico de trata, lo que en la mayoría de los casos era muy difícil de probar. Ello significa que la configuración del delito actualmente no queda supeditada a la prueba respecto del vicio o error existente en la voluntad de la víctima.[34]

4.1.2. La consecuencia de reforma normativa: el bien jurídico tutelado

Algunas líneas atrás mencioné que sería erróneo afirmar que el panorama descripto por Natalia Castro, enfocado en las víctimas menores de edad, no haya sido objeto de grandes modificaciones.

(33) Gatti, *op. cit.*, p. 5.

(34) *La Trata Sexual. Argentina y Paraguay en perspectiva comparada. Un análisis del marco normativo y la dinámica del delito*, véase [en línea] http://www.abrepuertas.inecip.org/abrepuertas.php?contenido=noticia_detalle&idnoticia=313

El cambio en el paradigma que se produjo a partir de la eliminación del requisito de la inexistencia o el vicio en el consentimiento de las víctimas mayores a dieciocho (18) años para la configuración del tipo y su equiparación a las menores de edad, a mi entender, permite concluir que la diferenciación con la antigua ley se basaba principalmente en un mayor disvalor en la acción del sujeto activo, cuando éste se aprovechaba de la juventud, inexperiencia, y/o falta de madurez de la víctima menor de edad. En consecuencia, el bien jurídico tutelado por la norma era disponible por la víctima mayor de edad —para el caso en que "decidía" consentir su propia explotación—, pero se limitaba su disposición a las víctimas menores de edad por una presunción *iuris et de iure* de que no gozaban de la capacidad o madurez para autorizarla. Ahora bien, una vez que estas mismas niñas, niños y jóvenes cumplían la mayoría de edad, ya podían disponer libremente de ese bien jurídico, es decir, podían habilitar que un tercero vulnerara su dignidad, su libertad y su integridad sexual.

A partir de la reforma normativa se conformó un único tipo penal básico que no toma en cuenta el consentimiento de la víctima, y la diferencia etaria se transformó en una circunstancia que simplemente agrava la sanción penal.[35]

La consecuencia normativa de esta nueva ley es la imposición de un concepto mucho más importante en nuestro escenario local en la lucha contra la trata de personas: la confirmación de que el interés jurídico-social detrás de la norma determina que los bienes jurídicos en juego sean indisponibles para todas las víctimas, independientemente de su edad, experiencia, o cualquier otra circunstancia.

En otras palabras, antes de la reforma la diferenciación se originaba en un mayor reproche vinculado con la ventaja que obtenía el tratante sobre una víctima menor de edad. Con la reforma, en cambio, esa circunstancia pasó a ser una mera agravante de la pena y el núcleo duro; pues las clases de víctimas fueron equiparadas en el tipo básico bajo el convencimiento de que se estaba vulnerando un bien jurídico del cual el sujeto pasivo no tenía el poder de disponer, y no iba a tenerlo bajo ninguna circunstancia.

Por esto, estoy convencida de que el panorama de las víctimas menores de edad también fue sustancialmente modificado con la nueva ley, aun-

(35) Art. 145 *ter, in fine:* "Cuando la víctima fuere menor de dieciocho (18) años la pena será de diez (10) a quince (15) años de prisión".

que el texto del tipo penal siga siendo idéntico al anterior: finalmente se reconoció expresamente que el delito, dado el alcance del perjuicio que le genera al bien jurídico tutelado, no puede encontrarse jamás a disposición del titular de dicho bien.

En concordancia con ello, se pueden citar las discusiones que se generaban y se siguen generando respecto del delito de esclavitud. En ellas se intenta establecer justamente el plusvalor en torno a si es realmente la víctima quien en definitiva puede, a través de su testimonio, consentirlo y si el delito se encontraba dentro de las posibilidades de detentar la facultad de llevar adelante la acción; o si realmente existe un interés social por parte del legislador de custodiar al sancionar esta norma.[36],

Se trata pues de reemplazar la voz de la víctima por la del propio Estado, donde su poder de decisión se encuentra condicionado por su propio status o características básicas.[37]

Soler, en oportunidad de analizar la figura de plagio —o reducción a la servidumbre—, que supone un antecedente inmediato del delito de trata de personas; manifiesta que la disposición se vincula con la condición genérica de hombre libre y que, por lo tanto, es natural que esa condición no pueda ser considerada como puramente atinente a un particular ya que se superpone con uno de los intereses jurídicos fundamentales del Estado mismo.[38] En igual sentido, Donna explica que "tal consentimiento no tendría relevancia, de acuerdo al concepto de dignidad de la persona que maneja el orden jurídico argentino".[39]

Al respecto, Colombo y Mángano indican que el consentimiento podría ser eficaz para excluir la tipicidad solamente en aquellos delitos en los que el interés jurídico involucrado pueda ser disponible por su titular. El delito de

(36) Sagasta, Pablo, "Sometimiento de personas. Configuración del consentimiento", en *La Ley*, 19/04/2013, p. 3, [Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, Sala I, 20/12/2012, O. C., O. y otros s/ procesamiento].

(37) *Ibid.*

(38) Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Bs. As., Tea, 1996, p. 28.

(39) Donna E. Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, t. II-A, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 125.

trata de personas, en virtud de que viola la dignidad de los participantes y que la dignidad es tan esencial a nuestra humanidad, no puede ser uno de estos delitos.(40) Así, los autores explican que el interés jurídico-social que se encuentra detrás de la sanción de la norma es el de garantizar a una persona la libertad (tanto física como psíquica) de autodeterminación. Libertad de elegir un plan de vida en el que pueda seguir considerándosela persona, castigando aquellas acciones que conducen a su explotación y esclavización.(41)

4.1.3. Nuevas acciones típicas y modalidades de explotación

Para no exceder el objeto de este trabajo —que se limita a reseñar un libro que, entre otras cuestiones, analiza la situación jurídico penal de la trata de niñas, niños y jóvenes con fines de explotación sexual—, a continuación voy a enumerar sintéticamente otras reformas que se corresponden con la temática que nos compete.(42)

En primer lugar, la nueva normativa incorpora entre las acciones típicas un supuesto de hecho que solamente era contemplado cuando la víctima era menor de dieciocho (18) años de edad en la antigua ley 26.364: el ofrecimiento.(43) Tal como es explicado por Natalia Castro, se trata de una instancia previa a las otras conductas, y de acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, significa: "Prometer, obligarse uno a dar, hacer o decir algo (…) Presentar y dar voluntariamente una cosa (…) manifestar y poner patente una cosa para que todos la vean".(44)

Respecto a las acciones típicas, la autora ocupa un espacio para definir y precisar el alcance de cada una de ellas, dejando sentado que basta con que el autor lleve a cabo alternativamente alguna de las conductas(45)

(40) Colombo y Mángano, *op. cit.*, p. 3.

(41) *Ibid.*

(42) Castro, *op. cit.*, p. 91 y ss.

(43) También la reforma elimina el verbo "transportar", manteniendo la acción de "trasladar".

(44) Real Academia Española, *Diccionario de la lengua Española*, t. II, p. 972, en Castro, *op. cit.*, p. 139.

(45) Ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger.

para que el delito se encuentre configurado.[46] En el mismo sentido se expresa Maximiliano Hairabedián cuando refiere que se trata de un tipo alternativo: basta la realización de una de estas acciones para que se configure el ilícito; y la comisión conjunta —p. ej., captar y transportar— no lo multiplica; aunque puede influir en la graduación de la pena en concreto, conforme los arts. 40 y 41 del CP.[47]

Por otro lado, la ley amplía los casos específicos de explotación, incorporando nuevas finalidades y modificando las anteriores. Así, conforme la redacción del art. 1 de la ley 26.824 se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

a. cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;

b. cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;

c. cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;

d. cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;

e. cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;

f. cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

Considerando que la obra reseñada apunta a estudiar principalmente las finalidades de explotación relacionadas con el comercio sexual, las novedades más destacables que introdujo la normativa se reflejan en los incisos "c" y "d". Mariana Catalano explica que la inclusión de la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido entre los supuestos de explotación, implica el cierre del círculo de protección a la minoridad y representa un paso adelante en comparación a la ley 26.364, que nada decía al respecto.[48] Esa deuda pendiente del Estado argentino es la misma

(46) Castro, *op. cit.*, p. 138 y ss.

(47) Hairabedián, Maximiliano, *La nueva ley de trata de personas* ver [en línea], www.eldial.com

(48) Catalano, Mariana, *Reforma de la ley de trata de personas*, publicado en *La Ley*, 06/03/2013.

que Natalia Castro se detiene a analizar en el capítulo V, cuando detalla los instrumentos específicos de los sistemas internacional y regional de derechos humanos.[49] Allí la autora indaga en el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía,[50] que complementa la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, enfatizando la preocupación por la creciente trata internacional de niños con fines de venta, la prostitución y su participación en pornografía. Ello motiva a considerar que la decisión del Congreso de la Nación de incluir a la pornografía infantil como un supuesto de explotación no puede ser sino otro acierto en la materia.[51]

Tal como se mencionó anteriormente, para que se configure el ilícito penal, el elemento subjetivo distinto del dolo —manifiesto a través de una finalidad concreta de explotación— debe encontrarse presente al momento de desarrollar una o varias de las acciones típicas. Ahora bien, el tipo penal únicamente exige, en orden a la explotación, su mero propósito. Así, se ha manifestado que el delito se configura "sin que resulte necesario para la consumación que el autor logre la ultrafinalidad que el tipo exige —el fin de explotación—, sino que basta con que hubiese realizado alguna de las acciones típicas contenidas en la figura, con esa finalidad, independientemente de su logro".[52] En igual sentido, la Cámara Nacional de Casación Penal puso de manifiesto que la trata de personas es "…un delito de los llamados de resultado cortado y, por lo tanto, su consumación no requiere la verificación de la efectiva explotación sexual de la víctima, sino que el agente actúe con esa finalidad".[53] Finalmente, cabe destacar que tampo-

(49) Castro, *op. cit.*, p. 59 y ss.

(50) Aprobada por la ley 25.763, (BO 25/08/2013).

(51) Hay que dejar en claro que la normativa no modifica el artículo del Código Penal que sanciona la pornografía infantil, (art. 128) sino que implica que el poder sancionatorio estatal se adelanta unas etapas en su punibilidad, pudiendo concurrir ambas figuras.

(52) Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, "Palacio, Hugo Ramón s/recurso de casación", 13/11/2012, en *La Ley* 2013-A, Sup. Penal 2012 (diciembre), p. 52, (Voto del doctor Gustavo M. Hornos).

(53) Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, "Martínez, Estela y Arriola, Mario Francisco s/ recurso de casación", 27/06/2011, en *La Ley 2012-A, Sup. Penal*, p. 165, con nota de Carlos E. Llera, Cita online: AR/JUR/74130/2011.

co "…el tipo contiene la exigencia de que sea el agente quien obtenga los beneficios de la explotación sexual".[54]

La nueva legislación incorpora la novedad de que si el tratante consigue su objetivo; es decir, si efectivamente la víctima es explotada conforme alguno de los supuestos recién enumerados —independientemente de si la explotación es en manos del mismo sujeto que realizó la acción típica o no— entonces la sanción punitiva aumenta considerablemente, estableciéndose una escala de ocho (8) a doce (12) años de prisión.[55] Además, previo a enumerar los supuestos de explotación, la misma norma establece una pauta concursal cuando refiere: "sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas". Ese giro permite interpretar que en caso de confluir delitos, la figura de trata no desplaza a las demás sino que todas concurren —concurso ideal o real,según el caso—; por lo que es de suma importancia a los fines de establecer la pena en concreto. Catalano considera que el hecho de que se prevea la consumación de la explotación como agravante tiene implicancias prácticas, puesto que si hay explotación asilada de las acciones típicas de la trata (captación, transporte, etc.) se aplica el art. 125 *bis* CP[56] y la competencia es ordinaria; en tanto que si producida previamente la trata luego se consuma la explotación, se aplica el art. 145 *ter* CP, produciéndose el desplazamiento de la competencia hacia la justicia federal.[57]

4.1.4. Régimen de penas y modificación de las circunstancias agravantes

Anticipándose a una reforma normativa que devenía inminente, Natalia Castro revela las discusiones que se originaban frente al reclamo general de aumentar las sanciones penales —para evitar penas condicionales— y de modificar algunas de las circunstancias agravantes, incorporando nuevos supuestos.

(54) *Ibid.*

(55) Art. 145 *ter in fine:* "(…) Cuando se lograra consumar la explotación de la víctima objeto del delito de trata de personas la pena será de ocho (8) a doce (12) años de prisión (…)".

(56) Para un caso hipotético de promoción o facilitación la prostitución de una persona.

(57) Catalano, *op. cit.*

En cuanto al tiempo de las penas, en términos generales el nuevo régimen es más estricto. En primer lugar, establece una pena más alta en la figura básica de trata de mayores que la anterior y eleva el mínimo de tres (3) a cuatro (4) años de prisión, impidiendo la aplicación del art. 26 del CP. En segundo lugar, aumenta sensiblemente la pena para el delito de trata de víctimas menores de edad, incrementando el mínimo, que pasa de cuatro (4) a diez (10) años de prisión.

Respecto de las situaciones agravantes, la actual normativa modifica la anterior estructura; ya sea incorporando nuevas circunstancias, modificando algunas que ya existían o bien suprimiendo otros supuestos.

En primer lugar, el art. 145 *ter* del CP incorpora un aumento de la pena de cinco (5) a diez (10) años en el caso en que la víctima estuviere embarazada, fuere mayor de setenta (70) años o fuera una persona discapacitada, enferma o que no pueda valerse por sí misma; todo ello en virtud de que la conducta perpetrada es, lógicamente, más repudiable. Además, y tal como fue mencionado anteriormente, la nueva ley torna irrelevante el consentimiento de la víctima para la configuración de la conducta, siendo que los medios comisivos —que antes formaban parte del tipo básico— en la actualidad operan como agravantes de la pena. Otros motivos de mayor re..proche penal que se agregan a la normativa son, por un lado, el hecho de consumar la finalidad de explotación perseguida y, por el otro, cuando el autor es funcionario público o miembro de una fuerza de seguridad, policial o penitenciaria.

En segundo lugar, la normativa modifica sutilmente las agravantes por el vínculo, agregando los casos de "descendiente" y "colateral", que antes no estaban contempladas. La agravante por la pluralidad de víctimas —tres o más— se mantiene intacta. En cuanto a la que corresponde a la pluralidad de autores —tres o más—, si bien subsiste en la nueva normativa, la decisión legislativa fue flexibilizar su aplicación, al no requerir que dichos individuos hayan actuado "en forma organizada". De esa forma, está sujeto a la interpretación del juzgador apreciar si se configura la agravante en un caso donde no se haya podido constatar fehacientemente una actuación en forma planificada y no casual, con un cierto orden o con la asignación de tareas.

Respecto de las víctimas menores de edad, conforme fue mencionado, el nuevo régimen aumenta considerablemente la pena y la unifica en una sola

agravante. Es decir, a diferencia de la ley 26.364, no distingue dentro de esta franja a los menores de trece (13) años. Ahora, en cualquier caso, la pena es de diez (10) a quince (15) años de prisión, sin necesidad de que se verifique ninguno de los supuestos del sistema de agravantes. Pues la minoría de edad en sí adquiere autonomía como motivo para incrementar la sanción.(58)

4.1.5. Nuevo paradigma en los delitos contra la integridad sexual

Una última cuestión, relativa a las modificaciones normativas complementarias que introdujo la reforma y que conciernen al tema que se desarrolla en la presente reseña, que vale la pena destacar brevemente es la reestructuración de los delitos contra la integridad sexual receptados en los arts. 125 *bis* (promoción y facilitación de la prostitución) y 127 (explotación económica de la prostitución ajena o rufianería) del CP.(59)

Las cuestiones de mayor incidencia que fueron reconsideradas por los legisladores respecto de la figura de trata de personas —esto es, la irrelevancia del valor del consentimiento, la eliminación de los medios comisivos, la consolidación de la figura básica en un único artículo sin diferenciación de edad y el aumento general de las penas— fueron también aplicadas a los delitos contra la integridad sexual, procurando una mejor visibilización y jerarquización de los bienes jurídicos comprometidos.

Para el caso en que el delito sea perpetrado contra una niña o un niño, al igual que sucede con la trata de personas, la ley 26.842 unifica la sanción, prescinde de la diferenciación entre menores y mayores de trece (13) años y aplica para todos los casos una pena de diez (10) a quince (15) años de prisión.

4.2 | Ley contra el Trabajo Infantil

Otro de los tópicos que aborda Natalia Castro, en su afán de describir el contexto acabado de la problemática de la trata de niñas, niños y jóvenes; es la cuestión referida al trabajo infantil. Describe a la "minoridad" como uno de los cuatro factores que se combinan perversamente en la intrinca-

(58) *Ibid.*

(59) Y sus respectivos agravantes contenidos en los arts. 126 y 127 del Código Penal.

da trama de la problemática. La autora se embarca en la función de secundarla con normativa internacional, de ofrecer una definición del término —no sin antes dejar sentada la dificultad que eso conlleva— y de detallar el contenido de los últimos informes elaborados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que contienen datos estadísticos cualitativos y cuantitativos acerca de la envergadura de la ofensa global. Agrupa las causas de inserción laboral de niños, niñas y adolescentes en América Latina y el Caribe en tres grandes bloques: la situación económica global de la región, las percepciones sociales y patrones culturales, y las capacidades nacionales y regionales para hacerle frente.

Un tiempo después de la publicación del libro, más precisamente el 20 de marzo de 2013, el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.847 de Trabajo Infantil.[60] Mediante ella se incorporó el art. 148 *bis* al CP, que reprime con prisión de 1 (uno) a 4 (cuatro) años al que aprovechare económicamente el trabajo de un niño o niña en violación de las normas nacionales que prohíben el trabajo infantil; siempre que el hecho no importare un delito más grave.

La ley, asimismo, establece que quedan exceptuadas las tareas que tuvieren fines pedagógicos o de capacitación exclusivamente, y que no será punible el padre, madre, tutor o guardador del niño o niña que incurriere en la conducta descripta.

4.3 | Proyecto de penalización del cliente de trata

Otro progreso en la lucha contra la trata de personas es el desarrollo de una normativa que penalice al cliente que se aprovecha de la explotación sexual a la que es sometida la víctima.

La autora menciona la controversia que originaba esta cuestión durante los debates de propuestas de reforma normativas posteriores a la sanción de la ley del año 2008. Como ejemplo de ello cita a la jueza de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dra. Carmen Argibay, quien considera que "si la sociedad no entiende que pagar por sexo es contribuir a la

(60) Ley 26.847 "Trabajo Infantil". Código Penal. Incorporase art. 148 *bis* (BO 12/04/2013).

prostitución, la trata de personas seguirá",[61] entonces "los clientes de las redes de trata deben ser penados por mantener a la mujer en situación de indefensión y vulnerabilidad".[62]

En contraposición, Natalia Castro exterioriza el fuerte debate entre las organizaciones feministas que apoyan dicha idea y las integrantes de la Asociación de Mujeres Meretrices de Argentina (AMMAR) que la rechazan, señalando que se confunde la trata —que ellas también condenan— con el trabajo sexual, al que consideran una opción de personas adultas.[63]

En el mes de abril de 2013, el senador del Frente Para la Victoria (FPV), Aníbal Fernández, presentó un proyecto de ley con el propósito de penalizar al usuario o cliente de trata de personas con fines de explotación sexual[64] ante la Cámara de Senadores; éste obtuvo media sanción en el mes de septiembre de ese año. Dicho proyecto prevé la incorporación del art. 127 *bis* del CP; a partir del cual se posibilita la sanción con prisión de uno (1) a tres (3) años a quien utilice o procure servicios sexuales de una persona sabiendo o debiendo saber que es una víctima de trata de personas. Además, para el caso en que la víctima fuera menor de dieciocho (18) años, la pena se eleva de cinco (5) a diez (10) años de prisión.[65]

Si bien Natalia Castro destaca que no tiene una posición tomada respecto a la controversia generada entre las organizaciones feministas que persiguen la criminalización del cliente y las organizaciones que buscan diferenciar al usuario de servicios sexuales "ofrecidos libremente" del que

(61) En Puntojus.com., 22/07/2011, en Castro, *op. cit.*, p. 112.

(62) En La Prensa, 02/10/2010, p. 16, en Castro, *op. cit.*, p. 112.

(63) Castro, *op. cit.*, p. 113.

(64) Proyecto de ley incorporando como art. 127 *bis* del Código Penal, acerca de la pena para el que utilice servicios sexuales de una persona sabiendo que es víctima de trata de personas, Número de Expediente 1306/13, Fecha de Sanción: 12/09/2013, Nota: Pasa A Dip. Conj. S. 1048/13.

(65) Asimismo el proyecto de ley prevé que en los casos de las agravantes previstas en el art. 126 y de los incs. 1, 2, y 3 del art. 127, la pena será de tres (3) a seis (6) años de prisión, y que todas las escalas allí previstas serán independientes de la que corresponda aplicar en los casos en los que resulte aplicable, además, lo normado por los arts. 119 y 120 del Código Penal.

efectivamente se aprovecha de la explotación sexual de una persona, deja sentado el temor que se termine poniendo todos los recursos y los esfuerzos estatales en responsabilizar al último eslabón de la cadena de trata de personas, cuando el foco debería encontrase en las complejas organizaciones criminales.

5 | Acciones del Estado argentino en el combate contra la trata de personas

Dedicaré el último apartado del presente trabajo a analizar brevemente uno de los ejes centrales —descripto por Natalia Castro en el capítulo IV— en el combate contra la trata de personas: el trabajo coordinado y las políticas públicas transversales diseñadas e implementadas por organismos estatales, locales y no gubernamentales con competencia en la materia. Parafraseando a la autora, resulta tan necesario establecer estándares comunes de protección de los derechos de las víctimas durante el proceso, como exteriorizar el compromiso de asistencia a las mismas para que puedan denunciar sin temor por represalias y con garantías suficientes para no volver a ser cooptadas por las organizaciones criminales.(66) Además de ello, resulta imprescindible generar un vínculo de confianza entre la ciudadanía y el Estado, que sólo puede existir a partir del diseño y difusión de políticas públicas eficaces, cuyos resultados positivos puedan ser constatados empíricamente.

A través de la ley 26.842 se dio respuesta a algunos de los reclamos acerca de la tipificación del delito de trata de personas. Además su alcance se extendió a otros ilícitos conexos —arts. 140, 125 *bis* y 127 CP— y a la implementación de medidas de gestión destinadas a conformar un circuito de cooperación y trabajo interdisciplinario entre las diferentes autoridades nacionales y provinciales y sectores de la sociedad civil.

Así, el art. 7 de la ley 26.842 crea el "Consejo Federal para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas". Dicho organismo funciona dentro del ámbito de la Jefatura de Gabinete de Ministros y tiene el propósito de constituir un ámbito per-

(66) Castro, *op. cit.*, p. 44.

manente de acción y coordinación institucional para el seguimiento de todos los temas vinculados a la nueva ley de trata. El Consejo se encuentra conformado por representantes de organismos públicos estatales, provinciales y con miembros de organizaciones no gubernamentales.

Entre las principales funciones del Consejo Federal se encuentran, entre otras, el diseño de una estrategia destinada a combatir la trata y explotación de personas; el fomento de la elaboración y aprobación de normas; la participación en el diseño de las políticas y medidas necesarias que aseguren la eficaz persecución del delito y la protección y asistencia a las víctimas; la promoción de estándares de actuación, protocolos y circuitos de intervención que aseguren la protección eficaz y el respeto a los derechos de las víctimas para que sean adoptados por parte de las diversas jurisdicciones; la supervisión del cumplimiento de las funciones correspondientes al Comité Ejecutivo; el análisis y difusión de datos estadísticos e informes; el diseño y publicación de una Guía de Servicios en coordinación y actualización permanente con las distintas jurisdicciones; la promoción de la cooperación regional e internacional, y la confección de un informe anual de gestión que deberá ser aprobado por el Congreso de la Nación. Asimismo, el Consejo tiene el deber de aprobar el plan de acción bianual que elabore el Comité Ejecutivo.

En paralelo, la normativa contempla la creación del "Comité Ejecutivo para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas". Lo integran cuatro representantes de los Ministerios nacionales con mayor incidencia en la materia[67] cuya función radica en el desarrollo de tareas tales como: el diseño de estándares de actuación, protocolos y circuitos de intervención; el desarrollo de acciones eficaces orientadas a aumentar la capacidad de detección, persecución y desarticulación de las redes de trata y explotación; la protección integral de las víctimas asegurando el respeto y ejercicio pleno de sus derechos y garantías, proporcionándoles la orientación técnica para el acceso a servicios de atención integral gratuita —médica, psicológica, social, jurídica, entre otros— y evitando cualquier forma de re-victimización; el desarrollo de todo tipo de actividades de capacitación, concientización y sensibili-

(67) Ministerio de Seguridad, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Desarrollo Social y Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

zación; la creación de un Registro Nacional de Datos vinculados con los delitos de trata y explotación de personas; la implementación del Sistema Sincronizado de Denuncias y, por último, la elaboración de un plan de trabajo bianual que deberá ser presentado ante el Consejo Federal para su aprobación.

Anticipándose a la necesidad de institucionalización de organismos de estas características, Natalia Castro demanda

> "...una política integral desarrollada desde el Estado, con una amplia participación de otras instituciones y sectores sociales, orientada principalmente a garantizar los derechos y evitar, a su vez, situaciones que 'promueven' y 'facilitan' la acción de las organizaciones y una mayor efectividad en las prácticas preventivas emplazadas a dar una urgente respuesta al derechos de las niñas y niños a una vida libre de explotación y violencia…".(68)

6 | Conclusiones

No queda ninguna duda de que el fenómeno de la trata de personas es una forma de crimen organizado que atenta salvajemente contra la mismísima dignidad del ser humano, vulnerando de forma violenta sus derechos más fundamentales. Tal es el consenso sobre ello, que el delito es calificado como el tercer negocio ilícito más rentable del mundo, detrás del tráfico de armas y de drogas. Se lo considera un crimen de proporciones inconmensurables, uno de los actos de violencia más graves dirigido a la parte de la población más vulnerable. Es la esclavitud del siglo XXI, y se lo denomina con los peores calificativos que se puedan encontrar.

Lo destacable de la obra aquí reseñada es que la autora no se circunscribe a descalificar al fenómeno trasnacional, ni a imaginar los peores escenarios posibles. Más bien concibe al delito como una lastimosa realidad a la que hay que hacerle frente y, para ello, se emprende en la tarea de indagar hasta la profundidad de sus orígenes.

(68) Castro, *op. cit.*, p. 194.

En mi opinión, la función más importante que deben desempeñar los estudios acerca de esta compleja problemática es la de servir como herramientas de conocimiento y apuntar —tal como lo expresa la autora— al trabajo cotidiano de todos los servidores y operadores del sistema judicial, y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento. En este sentido, resultaría un peligro copar los textos teóricos con estereotipos o imágenes distorsionadas, porque limitarían una adecuada visibilización del fenómeno que, en virtud de su complejidad, puede adquirir diferentes formas.

Ahora bien, una vez comprendida la primera cuestión, resulta imprescindible ir un paso más adelante y escapar del mero discurso formal para pasar a las prácticas en concreto. Así, citando las conclusiones de la autora —que es plenamente consciente de esta preocupación—, queda de manifiesto que "la distancia que separa a veces las declaraciones de los organismos internacionales de la realidad concreta, es un obstáculo que hay que superar mancomunadamente".[69] En el mismo sentido, parafraseando a Zaffaroni, las fórmulas amplias de las convenciones para nada sirven si no se precisan en reglas concretas que reconozcan la realidad contradictoria y a veces paradojal.[70]

Finalizo esta reseña invitando al lector a la exploración personal del libro, para descubrir en detalle los aspectos que fueron reseñados, empaparse del contenido e incorporar nuevas discusiones a la mesa de debate sobre este fenómeno criminal.

(69) Castro, *op. cit.*, p. 194.

(70) Castro, *op. cit.*, p. 195.

Procedimiento ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos

de Josefina Margaroli y Sergio Maculan,
Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2012, 710 páginas.

por **ROXANA PEREL**[1]

El libro de los Dres. Josefina Margaroli y Sergio Maculan resulta de sumo interés para todos aquellos interesados en la defensa y protección de los derechos humanos al momento de accionar en el sistema interamericano. Como ellos mismos sostienen, el objetivo de la obra —dedicada a profesionales del derecho— es ofrecer una guía práctica del funcionamiento del sistema, es decir, que si bien incluye legislación, jurisprudencia y doctrina internacionales, no tiene un propósito doctrinario, sino el de constituir una guía para las presentaciones que efectúen los particulares, sean personas o grupos, contra las presuntas violaciones de derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

El libro se extiende en cinco capítulos, que son:

- Derechos Humanos
- Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

(1) Asesora jurídica del Área Jurídica Internacional de la Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

- Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
- Responsabilidad del Estado: el debido proceso y la seguridad jurídica
- Evaluación del sistema interamericano

Ya desde sus inicios señalan que, debido a la existencia de un sistema judicial cuestionado desde hace tiempo y a la falta de control legislativo sobre los poderes del Estado, la inseguridad jurídica del país es un hecho. Así las cosas, y agotada la vía interna, se abre el mecanismo de peticiones individuales previsto por la CADH o el Pacto de San José de Costa Rica, único que permite el tratamiento de casos particulares.

1 | Derechos humanos

En este primer capítulo, los lectores, en particular aquellos que no están familiarizados con el tema, podrán conocer los conceptos básicos sobre los derechos humanos, sus principios y limitaciones, y el rol que juega el derecho interno en relación al derecho internacional y los tratados y protocolos que nuestro país ha ratificado, tanto con alcance internacional como interamericano.

Los autores comienzan definiendo el concepto de derechos humanos como aquellos derechos inherentes a la dignidad humana y que son fundamentales para el desarrollo de la personalidad humana, la vida, la libertad, y el debido proceso legal que hace efectivo el ejercicio de los derechos. Definen luego los conceptos de los diferentes principios rectores de la protección de los derechos humanos. El principio *pro homine* —en pro de la persona— para referirse a la protección de los derechos comprendidos en la esfera individual que el Estado no puede vulnerar o puede penetrar muy limitadamente; el principio de "progresividad", que ha llevado a la clasificación de los derechos en derechos de primera generación (vida, libertad y debido proceso); derechos de segunda generación (derechos civiles y políticos) y derechos de tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales); el principio de "no suspensión", el principio *erga omnes* y el *ius cogens*.

A continuación, se citan fallos y opiniones consultivas de la Corte IDH que plasman estos principios rectores como atributos inviolables inherentes a la dignidad humana, señalando, en particular, para aquellos que se inician

en el ámbito del Derecho Internacional, el carácter superador de este, las relaciones con el derecho interno y el principio de supremacía del derecho internacional ante un eventual conflicto normativo.

En esta publicación también se refieren las Normas de Interpretación de la CIDH y su aplicación a tres ámbitos diferentes. El primero, para precisar el contenido de ciertas normas de la Convención Americana; el segundo, para fijar criterios de interpretación; y el tercero, para desarrollar el principio de aplicabilidad de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos.

Los autores también efectúan una breve reseña histórica de los sistemas de protección, tanto universal como regional, reflejando los avances experimentados desde 1789 a nuestros días, destacando que lo primordial del sistema americano es la posibilidad de los particulares de acceder a la CIDH mediante peticiones por denuncias. En tal sentido, refieren que merced a la modificación de la Constitución Nacional del año 1994 se incorporaron 22 instrumentos protectores de derechos humanos, dejando abierta la posibilidad de incorporar nuevos tratados a través de una ley del Congreso. Enumeran luego, con buen criterio didáctico, los instrumentos de alcance universal, los que tienen alcance interamericano y la suprema ley nacional: la Constitución Nacional, la Declaración Americana de los Derechos 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 Sanción y Prevención del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre 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 y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Finalmente, concluyen el capítulo informando que se explayarán sobre el sistema americano, que es el que le permite al individuo presentar denuncias en forma particular. Explican que este sistema tiene dos órganos de control: la Convención —CIDH— y la Corte —Corte IDH— que actúan en forma sucesiva; primero la Comisión y luego y si esta o el Estado lo deciden, pasa a la Corte.

Explican los autores que dentro de las funciones de la CIDH se comprenden la solicitud de informes a los estados, la formulación de recomendaciones, la preparación de estudios, la atención de consultas y visitas in loco. Ante la CIDH, que actúa en las peticiones por presuntas violaciones de derechos, tienen legitimación activa tanto los particulares como los estados. El otro órgano de control es la Corte IDH, órgano autónomo creado por la Convención Americana. La Corte IDH tiene dos funciones, una consultiva y otra contenciosa, y emite medidas precautorias, sentencias y opiniones consultivas. La función contenciosa de la Corte IDH alcanza solo a los estados adheridos mientras que por la función consultiva pueden acudir todos los estados miembros de la OEA. Un Estado podrá recibir recomendaciones por informes de la CIDH o ser condenado por una sentencia de la Corte IDH. En caso de gravedad y urgencia podrá solicitarse al estado la adopción de medidas cautelares.

2 | Procedimiento ante la CIDH

El segundo capítulo es de gran extensión. Sus 250 hojas están divididas —para mayor claridad— en nueve partes, lo que será de gran utilidad para el lector interesado, pues le permitirá acercarse con sumo detalle al desarrollo de una tramitación ante la CIDH.

En la primera parte se efectúa una síntesis de todo el procedimiento, cuya meta final es el reconocimiento por parte del Estado, es decir, una sanción que brinde una justa restitución del derecho vulnerado, una justa reparación. Si la denuncia reúne los requisitos, el trámite continuará hasta que la Comisión emita un informe de admisibilidad. Los autores se refieren primero a las formalidades del procedimiento previstas en el Reglamento de la CIDH y en la Convención. Así, por ejemplo, se refieren al idioma (cuatro oficiales: español, portugués, inglés y francés), a los diversos plazos (la CIDH aceptará las peticiones presentadas dentro de los seis meses contados a partir de la fecha en que la presunta víctima fue notificada del agotamiento de los recursos internos), a los plazos para presentar observaciones, a los pedidos de prórrogas, al informe de fondo de la Comisión, a la publicación de informes, a la celebración de audiencias, al procedimiento de admisibilidad, a las presunciones, etc.

La segunda parte indica la legitimación activa, es decir, quienes pueden realizar peticiones —personas o grupos de personas—; sobre qué mate-

rias —violaciones de derechos y garantías enumerados—; contra quién —estados miembros de la OEA—; de qué forma y de cuál modo.

La tercera parte del capítulo está dedicada a cómo enviar una petición, la que será remitida vía postal a Washington DC, EEUU. La víctima, que puede presentarse por sí o por representante legal, con o sin abogado, podrá ser un grupo de personas no identificadas pero que puedan ser individualizables (como los internos de un pabellón carcelario, etc., en tanto miembros titulares de derechos en riesgo).

También se identifican en esta sección los requisitos en casos de denuncias de un Estado contra otro, diferenciando los conceptos de Estado miembro de la OEA y Estado parte de la Convención Americana, si bien la Comisión atiende las denuncias contra ambos. En el caso de nuestro país, corresponde seguir el procedimiento para un Estado parte de la Convención Americana. La CIDH también puede iniciar por sí lo que se denomina una *tramitación motu proprio*, que en el caso de nuestro país ocurrió con los casos "Hipólito Solari Irigoyen y otro vs. Argentina" caso 2088 A, 18/11/1978 y "Dagmar Ingrid Hagelin vs. Argentina" caso 2484, 18/11/1978.

Señalan los autores que el Estado puede ser denunciado por acción u omisión de sus funcionarios de cualquiera de los tres poderes, por acciones administrativas, legislativas o judiciales. Para concluir esta tercera parte, se cita jurisprudencia sobre la forma de computar los plazos. En razón de la materia, la CIDH es competente por denuncias o violaciones de la Convención Americana y/o derechos contemplados en otros instrumentos a los cuales se encontraba obligado el Estado en el momento de comisión de los hechos.

A continuación, se expone el tema del "agotamiento previo de los recursos internos", mediante el recurso de citar partes escogidas y específicas de casos que ayuden a mostrar la aplicación de los principios del derecho internacional, regla que permite a los Estados resolver los conflictos según su derecho interno antes de afrontar la jurisdicción internacional, por ser esta complementaria y de carácter subsidiario. De idéntica forma, se tratan también las excepciones que implican un límite al principio de agotamiento previo de los recursos internos, (falta de disponibilidad de recursos internos, impedimentos para agotar la vía interna o el retardo injustificado en la decisión de dichos recursos, y el estado de indigencia

del peticionante y el temor generalizado de representar al reclamante, que se agregó como excepción a través de una Opinión Consultiva de la Corte IDH.

Siempre a través de la casuística, se desarrollan los tres ejes de análisis empleados por la Corte IDH para determinar qué se debe entender por plazo razonable: la complejidad del caso, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

El libro indica, a través de ejemplos concretos, cómo la CIDH y la Corte IDH se han expedido sobre la suficiencia de los recursos internos usados, tanto ordinarios como extraordinarios, así como sobre la ineficacia de los recursos o los que no brindan un resultado favorable al reclamante.

El capítulo profundiza luego sobre la llamada "doctrina de la cuarta instancia", que implica que el sistema no modifica la resolución judicial que motivó la denuncia —no actúa como cuarta instancia—, sino que busca la reparación de los efectos producidos por ella y la sanción de los responsables. A fin de evitar la discrecionalidad, en la petición deberán enunciarse cuáles normas de la Convención Americana han sido presuntamente violadas. Los criterios que emplea la CIDH para determinar la admisibilidad son: el carácter subsidiario del sistema interamericano, la existencia de sentencias violatorias del debido proceso o de alguno de los derechos de la Convención Americana, que la CIDH no actúe como tribunal de revisión ni ante fallos considerado injustos, equivocados o con un resultado desfavorable para el peticionario ni juzgar sobre la aplicación de la ley interna.

En los acápites siguientes, el libro se adentra en los trámites que realiza la Secretaría Ejecutiva para decidir si archiva una petición, o bien si le da curso y la pasa para estudio de un grupo de trabajo. Transita mediante la casuística las diferentes etapas, desde el envío de la denuncia a la CIDH, la tramitación inicial por ante la Secretaría Ejecutiva, el registro de la petición, la revisión inicial, el archivo, la acumulación y el desglose o continuación; pasando por el traslado al Estado denunciado, el conteste, las audiencias, la propuesta de solución amistosa por el grupo de admisibilidad y finalizando con el informe de la Comisión sobre la admisibilidad o inadmisibilidad. Solo en forma excepcional puede diferirse la decisión sobre la admisibilidad para el tratamiento junto con el fondo.

En la sexta parte del presente capítulo los autores se abocan al tratamiento del fondo de la petición, mecanismo que tiene básicamente un carácter progresivo, destinado a que el Estado afectado cumpla con el objetivo de cooperar para solucionar el caso. Así, antes de pronunciarse sobre el fondo, se insta a las partes a consensuar una solución amistosa. De no alcanzarse esta última, la Comisión redacta el informe de fondo previsto en el art. 50 de la Convención Americana. De no haber habido violación de derechos, el informe se transmite a las partes y se incluye y publica en el informe anual de la CIDH a la Asamblea General de la OEA. Por el contrario, y de haber existido violación, se efectúan las proposiciones y recomendaciones pertinentes y se fija un plazo al Estado para que indique sobre las medidas adoptadas para cumplir con las mismas. En el caso específico de Argentina, que ha reconocido la competencia de la Corte IDH, la Comisión está habilitada para elevar el caso a la Corte si así lo decide. Este último es el proceder que se sigue si la Comisión estima que no se han cumplido las recomendaciones.

La séptima parte del capítulo analiza el procedimiento para la emisión del "Informe del artículo 51", llamado Informe Definitivo, que es aquel en el que la CIDH emite sus recomendaciones y le fija un plazo al Estado para que tome medidas para remediar la situación examinada. La CIDH dispone, además, de los medios para verificar el cumplimiento con los compromisos asumidos por parte del Estado, pudiendo decidir el mejor modo para efectuar el seguimiento e informar los avances. El cumplimiento podrá ser total, parcial o estar pendiente.

En la octava parte del capítulo, el libro se refiere a las audiencias, las que podrán celebrarse por iniciativa propia o a solicitud de parte, siempre por escrito. Se trata de reuniones de muy corta duración, con el objetivo de responder a cuestiones puntuales.

Finalmente, en la novena parte del capítulo, se habla de las soluciones amistosas. Se trata de una resolución no contenciosa que, durante el curso del trámite ante la CIDH, puede ser solicitada —y desistida— por cualquiera de las partes. La CIDH suele proponerla en la etapa previa a la decisión sobre la admisibilidad. Este tipo de soluciones son acuerdos basados en el respeto a los DDHH, expresan la buena fe del Estado para cumplir con los propósitos de la Convención Americana e implican el involucramiento indispensable de las partes. Los autores indican también las eventuales

formas de resolución, como por ejemplo, por acuerdo suscripto en una reunión de trabajo o mediante decreto del Poder Ejecutivo.

3 | Procedimiento ante la Corte IDH

Este extenso capítulo, también de aproximadamente 200 hojas repartidas en diez parágrafos, trata del procedimiento ante la Corte IDH, al que divide en cuatro etapas: escrita, oral, escrita de alegatos y de deliberación y sentencia, a las que cabría agregar el seguimiento y la publicación. El análisis se efectúa mediante el mecanismo de ir estudiando en simultáneo el reglamento de la CIDH y la Corte, a lo que se agrega la cita de casos sobre todos aquellos aspectos que resulte necesario conocer —plazos, definición de términos, uso de idiomas oficiales y etapas previas—. Los autores destacan la importancia de atenerse más al fin de los instrumentos protectores que a los formalismos sabiendo que, al ejercer la CIDH una función administrativa de diversos alcances, y siendo ella quien decide si un caso tendrá o no instancia jurisdiccional, sus decisiones inapelables revestirán gran trascendencia, tanto para denunciantes como para las presuntas víctimas.

Así las cosas, se señala que para el ejercicio de sus funciones la Corte adopta los principios del *iura novit curia*, el *estoppel* e irretroactividad de la competencia. Después de enunciar los pasos preliminares se aboca a la descripción de los detalles del informe de "sometimiento del caso por parte de la Comisión" (art. 35 del Reglamento de la Corte IDH) y al "sometimiento por parte de un Estado" (art. 36 del Reglamento de la Corte IDH). De acuerdo a su Reglamento, la Corte IDH procederá al examen preliminar del caso y establecerá la participación de las presuntas víctimas, sus familiares o representantes; las formalidades de presentación de escritos y los correspondientes traslados; las excepciones preliminares, que podrán oponerse, se regirán por el procedimiento contradictorio; los alegatos y la producción de la prueba.

También se analiza la apertura del procedimiento oral, las fechas de las audiencias y su desarrollo, las modalidades de las declaraciones, los debates, las preguntas, las funciones de los jueces durante las audiencias y las actas. Siempre siguiendo el sistema de ejemplificar cada posibilidad con un fallo concreto, los autores se refieren a la recepción y valoración de las pruebas —que no están sujetas a las mismas formalidades que en el

derecho interno y que se rigen según el principio de la sana crítica—, la citación de testigos y peritos, las objeciones y recusaciones, los impedimentos, las excusas e inhabilitación, la incomparecencia y la falsa deposición.

De lo antedicho, se desprende lo exhaustivo del trabajo realizado en este libro, que no deja de lado ningún aspecto de cada una de las etapas del procedimiento. También se evalúan los modos de terminación anticipada del proceso, como el desistimiento y la eventualidad de un allanamiento del Estado y los efectos jurídicos en caso de reconocimiento parcial de responsabilidad, caso en que la Corte IDH continúa ejerciendo su competencia.

En lo que se refiere a la solución del litigio, se analizan en este volumen los alcances de la actuación de la Corte IDH ante un acuerdo entre partes, en lo que respecto al seguimiento, reservándose, por ejemplo, la facultad de reabrir una tramitación, las reparaciones e indemnizaciones. Entre las reparaciones a obtener, los autores señalan los criterios aplicados por la Corte, que puede: 1) Fijar indemnizaciones; 2) Fijar acciones a seguir por el Gobierno; 3) Adoptar medidas de tipo legislativo; 4) Garantizar el goce de derechos.

Es encomiable la labor de caracterización y diferenciación efectuada por los autores, con el propósito de distinguir entre las medidas de reparación —tendientes a reparar a las víctimas en lo material e inmaterial y de compensar la pérdida sufrida, o bien, en otros términos, a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas; las medidas de satisfacción —del tipo de órdenes impartidas al Estado para que este efectúe investigaciones completas de los hechos acaecidos— y las medidas de no repetición —medidas de prevención o acciones destinadas a preservar la memoria de las víctimas.

Los autores especifican, asimismo, lo que la Corte IDH entiende por daño material, daño emergente, lucro cesante y daño al proyecto de vida, así como su forma de cuantificación. Proceden luego a identificar qué se entiende por daño moral, daño psíquico y daños inmateriales, como asimismo a dar ejemplos de otras formas de reparación de daños que carecen de contenido patrimonial, como nominar espacios públicos, colocar placas, erigir un monumento, reconocer responsabilidad; adoptar medidas para evitar repetición de los hechos o adecuar la legislación interna, otorgar becas de estudio, brindar tratamientos de salud, publicación de la sentencia como medida satisfactoria, etc.

En relación a los pagos, los autores también señalan las formas de materializar los pagos, la moneda de pago, el cálculo de intereses por mora, la consignación, el reembolso de costas y gastos. Para cerrar el capítulo, los autores sostienen que la Corte IDH se expresa a través de sus sentencias y resoluciones, las que tienen carácter definitivo y son inimpugnables, ya que solo admiten demanda de interpretación y revisión y que se refieren a las excepciones preliminares, al fondo de una cuestión, a las reparaciones o a la interpretación de una sentencia. Las sentencias de la Corte IDH se encuentran publicadas en su sitio web, por número correlativo, con el agregado de sus votos razonados, disidentes y concurrentes, si los hubiere.[2]

Para concluir este frondoso capítulo, se hace mención a las medidas cautelares y las medidas provisionales, que se adoptan en casos de gravedad o urgencia o bien para evitar daños irreparables, no sin antes destacar las diferencias entre ambas. Fundamentalmente, mientras las medidas cautelares derivan y están regidas por el Reglamento de la CIDH, las medidas provisionales están reguladas por la Convención Americana y el Reglamento de la Corte IDH; de la misma manera, las primeras son competencia de la Comisión y las segundas, de la Corte. A partir de allí hay algunas otras similitudes y diferencias que tienen que ver con las condiciones para la solicitud, el carácter vinculante, la rapidez en la ejecución y la gradualidad, entre otras.

4 | Responsabilidad del Estado: el debido proceso y la seguridad jurídica

Este capítulo es de extensión considerablemente menor a los dos anteriores y se concentra en la exposición de los beneficios derivados de la regularización política y democrática de los países de la región. Un estado democrático presupone la independencia de los poderes del Estado con la consiguiente garantía de control de la gestión de los gobernantes, lo que se plasma en que el Poder Legislativo pueda establecer normas de control, por un lado, y que el Poder Judicial pueda juzgar a los funcionarios de los otros dos poderes.

(2) [En línea], http://www.corteidh.or.cr/

La responsabilidad internacional de los estados en la defensa de los derechos humanos se basa en dos principios básicos: que el Poder Judicial controle la legalidad de las relaciones entre el estado y los particulares o de los particulares entre sí, además de hacerlo dentro de plazos razonables, y en segundo lugar, que el Poder Legislativo sancione las leyes que garanticen el resguardo de los derechos humanos a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 2° de la Convención Americana.

Los autores efectúan un llamado de atención sobre el hecho de que la Argentina, donde la Convención Americana tiene 25 años de vigencia, no ha sancionado una norma de procedimiento en derecho interno para el seguimiento y cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH ni las sentencias de la Corte IDH, lo que lleva implícito una restricción a la efectividad de los derechos protegidos por el sistema.

Se incluye en este capítulo un cuadro sumamente práctico e ilustrativo para ayudar a ordenar los derechos protegidos por la CADH, facilitando la identificación de las violaciones que habilitan una petición ante el Sistema Interamericano de Protección de DDHH. En consecuencia, en los parágrafos subsiguientes se desarrolla el cuadro en extenso, citando jurisprudencia destinada a esclarecer diversos aspectos del deber fundamental del Estado de respetar los derechos, en el que se incluye el deber de investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos, la eventualidad de la omisión o falta de diligencia del estado en indagar, con la consiguiente investigación y sanción a funcionarios y la falta de investigación de detenciones arbitrarias.

Analizan en particular el contenido y los alcances de los arts. 8° y 25 de la CADH, en especial con su relación a los arts. 1° y 2°, destacando los parámetros que surgen de los mismos referidos a las garantías judiciales: en primer lugar, que el Estado debe garantizar el acceso a la jurisdicción, es decir, a plantear sus derechos antes el Poder Judicial y con las debidas garantías, entre las que se incluye al menos una doble instancia, y en segundo lugar, que el proceso debe llevarse a cabo dentro de un plazo razonable. Naturalmente, debe contarse con un Poder Judicial independiente y magistrados imparciales e idóneos.

Una mención particular merecen los comentarios que los autores hacen sobre la vulneración del derecho de propiedad, en particular los princi-

pios rectores que deberían seguirse en la titularización de las tierras a nombre de comunidades indígenas, como por ejemplo, las referencias al título único, la reubicación de pobladores criollos dedicados a la actividad ganadera y no reubicación de poblaciones indígenas, el principio de compensación de costo de los pobladores criollos, de consulta libre sobre futuras urbanizaciones y trazado de rutas a las poblaciones indígenas, etc.

Para concluir el capítulo, se refieren al deber de cooperación de los Estados, tanto en lo concerniente a efectuar comunicaciones y notificaciones como en lo que se refiere a la ejecución de órdenes de comparecencia, la falta de cumplimiento y la obligatoriedad de las decisiones de la Corte IDH.

5 | Responsabilidad del Estado

Concluye el quinto y último capítulo del libro haciendo una evaluación del Sistema Interamericano, efectuando ciertas críticas y proponiendo algunos cambios, con la intención de que en un futuro se plasmen los que sean necesarios para una mejor defensa de los derechos humanos.

A título de ejemplo, se indica la necesidad de mejorar la información estadística que lleva la Comisión IDH, donde los autores han identificado que los datos sobre denuncias de particulares no son alentadores en relación al funcionamiento del sistema. Señalan también como un tema relevante la determinación de cuál es el rol de la CIDH y lo inapropiado del uso del ambiguo término "cuasi jurisdiccional" para hacer referencia a "la capacidad de tomar decisiones que no son revisables y sí son definitivas". Otro aspecto que citan los autores con preocupación se refiere a los plazos en las tramitaciones, ya que ante la necesidad de que la Comisión tenga en cuenta ciertos parámetros —como el plazo de cinco años establecido en algunas sentencias de la Corte IDH para considerar la existencia de retardo de justicia—, cómo explicar la provocación de retardos por el propio sistema en forma injustificada. En este sentido, citan también el ejemplo del tiempo extenso que se toma la Comisión en informar que la petición fue recibida, o el que media entre la recepción de una denuncia y su traslado al Estado. Finalmente, sostienen que también suelen ser muy extensos los plazos entre la recepción de una denuncia por parte de la CIDH y la elevación de esta a la Corte IDH.

Ponen también de resalto que, si bien es difícil hacer una evaluación del Sistema dadas la complejidad y la diversidad de los temas que sustentan las denuncias presentadas, sí es un dato a tener en cuenta que de las casi 30 mil denuncias recibidas por la CIDH solo se hayan elevado a la Corte IDH menos de 200 casos, lo que revelaría un cierto aspecto discrecional por parte de la Comisión. A este respecto el libro señala cómo el Sistema Europeo ha mejorado su funcionamiento de protección, suprimiendo a su Comisión y estableciendo diversos tribunales en sesión permanente.

Con un criterio muy positivo y constructivo, el libro concluye brindando una pequeña serie de temas no exhaustivos a los que propone como mejoras que deberían efectuarse al Sistema. Finalmente, aporta como anexo y bajo la forma de formulario, una práctica guía para ordenar toda la información sobre la tramitación de denuncias ante el Sistema Interamericano. Sin duda alguna, los autores han logrado con creces cumplir con su aspiración declarada de brindar a los profesionales "una guía práctica del funcionamiento del sistema".

Novedades

La Secretaría de Derechos Humanos inauguró una muestra itinerante contra la trata de personas

La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación inauguró el martes 12 de noviembre, en la sede del Sindicato Argentino de Docentes Privados —en adelante SADOP— (J. D. Perón 2625, CABA) la muestra itinerante "Se trata de personas", que tiene como objetivo sensibilizar y concientizar sobre el delito de trata laboral y sexual.

Participaron de la presentación, que se llevó a cabo como parte de las actividades organizadas por la Red Sindical de Derechos Humanos, el Subsecretario de Promoción de Derechos Humanos, Carlos Pisoni; el Secretario General de SADOP, Mario Almirón; el Secretario de Derechos Humanos de la CGT, Carlos Barbeito, y la Coordinadora del Programa Nacional de Rescate de Personas Damnificadas por el Delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Zaida Gatti. También disertaron sobre la trata la Coordinadora de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Chantal Stevens, y la Directora General de la Fundación María de los Ángeles, Andrea Romero.

Durante la inauguración, el Subsecretario de Promoción de Derechos Humanos explicó que el objetivo de presentar la muestra en SADOP "es que los docentes en el aula puedan trabajar con los alumnos sobre la problemática para luchar juntos contra la trata".

"Es inconcebible que a doscientos años de la Asamblea General Constituyente de 1813, que puso fin a la esclavitud, tengamos que hablar de trata de personas", reflexionó Pisoni, y agregó: "la trata es un delito que tiene similitudes con la dictadura, porque son redes en las que participan agentes del Estado, del Poder Judicial, legisladores, personas de las fuerzas de seguridad y también de la sociedad civil".

A su turno, la Coordinadora del Programa Nacional de Rescate destacó la importancia de las políticas públicas que lleva adelante el Gobierno Nacional "luego de décadas de inacción estatal" para luchar contra el delito de trata de personas.

La Coordinadora de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual señaló que "en los actores que conforman las redes de trata también están los medios de comunicación". La funcionaria explicó que su área trabaja "para desnaturalizar las formas de violencia contra las mujeres, y para eso necesitamos la ayuda de los medios de comunicación, porque contribuyen a la construcción de imaginarios sociales que exponen a las mujeres como objetos sexuales o productos de mercado".

La muestra

Realizada por la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación; el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a Personas Damnificadas por el Delito de Trata de Personas y la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual, dependientes del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tiene por objetivo desanudar el sistema de la trata, mostrar qué actores están detrás, cómo están conformadas las redes, cuáles son los diferentes momentos que incluye el proceso, cuáles son los focos problemáticos, las diferencias entre la trata de personas con fines de explotación sexual y con fines de explotación laboral, y la trama cultural que sostiene la existencia de redes de trata. Además, aborda cuestiones en torno a la desmitificación y la desnaturalización de las pautas culturales que circulan sobre la trata de personas y que minimizan su gravedad. También apunta a incorporar mecanismos de prevención y concientización, y da cuenta de los instrumentos implementados por el Estado Nacional para combatir el delito de trata de personas.

▶ Comenzó el juicio por la masacre de los días 19 y 20 de diciembre de 2001

El 24 de febrero comenzó el juicio por los asesinatos de cinco de los treinta y ocho asesinados por la represión policial en el marco de las protestas populares de los días 19 y 20 de diciembre de 2001. La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación participó del acto realizado en las puertas de los tribunales de Comodoro Py, que reunió a organi-

zaciones sociales, políticas y organismos de derechos humanos, entre otros.

El objetivo del acto fue dar visibilidad a este juicio que comienza a poner fin a la impunidad de aquellos asesinatos, como así también acompañar a los familiares de las víctimas de la represión que tuvieron que esperar 12 años para comenzar a transitar el camino de la justicia. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 —TOF 6— juzgará a los acusados por la muerte de cinco personas y las heridas de otras 117 en los episodios de los días 19 y 20 de diciembre de 2001.

Todos los acusados están imputados por los delitos de "homicidio y lesiones culposas". Unos 580 testigos se presentarán en el edificio de Comodoro Py 2002, en la causa que investiga puntualmente el asesinato de 5 personas en la Ciudad de Buenos Aires: Carlos 'Petete' Almirón, de 24 años; Diego Lamagna, de 26 años; Alberto Márquez, de 57 años; Gustavo Ariel Benedetto, de 30 años y Gastón Marcelo Riva, de 30 años.

El TOF 6 juzgará al ex-Jefe de la Policía Federal, Rubén Sangos, al ex-Secretario de Seguridad, Enrique Mathov y a ocho exoficiales de las fuerzas de seguridad. El expresidente Fernando De la Rúa estuvo imputado en la causa, pero fue sobreseído. A fines de 2012, la Cámara de Casación Penal confirmó el sobreseimiento, pero fue apelado ante la Corte Suprema —que aún no lo resolvió—. De la Rúa declarará como testigo, aunque no figura entre los acusados.

En la línea de las "responsabilidades políticas" y no solo operacionales fue procesado el entonces Ministro del Interior Ramón Mestre quien, además, fue uno de los firmantes del decreto de estado de sitio, pero falleció en el 2003. Ninguno de los imputados llega detenido al juicio, aunque Mathov y Santos estuvieron varios meses presos antes de recuperar la libertad en el año 2002.

Según cálculos de la Fiscalía, a cargo de Mauricio Veira, el proceso se extenderá por más de un año y medio.

Las principales querellas estarán en manos de abogados del Centro de Estudios legales y Sociales (CELS) y de la Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional (CORREPI) quienes, pese a las diferencias de enfoque, coincidieron en cuestionar que los "responsables políticos" de la masacre hayan quedado a salvo del juicio.

▸ Trata laboral: Primer Informe de la Procuraduría sobre Trata y Explotación Sexual del Ministerio Público Fiscal de la Nación sobre los casos que avanzan hacia juicio oral

El documento revela que se dictaron 71 procesamientos en todo el país. Estos casos refieren a 156 personas imputadas y a 516 identificadas como víctimas de este delito, desde la sanción de la ley en 2008. El objetivo del estudio es poder visualizar patrones comunes e inconvenientes a la hora de realizar las investigaciones.

Durante los últimos días del mes de diciembre, el Área Institucional de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX), a cargo del fiscal Marcelo Colombo, elevó a consideración de la Procuradora General el documento "La Trata Laboral en la Argentina. El tratamiento judicial de los casos en el fuero federal".

Para el análisis, se sistematizó información en más de 300 campos de carga correspondientes a tres ejes: tratamiento judicial de los casos, imputados y víctimas.

El objeto del proyecto radicó en visualizar patrones comunes, inconvenientes a la hora de realizar las investigaciones, procedencia de las víctimas e imputados, entre otros factores, en los casos mencionados, que han tramitado en todo el país desde la sanción de la ley 26.364 en el año 2008.

De esta manera, se ha buscado que el informe sirva como referencia a los operadores judiciales, investigadores del campo académico y miembros de la sociedad civil abocados a la temática en su trabajo diario. Este documento estará también disponible próximamente en el sitio web del Ministerio Público Fiscal para su libre descarga, junto con gráficos interactivos que permitirán profundizar algunas de las variables analizadas según la demanda del lector.

Finalmente, el informe muestra que las causas se inician, por lo general, en los lugares de explotación y, por lo tanto, en los casos se investigó y juzgó centralmente la etapa de recepción, acogimiento y explotación del delito de trata de personas.

► Juicios por delitos de lesa humanidad

El 5 de febrero, luego de la feria judicial, se reiniciaron los juicios orales y escritos en curso por los crímenes cometidos durante la dictadura militar. Estos juicios se están llevando adelante en diversos lugares del país. Los delitos de lesa humanidad están siendo juzgados en el marco de un proceso histórico de Memoria, Verdad y Justicia, del cual todos pueden participar. Para presenciarlos, las personas deben presentarse en el juicio con DNI, cédula o pasaporte.

De estos juicios en curso, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación es querellante en los siguientes juicios: "La Cacha" (La Plata); "ESMA" (CABA); "Plan Cóndor I y II" y "Orletti

II" (CABA); "Vesubio II" (CABA); "La Perla" (Córdoba); "Álvarez Scurta, Dominga y Giribaldi y otros" (Jujuy); "Menéndez, L. B.; Estrella, L. F.; y Romero, J. C." —ex causa Angelelli, Enrique s/ Homicidio— (La Rioja); "Díaz Bessone" (Rosario); "Escuelita III" (Neuquén); "Actuaciones para la investigación de la muerte de Orlando de Benedetti" (Tucumán), y en dos juicios escritos.

Asimismo, el 17 de febrero comenzó el cuarto juicio por delitos de lesa humanidad en la Provincia de Mendoza, en el que también es querellante la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. Este juicio tiene la particularidad de litigar por primera vez a integrantes del Poder Judicial que fueron cómplices del terrorismo de Estado, así como también incluir dentro de sus figuras a los delitos sexuales como parte de un plan sistemático para instalar el horror. Los exjueces imputados son: Otilio Romano, Rolando Carrizo, Luis Miret y Guillermo Petra. Para el inicio de este juicio se realizaron actividades en la vía pública con el fin de dar conocimiento a la población sobre este proceso judicial en particular y poder hacer masivo el acompañamiento de las políticas de Memoria, Verdad y Justicia que son parte fundamental de la agenda de Derechos Humanos en esta última década. De las actividades participó el Secretario de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Martín Fresneda, entre otros funcionarios de esta Secretaría.

▸ Día Internacional de la Mujer

El 8 de marzo se llevó a cabo el torneo "Fútbol para Todas. Copa 'Juana Azurduy'" en la Casa de la Militancia dentro del Espacio Memoria y Derechos Humanos (ex ESMA). Asimismo, se dictaron dos talleres sobre las temáticas de violencia en el fútbol contra las mujeres y sobre personas migrantes.

En el acto de entrega de premios, estuvieron presentes Carlos Pisoni, Subsecretario de Promoción de Derechos Humanos de la Nación; Sandra Cabo (víctima de violencia institucional por parte de la policía de la Comisaría 4° de San Fernando al momento de ir a denunciar un hecho de violencia de género por parte de un familiar) y Mayra Mendoza, Diputada Nacional.

Señalización del ex Centro Clandestino de Detención "Batallón de Comunicaciones 121" (Rosario)

El 11 de marzo se realizó esta señalización colocando una placa que indica a todas las personas que transitan el lugar que allí funcionó un ex Centro Clandestino de Detención (CCD). El texto explicativo que hace visible el Terrorismo de Estado da cuenta de que en aquel predio —donde tuvo su sede el Batallón de Comunicaciones 121— funcionó un CCD desde mediados de 1976 hasta mayo de 1980.

Aquí operaron los llamados "grupos de tareas" integrados por fuerzas conjuntas del Ejército y de Seguridad que secuestraron y torturaron a cientos de hombres y mujeres —algunas de ellas embarazadas—, perseguidos por su militancia política, social y/o sindical, en el marco del plan sistemático de terror y exterminio implementado por la última dictadura cívico-militar (1976-1983).

En este lugar fueron traídos un número indeterminado de presos políticos a quienes, luego, en el Comando del II Cuerpo —hoy Museo de la Memoria (Córdoba y Moreno)— les realizaban los denominados "Consejos de Guerra", una parodia de juicio militar en el que no había jueces ni abogados defensores, y donde se decidía la suerte de los secuestrados. Según testimonios obrantes en el Archivo Nacional de la Memoria de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y en la Justicia, el Batallón 121 integró un circuito represivo junto con otros centros ilegales como La Calamita, Quinta de Funes, Escuela Magnasco, La Intermedia y la Fábrica Militar de Armas Portátiles Domingo

Matheu, que dependían del Comando II Cuerpo de Ejército, con asiento en Rosario, al que estaban subordinadas la Gendarmería Nacional, las unidades penales y la Policía de Santa Fe.

La señalización de los Sitios de Memoria —ley nacional 26.691— y el decreto de la Provincia de Santa Fe 481/2013 hacen visible la función que cumplieron durante el terrorismo estatal, y expresa en el espacio público el compromiso del Estado democrático de dar a conocer y condenar estos crímenes, impulsar el juzgamiento de sus responsables y hacer efectivo el reconocimiento a las víctimas.

La Red Federal de Sitios de Memoria es un organismo interjurisdiccional que, con la coordinación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, articula la gestión de políticas públicas de memoria entre el Poder Ejecutivo Nacional y las áreas estatales de derechos humanos provinciales y municipales, con la participación de los familiares de las víctimas, sobrevivientes y organismos de derechos humanos, entre otras organizaciones políticas y sociales. Con esta señalización ya son 75 las instaladas en todo el país.

Presentación de la guía *Tenemos Patria. Argentina, un país con derechos* en el Municipio de Lanús

El 27 de marzo se realizó una nueva presentación de esta publicación perteneciente a la Secretaría de Derechos Humanos y que sirve como una exhaustiva guía de derechos.

En esta actividad participaron del acto el Secretario de Derechos Humanos, Martín Fresneda; el Secretario de Justicia, Julián Álvarez; y el intendente municipal de Lanús, Darío Díaz Pérez.

Esta publicación es una guía de acceso a los principales programas y políticas públicas vinculadas a la ampliación de derechos. El libro, de la Secretaría de Derechos Humanos, reúne una selección de políticas públicas de ampliación de derechos y expone la información necesaria sobre sus alcances y objetivos, así como la documentación y los pasos que se deben llevar adelante para facilitar el acceso a las mismas. Entre estas políticas se encuentran la Asignación Universal por Hijo, el Plan Nacer, la Ley de Identidad de Género, el Plan FinES, la Tarjeta Argenta, el Plan Conectar Igualdad, Pro.Cre.Ar., entre otras.

El evento se realizó el jueves 27 de marzo a las 10:00 en el Salón "Hugo del Carril" del palacio municipal (Av. Hipólito Yrigoyen 3863, Lanús, Provincia de Buenos Aires).

▸ Régimen Reparatorio para ex Presos Políticos de la República Argentina. Ley 26.913. BO 18/12/2013

Tendrán derecho a una pensión graciable todas aquellas personas que hasta el 10/12/1983 hayan sido privadas de su libertad por causas políticas, gremiales o estudiantiles y reúnan alguno de los siguientes requisitos:

- Haber sido privadas de su libertad en condición de civiles y/o militares condenados por un Consejo de Guerra, puestas a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, y/o privadas de su libertad como consecuencia del accionar de las Fuerzas Armadas, de Seguridad o de cualquier otro grupo, por causas políticas, gremiales o estudiantiles;

- Haber sido privadas de su libertad en condición de civiles y/o militares por actos emanados de unidades o tribunales militares especiales o consejos de guerra, haya habido o no sentencia condenatoria en este fuero, bajo la vigencia de la Doctrina de Seguridad Nacional;

- Haber sido privadas de su libertad por tribunales civiles, en virtud de la aplicación de la ley 20.840/1974 y/o del art. 210 *bis* y/o 213 *bis* CP y/o cualquier otra ley, decreto o resolución de esa índole, habiendo permanecido detenidas bajo el régimen de "detenidos especiales".

La pensión graciable es de carácter independiente de cualquier otra reparación que tuviere lugar, para toda persona comprendida por el objeto de la presente ley, sin perjuicio de la indemnización que a cualquier persona afectada correspondiere por daño moral, físico y/o psicológico a consecuencia de la tortura institucionalizada y la reclusión prolongada.

La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación será el órgano de aplicación del presente régimen y tendrá a su cargo la articulación con las áreas del Gobierno involucradas con dicha ley, quedando a su cargo la coordinación, difusión, asesoramiento de los beneficiarios y el diseño y la ejecución de un plan sistemático y riguroso de monitoreo de su aplicación.

Acuerdo sobre cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la CIDH. BO 19/12/2013

Recomendaciones formuladas por la CIDH en el Informe 72/2012, adoptado de conformidad con lo previsto por el art. 50 CADH

Con fecha 11 de junio de 2003, la CIDH recibió una denuncia contra el Estado argentino relacionada con las destituciones de las doctoras Adriana Gallo, Ana María Careaga y Silvia Maluf de Christin de sus cargos de juezas de la Provincia de San Luis, ocurridas el 6/11/1998, el 17/12/1998 y el 1/11/2002, respectivamente, en la que se alegaba la violación de los derechos consagrados en los arts. 9°, 8.1°, 8.2°, 13 y 25, en relación con el art. 1.1.° CADH.

El 27/07/2007 la CIDH declaró admisible el caso al emitir el Informe de Admisibilidad 65/2007.

El 17/07/2012, la CIDH adoptó el Informe de Fondo 72/2012, de conformidad con lo previsto por el art. 50 CADH, a través del cual efectuó recomendaciones que el Estado argentino debía cumplir en virtud de haber considerado violados los derechos de las peticionarias.

A raíz de dichas recomendaciones, se celebraron una serie de reuniones entre las peticionarias y los representantes del Estado Nacional que culminaron en un Acuerdo sobre cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la

CIDH en el Informe 72/2012 adoptado de conformidad con lo previsto por el art. 50 de la CADH en el caso 12.632 (el de las peticionarias), en el cual las partes convinieron constituir un Tribunal Arbitral *ad-hoc* que decidirá las reparaciones que correspondan por los daños sufridos por las peticionarias en los términos del referido Acuerdo.

La Presidenta de la Nación Argentina decretó la aprobación de dicho Acuerdo.

Readecuación de los Aranceles del Sistema de Prestaciones Básicas a Favor de las Personas con Discapacidad. BO 26/11/2013

Modificación de la resolución del Ministerio de Salud 1512/2013, a fin de readecuar todos los aranceles vigentes del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a Favor de las Personas con Discapacidad

La ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles cobertura integral a sus necesidades y requerimientos.

El Ministro de Salud resolvió modificar la resolución del Ministerio de Salud 1512 del 24 de septiembre de 2013, a fin de readecuar todos los aranceles vigentes del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad, readecuándose las Prestaciones de Hogar Permanente con Pre-primaria, Hogar Permanente con Primaria, Hogar Permanente con Formación Laboral, Hogar Lunes a Viernes con Pre-Primaria, Hogar Lunes a Viernes con Primaria, Hogar Lunes a Viernes con Formación Laboral, Hogar Lunes a Viernes con Centro de Educación Terapéutica, Hogar Lunes a Viernes con Centro de Día, Residencia Lunes a Viernes, Residencia Permanente, Pequeño Hogar Lunes a Viernes, Pequeño Hogar Permanente,

Centro de Día - Jornada Simple, Centro de Día - Jornada Doble, Centro de Educación Terapéutica - Jornada Simple, Centro de Educación Terapéutica - Jornada Doble, Hogar Lunes a Viernes, Hogar Permanente, Hogar Permanente con Centro de Día, Hogar Permanente con Centro de Educación Terapéutica, Escolaridad Pre-primaria - Jornada Simple, Escolaridad Pre-primaria - Jornada Doble, Escolaridad Primaria - Jornada Simple, Escolaridad Primaria - Jornada Doble, Escolaridad Formación Laboral Jornada Simple, Escolaridad Formación Laboral Jornada Doble, Estimulación Temprana, Prestaciones de Apoyo, Módulo de Apoyo a la Integración Escolar, Rehabilitación - Módulo Integral Intensivo, Rehabilitación, de acuerdo a las modalidades con un incremento desde un seis por ciento (6%) a un cincuenta por ciento (50%) a partir del 1/12/2013.

Disposición Nacional 290/2013, Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo. BO 21/11/2013

Normativa de la Dirección de Asistencia a la Víctima por la que se regirá el servicio de patrocinio gratuito a personas y grupos discriminados o víctimas de xenofobia o racismo, previsto en la ley 24.515

De acuerdo a lo establecido por el art. 4 inc. h) de la ley 24.515, es una función específica del INADI proporcionar patrocinio gratuito a personas y grupos discriminados o víctimas de xenofobia o racismo.

Por el decreto 218/2012, mediante el cual se aprobó la estructura organizativa de primer nivel del Organismo, la función mencionada en el párrafo anterior ha sido atribuida a la Dirección de Asistencia a la Víctima.

El Interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo dispuso la aprobación de las normas de patrocinio gratuito a personas y grupos discriminados.

El INADI, a través de su Dirección de Asistencia a la Víctima y de acuerdo con los recursos disponibles, podrá proporcionar patrocinio jurídico gratuito a todas aquellas personas y gru-

pos que cumplan con los siguientes requisitos:

- Haber sido considerado/a por el INADI víctima de discriminación, xenofobia o racismo, a través del dictamen aludido en el Instructivo de Tramitación de Denuncias por Discriminación aprobado por disposición 132/2012;
- El litigio resulte jurídicamente viable y sea conducente para hacer cesar el/los acto/s u omisión/es discriminatorio/s u obtener la reparación civil del daño causado, o para determinar la responsabilidad penal de su autor, todo de conformidad con lo dispuesto por la ley 23.592.
- El litigio se dirija exclusivamente contra particulares, entidades privadas u organismos públicos, excluida la Administración Pública Nacional;
- El caso resulte estratégico para el INADI a los fines de su judicialización.

La gratuidad del servicio se circunscribe a la actuación profesional, tanto judicial como extrajudicial, de los abogados/as provistos por el INADI. Estarán a cargo de las personas patrocinadas todos los gastos inherentes al trámite del litigio y las costas que eventualmente le sean impuestas.

▶ Creación del Registro Provincial de Madres Donantes de Leche. BO 18/12/2013

La Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco sancionó con fuerza de ley 7326 la creación del Registro Provincial de Madres Donantes de Leche en el ámbito del Ministerio de Salud Pública de la Provincia del Chaco.

El Registro dependerá de la Red de Bancos de Leche Humana creada por ley 6173 y tendrá como objetivos:

- Registrar la manifestación temprana de todas las madres donantes de leche.
- Atender las necesidades de los recién nacidos que tengan dificultades para alimentarse naturalmente.
- Brindar leche humana pasteurizada, segura, adecuada y oportuna a todo lactante imposibilitado de recibir leche de su madre. El Ministerio de Salud Pública será la autoridad de aplicación de la presente y deberá implementar una campaña masiva a través de los distintos me-

dios de comunicación que estime conveniente, para que la población tome conocimiento de los alcances y beneficios del Registro.

La Red de Bancos de Leche Humana tendrá a su cargo las siguientes acciones complementarias:

- Promover, proteger y apoyar la lactancia materna exclusiva y continuada.
- Difundir la donación de leche materna.
- Coordinar con los distintos establecimientos de salud y efectuar las operaciones de recolección, selección, clasificación, procesamiento, control y distribución de la leche humana donada.
- Remitir información continua y actualizada de las donantes de leche, de la cantidad de leche cruda disponible para su utilización *in situ* y de sus excedentes para posterior envío y pasteurización.

Chaco - Condenados por Delitos Contra la Integridad Sexual. Confidencialidad de la información. Modificación a la ley 633. BO 27/12/2013

La Cámara de Diputados de la Provincia del Chaco resolvió aceptar el veto parcial del Poder Ejecutivo, formulado al Proyecto de Ley 7298. Crea en el ámbito del Ministerio de Gobierno, Justicia y Seguridad de la Provincia del Chaco un Registro de Condenados por Delitos Sexuales.

También se modifica el art. 9° de la ley 6334 y sus modificatorias, el que queda redactado de la siguiente manera:

"La información contenida en el Registro creado tendrá carácter confidencial y será de acceso restringido a las autoridades públicas competentes.

En ningún caso podrá solicitarse o consultarse la información contenida en aquél para otros fines o instancias distintos a los expresamente establecidos.

Bajo ningún supuesto, el Registro podrá ser utilizado como base o fuente de discriminación, estigmatización, vulneración de la dignidad, intimidad, privacidad u honra de persona alguna, sin perjuicio de las limitaciones que en el ámbito judicial corresponda aplicar a estos derechos en el marco de la normativa legal y constitucional vigente."

Declaración de Cátedras Libres de Soberanía Alimentaria Sobre Aumentos de Precios de Alimentos

"Definimos a la Soberanía Alimentaria como el derecho de cada pueblo y de todos los pueblos a definir sus propias políticas y estrategias de producción, distribución y consumo de alimentos, a fin de garantizar una alimentación cultural y nutricionalmente apropiada y suficiente para toda la población…".

El pasado 15 de febrero se reunieron en la Ciudad de Buenos Aires los referentes de las Cátedras Libres de Soberanía Alimentaria de todo el país y suscribieron la siguiente declaración a raíz del aumento de los precios de los alimentos.

La Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Facultad de Medicina, Escuela de Nutrición de la UBA (CaLiSa Nutrición) hace pública su preocupación ante el aumento desmesurado de los artículos que integran la canasta familiar, creando una situación que dificultará el acceso a la alimentación de toda la población, violando, de esta manera, el Derecho Humano a la Alimentación, derecho que tiene carácter constitucional en nuestra legislación.

Desde nuestro lugar, venimos señalando que el tema inflacionario no puede ser subestimado, ya que tiene implicancias institucionales y es un factor que amenaza la estabilidad de gobiernos constitucionales, creando un clima de descontento popular.

A esta situación basada en la volatilidad y el alza de los precios, en especial de los alimentos que integran nuestra mesa, se suman las maniobras de desabastecimiento, de acaparamiento y especulativas, cuyo origen hay que ubicar en el alto grado de concentración monopólica y extranjerizante de la industria alimentaria, dado que un puñado de empresas posee el manejo de toda la cadena alimentaria, tanto del mercado interno como de la exportación que va desde la producción, el transporte, la comercialización y la distribución hasta llegar a los consumidores. En los dos extremos de esa cadena se observa que los produc-

tores cobran cada vez menos y los consumidores pagan cada vez más por los artículos de primera necesidad que se producen íntegramente en nuestro país.

Confederaciones Rurales Argentinas (CRA), en su informe del 2013, señala algunos ejemplos que muestran esta situación de anormalidad. Según este informe, el precio de la lechuga se incrementa en un 1500% desde el precio que se le paga al productor hasta que llega al consumidor; la naranja aumenta el 800%; la leche, en un 205%; el tomate, en un 329%; y en el caso del tomate triturado llega a aumentar hasta el 5929%. Debemos sumar a esto que dos empresas controlan el comercio de los lácteos, una el del aceite, el pan y el azúcar, tres el de las galletitas, mermeladas y panificados, y cuatro la producción, faenamiento y comercialización de la carne y que la mayoría de ellas son transnacionales.

Nuestra producción agrícola-ganadera está orientada especialmente a la exportación desde los orígenes de nuestra historia como Nación, y en la últimas décadas el monocultivo, la *sojización*, la superexplotación de nuestro suelo, la deforestación, los desalojos de los pueblos originarios y de los agricultores familiares a costa de muchas vidas, y el uso excesivo de agrotóxicos son una realidad que se suma al uso indebido de los alimentos como combustible o para la cría de ganado de otras partes del mundo, produciendo daños en el medio ambiente y en vidas humanas, no solo con la pérdida de muchas de ellas, sino también con daños impredecibles e irreversibles a la salud de poblaciones enteras.

Nuestra historia ha sufrido demasiadas situaciones críticas como las que estamos viviendo en estos días, y como señalamos inicialmente, nuestra seguridad y estabilidad democrática están amenazadas por lo que calificamos como golpes de mercado, y que es necesario recordar que se dieron contra Perón cuando estableció el control de precios, contra Illia por pretender controlar el de los medicamentos, contra Alfonsín con la hiperinflación, agravada en estos momentos de resultas de las políticas neoliberales que al mismo tiempo que concentraban la riqueza, enajenaron los transportes, los ferrocarriles, los puertos, la industria siderúrgica, las tierras y nuestras riquezas naturales.

Desde la Cátedra, hemos propuesto soluciones que estimamos necesario tomar de manera inmediata ya que consideramos que la lucha contra las especulación de las grandes empresas alimenticias no se resuelve solamente cuidando algunos precios (que dicho sea de paso, han sufrido notables aumentos), sino estableciendo límites claros a los avances de estos capitales multinacionales y reforzando la producción agrícola-ganadera de los pequeños y medianos productores, así como la comercialización de la pequeña y mediana empresa, dado que la cuestión no se limita a los consumidores urbanos y las grandes empresas alimenticias.

Es por eso que señalamos que se requiere: la aplicación inmediata de la Ley de Abastecimiento que penalice a los especuladores y acaparadores, que tome el control del comercio exterior, refundando las Juntas de Granos, de Carnes, la diversificación de los cultivos que hacen a la producción de alimentos, estimulando la agricultura familiar, las formas cooperativas de producción, las cadenas

cortas de comercialización, desarmando las maniobras monopólicas de los supermercados que concentran el 85% de la distribución de alimentos y ejercitando el rol prioritario del Estado como regulador de los precios y del abastecimiento.

Consideramos necesario además dar continuidad a iniciativas que fueron llevadas a cabo —y desestimadas luego—, como la de la Carne, las Frutas o el Pescado para todos, pero dándoles funcionamiento regular, sistemático, en los barrios y en las zonas más vulnerables y en todo el país, a las que hay que sumar mercados estatales, o con control popular de alimentos con precios (como ya se han hecho en algunas zonas).

Adoptar estas medidas implica avanzar en el camino tomado en los últimos años, implica profundizar en lo ya logrado y el no hacerlo significa el retroceso hacia las políticas de ajuste del neoliberalismo, que solo podrán impedirse a través de la movilización popular.

El alimento no es una mercancía, no debe cotizar en bolsa, según se señala en los documentos nacionales e internacionales, que nuestro país ha convalidado en distintas reuniones nacionales e internacionales.

Este tema, el de la seguridad alimentaria, ha sido uno de los temas prioritarios en la Cumbre de la CELAC realizada en estos días en La Habana que ha centrado la mira en la eliminación de la pobreza y el hambre en el continente, para lo que se hace necesario adoptar políticas públicas inclusivas que garanticen el poder adquisitivo de los salarios, el pleno empleo, y precios y comercio justos para asegurar la soberanía alimentaria como parte y componente de la soberanía económica, política y la justicia social por las que nuestro pueblo tanto ha luchado.

Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Facultad de Medicina, Escuela de Nutrición, Buenos Aires, enero de 2014.

Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP).

Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Facultad de Agronomía de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Nacional de Mar del Plata (UNMdP).

Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria y Agroecología de la Universidad Nacional de Luján (UNLu).

Cátedra de Agricultura Familiar y Soberanía Alimentaria (en construcción), Universidad Nacional de Lomas de Zamora.

Seminario Interdisciplinario sobre el Derecho a la Alimentación Adecuada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Más información: [en línea]
www.derechoalaalimentacion.org

Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

Almerás, Diane y Calderón Magaña, Coral (coords.), *Si no se cuenta, no cuenta. Información sobre la violencia contra las mujeres*, Cuadernos de la CEPAL, nº 99, [en línea] http://www.cepal.org/publicaciones/xml/2/46612/cuaderno99_WEB.pdf

Army, René Paul, "Das Recht auf kulturelle Identität als Schranke für das Strafrecht in Lateinamerika" (The right to cultural identity as a barrier to penal law in Latin America), en *Journal für Entwicklungspolitik*, vol. 20, n° 4, 2004, pp. 8/24.

Barry, Kathleen, *La esclavitud sexual de la mujer*, Barcelona, La Sal, 1987, en

Benhabib, Seyla, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Benhabib, Seyla, *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton, Princeton University Press, 2002.

Bidart Campos, G., *Manual de la Constitución Reformada*, t. III, Bs. As., Ediar, 2008.

Bodelón, Encarna, "Violencia sexual, acoso y miedo al delito", [en línea] http://vmrz0183.vm.ruhr-uni-bochum.de/gendercrime/pdf/gendercrime_country_report_spain_spanish.pdf

Breglia Arias, Omar R. Gauna, *Código Penal*, t. I, Bs. As., Astrea, 2001.

Butler, Judith, *Violencia de Estado, guerra, resistencia*, Bs. As., Katz, 2011.

Capella Juan, *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2007.

Castaño-Castrillón, J. J., *et. al.*, "Acoso sexual en la comunidad estudiantil de la Universidad de Manizales (Colombia) 2008. Estudio de corte transversal", en *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, v. 61, n° 1, 2010.

Castells, A., "El derecho de las culturas en la nueva Constitución Nacional", en Bidart Campos y G., Sandler, H. (coords.), *Estudios sobre la Reforma Constitucional de 1994*, Bs. As., Depalma, 1995.

Casas, Laura J., "El caso María de los Ángeles Verón: una larga espera, un fallo inesperado", en *LLNOA*, abril 2013.

Catalano, Mariana, *Reforma de la ley de trata de personas*, en *La Ley*, 06/03/2013.

Chinkin, Christine *et. al.*, *Violencia de Género. Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Bs. As., Defensoría General de la Nación, 2012.

Colombo Marcelo L. y Mángano M. Alejandra, "El consentimiento de la víctima en la trata de personas y un análisis sobre los medios comisivos previstos en la figura penal", en *Revista del Ministerio Público*, año 7, n° 11, La Plata, 2010.

Copelon, Rhonda, "Terror íntimo: violencia doméstica entendida como tortura", en *Derechos Humanos de la Mujer, perspectivas nacionales e internacionales*, Bogotá, Profamilia, 1997.

Cover, Robert, *Derecho, Narración y Violencia*, Barcelona, Gedisa, 2001.

Crespo Andrade, M. C., "Acoso sexual en la educación universitaria", en *Universidad y verdad*, n° 52, Cuenca, Unviersidad del Azuay, 2010.

De Beauvoir, Simone, *El segundo sexo*, Bs. As., Sudamericana, 2007.

Donna E. Alberto, *Derecho Penal Parte Especial*, t. II-A, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003.

Donna, E. Alberto, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II-A, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2003.

Facchi, Alessandra, "El pensamiento feminista sobre el derecho: un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl", en *Academia*, año 3, n° 6, UBA, 2005, pp. 27/49.

Fiss, Owen M., *La ironía de la libertad de expresión. Usos y abusos de un derecho fundamental*, Barcelona, Gedisa, 1999.

Fiss, Owen M., "Qué es el feminismo", en *Doxa*, n° 14, 1993.

Fiss, Owen M., *Democracia y Disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Bs. As., Ad-Hoc, 2010.

Fiss, Owen M., *Libertad de expresión y estructura social*.

Fraser, Nancy y Honneth, Axel, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Madrid, Morata, 2006.

Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Bs. As., Ad-Hoc, 2005.

Gatti, Zaida, "Las víctimas de la Trata. Política de restitución de derechos", en *Trata de Personas. Políticas de Estado para su prevención y sanción*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.

Gelli, M., *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, Bs. As., La Ley, 2004.

Gherardi, Natalia, *Más allá de la denuncia: los desafíos para el acceso a la justicia. Investigaciones sobre violencia contra las mujeres*, Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, [en línea] http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?fuseaction=MUESTRA&codcontenido=895&plcontampl=6&aplicacion=app187&cnl=14&opc=9

González, Manuela G y Salanueva, Olga L., "La enseñanza y el género en la Facultad de Derecho de La Plata", en *Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, n° 6, Bs. As., 2005.

Gross, Alan M., *et. al.*, "An examination of sexual violence against college women", en *Violence Against Women*, v. 12, 2006, pp. 288/300.

Hairabedián, Maximiliano, *La nueva ley de trata de personas* ver [en línea], www.eldial.com

Kant, Immanuel., *Metafísica de las Costumbres*, Bs. As., Losada, 1998.

Kimel, Eduardo, *La masacre de San Patricio*, Bs. As., Lohlé-Lumen, 1986.

Kiper, C., *Derechos de las minorías ante la discriminación. Impedidos físicos. Enfermos de sida. Situación de la mujer. Comunidades indígenas. Sexo. Extranjeros. Racismo. Religión. Minorías lingüísticas*, Bs. As., Hammurabi, 1998.

Krotoschin, Ernesto, *Instituciones de Derecho del Trabajo*, Bs. As., Depalma, 1968.

La Trata Sexual. Argentina y Paraguay en perspectiva comparada. Un análisis del marco normativo y la dinámica del delito, ver [en línea] http://www.abrepuertas.inecip.org/abrepuertas.php?contenido=noticia_detalle&idnoticia=313

MacKinnon, Catharine A., "Integrando el feminismo en la educación práctica", en *Academia*, año 3, n° 6, UBA, 2005, pp. 157/175.

MacKinnon, Catharine A., *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Harvard University Press, 1989.

Moreno-Cubillos, C. L.; Osorio-Gómez, E. y Sepúlveda-Gallego, L. E., "Violencia sexual contra las estudiantes de la Universidad de Caldas (Colombia). Estudio de corte transversal" en *Revista colombiana de obstetricia y ginecología*, v. 58, n° 2, 2007.

Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Bs. As., Astrea, 2005.

Nussbaum, Martha, *El ocultamiento de lo humano. Vergüenza, Repugnancia y Ley*, Bs. As., Katz, 2007.

Okin, Susan M., "Feminismo y Multiculturalismo. Algunas Tensiones", *en Revista Feminaria*, año XV, n° 28/29, 2002.

Okin, Susan M., *Is Multiculturalism Bad for Women?*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

Olsen, F., "El sexo del derecho", en Alicia Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Bs. As., Biblos, 2000, pp. 25/42.

Quiroga Lavié, H. y otros, *Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001.

Quiroga Lavié, H., *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Bs. As., Zavalía, 2000.

Rawls, John, "El derecho de gentes", en Shute, S. y S. Hurley, *De los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 1997.

Renteln, Alison Dundes, *The Cultural Defense*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Rodigou Nocetti, M.; Blanes, P.; Burijovich, J.; y Domínguez; *Trabajar en la Universidad (des) igualdades de género por transformar*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2011.

Sagasta, Pablo, "Sometimiento de personas. Configuración del consentimiento", en *La Ley*, 19/04/2013.

Soler Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, t. IV, Bs. As., Tea, 1996.

Sousa Santos, Boaventura, "Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos", en *Revista El otro Derecho*, n° 28, ILSA, Bogotá, 2002.

Valls, Rosa, "Violencia de género en las Universidades españolas", [en línea] http://www.observatorioviolencia.org/upload_images/File/DOC1237989967_ABSTRACT_Valls_exp50_05.pdf

Zagrebelsky, Gustavo, "Pluralismo y multiculturalismo", en *La virtud de la duda. Una conversación sobre ética y derecho con Geminello Preterossi*, Madrid, Trotta, 2012, pp. 87/107.

Índice Temático

A

ABORTO P. 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193

ACCESO A LA INFORMACIÓN *Véase* DERECHO A LA INFORMACIÓN

ADOPCIÓN P. 140, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 277, 311, 314

AMNISTÍA P. 64, 70, 185, 192
Amnistía Internacional P. 64, 70, 185, 192

C

COMUNIDADES INDÍGENAS *Véase* PUEBLOS ORIGINARIOS

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 8, 10, 19, 21, 34, 36, 120, 124, 126, 144, 147, 157
reforma constitucional P. 4, 48, 124, 162

COOPERACIÓN INTERNACIONAL P. 101, 175
Memorándum de Entendimiento con Irán P. 97, 98, 103

D

DEMOCRACIA P. 44, 45, 57, 66, 68, 71, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 80, 83, 87, 92, 93, 94, 95, 96, 101, 148, 149, 155, 161, 279, 305

DERECHO A LA EDUCACIÓN P. 295, 319
educación intercultural P. 296, 297

DERECHO A LA IDENTIDAD P. 9, 10, 156, 285
apellido P. 199, 281, 283, 284, 285, 286
cambio de nombre P. 281, 284
derecho al nombre P. 281
huellas digitales P. 263, 264, 267
patronímico P. 281, 282, 283, 284, 285

DERECHO A LA INFORMACIÓN P. 100, 142, 151, 155, 255, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307

DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL P. 179, 181, 182
abuso sexual P. 91, 116, 128, 129, 130
trata de personas P. 18, 166

DERECHO A LA SALUD P. 135, 175, 237
consentimiento informado P. 166, 167, 168, 169, 172, 173
contracepción quirúrgica P. 165, 166, 168, 173
personas privadas de la libertad P. 199, 200, 204, 218, 237, 240, 241, 242, 243

DERECHO A LA VIDA P. 185, 186, 187, 188, 190, 191, 193, 214, 239, 243, 245, 265, 268, 275, 282, 309, 315, 319
suicidio asistido P. 275, 277, 279

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR P. 5, 204, 209, 211, 213, 214, 245, 248, 263, 265, 267, 268, 275, 277, 279, 280, 282, 283, 286, 290, 291, P. 293, 294, 309, 313

DERECHOS DE LAS MUJERES P. 56, 62, 66, 82, 88, 106, 110

DERECHOS HUMANOS P. 3, 5, 39, 40, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 55, 96, 100, 105, 113, 118, 120, 124, 129, 135, 139, 148, 153, 157, 161, 165, 175, 177, 178, 185, 187, 189, 191, 193, 195, 207, 208, 215, 221, 237, 243, 245, 247, 249, 250, 261, 263, 267, 269, 270, 275, 277, 285, 287, 289, 293, 295, 298, 307, 309, 311, 314, 315, 318, 321, 323, 326, 327
Comisión Interamericana de Derechos Humanos P. 39, 52, 118, 129, 153, 187, 189
Derecho Internacional de los Derechos Humanos P. 113, 153, 157, 161
Comité de Derechos Humanos P. 5, 157, 189, 193, 253, 256, 327

Convención Americana sobre Derechos Humanos P. 46, 47, 113, 191, 285, 293

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales P. 208, 239, 282

Corte Interamericana de Derechos Humanos P. 7, 21, 28, 32, 33, 40, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 125, 132, 148, 149, 175, 179, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 193, 227, 243, 249, 256, 285, 286, 292, 305, 306, 307, 314, 324, 325, 327

Tribunal Europeo de Derechos Humanos P. 180, 183, 190, 199, 202, 203, 204, 205, 207, 208, 209, 211, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 229, 230, 232, 233, 234, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 245, 247, 248, 249, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 283, 284, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 319, 325, 327

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS P. 204, 205

DISCRIMINACIÓN P. 11, 18, 32, 42, 95, 110, 113, 115, 116, 119, 196, 221, 222, 226, 230, 235, 284, 289, 291, 292, 293, 295, 299, 324, 326
discriminación en razón del sexo P. 63, 225, 283

I

IGUALDAD P. 10, 11, 32, 50, 52, 68, 70, 71, 77, 106, 107, 119, 126, 132, 196, 216, 227, 271, 281, 284, 285, 286, 293, 295
igualdad de género P. 107, 285
igualdad de oportunidades P. 10, 32, 52

L

LIBERTAD DE EXPRESIÓN P. 139, 142, 153, 160, 161, 229, 251, 307
censura previa P. 153

M

MEDIOS DE COMUNICACIÓN P. 41, 43, 51, 54, 143, 146, 147, 149, 153, 157, 160, 255, 304
empresas periodísticas P. 39, 40
Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual P. 41, 51, 52, 139
publicidad oficial P. 39, 41, 53, 54, 150, 152

MULTICULTURALISMO P. 55, 76
defensa cultural P. 55, 57, 58, 59, 61, 62, 65, 68, 70, 78, 90, 92, 95
derecho de salida P. 55, 56, 57, 62, 67, 68, 69, 71, 72, 77, 78, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 92, 93, 94
feminismo esencialista P. 55, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 76, 78, 83, 85, 90, 92, 94, 95, 96

N

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES P. 170
Convención sobre los Derechos del Niño P. 170, 171
interés superior del niño P. 225, 298, 312, 314

O

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS P. 38, 52, 66, 79, 98, 99, 153, 157, 195, 253, 254, 256

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO P. 5, 6, 7, 19, 20, 28, 34, 107, 110, 113

P

PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 173, 195, 196, 197, 220
accesibilidad P. 160, 180, 196, 197

Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad P. 196

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN P. 271

PUEBLOS ORIGINARIOS P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 56, 65, 66, 81
derecho a la tierra y al territorio P. 6, 8, 18, 34, 35, 36, 37

R

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO P. 49, 178, 241

T

TORTURA P. 201, 287, 289
prohibición de la tortura P. 199, 239

V

VIOLENCIA DE GÉNERO P. 61, 66, 69, 70, 81, 84, 87, 88, 94, 95, 106, 107, 108, 111, 113, 115, 120, 125, 165, 287, 292, 293, 294
acoso sexual P. 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 129, 130, 131

VIOLENCIA DOMÉSTICA P. 96, 106, 107, 287, 291, 292, 293, 294

Este libro con una tirada de 12.000 ejemplares, se terminó de imprimir en
los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en junio de 2014.

GRAFICA
CAMPICHUELO
Cooperativa Obrera Gráfica Campichuelo Ltda

Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar