

# Derechos Humanos

AÑO III NÚMERO 6-A

Director: Sebastián Alejandro Rey

---



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación

 Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

---

AÑO III - NÚMERO 6-A

# 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° 6 A - Edición: junio 2014. Impresión: enero 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.  
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,  
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista 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](http://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 Giacomini

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

## Volumen 6-A

### Doctrina p. I

La marcación de la víctima en el genocidio.

Algunos aspectos relativos a la construcción del otro como enemigo

por PEDRO MOURATIAN ..... p. 3

Sentimientos y derecho. Un enfoque corpóreo de la justicia

durante los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina

por EVA VAN ROEKEL ..... p. 17

Los inicios del Plan Clandestino de Represión en el período 1966-1973 en Argentina

por DAIANA FUSCA ..... p. 51

### Jurisprudencia anotada p. 79

Recusación por falta de imparcialidad del juzgador.

CSJN, “Patti, Luis Abelardo y otros s/ causa n° 15.438”, 10 de julio de 2013

por DAVID MIELNIK ..... p. 81

Derecho a la vivienda adecuada.

CSJN, “Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 18I, inc. 1 CP”, 1 de agosto de 2013

por PATRICIA LÓPEZ VERGARA ..... p. 95

Libertad de expresión. Doctrina de la real malicia.

CSJN, “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa -

TEA SRL c/ Arte Radiotelevisivo Argentino SA”, 1 de agosto de 2013

por MARINA CHERTCOFF ..... p. 119

Obligatoriedad de los informes de la CIDH.

CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”, 6 de agosto de 2013

por JAMES ERNESTO VÉRTIZ MEDINA ..... p. 127



## ÍNDICE

### Derecho a la salud.

CSJN, “Tolosa, Nora Elida y otro c/ Swiss Medical SA s/ cobro de sumas de dinero”,  
27 de agosto de 2013  
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ..... p. 147

### Derecho a la libertad de expresión. Plazo razonable del proceso.

Corte IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C N° 265  
por SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN ..... p. 155

### Garantías en procesos de cesación de magistrados.

Corte IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)  
vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas),  
sentencia de 23 de agosto de 2013, Serie C N° 266 y “Caso del Tribunal  
Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo,  
Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C N° 268  
por DIRECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS y CULTOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS y  
CULTOS DE ECUADOR..... p. 173

### Obligación de investigar casos de tortura.

Derecho de circulación y de residencia en casos de exilio.  
Corte IDH, “Caso García Lucero y otras vs. Chile” (Excepción Preliminar,  
Fondo y Reparaciones), sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C N° 267  
por CLARA SANDOVAL, MARÍA VALLES y JOSEPHINE WRAGGE ..... p. 193

### Personas defensoras del medio ambiente.

Obligación de investigar violaciones de derechos humanos.  
Corte IDH, “Caso Luna López vs. Honduras”  
(Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C N° 269  
por ALEJANDRA NUÑO..... p. 215

### Derechos de las personas privadas de la libertad.

CIDH, Informe sobre la situación de las personas privadas de la libertad en Honduras,  
18 de marzo de 2013  
por EDY TÁBORA ..... p. 235

### Pena de muerte. Discapacidad mental. Trato inhumano.

CIDH, Informe 52/13, Clarence Allen Lackey y otros; Miguel Ángel Flores  
y James Wilson Chambers (Fondo), Estados Unidos, 15 de julio de 2013  
por MARK WARREN ..... p. 259

## ÍNDICE

Derecho del imputado a la asistencia letrada.  
TEDH, *Martin c. Estonia*, 30 de mayo de 2013  
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ ..... p. 275

Derecho a enterrar familiares fallecidos. Terrorismo.  
TEDH, *Sabanchiyeva y otros c. Rusia*, 6 de septiembre de 2013  
por AGUSTÍN MOGNI ..... p. 283

Convencionalidad de la pena de prisión perpetua.  
TEDH, *Vinter y otros c. Reino Unido*, 9 de julio de 2013  
por GUSTAVO MARTÍN IGLESIAS ..... p. 291

Derecho a la educación universitaria. Restricciones.  
TEDH, *Altinay c. Turquía*, 9 de julio de 2013  
por MARISOL DORREGO ..... p. 313

Violencia de género. Derecho a la vida privada.  
TEDH, *B. c. Moldavia*, 16 de julio de 2013  
por SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ ..... p. 319

Principio de legalidad. Irretroactividad de la ley penal.  
TEDH, *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, 18 de julio de 2013  
por LAURA BELLOQUI ..... p. 329

## Volumen 6-B

Debido proceso. Presunción de inocencia.  
TEDH, *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, 23 de julio de 2013  
por KATIA ROSENBLAT ..... p. 361

Salud mental. Derecho a la vida familiar.  
TEDH, *Dmitriy Ryabov c. Rusia*, 1 de agosto de 2013  
por MARIANO LAUFER CABRERA y FACUNDO CAPURRO ROBLES ..... p. 369

Cuestiones procedimentales del derecho a la vida privada y familiar.  
Interés superior del niño.  
TEDH, *Antonyuk c. Rusia*, 1 de agosto 2013  
por MARISOL DORREGO ..... p. 387

## ÍNDICE

Desaparición forzada de personas. Deber de investigar. TEDH, <i>Saidova c. Rusia</i> , 1 de agosto de 2013 por KATIA ROSENBLAT .....	p. 391
Derecho al voto de los condenados. TEDH, <i>Söyler c. Turquía</i> , 17 de septiembre de 2013 por AGUSTÍN MOGNI .....	p. 395
Prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. Violencia policial. TEDH, <i>Dembele c. Suiza</i> , 24 de septiembre de 2013 por KATIA ROSENBLAT .....	p. 399
Derecho a la libertad de expresión. Funcionarios públicos. TEDH, <i>Belpietro c. Italia</i> , 24 de septiembre de 2013 por MARISOL DORREGO .....	p. 405
Derecho a la educación en contextos carcelarios. TEDH, <i>Epistatu c. Rumania</i> , 24 de septiembre de 2013 por RODRIGO ROBLES TRISTÁN .....	p. 409
Derecho a la privacidad. Prohibición de discriminación. TEDH, <i>I. B. c. Grecia</i> , 3 de octubre de 2013 por HORACIO RICARDO GONZÁLEZ .....	p. 417
Derecho a la libertad de expresión en Internet. TEDH, <i>Delfi AS c. Estonia</i> , 10 de octubre de 2013 por MARISOL DORREGO .....	p. 431
Uso de la fuerza en allanamientos. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. TEDH, <i>Gutsanovi c. Bulgaria</i> , 15 de octubre de 2013 por ADRIÁN MARTÍN y GONZALO FREJEDO .....	p. 437
Derecho a la vivienda. TEDH, <i>Winterstein et autres c. Francia</i> , 17 de octubre de 2013 por KATIA ROSENBLAT .....	p. 453
Derecho a la integridad personal de las personas privadas de la libertad. Traslados de detenidos. TEDH, <i>D. F. c. Letonia</i> , 29 de octubre de 2013 por NICOLÁS LAINO .....	p. 461

## ÍNDICE

### Plazos de detención.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1787/2008,  
*Zhanna Kovsh (Abramova) v. Bielorrusia*, 5 de julio de 2013  
por JULIA BEN ISHAI ..... p. 477

### Desaparición forzada de personas. Derecho al recurso efectivo frente a normas de perdón.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicaciones 1807/2008 y 1791/2008  
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ..... p. 481

### Derecho de reunión pacífica.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1948/2010,  
*Denis Turchenyak y otros c. Estado de Bielorrusia*  
por JULIA BEN ISHAI ..... p. 491

### Derecho a la libertad de religión. Prohibición de discriminación.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1928/2010,  
*Mann Singh c. Francia*, 26 de septiembre de 2013  
por MARINA CHERTCOFF ..... p. 497

### Detención de solicitantes de refugio por tiempo indeterminado.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 2094/2011, 28 de octubre de 2013  
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ ..... p. 503

### Discriminación racial y libertad de expresión.

ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación 48/2010,  
10 de mayo de 2013  
por GIULIANA MUCCI MIGLIANO ..... p. 511

### Inadmisibilidad por litispendencia.

Comité contra la Tortura, Comunicación 479/2011, 19 de julio de 2013  
por MARINA CHERTCOFF ..... p. 517

## Entrevistas

p. 521

Entrevista a E. Raúl Zaffaroni (Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación  
de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires)..... p. 522

### Entrevista a Martín Fresneda

(Secretario de Derechos Humanos de la Nación) ..... p. 529

## ÍNDICE

---

### Reseñas bibliográficas p. 54I

Tratado de los Tratados Internacionales Comentados  
por VICTORINO F. SOLÁ.....p. 543

Los derechos humanos en la justicia del trabajo. Nuevas perspectivas interdisciplinarias  
por R. FEDERICO SILGUERO CORREA.....p. 569

Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos  
por ANA OBERLIN.....p. 575

Construcción de la Memoria. Conversaciones sobre dictadura y genocidio  
por MARTÍN AVILA.....p. 587

Violencia familiar. Aspectos prácticos  
por FLORENCIA LOSIO.....p. 595

Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional  
por RAÚL OSVALDO ARRIETA.....p. 599

### Novedades p. 603

### Fuentes citadas p. 623

---

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gob.ar](http://www.infojus.gob.ar)

# Doctrina

---



# La marcación de la víctima en el genocidio

## Algunos aspectos relativos a la construcción del otro como enemigo

por PEDRO MOURATIAN<sup>(1)</sup>

*“¿Sabes qué causa todavía tanto dolor? No es la gente que perdimos, ni la tierra. Es saber que podemos ser tan odiados. ¿Quiénes son estas personas que pueden odiarnos tanto? ¿Cómo pueden seguir negando su odio y así odiarnos más aún?”*  
*De la película “Ararat” de Atom Egoyan, 2002*

### I | Introducción

Saberse odiado, pero ignorar por quiénes o por qué, sin lugar a dudas, representa uno de los aspectos más siniestros del genocidio. La **marcación de la víctima** como el **enemigo** es un proceso que obliga a reflexionar sobre la cadena de responsabilidades de la empresa genocida.

Este análisis es de sustancial importancia para la prevención y sanción del flagelo.<sup>(2)</sup> Su reflexión —en tanto descendiente de armenios y titular del Ins-

(1) Interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y Miembro del Consejo de Presidencia de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH).

(2) Tal como sostiene Feierstein, la cuestión no gira tanto en torno al hecho del aniquilamiento como una acción en sí misma, sino más bien en la legitimación y justificación del agresor;



tituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)—  
reviste un interés particular para mí.

Al percibir el genocidio en un lapso de la cadena de responsabilidades —militar, civil, corporativa, etc.— resulta necesario que nos cuestionemos sobre el grado de internalización personal, social e institucional de los prejuicios discriminatorios, a menudo racistas y/o xenófobos —ambas categorías englobadas por el delito mencionado—, pero también —y cada vez más frecuentemente— sexistas, clasistas, etc.

En tal sentido, resulta imposible no coincidir con aquellas posturas que rechazan la incomprendibilidad del genocidio.<sup>(3)</sup> Por eso creo que es necesario indagar sobre las circunstancias del contexto de producción de los genocidios —sin pretender con ello una apropiación de las experiencias y del dolor de las víctimas— para desentrañar la compleja trama de su planificación, ejecución y encubrimiento y, en particular, el proceso de construcción del enemigo.

Solo a partir de un exhaustivo y constante análisis es posible llegar a la verdad<sup>(4)</sup> de los sucesos ocurridos. Y esta verdad —a la vez, ideal ontológico y derecho sustantivo— será el punto de partida que permitirá a la humanidad sanar sus heridas y estar preparada para no repetir tales flagelos del pasado.

.....  
en definitiva, en la completa y aberrante modificación de las relaciones sociales a partir de dicha práctica. Ver FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Bs. As., FCE, 2008, p. 35.

(3) “La sacralización del Holocausto en tanto experiencia inaprehensible desacraliza aquellos procesos de negativización y aniquilamiento que aparecen como expresamente racionales y comprensibles —en particular, los político-ideológicos—, disminuyendo su rango al trasladar la asignación identitaria construida por los genocidas...”, FEIERSTEIN, DANIEL, *ibid.*, p. 85.

(4) Ramos Padilla expresa con claridad esta necesidad: “Tal vez no sea posible conocer “La Verdad”, pero la obligación del Estado no es la de alcanzar una certeza inalcanzable, sino, al menos, la de reducir el número de mentiras que se hicieron circular en el discurso público. Una Nación que se niegue a señalar qué es lo que sucedió con sus habitantes o con una parte de su población no solo es un estado inmoral, sino que tampoco puede ser considerado democrático y respetuoso de los derechos humanos. De allí que la exploración de la verdad histórica constituye una obligación del Estado y un derecho de la víctima, del familiar y de la sociedad que tienen derecho a conocer y contar su historia...”. Ver RAMOS PADILLA, ALEJO, *Crímenes de Lesa Humanidad en la Argentina: de la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio*, Bs. As., Fabián J. Di Plácido, 2011, p. 117.

## 2 | Definición de grupo

Para poder avanzar en el análisis del proceso de marcación de las víctimas, resulta necesario problematizar previamente la definición de grupo. Esto es así toda vez que su calificación jurídica de genocidio depende de determinadas características del colectivo victimizado. Este análisis, justamente, se centra sobre el proceso de marcación del enemigo.

La permanente tensión entre el acuerdo jurídico actual sobre el concepto de genocidio —según la Convención del 48 y, posteriormente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional— y la interpelación sociológica en torno al fenómeno, animan un debate permanente cuya mayor riqueza es su propia existencia.

Como ciudadano argentino y latinoamericano, me resulta inevitable repensar la definición de genocidio a la luz de los horriblos acontecimientos de las últimas dictaduras militares que azotaron la región en la década del setenta.<sup>(5)</sup>

Por lo tanto, la solución teórica de avanzar en dicho análisis a través del concepto de **práctica social genocida** puede ser aceptado como paliativo, pero siempre bajo el firme propósito de lograr una reflexión y acción más coherentes, y respuestas a males de tal envergadura.

Pero más allá de los trabajos preparatorios de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y de las legislaciones internas de algunos estados particularmente comprometidos en la materia —tal es el caso de Francia—, el acuerdo al que se arribare en el plano del derecho internacional con relación a no contemplar a los grupos políticos como posibles víctimas del flagelo merece un particular cuestionamiento a la luz de los procesos de marcación de la víctima.

Ahora bien, resulta necesario decir que, despejando el término **genocidio** de aquellas tensiones propias a su etimología e historicidad, es posible

.....  
(5) Como señala Izaguirre, siguiendo a Temon, en contrasentido con el avance del derecho internacional en la prohibición del uso de la fuerza como forma de resolver los conflictos, los países más poderosos han negado y/o encubierto la índole política de los genocidios. Ver IZAGUIRRE, INÉS et al., *Lucha de clases, guerra civil y genocidio en la Argentina. 1973-1983. Antecedentes. Desarrollo. Complicidades*, Bs. As., EUDEBA, 2009, p. 53.

sostener que, en su esencia, se concentra la idea acerca del exterminio planificado de un grupo determinado de personas. Esta delimitación del grupo victimizado es el resultado de un proceso de selección previa que se basa en prejuicios discriminatorios, llevada a cabo en complicidad con distintos actores de la sociedad. La particularidad de este tipo de prejuicios es que presentan a los grupos vulnerados como amenazantes para posibilitar y justificar la existencia e identidad del agresor.<sup>(6)</sup>

En este sentido, para que exista un contexto propicio para la ejecución de un genocidio, deben conjugarse al menos dos circunstancias. Por un lado, un nivel de prejuicios discriminatorios de tipo conspirativo. Por el otro, un grado de violencia de tipo institucional. Sin la combinación de estos factores dirigidos contra un grupo, la idea de su exterminio quedaría en el plano teórico de la justificación de los discursos discriminatorios.

Pero si retomamos el término en cuestión, a la idea esencial de genocidio le precede el concepto de grupo. Este puede ser sintetizado como un conjunto definible de personas que se consideran y conciben su identidad —al margen del aspecto subjetivo e individual— a través del sentimiento de pertenencia a un colectivo determinado por cierta condición que entraña implicancias sociales en términos de desigualdad estructural, de forma tal que, en buena medida, su estatus social y hasta su manera de actuar se encuentra basada en esa percepción. Para poder merituar estas características de autopercepción e interdependencia es importante tener en cuenta el factor tiempo,<sup>(7)</sup> en tanto permanencia de la situación de vulneración de dicho colectivo de personas en la sociedad.<sup>(8)</sup>

(6) "Con un discurso hegemónico como este [concepción liberal que otorga carácter igualitario al concepto de persona humana] las prácticas genocidas de los siglos XIX y XX se encontraban obligadas a provocar lo que Berger y Luckman llamaban un "proceso de alternación", es decir, la construcción de nuevas interpretaciones (globales y particulares) de la realidad que permitan construir un marco de legitimidad para las prácticas prejuiciosas, exclusorias y genocidas que requería la conformación de este nuevo Estado-Nación...". Ver FEIERSTEIN, DANIEL, *Seis estudios sobre genocidio - Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión y exterminio*, Bs. As., EUDEBA, 2000, p. 37.

(7) FISS, OWEN M., "El principio de apoyo a los grupos desaventajados", en *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 137/145.

(8) Nótese que el propio Raphael Lemkin, creador del neologismo, puso en duda la inclusión de los grupos políticos debido a su falta de persistencia, firmeza o permanencia. Ver FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social...*, op. cit., p. 39.

Por tales argumentos sostengo que el análisis sobre la permanente tensión sociológico-jurídica del concepto de genocidio debe avanzar sobre el concepto de **grupo** vulnerado en el marco de los contextos sociales que, aunque variables, resultan sostenidos desde la perspectiva de la desigualdad estructural.

Pero es momento de dejar atrás los aspectos preliminares relacionados con la identidad grupal autopercebida y comenzar a transitar el camino de la marcación de la víctima de genocidio, proceso que, tal como se intentará explicar, resulta común a todas las lamentables experiencias de este tipo de delito.

### 3 | La marcación de la víctima

Luego de haber sentado las bases sobre las cuales se sustenta la noción de víctima de genocidio —esto es, el concepto de **grupo**—, corresponde comenzar a caracterizar el proceso de marcación de las víctimas de genocidio. Esta configuración del enemigo es indispensable para el cometido de la empresa —la planificación sistemática de un exterminio—<sup>(9)</sup> toda vez que, fundamentalmente, dicha actividad apunta a su justificación a través de la desvalorización o deshumanización de la víctima.<sup>(10)</sup>

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, una distinción entre dos grandes conjuntos de prejuicios; uno de los cuales fuera ya referido al adelantar las

(9) "... cuando hablamos de un proceso de genocidio estamos hablando de que existe una clasificación dentro de la sociedad que la divide en nosotros y ellos, en unos y otros (...) asociamos a los otros con ciertos símbolos que los identifican, que los podemos tomar de la historia, de la mitología, de las características físicas (...) nos olvidamos de que quienes están enfrente son seres humanos. Todo proceso de genocidio pasa por un proceso previo de deshumanización...", ver PERAZZO, SILVIA, "Análisis de las violencias extremas", en *La Shoá, los genocidios y crímenes de lesa humanidad: Enseñanzas para los juristas*, Bs. As., Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2011, p. 61.

(10) "... los discursos racistas, a poco que se observen, no son más que técnicas de neutralización aplicada a la programación expresa o tácita de empresas genocidas, especialmente a través de lo que esos autores llamaron en su momento devaluación de la víctima...", ver ZAFFARONI, E. RAÚL, "El racismo como estructura discursiva contra los Derechos Humanos", en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, 1ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 435.

circunstancias de contexto o factores que considero necesarios para que se desencadene un genocidio.

Por un lado, están los prejuicios que tienen por finalidad sostener situaciones de desigualdad para justificar relaciones de dominio. Por otro lado, están los prejuicios que pretenden una representación diferenciadora del otro para expulsarlo o exterminarlo.<sup>(11)</sup> En un caso, el **otro** es necesario por funcional a un sistema —político-económico-social— y, por lo tanto, su existencia e identidad debe ser garantizada, aunque de forma condicionada. Es diferente, está señalado, pero aún no es enemigo. En cambio, en el segundo supuesto, la existencia de un **otro** compete con la supervivencia del victimario quien, por lo tanto, comienza a planificar su exterminio.

Por eso, el proceso de marcación de la víctima de genocidio, tal como se verá, se desarrolla solamente en base a determinados prejuicios. O, dicho de otro modo, no todos los prejuicios discriminatorios pueden desencadenar en la marcación de otro en miras a desarrollar una empresa genocida. Solo algunos prejuicios anuncian exterminio.<sup>(12)</sup>

Una segunda aclaración que considero necesario realizar se encuentra relacionada a los distintos grados de violencia con que se manifiestan en una sociedad los prejuicios antes señalados. En tal sentido, es posible señalar tres grados bien definidos: el infrapolítico, el político y el estatal,<sup>(13)</sup> según se trate de expresiones aisladas, con parcial o con total grado de institucionalización oficial.

En tanto y en cuanto la marcación del otro como **enemigo** es un hecho social que involucra a toda la comunidad —aunque con distinto grado de participación—, esta se desarrolla recién a partir de la superación del nivel infrapolítico de violencia. La marcación, por definición, no es una actividad que pueda darse aislada o esporádicamente. Por el contrario, al dejar una huella en el portador que solo se extingue con la eliminación física de este, resulta de carácter permanente.

(11) WIEVIORKA, MICHEL, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992, p. 174.

(12) WIEVIORKA, MICHEL, *ibid.*, p. 110.

(13) *Ibid.*, p. 161.

No hay que dejar de observar, en tercer lugar, el contexto social que hace propicio este proceso de marcación de la víctima. Esta realidad política, concreta y coyuntural a la que me refiero debe, necesariamente, implicar circunstancias de cambio o movilización colectiva. Es decir, debe cuestionarse el *status quo*. No se realiza una marcación para cristalizar determinada situación, sino para modificarla, en este caso, a través de la eliminación de un actor social.

La cuarta y última observación preliminar en torno al fenómeno de la marcación de las víctimas de genocidio se relaciona con el grado de integración social del grupo vulnerado en el entramado social. Cuanto más integrado esté el grupo más radical resultará el proceso de marcación.<sup>(14)</sup> Esto es lógicamente así porque se requerirá de mayores esfuerzos para conseguir la construcción de un otro enemigo.

Pues bien, tanto el concepto jurídico de delito de genocidio como su correlato sociológico remiten a tres elementos característicos: a) la pertenencia de la víctima a un grupo determinado, b) la intención del victimario de destruir, parcial o totalmente, a dicho grupo, y c) un contexto socio-político manifiesto de conductas similares dirigidas contra el mismo grupo y con idéntico propósito.

Una vez abordadas algunas cuestiones preliminares relativas a las circunstancias de producción del genocidio, corresponde comenzar con la consideración del proceso de construcción de la **otredad negativa**. Es decir, la visión de determinados otros como enemigos.

.....

(14) "... En Alemania, el antisemitismo se desarrolló en una coyuntura histórica en la que los judíos se habían integrado ampliamente, participaban de forma activa en la modernidad y renunciaban masivamente a los distintivos más visibles de su religión o de su cultura específica...", *ibid.*, p. 174.

Nótese, por ejemplo que, en el caso del genocidio armenio, el proceso de marcación resulta menor toda vez que históricamente estuvieron no integrados. Tal como lo afirma Ternon: "... desde el nacimiento del Imperio Otomano en el siglo XV, la gente no musulmana (...) son *dhimmi*, es decir, protegidos del sultán sometidos a intercambios de esta protección con una serie de coacciones con desigualdad ante la ley...", ver TERNON, YVES, "El genocidio armenio y el combate por su reconocimiento", en *La Shoá, los genocidios y crímenes de lesa humanidad: Enseñanzas para los juristas*, Bs. As., Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2011, p. 118.

Asimismo, De Zayas señala: "En particular, en la capital otomana, Estambul, muchos armenios fueron elevados a las jerarquías de los privilegiados del Imperio y reconocidos y distinguidos por sus talentos en la administración del gobierno y sus finanzas. Es así que existieron en el Imperio, y durante mucho tiempo, formas institucionalizadas de discriminación étnica, a la par de un favoritismo selectivo de clase...", ver DE ZAYAS, ALFRED, *El genocidio contra los armenios 1915-1923 y la relevancia de la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, Catálogos y Consejo Nacional Armenio, Bs. As., 2009, p. 25.

El análisis del proceso de marcación de la víctima sirve entonces de hilo conductor entre los elementos enumerados precedentemente y da cuenta de un proceso, toda vez que parte de las circunstancias contextuales que llevan a victimizar a un grupo con la finalidad de exterminarlo.

### 3.1 | Marcación de la víctima de genocidio

Intentaré, a continuación, desarrollar los aspectos del proceso de marcación de la víctima que considero comunes a todos los genocidios. No pretendo agotar la cuestión sino, tan solo, reflexionar sobre la materia para la prevención y sanción de dicho flagelo.

El primer estrato por el que transita el proceso de marcación de víctimas de genocidio es el resurgimiento de las **mitologías prejuiciosas** de antaño como una forma de buscar la explicación del origen de un mal.

Dicha concepción mítica<sup>(15)</sup> del otro se encuentra plagada de preconceptos irracionales. En este sentido, la heterofobia<sup>(16)</sup> —entendida como desconfianza o temor irracional<sup>(17)</sup> hacia quien entiende diferente el imaginario colectivo— es una constante omnipresente en la historia de la humanidad. Aristóteles, por ejemplo, consideraba que “la razón”, máxima virtud del ser griego, era ajena a los “bárbaros”. En la Edad Media, por otro lado, se llegó a poner en duda si los indígenas americanos poseían o no un alma.

Tales mitologías, las que fueran luego resignificadas a través de los prejuicios racistas surgidos a partir de la corriente de pensamiento positivista,<sup>(18)</sup>

(15) “... mitos fundadores del racismo (...) consisten en integrar en una sola y misma imagen diversos elementos constitutivos de una cultura nacional y en organizar una representación del origen...”, DE ZAYAS, ALFRED, *ibid.*, p. 86.

(16) El decreto 1086/2005 declara de interés nacional el informe titulado “Hacia un Plan Nacional contra la Discriminación”, Bs. As., INADI, 2005, p. 49.

(17) Wieviorka señala que J. B. Pontalis, en una entrevista con Jacquard, afirma que el otro genera un pavor que fascina y que, por lo tanto, atrae, siendo a la vez un extraño y un semejante. Ver WIEVIORKA, MICHEL, *op. cit.*, p. 71.

(18) “Durante y después de la guerra de 1814, los románticos alemanes exaltan la personalidad innata, la nobleza natural; por su parte, los nacionalistas alemanes, en ausencia de una unidad política, proponen una definición ideológica de la Nación y hablan

delinean una identidad del otro, a menudo de forma inconsciente, ligada a una sensación de aversión.<sup>(19)</sup>

Por esto resulta importante contemplar —tal como se indica en los párrafos precedentes dedicados al concepto de grupo— el factor tiempo en función de la construcción de aquellas identidades vulneradas. Este permite trazar una constante en la percepción del grupo victimizado por la sociedad.

La visión del otro varía necesariamente con el correr de los años y depende, en última instancia, de los distintos contextos de la actualidad social. Pero más allá de lo dinámico que resulte este proceso, su resultado en un momento determinado debe ser percibido como un proceso de sedimentación por el cual una capa se asienta sobre la otra. Por lo tanto, la última capa, la exterior, aunque a simple vista se aprecie distinta a las anteriores, se basa sobre aquellas.

Un ejemplo de esto es el caso del genocidio de Ruanda donde, al re-crearse el conflicto político entre Hutus y Tutsis sobre el cambio de la estructura social y el reparto de riquezas, resurgieron manifiestos que apelaron a conquistas de reyes de unos sobre otros, sucedidas muy atrás en el tiempo, allá por el siglo XVI.

Un segundo estrato del proceso de marcación de la víctima implica la construcción de una simbología adaptada a las circunstancias del contexto social de cada momento.

.....  
de un común origen tribal (...) Bruke expresa la idea de que el pueblo o la nación inglesa ha recibido como herencia inalienable el derecho a la libertad: derecho de los ingleses y no derechos del hombre...”, WIEVIORKA, MICHEL, *ibid.*, pp. 77/78.

“... En esta dirección se han movido, por ejemplo, Norman Cohn en 'el mito de la conspiración judía mundial' o Jacob Katz en sus trabajos sobre las representaciones de los judíos y de los francmasones desde el siglo XVIII, o también, en un cierto sentido, Pierre Birnbaum al estudiar el mito político, ampliamente difundido en Francia desde el siglo XIX, según el cual los judíos serían los primeros beneficiados del pacto republicano, se habrían apropiado del Estado y estarían minando la 'auténtica' Francia...”, *ibid.*, p. 88.

(19) Lo dicho en este estrato se corresponde con el señalamiento efectuado por Zaffaroni en torno al primer presupuesto (“elementos dogmáticos”), sobre los cuales se basa la estructura del pensamiento racista, es decir, la “jerarquización biológica”. Ver ZAFFARONI, E. RAÚL, *op. cit.*, p. 435.



Se produce, en tal sentido, la construcción del otro como **chivo expiatorio**,<sup>(20)</sup> que sirve de explicación a la causa de diversos malestares y tensiones sociales concretas de una realidad circundante.

Es así como, por ejemplo, en el caso del genocidio armenio, se acusó de alinearse con Rusia durante la Primera Guerra Mundial y ser, por lo tanto, los responsables de la derrota de Turquía. Esta acusación, luego, fue retomada por el movimiento nacionalista panturquista, surgido en la entreguerras, que propugnaba la extensión de un imperio otomano poblado exclusivamente por turcos.

Queda atrás en este estrato la explicación mitológica sobre, por ejemplo, la responsabilidad del pueblo judío en la muerte de Jesucristo —la que gravitará en el imaginario colectivo como un prejuicio— y se pone en marcha, ahora, una visión conspirativa —esta vez coyuntural— contra una representación estereotipada de ese grupo,<sup>(21)</sup> culpándolos de la derrota en la Primera Guerra Mundial, tal como en el caso de la Alemania nazi.

La concepción mítica sirve entonces como un antecedente, una condena social lazada por otras personas de otros tiempos, por otros motivos, pero siempre dirigida hacia el mismo **enemigo**. Por lo tanto, sirve para reforzar las nuevas acusaciones.

La simbología generada en cada contexto remitirá a un estereotipo sobre el otro que, debido a su propia pretensión de universalidad, resultará esencialmente falsa. Justamente en esta falsa concepción del otro se asienta todo el proceso de marcación.

De esta construcción simbólica participan principalmente los **ideólogos**.<sup>(22)</sup> Es decir, eruditos, intelectuales y técnicos de todas las ramas del saber se .....

(20) Lo dicho en este estrato se corresponde con el señalamiento efectuado por Zaffaroni en torno al segundo presupuesto ("elementos dogmáticos") sobre los cuales se basa la estructura del pensamiento racista, es decir, la "cosmovisión conspirativa". Ver ZAFFARONI, E. RAÚL, *ibid.*, p. 435.

(21) "El poder retoma símbolos y características existentes en el imaginario colectivo, construye nuevos símbolos y mitos, refuerza los prejuicios latentes a fin de construir un sujeto social como negativamente diferente...". Ver FEIERSTEIN, DANIEL, *Seis estudios sobre genocidio...*, *op. cit.*, p. 38.

(22) Ver WIEVIORKA, MICHEL, *op. cit.*, pp. 105/106. Paradójicamente, tal como lo señala el autor, este proceso culmina en la propia negación de la ciencia, cuya aplicación torna aberrante su finalidad.

ponen a disposición del Estado para la justificación del discurso político institucionalizado. Por ejemplo, en el caso de lo que luego fuera conocido como el genocidio de la ex-Yugoslavia. La idea en torno a la “Gran Serbia” se basó, incluso, en argumentos lingüísticos cuyos antecedentes remiten el tratado “Serbios todos y en todas partes” del siglo XIX.

Un tercer estrato —y punto de no retorno— en el proceso de marcación de la víctima se traspasa a través de la **justificación jurídica de la diferenciación** respecto de la condición del otro.

Allí donde la sociedad, por medio de sus instituciones, cristaliza el tratamiento diferenciado hacia un grupo previamente identificado a través de mitologías y simbología del enemigo, se fragua el proceso de marcación de la víctima. Hasta ese momento, la justificación que el colectivo dominante hacía de su forma de pensar y de ver al otro se producía en el plano político pero aún no traspasaba al de violencia estatal. Es decir, la visión del otro como enemigo se encontraba, más o menos, institucionalizada, pero no era oficial.

En un **Estado de derecho** —es decir, una forma de organización social dada a partir del dictado de leyes—, cuyo fundamento es la ley y la diferenciación del otro se normativiza,<sup>(23)</sup> todo el aparato oficial se vuelca en pos de la empresa genocida. Una vez que el discurso jurídico —expresión incuestionable del sentir político— encarna el tratamiento diferenciado del otro, entonces se encuentra consolidado el proceso de marcación de la víctima, que ya no requiere de ninguna justificación. De esto podemos tomar como ejemplo a la Alemania nazi de los años treinta, donde se aprobaron más de mil leyes contra la colectividad judía.

El cuarto elemento común —y tal vez el último estrato— en los procesos de construcción del enemigo es la **automarcación**. De todos los estadios del proceso este es, a mi modo de ver, el más complejo de abordar, pues se trata de la internalización que el grupo victimizado hace de dicha condición, la cual le es impuesta.

(23) En el plano jurídico, la ley se emplea para marcar al otro limitando sus derechos, por ejemplo, de propiedad, de ejercicio profesional, de utilización de determinadas vestimentas o símbolos e incluso hábitos o costumbres y, finalmente, de posesión de ciudadanía. Ver WIEVIORKA, MICHEL, *ibid.*, p. 41.

La “enguetización”<sup>(24)</sup> o enclaustramiento que el grupo marcado hace sobre sí mismo puede obedecer, en una primera instancia, a una necesidad de autopreservación.<sup>(25)</sup> Sin embargo, al poco tiempo de darse este paso, se produce la pérdida de contacto con el exterior —y, en cierta medida, con la realidad— viviendo con aceptación el carácter de víctima.

A tal punto se internaliza dicha condición que se produce un quiebre en el grupo victimizado entre quienes se encierran<sup>(26)</sup> y quienes no asumen el mismo comportamiento. Entonces se replica la dinámica de culpabilización<sup>(27)</sup> y son ahora las propias víctimas —“enguetizadas”— las que comienzan a ver al enemigo en personas del mismo grupo.

Se llega así a la construcción de un **otro dentro del otro**, proceso este que refuerza y perpetúa el carácter del grupo como un elemento distinto y anormal frente a la sociedad. Ese grupo marcado reacciona contra los integrantes que se revelan a dicha marcación. Un ejemplo crudo de este aspecto del proceso fueron los casos de aquellos congéneres que delataban el abandono del gueto.<sup>(28)</sup>

(24) “Esta relocalización, al seguir a un proceso constante de hostigamiento, muchas veces es deseada y exigida por la misma fracción social que la sufre. Por ejemplo, gran parte de las comunidades judías vieron como un ‘alivio’ la creación del gueto (...) sin comprender que era un salto cualitativo hacia su propio exterminio (...) un salto importante en la ruptura de las relaciones sociales entre la fracción a ser exterminada y el resto de las fuerzas sociales...”, *ibid.*, p. 43.

(25) “Sobre todo, la segregación se percibe como un fenómeno positivo: ‘La segregación —afirma, por ejemplo, Burgess— ofrece al grupo y, consiguientemente, también a los individuos que lo integran, un lugar y un papel en la organización total de la vida urbana’”. Ver WIEVIORKA, MICHEL, *op. cit.*, p. 133.

(26) “... se adaptan (según la terminología de Bettelheim, es decir, asumen los valores del genocida, pierden definitivamente su condición de sujetos para sí) al no soportar el deterioro de sus condiciones de existencia subjetiva como seres autónomos...”. Ver FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social...*, *op. cit.*, p. 44.

(27) “Una metodología aún más sutil de realización de las prácticas genocidas es aquella ligada a la transferencia de los mecanismos de culpabilización (...) aquellas víctimas resistentes —es decir, a las que se considera como ‘sujetos no inocentes’— terminan cargando sobre sus espaldas los asesinatos de quienes tenían (...) menor carga de negativización o menor racionalidad en la construcción de su victimización...”. Ver FEIERSTEIN, DANIEL, *ibid.*, p. 244.

(28) *Ibid.*, p. 45.

## 4 | Conclusión

Hasta aquí he reflexionado y convocado al análisis del proceso de marcación de la víctima, entendido como un estadio fenomenológico común a todos los genocidios. Es decir, un paso necesario en el curso de su planificación, en vistas a su efectiva ejecución y puesta en práctica.

En este sentido, he intentado dar cuenta de distintos estratos, no como compartimientos estancos, tampoco haciendo un análisis acabado del proceso de marcación de la víctima. Sostengo, una vez más, que solo con una comprensión amplia y global de este fenómeno será posible evitar nuevos flagelos genocidas.

Pero además de sostener como herramienta el estudio permanente de la cuestión para dilucidar aquellos procesos complejos que llevan al surgimiento de prácticas genocidas, buena parte de la solución viene dada por la constante actualización de la normativa antidiscriminatoria. También por el avance en políticas públicas de integración, con visión intercultural, toda vez que estos dispositivos tienen la potencialidad de inhibir tempranamente el desarrollo del proceso de marcación del enemigo en todos los ámbitos de la vida social.

Este postulado axiológico y político es, además, un compromiso que he asumido desde mi rol en la función pública en cabeza del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) en sintonía con el nuevo paradigma planteado por el Gobierno Nacional en materia de protección y promoción de los derechos humanos.

---



# Sentimientos y derecho

## Un enfoque corpóreo de la justicia durante los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina<sup>(1)</sup>

por EVA VAN ROEKEL<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

“... prisión perpetua”, sentenció el Juez Presidente del tribunal con voz seria y firme.<sup>(3)</sup> El público en la sala comenzó a gritar estrepitosamente. De inmediato, el juez levantó la vista de su escritorio de madera donde el expediente permanecía abierto para pedir silencio y orden en la sala con voz autoritaria. Mientras tanto, una mujer sentada a mi lado sollozaba de forma casi inaudible.

.....

(1) Quisiera agradecer a mis colegas del Departamento de Antropología Cultural de la Universidad de Utrecht y del Instituto de Investigación del IDES (Instituto de Desarrollo Económico y Social) de Buenos Aires por sus observaciones y comentarios en versiones anteriores de este trabajo. Traducción: Marina Chertcoff.

(2) Master of Science in Latin American and Caribbean Studies (Utrecht University). Realizó trabajos de campo en Caracas y Buenos Aires. Doctoranda y Profesora en el Department of Cultural Anthropology (Utrecht University).

(3) Si bien todos mis informantes fueron avisados sobre los objetivos de mi investigación, dada la intimidad de las experiencias, decidí cambiar sus nombres para proteger su privacidad. También fueron modificados los nombres de los testigos y acusados durante las audiencias de la corte y se omitieron intencionalmente los nombres del personal judicial. Debo admitir, no obstante, que solo puede protegerse parcialmente su anonimato, debido al perfil público que ostentan en los juicios de derechos humanos. Por este motivo también decidí no especificar a qué tribunales se refiere el texto.

Esto sucedió en un juicio que escuchamos para la etapa preliminar de mi primer trabajo de campo en los tribunales federales de Buenos Aires; en el momento en que el juez sentenciaba al principal acusado de un crimen de lesa humanidad.

A lo largo de casi veinte años se mantuvieron vigentes dos leyes de amnistía para los crímenes cometidos durante la última dictadura cívico-militar (1976-1983). Luego de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación las anuló en 2005, los supuestos responsables empezaron a ser juzgados por crímenes contra la humanidad en los tribunales federales de todo el país.<sup>(4)</sup>

Durante este primer período de trabajo de campo pensaba que había venido a la Argentina para estudiar los juicios como un ritual local con la función de “purificar” la violencia colectiva.<sup>(5)</sup> En lugar de esto, me encontré rápidamente inmersa en procesos emocionales de justicia e indignación.<sup>(6)</sup>

(4) Para un análisis completo de la política de violencia y represión estatal, seguida por políticas de justicia transicional y prácticas de verdad y justicia en Argentina véase: CRENZEL, EMILIO, *Los desaparecidos en la Argentina: memorias, representaciones e ideas*, Bs. As., Biblos, 2010; FILIPPINI, LEONARDO, “La persecución penal en la búsqueda de justicia”, en *Hacer Justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina*, Bs. As., CELS, Siglo veintiuno, 2011; LICHTENFELD, REBECCA, “Accountability in Argentina: 20 Years Later, Transitional Justice Maintains Momentum. Case Study Series of the International Center for Transitional Justice”, [en línea] <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Argentina-Accountability-Case-2005-English.pdf> last accessed, at 08-04-2013; LOZADA, MARTÍN, *Sobre el genocidio. El crimen fundamental*, Bs. As., Capital Intelectual, 2008; MALAMUD GOTI, JAIME, *Terror y justicia en la Argentina. Responsabilidad y democracia después de los juicios al terrorismo de estado*, Bs. As., Ediciones de la Flor, 2000; MALLINDER, LOUISE, en “The on-going quest for truth and justice: enacting and annulling Argentina’s amnesty laws”, *Working paper n° 5 Beyond legalism: amnesties, transitions and conflict transformation at Institute of Criminology and Criminal Justice*, Queen’s University Belfast, 2009; NINO, CARLOS S., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996; RAMOS PADILLA, ALEJO, *Crímenes de lesa humanidad en la Argentina. De la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio y castigo*, Bs. As., Fabián J. Di Plácido Editor, 2011; ROBBEN, ANTONIUS C. G. M., *Political Violence and Trauma in Argentina*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2005; SIKINK KATHRYN y CARRIE BOOTH-WALLING, “Argentina’s contribution to global trends in transitional justice”, en Naomi Roht-Arriaza y Javier Mariezcurrena, *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; SKAAR, ELIN, SIRI GLOPPEN y ASTRI SUHRKE, *Roads to Reconciliation*, Lanham, Lexington Books, 2005; y, SMULOVITZ, CATALINA, “Petitioning and Creating Rights: Judicialization in Argentina”, en Rachel Sieder, Line Schjolden y Alan Angell, *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, Palgrave MacMillan, 2005.

(5) DOUGLAS, MARY, *Purity and Danger: An analysis of concepts of pollution and taboo*, London, Routledge & Kegan Paul, 1966, p. 161.

(6) ROSALDO, RENATO, *Death in Ethnographic Present*, *Poetics Today* 9 (2): 425-434, 1988, p. 432.

De acuerdo con la antropóloga Tanya Luhmann, las primeras impresiones del campo constituyen formas no-cognitivas de aprendizaje.<sup>(7)</sup> Para otros académicos, estas maneras de aprendizaje durante el trabajo de campo pueden dar lugar a una inserción profunda “dentro de la escena”.<sup>(8)</sup> Más aún, esas experiencias inmediatas cambian de manera significativa la relación con las personas a las que se busca comprender. Nada puede sustituir la fuente de conocimiento que representa la experiencia emocional que genera la primera impresión del campo.<sup>(9)</sup> Estas experiencias de campo aportan un enfoque analítico nuevo y una conexión práctica con el campo: una investigación etnográfica sobre los sentimientos de los testigos, los acusados y sus públicos respectivos en las cortes, que ofrecen interpretaciones alternativas sobre la vida humana en un contexto de violencia, represión estatal y sus consecuencias judiciales, como veremos más adelante.

Algunas semanas antes, la primera vez que fui a los tribunales federales, tomé un taxi. Todavía recuerdo la conversación con el taxista que me llevó hasta allí. Le gustaba mucho hablar. Me preguntó qué estaba haciendo en Buenos Aires y si iba a tribunales por algún problema legal. Cuando le dije que había venido a estudiar los juicios por crímenes de lesa humanidad, se enojó y me dijo que aquéllo había sucedido hacía mucho tiempo. “Esas personas estaban haciendo su trabajo en aquel entonces”, dijo mientras hacía una maniobra en las calles atiborradas de autos, colectivos, motos, y algún que otro ciclista. Como las ventanillas estaban abiertas, era difícil escuchar lo que decía. Pero de repente sonó iracundo: “¿Y por qué nadie acusa a los montoneros? Ellos también mataron gente”.

Recuerdo que sus palabras me hicieron sentir algo incómoda; pero no dije nada. Porque había ido a escuchar todas las opiniones en torno a este

.....

(7) LUHRMANN, TANYA M., “What Counts as Data?”, en *Emotions in the Field: The Psychology and Anthropology of Fieldwork Experience*, Stanford, Stanford University Press, James Davies and Dimitrina Spencer (eds.), 2010, pp. 217/220.

(8) Ver HASTRUP, KIRSTEN, “Emotional Topographies: The Sense of Place in the Far North”, en *Emotions in the Field: The Psychology and Anthropology of Fieldwork Experience*, *ibid.*, pp. 204/205. Y WULFF, HELENA, “Introduction: The Cultural Study of Mood and Meaning”, en *The Emotions: A Cultural Reader*, Oxford, Berg, Helena Wulff (ed.), 2007, p. 3.

(9) LEIBING, ANNETTE y MCLEAN, ATHENA, “‘Learn to Value Your Shadow!’ An Introduction to the Margins of Fieldwork”, en *The Shadow side of Fieldwork: Exploring the Blurred Borders between Ethnography and Life*, Athena McLean and Annette Leibing (eds.), Malden, Blackwell Publishing, 2007, p. 17.



ritual de justicia retributiva en la Argentina, no a juzgar. Pero mi percepción *a priori* sobre lo bueno y lo malo de la justicia como una forma necesaria e indispensable para las víctimas de obtener cierto consuelo tras la violencia sufrida en seguida interfirió con mi deseo ingenuo de objetividad académica. Cinco meses después volví a Buenos Aires. Le dije a Luis Noguiera —un hombre de mediana edad que muy pronto se transformó en un amigo y guía— que quería ahondar y estudiar cómo las personas en Argentina experimentaban la justicia desde lo emocional. Él pensó que era una reacción lógica y agregó que de donde yo venía, un país con una tradición racionalista del norte de Europa, los sentimientos se viven de forma muy distinta a la Argentina.

Los sentimientos no son solo un proceso físico; en efecto, están íntimamente relacionados con determinado contexto sociocultural, con dimensiones morales y cognitivas. Por lo que, si en lugar de ignorar las emociones que tienen lugar en un juicio oral, se les prestara atención, sería posible entender mejor lo que significa para las personas estar inmersas dentro de un proceso legal tan complejo. Esto constituye la piedra angular de mi futura tesis de doctorado sobre los juicios argentinos sobre los crímenes de lesa humanidad desde el punto de vista de los testigos y los acusados. Esta primera exploración cultural de los sentimientos se convirtió en la base principal de un estudio analítico sobre las “experiencias encarnadas” o “experiencias corporales” de justicia e injusticia en un mundo plural.

En este artículo sostengo que, a través de una investigación etnográfica de las experiencias emocionales de las personas, podemos entender con mayor detalle el significado que tiene este proceso de justicia en los tribunales federales de la Argentina para quienes están involucrados. En las secciones subsiguientes se discutirá brevemente la dialéctica entre la justicia y los sentimientos en distintos debates teóricos y cómo se conduce metodológica y conceptualmente una investigación etnográfica de los sentimientos de las personas que atraviesan procesos legales. Para poder entender la manera en que se experimente la justicia en los tribunales federales, pienso que debemos describir en detalle las distintas formas de vida de las personas.

Las últimas secciones de este artículo volverán a la sala donde se realizó el juicio oral; de manera de poder revisar las diversas experiencias corporales de testigos, acusados y su público; para entender los numerosos

sentimientos relacionados con la justicia e injusticia, tema central de mi investigación. No obstante, nos sumergiremos una vez más en mis primeras experiencias en la justicia federal para aclarar este enfoque, que considera, como ya se dijo, la experiencia corporal.

## 2 | El veredicto

Luego de nueve meses de testimonios y alegatos, el juicio contra un general retirado del Ejército y muchos otros acusados alcanzó una resolución.

Antes de esto, ese mismo día, yo había tomado un 115 viejo que se sacudió por toda la ciudad de Buenos Aires. En el colectivo el clima era húmedo y sofocante, pero en la entrada del edificio al que me condujo —uno de gran tamaño, ubicado en la zona del puerto de Buenos Aires— el viento soplaba intenso desde el Río de la Plata.

Como todos los demás días, los guardias de seguridad se desempeñaron de forma negligente: dejaban entrar y salir a las personas sin ningún tipo de control. Entré. Y mientras caminaba por un pasillo largo, con muchas puertas que llevaban a oficinas literalmente atiborradas de causas judiciales, pude reconocer a uno de los abogados defensores que me había cruzado algunas veces durante los cuartos intermedios. Lo vi correr con una mirada desconcertada. Al verme se detuvo un instante y me dijo que uno de los acusados quería decir sus últimas palabras, pero que no había informado a sus abogados. Se disculpó conmigo y dijo que “tenía que correr” a su oficina para averiguar qué estaba sucediendo. Más tarde me enteré de que había sido una falsa alarma.

Cuando llegué, la galería pública, ubicada en el sótano, ya estaba llena de sobrevivientes, familiares de desaparecidos y activistas por los derechos humanos. Noté que había más guardias de seguridad que lo habitual. Parecían un poco agitados por la cantidad de gente que circulaba. Cada tanto tocaban el arma que llevaban en la cintura. Mientras tanto, los demás debíamos esperar. Las personas a mí alrededor se veían impacientes y ansiosas. En el cuerpo pesaba la atmósfera densa del espacio cerrado.

No vi ninguna de las muy conocidas fotos en blanco y negro de los desaparecidos. Las **madres** tampoco llevaban sus pañuelos blancos. Un juez me

dijo en una entrevista unas semanas antes que ese tribunal tenía reglas muy estrictas. Prohibían cualquier tipo de expresión política o afiliación ideológica visible. Y mientras estábamos esperando, se acercó a mí de repente uno de los secretarios. De forma amable pero muy directa me dirigió hacia la galería de arriba con los familiares de los acusados y la prensa internacional, sabiendo que no pertenezco a los familiares de los desaparecidos o los sobrevivientes. Me explicó que había demasiadas personas con las víctimas que querían escuchar el fallo aquel día. Cada asiento estaba reservado, agregó persuasivo. María José Anchorena, una mujer de unos treinta años, oyó lo que me decía el secretario. Ella tampoco tenía una relación directa con las víctimas, pero era integrante del movimiento por la memoria, la verdad y la justicia; como muchos otros activistas por los derechos humanos en la Argentina. Estaba claro que yo no tenía nada en contra de este cambio de lugar así que me despedí de María José, quien me dirigió una mirada burlona sin decir una palabra. No obstante, sí entendí lo que no me dijo. Ya me había contado antes que no consideraría siquiera compartir la galería con las personas que estaban arriba.

Cuando me senté en una fila de arriba, noté que había menos gente. Pero aun así se sentía la misma atmósfera densa. Todos estaban esperando que llegasen los jueces. Finalmente entraron, todos nos pusimos de pie y el presidente del tribunal procedió a abrir la audiencia. A continuación, previo a dar la sentencia; invitó a los acusados a decir sus últimas palabras. El general retirado, principal acusado, tenía algo que decir. Caminó lentamente hacia una silla próxima a los jueces. Era un hombre entrado en años. De hombros encorvados y espalda ligeramente curvada. Pero todavía se podía percibir una postura militar, propia de un hombre que estaba acostumbrado a ser obedecido.

Me produjo una sensación incongruente, entre miedo y lástima.

Escuchamos en silencio sus palabras persuasivas, buscaban convencer a los jueces sobre la amenaza que representaba la guerrilla en la Argentina en los años setenta y la justificación de la contrainsurgencia. Hasta ese momento se lo veía seguro y reticente. Sin embargo, de repente se mostró furioso. Golpeó la mesa con la palma de la mano y con una voz autoritaria vociferó: "Viví aquel período de mi vida en carne y hueso. Y no veo que esas experiencias estén plasmadas correctamente en un libro o una película, solamente pido un juicio justo...".

Luego de su última oportunidad para inclinar la balanza a su favor, el general se sentó. Un coronel retirado caminó hacia el estrado y leyó una lista de ocho críticas al procedimiento judicial para convencer a los jueces de que el juicio era injusto e improcedente. Seguidamente, se declaró inocente e hizo énfasis una vez más en la lógica militar de la obediencia debida. Luego dejó el estrado.

Los otros acusados se negaron a declarar. Entonces los jueces dispusieron un cuarto intermedio hasta las cinco de la tarde.

Cuando dejaba la galería pública, Oscar Watzlavik estaba esperando en un pasillo en el piso de arriba. Su mujer desapareció en 1978 y su caso fue incluido en el juicio. Oscar parecía estar muy calmo, aunque me decía que le enojaba al ver a aquellos ancianos en la sala donde se llevaba a cabo el juicio. "No tienen cara de malos como tenían en esa época, no podemos borrar 30 años de impunidad, siento como si no hubieran sido ellos". Después fuimos afuera a fumar un cigarrillo, todavía teníamos unas cinco horas por delante.

Afuera la temperatura superaba los 30 grados. Bajo un sol calcinante esperaban algunos miembros de HIJOS, la ONG de hijos de detenidos desaparecidos. Habían armado una plataforma enfrente de la puerta principal de tribunales con carteles que caricaturizaban a los acusados bajo la inscripción "juicio y castigo". Se percibía el nerviosismo y el ambiente pesado. Una mujer me explicaba que las ideologías de los jueces de este tribunal eran bastante ambiguas, por lo que el resultado de la sentencia era aún incierto.

A las cinco de la tarde las dos galerías públicas estaban nuevamente atestadas de personas. El camarógrafo encargado del registro audiovisual también se veía nervioso; movía la lente de la cámara de un lado a otro. Las pantallas planas de alta definición de la sala mostraban imágenes esporádicas y confusas de los secretarios que estaban esperando a los activistas de derechos humanos en la galería pública de abajo y a los acusados. Los agentes de seguridad también estaban más agitados que por la mañana. La gente de alrededor hablaba con un tono agudo. La mayoría parecía estar nerviosa. Cuando finalmente entraron los jueces, se produjo un silencio ensordecedor. Inmediatamente el presidente del tribunal abrió la carpeta que contenía el fallo y comenzó a leer la parte resolutive. Todo sucedió en unos segundos y apenas pude seguir la extensa terminología jurídica y la

inmensa cantidad de artículos. El general retirado fue sentenciado a prisión perpetua. El público de las galerías de abajo estaba eufórico, indignado y gritaba desaforadamente. Me costaba entender qué significaba. Los gritos parecían de alivio y venganza al mismo tiempo. El juez respondía con gritos: "¡Orden! ¡Silencio! O se procederá en sesión cerrada". El siguiente acusado también fue sentenciado a prisión perpetua. Ahora solo podía oír algunos murmullos de abajo. Los otros tres imputados fueron, en forma simultánea, declarados no culpables y fueron sobreseídos. Una mujer lloraba desde un pasillo que estaba enfrente de mí. No la conocía, pero supuse que era familiar de uno de los militares que fueron condenados. ¿Eran lágrimas de alivio o de desesperación? Antes de que pudiéramos entender el significado de esta sentencia, los jueces se levantaron rápidamente y salieron de la habitación por las puertas de madera ubicadas detrás de su escritorio.

Suele hacer bastante frío en la sala de audiencias; pero ese día el ambiente estaba húmedo y caluroso. El olor era nauseabundo, a transpiración y a encierro. Arriba, un hombre de mediana edad se veía bastante confundido. Sudaba. Pensé que podía ser producto de la combinación de las temperaturas elevadas y los nervios. No tenía idea qué decir. Así que me limité a preguntarle si se sentía bien. "Estoy aliviado, mi padre fue sobreseído, pero no estoy para nada tranquilo". Casi de inmediato, un periodista de un diario de izquierda se me acercó. Creía que era hija o nieta de uno de los acusados y quería que le diera mi opinión sobre la sentencia. Rápidamente le aclaré que era una antropóloga holandesa investigando sobre los juicios por los delitos de lesa humanidad. El periodista perdió interés en lo que estaba diciendo y se dirigió hacia donde estaba el hombre con el que había hablado hacía un momento. Pude oír que le decía que no quería hablar con aquel diario, y luego volvió con su familia. Al mismo tiempo, se escuchaba que la gente gritaba desde abajo: "¡asesinos, asesinos, asesinos!". Caminé hacia la salida, donde un oficial de seguridad me dijo que acababa de recibir órdenes de mantener las puertas cerradas. Querían evitar una reacción violenta entre ambos públicos. Cuando uno de los oficiales finalmente abrió la puerta, salí por allí y fui al hall central. Allí me encontré con Lucas Davidovich, un joven abogado especializado en derechos humanos. Me dijo con una voz frenética que al día siguiente apelarían: "Tres de los acusados fueron sobreseídos; ¡esto no puede quedar así!".

A las seis de la tarde finalmente llegué a la entrada principal de tribunales. Había una cálida brisa. Profundamente decepcionados, miembros de

las familias de desaparecidos, sobrevivientes y abogados estaban aún de pie. Algunos lloraban y se abrazaban. Me decían que no podían creer lo que acababa de ocurrir. Una mujer muy joven de HIJOS pedía a los gritos justicia verdadera por el micrófono. Al mismo tiempo, veía a familiares de los acusados irse de tribunales en silencio. El amontonamiento de aquella mañana fue dejado atrás. Era desconcertante ver a todas esas personas, furiosas y mortificadas. Me alejé por un momento. Estuve a punto de chocarme con dos mujeres andrajosas que estaban sentadas en el cordón de la vereda. Sus dos hijos estaban jugando con unas colillas de cigarrillo sucias y usadas. Primero pensé que estaban esperando el colectivo. No parecían estar al tanto de la conmoción que tenía lugar a sus espaldas. Volví a la puerta de Tribunales y me sumé una vez más a la multitud. Después de una hora turbulenta, las calles poco a poco fueron quedando desiertas.

Las experiencias de justicia que compartieron las personas durante el juicio, unidas a mis ideas preconcebidas del bien y el mal, resultaron reveladoras y desconcertantes. No porque la resolución ambigua que tuvo este juicio luego se convirtiera en el modelo a seguir para otros juicios similares. Al contrario, como ya fue mencionado, estas experiencias de justicia, constituidas desde distintos puntos de vista, cambiaron completamente mi compromiso directo, práctico e íntimo con el objeto de estudio. Haber estado ese día en tribunales me hizo repensar el foco en mi análisis: los juicios contra crímenes de lesa humanidad en Argentina.

Lo que me inquietaba semanas atrás cuando escuchaba al taxista, cobró un significado distinto luego de la sentencia. Aquel hombre, en pocas palabras, logró reproducir los dilemas morales de la responsabilidad individual y la violencia colectiva, la justicia retributiva y la culpa, los sentimientos fuertes que acarrear, las distintas experiencias de violencia, el paso del tiempo y la interrelación entre el poder político y el poder judicial en la Argentina contemporánea.

### 3 | Justicia y sentimientos

Antes de regresar a la Argentina para mi segundo trabajo de campo, leí sobre la justicia transicional, la reconciliación y el papel de la retribución luego de la represión estatal y violencia colectiva. Muchas investigaciones académicas hacen hincapié en las dimensiones emocionales de esos procesos sociales complejos y utilizan palabras como "dolor", "culpa",

“furia”, “perdón”, “remordimiento”, “tristeza”, “vergüenza” y “venganza” para describir los sentimientos de las personas cuyas vidas sufrieron cambios profundos debido a la violencia generalizada y violaciones a los derechos humanos.<sup>(10)</sup> Hannah Arendt<sup>(11)</sup> también señala que, en la sala donde transcurrió el conocido juicio a Eichmann, estaban permitidas las demostraciones de tristeza, pero no las expresiones de enojo. Sin embargo, para mí nunca estuvo del todo claro cómo distintos sujetos viven en la práctica esos sentimientos multidimensionales.

Recientemente, distintos estudios interdisciplinarios sobre crímenes individuales y procesos legales tienen en cuenta a la persona y proporcionan un conocimiento valioso sobre las prácticas del derecho desde una perspectiva individual.<sup>(12)</sup> Ahora bien, estos autores se concentran más que nada

(10) Ver ARNOULD, VALERIE, “Peace and Justice - Justice after Civil Wars: Truth Commissions and War Crimes Tribunals”, en *Studia Diplomatica*, n° 59, 2006; BLOOMFIELD, DAVID; BARNES, TERESA y HUYSE, LUC; *Reconciliation after Violent Conflict: A Handbook*, Stockholm, International IDEA, 2003; ELSTER, JON, *Closing the books: transitional justice in historical perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004; FINDLAY, MARK; HENHAM, RALPH J.; *Transforming international criminal justice: retributive and restorative justice in the trial process*, Cullompton, Willan, 2005; MENDELOFF, DAVID, “Trauma and Vengeance: Assessing the Psychological and Emotional Effects of Post-Conflict Justice”, en *Human Rights Quarterly* 31 (3), 2009, pp. 592/623; MINOW, MARTHA, *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, Boston, Beacon Press, 1998; NINO, CARLOS S., *Radical Evil on Trial*, op. cit.; OSIEL, MARK J., *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 1997; PAYNE, LEIGH A., “Confession of Torturers: reflections from Argentina”, paper presentado en *History Workshop and CSVR conference: The TRC Commissioning the Past*, University of Witwatersrand, 11, 12, 13, 14/06/1999; ROHT-ARRIAZA, N., MARIEZCURRENA, J., *Transitional justice in the twenty-first century: beyond truth versus justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; SCHEPER-HUGHES, NANCY, “Violence and the Politics of Remorse: Lessons from South Africa”, en Biehl, Byron Good y Arthur Kleinman, *Subjectivity ethnographic investigations*, Berkeley, University California Press, 2007, pp. 179/233; TEITEL, RUTI G., *Transitional justice*, New York, Oxford University Press, 2000.

(11) ARENDT, HANNAH, *Eichmann in Jerusalem. De banaliteit van het kwaad*, de W. J. P. Scholtz (trad.), Amsterdam, Olympos, 2009 [1963], p. 55.

(12) Ver CONLEY, JOHN M.; WILLIAM M. O'BARR, *Rules versus relationships: the ethnography of legal discourse*, Chicago, University of Chicago Press, 1990; D'HONDT, SIGURD, “Others on trial: The construction of cultural otherness in Belgian first instance criminal hearings”, en *Journal of Pragmatics* 41, pp. 806/838; HUNT, DARNELL M., “(Re) affirming Race: ‘Reality’, Negotiation, and the ‘Trial of the Century’”, en *Sociological Quarterly* 38 (3): 399-422, 1997; SOBANET, ANDREW; TERRIO, SUSAN, “Silence in the Court and Testimony Behind Bars Juvenile Defendants and the French Judicial System”, en *French Cultural Studies* 16, pp. 21/39, 2005; TRAVERS, MAX y MANZO, JOHN F., *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Ashgate & Dartmouth, 1997 y ULMER, JEFFERY T., “Trial Judges in a Rural Court Community: Contexts, Organizational Relations, and Interactional Strategies”, en *Journal of Contemporary Ethnography* 23, 1994, pp. 79/108.

en las prácticas orales y escritas y omiten otra información experimental: las experiencias que involucran el cuerpo, los objetos y los espacios entre otras cosas tangibles; experiencias de las que fui testigo durante las audiencias en los tribunales federales argentinos durante los juicios sobre crímenes de lesa humanidad. Asimismo, cuando leí grabaciones judiciales y sentencias de los juicios, observé que a menudo se dejaban de lado las experiencias emocionales y sus dimensiones corpóreas.

Según lo que postulan Finkel y Parrot<sup>(13)</sup> en sus trabajos más orientados a la psicología de las emociones y el derecho, si las experiencias emocionales son tenidas en cuenta, en la práctica, el enfoque del derecho que se limita al acto criminal convirtiéndolo en un hecho estático es algo meramente anecdótico. Esto claramente no se condice con las experiencias vividas por las personas que están involucradas en un proceso legal. Incluso ahora que están surgiendo importantes publicaciones sobre los sentimientos y el derecho,<sup>(14)</sup> la denominada división cartesiana que distingue entre la razón y las emociones —o los sentimientos y los pensamientos— todavía se esconde en muchos trabajos académicos sobre los juicios. En mi opinión, en las publicaciones mencionadas se presenta una separación significativa entre la teoría legal y la justicia vivida en la cotidianidad, y no se puede separar una aproximación inclusiva de los sentimientos a los fines del análisis académico. Las leyes son parte de un sistema cultural que incide en el comportamiento y, por lo tanto, es imposible considerar los efectos emocionales como algo externo al derecho.<sup>(15)</sup>

Aun habiendo estudiado esta literatura jurídica sobre la justicia transicional y la reconciliación posterior con la violencia colectiva, la bibliografía sobre las emociones y el derecho, y los estudios cualitativos sobre los procedimientos judiciales, todavía no había encontrado un marco teórico que

(13) FINKEL, NORMAL J. y W. GERROD PARROT, *Emotions and Culpability: How the law is at odds with psychology, jurors, and itself*, Washington, American Psychological Association, 2006, p. 97.

(14) Ver BANDES, SUSAN A., *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 1999; BANDES, SUSAN A.; BLUMENTHAL; JEREMEY, A., "Emotion and the Law", en *Annual Review of Law and Social Science* 8, pp. 161/181; MARONEY, TERRY A., "Law and Emotion: A Proposed Taxonomy of an Emerging Field", en *Law and Human Behavior* 30, pp. 199/142, 2006; y MINOW, MARTHA, *Between vengeance and forgiveness: facing history after genocide and mass violence*, Boston, Beacon Press, 1998.

(15) FINKEL y PARROT, *op. cit.*, p. 87.



fuera lo suficientemente abarcativo para tratar los distintos sentimientos que vivían las personas en los tribunales de la Argentina.

Cuando las experiencias que tienen lugar en un juicio se convierten en objeto de estudio —que muy a menudo no quedan registradas en los expedientes judiciales—,<sup>(16)</sup> creo que deben incluirse dentro de ellas la reacción producida en el cuerpo para analizar los procesos judiciales. Por lo tanto, es necesario darle un enfoque corporal al análisis etnográfico de los juicios contra crímenes de lesa humanidad en la Argentina, que cuestiona el constante desprecio de las emociones por parte del positivismo en general y del derecho occidental en particular.

Según Lupton,<sup>(17)</sup> el ser-emocional muchas veces es olvidado o deliberadamente omitido en el análisis teórico porque es considerado un “riesgo demasiado grande”. Sin embargo, se ha producido una “vuelta hacia lo afectivo” en los últimos veinte años en el ámbito de las ciencias y humanidades,<sup>(18)</sup> por lo que lo sentimental, lo emocional o lo afectivo, y la relación entre la mente y el cuerpo, se transformaron en el centro de atención en distintos nichos del pensamiento académico. Desde esta perspectiva, lo sentimental no es una interrupción de nuestra experiencia racional y tranquila, sino que está en el corazón de las experiencias, como una parte esencial de todo ser humano.<sup>(19)</sup> En otras palabras, como el filósofo expuso ya hace tiempo,<sup>(20)</sup> debemos percibir y examinar el mundo de una forma

(16) WILSON, RICHARD A., “Representing Human Rights Violations: social contexts and subjectivities”, en *Human Rights, Culture and Context: Anthropological Perspectives*, Chicago, Pluto Press, 1997, p. 152.

(17) LUPTON, DEBORAH, *The Emotional Self: A Socio-cultural Exploration*, London, Sage Publications, 1998, p. 85.

(18) CLOUGH, PATRICIA T., “The Affective Turn. Political Economy, Biomedicine, and Bodies”, en Melissa Gregg and Gregory J. Seigworth (eds.), *The Affective Theory Reader*, Durham, Duke University Press, 2010, pp. 206/207; y HARDT, MICHAEL, “Foreword: What Affects Are Good For”, en Patricia Ticineto Clough y Jean Halley, *The Affective Turn. Theorizing the Social*, Durham, Duke University Press, 2007, pp. ix/xiii.

(19) FINKEL y PARROT, *op. cit.*, p. 64; LUPTON, *op. cit.*, p. 4; NUSSBAUM, MARTHA C., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*. Princeton, Princeton, University Press, 2004, p. 5; y Solomon en WIERZBICKA, ANNA, *Emotions across Languages and Cultures, Diversity and Universals*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

(20) LANGER, SUSANNE K., *Feeling and Form: A Theory of Art Developed from Philosophy in a New Key*, London, Routledge & Kegan Paul Limited, 1953, p. 256.

que contemple lo emocional. Los sentimientos nos guían a lo largo de la vida; influyen a la hora de tomar decisiones relevantes, sobre lo correcto o lo incorrecto de un acto social.<sup>(21)</sup> Por esto debemos ser conscientes de que un sentimiento no se experimenta de la misma manera en cualquier lugar o tiempo. Por lo que debe ser estudiado dentro de un determinado contexto. Los sentimientos de las personas no pueden entenderse si no se le presta atención a la lógica cultural en la que dicha persona se encuentra inserta.

Los estudios antropológicos que incluyen abundante información empírica sobre los sentimientos revelan la manera en la que lo emocional forma parte y corresponde estrechamente al contexto cultural en particular.<sup>(22)</sup>

Sin embargo, el antropólogo Unni Wikan advierte correctamente que no debemos, como sucede con frecuencia, reducir lo emocional a su funcionalidad y a las reglas de visualización culturales.<sup>(23)</sup> En su lugar, debemos explorar lo emocional como una dimensión significativa en nuestra vida cotidiana, que da forma a nuestras experiencias.

En síntesis, de acuerdo con la tradición antropológica, entiendo lo sentimental como un caleidoscopio de reacciones fisiológicas, procesos cognitivos a nivel mental y una serie de directrices morales sobre las constantes transformaciones de los vínculos sociales.

.....

(21) LUHRMANN, *op. cit.*, p. 355.

(22) Ver: ABU-LUGHOD, LILA, *Veiled Sentiments: Honor and Poetry in a Bedouin Society*, Berkeley, University of California Press, 1986; BEATTY, ANDREW, "How Did it Feel for You? Emotion, Narrative, and the Limits of Ethnography", *American Anthropologist* 112 (3), pp. 430/443, 2010; BRIGGS, JEAN, *Never in Anger: Portrait of an Eskimo Family*, Cambridge, Harvard University Press, 1970; DAVIES, JAMES y DIMITRINA SPENCER, *Emotions in the Field: The Psychology and Anthropology of Fieldwork Experience*, Stanford, Stanford University Press, 2010; LEAVITT, JOHN, "Meaning and Feeling in the Anthropology of Emotions", en *American Ethnologist* 23 (3), pp. 514/539, 1996; LUTZ, CATHERINE, "Unnatural Emotions: Everyday Sentiments on a Micronesian Atoll and Their", en *Challenge to Western Theory*, Chicago, The University of Chicago Press, 1988; LUTZ, CATHERINE y GEOFFREY M. WHITE, "The Anthropology of Emotions", en *Annual Review of Anthropology* 15, pp. 405/436, 1986; REBHUN, L. A., *The Heart is Unknown Country: Love in the Changing Economy of Northeast Brazil*, Stanford, Stanford University Press, 1999; ROSALDO, *Toward an Anthropology...* *op. cit.*; ROSALDO, *Death in Ethnographic...* *op. cit.*; SCHEPER-HUGHES, *op. cit.*; WHITE, GEOFFREY M., "Moral Discourse and the Rhetoric of Emotion", en Robert A. Levine, *Psychological Anthropology: A Reader on Self in Culture*, Malden, Wiley-Blackwell, 2010; y WIKAN, UNNI, *Managing Turbulent Hearts: A Balinese Formula for Living*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

(23) LUHRMANN, *op. cit.*, p. 348.

Para poder estudiar sistemáticamente los sentimientos de las personas ante un tribunal, expongo en la próxima sección varios recursos hermenéuticos alternativos que pertenecen a la investigación corporal cotidiana.<sup>(24)</sup>

## 4 | Un enfoque corporal de la justicia legal

A primera vista, la vida en los tribunales argentinos pareciera transcurrir entre pilas de papeles conformadas por extensos expedientes y sentencias. Puesto que los crímenes de lesa humanidad juzgados fueron cometidos hace más de 30 años, existe poca evidencia física, como bien se ha señalado.<sup>(25)</sup> Por este motivo, las audiencias diarias de los juicios muchas veces se caracterizan por lecturas largas realizadas por el personal judicial, la fiscalía, la defensa y, principalmente, por el relato de los recuerdos que hacen los testigos y los acusados.

Pero más allá de la importancia de las palabras dichas y escritas, existe un mundo corporal de la justicia legal. Se trata de un mundo tangible en el que las personas comparten espacios y buscan alternativas sociales que les permitan enfrentar al otro legal en el día a día, a la vez que se adecuan a las reglas de comportamiento establecidas por las normas sociales y los reglamentos oficiales o semi-oficiales de cada tribunal.

Analizar estas experiencias corporales que tienen lugar en los tribunales nos permite captar un mundo fenomenológico de la justicia, experimentada por el cuerpo sensible de las personas, que se relaciona con el entorno y las personas allegadas.

Para poder estudiar estas experiencias corporales de manera sistemática, debemos partir de la postura ontológica y epistemológica que permite incluir implícitamente lo tangible entre los conceptos que constituyen el mundo social que se busca entender. Según el antropólogo Thomas Csordas, cuando este “ser-en-el-mundo” corporal es el objeto que se busca

---

(24) CERWONKA y MALKKI, *Improvising Theory: Process and Temporality in Ethnographic Fieldwork*, Chicago, The University of Chicago Press, 2007, p. 36.

(25) JELIN, ELIZABETH, *Los trabajos de la memoria*, Madrid, Siglo XXI, 2002, p. 83.

entender, la cultura se convierte en un inmediato existencial en lugar de una abstracción objetivada. No obstante, eliminar la representación textual por completo no resulta beneficioso. En lugar de esto, Csordas propone que combinemos la textualidad y lo corporal cuando estudiemos la experiencia.<sup>(26)</sup>

Además de la textualidad —las palabras pronunciadas o escritas en los tribunales—, mi proyecto de investigación, y por ende este artículo, se centra en la experiencia corporal tanto individual, interpersonal, como en relación con los objetos del tribunal. En mi opinión, esos elementos tangibles en las audiencias pueden proporcionar información sobre cómo se sienten las personas sin tener que preguntarles de forma directa.

En lugar de permanecer paralizados ante las dificultades de conocer lo que sienten otras personas, debemos examinar lo que sí podemos percibir en el transcurso del trabajo de campo y debatir sus implicaciones epistemológicas y metodológicas.

Conforme al pensamiento del antropólogo Hayder Al-Mohammad,<sup>(27)</sup> pienso que tenemos que analizar siempre las tensiones entre lo que vemos, así como lo que no percibimos en el trabajo de campo, y la huella que éste deja en nuestra vida. En las secciones empíricas, a continuación, se puede observar que las dimensiones tangibles del comportamiento en los distintos espacios jurídicos, como el uso del cuerpo —silenciado— y los objetos en el tribunal, pueden considerarse recursos hermenéuticos alternativos<sup>(28)</sup> que me permitieron captar los sentimientos de enojo, indignación, ansiedad, esperanza, dolor, deuda, ausencia de remordimiento, vergüenza, venganza e indiferencia, cuyos significados culturales continúo analizando para mi próxima disertación.

Además de estas dimensiones tangibles en el tribunal, las “erupciones” que ocurren durante la vida jurídica cotidiana se convirtieron en recursos importantes para obtener información sobre los sentimientos de las

(26) CSORDAS, THOMAS J., *Embodiment and experience. The existential ground of culture and self*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 10/12.

(27) AL-MOHAMMAD, *op. cit.*, p. 134.

(28) CERWONKA y MALKKI, *op. cit.*, p. 36.

personas. Según el antropólogo Victor Turner,<sup>(29)</sup> cuando la vida cotidiana hace erupción y se suspenden los denominados juegos de rol performativos, ciertos estilos de vida —o *weltaunschauungen*— se hacen evidentes. Turner argumenta que el estudio de estos “dramas sociales” nos permite observar principios esenciales de la estructura social. Debo admitir que los ejemplos de dramas sociales que brinda son numerosos y extensos. Puede considerarse un drama social, por ejemplo, un conflicto violento en una comunidad y sus consecuencias —un juicio—. De cualquier forma, en este artículo, me gustaría observar los **pequeños dramas sociales** que tienen lugar en el tribunal, cuando el ejercicio jurídico cotidiano “hace erupción” por un momento y algunos de los sentimientos de las personas se vuelven tangibles. Estas “erupciones” en las audiencias y en la vida jurídica fuera del tribunal fueron las que me permitieron en mayor medida explorar los sentimientos de repulsión y enojo de los testigos, los acusados y sus públicos respectivos; tema que desarrollaré con más detalle en las secciones que siguen. Toda esta información, obtenida gracias a recursos hermenéuticos alternativos, da forma a un mundo más corporal de la justicia legal.

Sin embargo, este procedimiento hermenéutico que surge de la conciencia corporal en un campo intersubjetivo y permite recabar información sobre la vida emocional de las personas ha sido cuestionado. En las ciencias sociales todavía subsiste un debate permanente sobre si es posible conocer la vida emocional de las personas a partir del análisis de las ya mencionadas dimensiones tangibles e intersubjetivas.

De cualquier forma, pienso que si nos desviamos por el argumento de Maurice Merleau-Ponty sobre la necesidad de estudiar un todo significativo,<sup>(30)</sup> una estructura experimental que no corresponda por completo al mundo exterior ni a la vida emocional, combinada con un método etnográfico aplicado a los sentimientos, podemos hacer a un lado esa idea, a veces implícita y a veces explícita, de que los sentimientos deben entenderse como una experiencia interna y separada del mundo exterior. Este enfoque fenomenológico se centra en que las experiencias son una dialéctica indeterminada e integral entre el yo y el mundo. Por otro lado, las

(29) TURNER, V., *The Anthropology of Performance*, New York, PAJ Publications, 1986, pp. 90/91.

(30) MERLEAU-PONTY, MAURICE, *Kerngedachten van Merleau-Ponty*. Trans R. Bakker, Roermond, Romen & Zonen, 1969, p. 72.

contribuciones antropológicas en las que el entendimiento ontológico de la vida interior de las personas es considerada en tanto seres sociales, favorecieron todavía más a que se elaboraran teorías y métodos sobre un proceso para conocer los sentimientos y otras dimensiones de la consciencia. Por ejemplo, Biehl y otros<sup>(31)</sup> señalan que examinar distintas experiencias corporales nos permite, de forma parcial, acceder al mundo fenomenológico de las personas. Además, según Crapanzano,<sup>(32)</sup> los recuerdos se originan en lo concreto: en el espacio, en los gestos, las imágenes y los objetos. En mi opinión, esto también es cierto respecto de los sentimientos de las personas.

Por otro lado, Carrithers<sup>(33)</sup> sostiene que los objetos materiales tienen “notas afectivas”, que son recreados continuamente con palabras presentes y pasadas, representaciones y experiencias. A mi parecer, los tres autores están de acuerdo con la idea de que, a través del método etnográfico y la lente analítica antropológica, podemos observar hasta cierto punto la vida subjetiva o interna de las personas.

Por último, para reforzar aún más esta hipótesis, cabe destacar la publicación de Hollan<sup>(34)</sup> sobre el razonamiento antropológico que da a conocer la vida emocional de las personas. Combina tres enfoques antropológicos clásicos sin poner a ninguno por encima del otro. Según Hollan, acceder a los símbolos situados y sus significados, reconocer que toda interpretación de los sentimientos es subjetiva y tener en cuenta las preocupaciones más urgentes de las personas que traspasan el discurso escrito y el habla, son medios que permiten conocer la vida emocional de una persona de manera sistemática. En otras palabras, el contexto simbólico, la reflexividad y la empatía no sólo nos hacen saber qué sienten las personas sino que, además, nos ayudan a entender cómo y por qué las personas sienten lo que sienten.

(31) BIEHL, *op. cit.*, p. 7.

(32) CRAPANZANO, VINCENT, *Imaginative Horizons. An Essay in Literary-Philosophical Anthropology*, Chicago, University of Chicago Press, 2004, p. 166.

(33) CARRITHERS, MICHAEL, “Anthropology as a Moral Science of Possibilities”, en *Current Anthropology* 46 (3), 2005, p. 443.

(34) HOLLAN, DOUGLAS, “Being There: On the Imaginative Aspects of Understanding Others and Being Understood” en *Ethos* 36 (4), 2008, pp. 477/480.

Todas las secciones empíricas que siguen presentan distintos elementos tangibles que revelan a primera vista cómo se sienten las personas que están voluntaria o involuntariamente involucradas en los juicios y los motivos.

## 5 | Declaraciones espontáneas

### 5.1 | Descripción de la escena

Alguien en la galería pública del primer piso susurró que un acusado decidió, inesperadamente, declarar ese día, por lo que varios testimonios de los testigos que estaban previstos fueron pospuestos.<sup>(35)</sup> Adentro, a pesar del frío, encendieron el aire acondicionado; y yo, a diferencia de algunos, me había olvidado de llevar un saquito. Los jueces todavía no habían llegado, así que teníamos que esperar hasta que empezaran las audiencias. Nos iluminaba una luz tenue, no podíamos hacer más que mantener la mirada al frente. La sala de audiencia estaba detrás de un cristal blindado que se extendía desde el suelo hasta el cielorraso. Unas cortinas de terciopelo rosa pálido cubrían las tres paredes. Sabía que afuera estaba lloviendo, pero sólo un par de botas rojas me lo recordaba.

Ese día había un detalle que marcó una diferencia respecto del otro. En la pantalla del abogado de derechos humanos se veía una imagen de Ernesto Che Guevara.

Cuando volví la mirada a mi derecha, hacia la galería pública, reconocí a Ana Luisa Campos y a Carla Ávila —sobreviviente de la detención ilegal—, ambas familiares de desaparecidos.<sup>(36)</sup>

Casi una hora después se inició la sesión. Cuando los jueces tomaron asiento detrás de su distinguido escritorio, el acusado caminó con paso firme hacia el estrado con un gran número de libros y papeles bajo el

(35) El Código Penal argentino permite que los acusados puedan declarar en cualquier estado del proceso. Véase artículo 303, Código Penal Procesal de la Nación Argentina (2005, p. 91).

(36) El caso de Carla está incluido en este juicio. En cuanto a Ana Luisa, con frecuencia me cuenta que su vida social gira en torno al “mundo de los derechos humanos”. Su madre solía reclamar por su hermano en Plaza de Mayo. Ana Luisa se unió a su lucha hace muchos años y ahora, aunque su madre falleció, sigue buscando justicia.

brazo. El título de uno de los libros era bastante visible: *La Apología* de Platón. Mientras el ex Capitán tomaba asiento, Ana Luisa murmuró algo a una mujer joven que estaba sentada junto a ella; al mismo tiempo, se ataba con cuidado el pañuelo blanco alrededor de la cabeza. El acusado comenzó su declaración describiendo extensamente la violencia política durante los años setenta para fundamentar un “justificado” contraataque militar. Si bien su voz y su mirada eran provocativas, el cuerpo colgaba de la silla; parecía débil al lado de los jueces.

No era la única que percibía esta contradicción. Empecé a oír murmullos con desdén, risas reprimidas que parecían responder a algo divertido, aunque también parecían burlas.

Después de escuchar durante una hora, algunas de las personas que estaban cerca de mí se durmieron. Luego, me dormí yo.

Cuando empezó el primer receso, salí rápidamente por la salida de emergencia del subsuelo para tomar aire fresco. Una mujer tenía una tos espantosa. “¡Salud!”, le dije. “Todo el mundo se está enfermando con este tiempo terrible”, respondió. “Encima ponen el aire acondicionado”, agregué sin pensar. Otra mujer que oyó nuestra conversación me miró y acotó: “¡terrible es lo que escuchamos adentro!”, refiriéndose a la declaración del acusado. Su rostro expresó una especie de indignación.

Después de un breve receso, el acusado enseguida refirió al presente, en cuanto al cambio de jueces de la Suprema Corte en 2003, que denominó “un golpe de estado”. El público a mi alrededor de inmediato lanzó un quejido con desdén. El acusado habló de forma implícita sobre el poder del presidente de nombrar Jueces de la Suprema Corte.<sup>(37)</sup>

El personal de seguridad estaba distraído, fue en ese momento cuando un hombre se levantó de golpe y caminó un poco agachado hacia Carla y Ana Luisa. Observé cómo los tres susurraban entre ellos. Entonces, el hombre se volteó hacia mí y me preguntó en voz baja pero firme: “¿vamos a seguir escuchando estas estupideces?”. Me invitó a sumarme a ellos. En menos de cinco segundos todos nos levantamos, excepto un estudiante de Derecho de la UBA. Había algo extraño en la expresión de los rostros del acusado y los jueces cuando abandonamos la galería abruptamente.

(37) El Presidente tiene el poder de nombrar jueces de la Corte Suprema con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública.



Afuera, en el hall, me sorprendió ver a Carla sonreír. Parecía eufórica. “¡Éstas son las cositas que podemos hacer!”, gritó. Mientras bebíamos un café de máquina asqueroso en el piso de arriba, en el pasillo central discutían la declaración del acusado. Las voces enojadas y gestos decididos expresaban que la consideraban indignante e irrespetuosa. Entonces, Carla recibió un mensaje de texto de uno de los demandantes que decía que el fiscal había empezado el interrogatorio. Decidieron volver a entrar.

## 5.2 | Análisis

A partir de esta experiencia en la sala de audiencias podemos deducir que, tal como señala Lock,<sup>(38)</sup> el cuerpo se convierte en un foro activo que permite expresar aprobación o desacuerdo. Las personas que asisten a audiencias, con frecuencia, me dicen que la principal forma de mostrar solidaridad hacia los testigos es con la presencia física. Esta obligación social que tienen los parientes, sobrevivientes y activistas de estar presentes en las audiencias también puede funcionar de forma inversa: la ausencia física, decididamente, expresa desaprobación. Sin embargo, no sólo el cuerpo sirve para expresar estos sentimientos, también lo hacen otro tipo de objetos. En este caso, la imagen icónica del Che Guevara representa una posición política muy conocida de apoyo a los desaparecidos y a los sobrevivientes que, quizás, haya escapado al “ojo censor de la burocracia”<sup>(39)</sup> o los jueces se hayan limitado a tolerar. Más allá de la alineación política o ideológica, una imagen como ésta gira en torno a sentimientos de pertenencia fuertes. Investigaciones antropológicas y literarias demostraron que la conducta de resistencia no implica necesariamente el habla o sonidos (fuertes).<sup>(40)</sup> El pañuelo de Ana Luisa y *La Apología* del acusado son objetos materiales que también transmiten, en silencio, una alineación moral y distintos juicios de valor del pasado violento.

El significado del título del libro *La Apología* es la versión de Platón sobre un discurso que pronunció Sócrates. Narra la historia sobre el momento en que Sócrates se defendió, sin éxito, de las acusaciones de corromper a

(38) LOCK, MARGARET, “Cultivating the Body: Anthropology and Epistemologies of Bodily Practice and Knowledge”, en *Annual Review of Anthropology*, 1993, 22: 133/155.

(39) HERZFELD, MICHAEL, *Evicted from Eternity*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 2009, p. 133.

(40) HERZFELD, MICHAEL, *op. cit.*, p. 133.

los jóvenes y no creer en los dioses en los que creía la ciudad. *La Apología* no es sobre el remordimiento, habla de defender una causa, lo que uno cree sobre sus acciones. Este “objeto de utilería” que figura en la actuación legal, a primera vista trivial, representa una ausencia de remordimiento significativa, que surge a partir de una estructura social rígida y con la que se identifican muchos oficiales del ejército enjuiciados y los subordinados que le guardan lealtad. Éste es un sentimiento militar multifacético; investigar detalladamente el significado de la falta de remordimiento excede a este artículo, además será explorado con mayor profundidad en mi tesis.

Por otro lado, Ana Luisa me contó personalmente que la madre le había dicho que el pañuelo representaba a los desaparecidos.<sup>(41)</sup> “Pero como soy hermana de un desaparecido queda un poco raro que me ponga pañuelo”, me explicó. Por este motivo, por lo general se lo pone alrededor del cuello. Antes de empezar a ponerse el pañuelo en la cabeza en las audiencias les avisó a las madres. “Ahora hasta tengo la impresión de que cuando el Juez Presidente entra en la sala mira a su alrededor para ver que todo esté donde corresponde, inclusive mi pañuelo. En las audiencias públicas, mi pañuelo es una acusación directa (...) **el pañuelo es mi hermano...**”.

El pañuelo blanco de las madres simboliza los pañales de sus hijos, toca sentimientos maternos de dolor y una jerarquía moral fluctuante entre las víctimas, cuestión que también desarrollaré en mi tesis. Por el momento, sólo quiero subrayar que el pañuelo y el título del libro permiten comunicar en la Corte una forma de ver el mundo, una historia personal; así como también sentimientos y opiniones políticas de forma corpórea sin trasgredir la ley. A continuación se explora con mayor profundidad los distintos mundos morales a los que pertenecen.

## 6 | Testimonios

Las personas entraban y salían del hall central de tribunales federales. En el ascensor me encontré con dos mujeres muy elegantes de unos 60 años; estaban muy agitadas, sobresaltadas. Cruzamos nuestras miradas y reconocí a Mercedes Martínez, a quien había conocido hacía un tiempo en el Penal Militar de Campo de Mayo. Su marido había sido procesado

(41) Entrevista a Ana Luisa Campos y Blanca Capellini, Buenos Aires, 15 de marzo de 2013.

por crímenes de lesa humanidad y, posteriormente, privado de la libertad. Mercedes me dijo, todavía respirando intensamente, que hacía unos momentos habían estado en una pelea en la entrada principal. La otra mujer agregó indignada que, cuando mostraban algunos carteles en la entrada, "gente de los derechos humanos" pasaron y los rompieron. Sus carteles eran sobre la reconciliación, la justicia y la armonía, me contaban ambas.

Recuerdo que había visto algunas vallas con un texto ilegible hecho jirones en la entrada del ventoso y superpoblado boulevard de Comodoro Py; pero no le había prestado atención. Cuando estaba a punto de preguntarle a Mercedes cómo se sentía sobre lo que acababa de suceder, el ascensor llegó.

A diferencia de la planta baja, la planta alta estaba muy silenciosa. Un guardia de seguridad leía un diario de distribución gratuita en el pasillo, detrás de su escritorio roído. Mientras esperábamos, algunas personas se registraban. Enseguida reconocí a Carla Ávila. Estaba esperando en frente de nosotras con un hombre mayor. "Ellos rompieron nuestras pancartas", me susurró Mercedes al oído. Cuando Carla se dio vuelta, las mujeres intercambiaron unas miradas sombrías, pero siguieron haciendo fila en el pasillo. Entonces Carla se fue.

Llegó el turno de acreditarlos. Entre pilas de papeles y archivos viejos, un empleado tomó nuestros documentos para verificar nuestras identidades. Nos preguntó si queríamos ir a la galería de arriba, por los acusados, o a la de abajo, por los testigos. Decidí quedarme con Mercedes y registrarme para estar en el público de los acusados.

Más tarde, ese mismo día, junto con Mercedes y otras esposas de militares, escuchamos el testimonio de una madre de un desaparecido. Llevaba una cruz en sus manos, la acarició todo el tiempo. "Siempre la llevo en momentos importantes", le explicó al tribunal entre sonrisas burlonas de las esposas de los militares. La madre nunca volvió a ver a su hijo, ni su cuerpo, por lo que su testimonio contuvo muy poca información fáctica.

A mis espaldas escuché el susurro de algunas personas. Estaban contentas porque el presidente del tribunal le había pedido a la mujer que se quitara la foto que llevaba en la blusa. "Tenía una foto en blanco y negro de su hijo", me dijo una de las mujeres con tono de desaprobación. La testigo,

de unos ochenta años, tenía problemas de audición, lo que le dificultaba comprender las preguntas del presidente del tribunal. Su voz temblaba cuando hablaba de los días previos a la desaparición de su hijo. Recordó cuando un oficial militar infiltrado en una reunión secreta con madres que estaban buscando a sus hijos desaparecidos, una vez, le dio un beso. Dijo al juez que ese beso todavía la perseguía. Mercedes susurró furiosa: “Todo lo inventó esa vieja guerrillera”. Además de esas apenas audibles palabras, Mercedes me daba codazos en las costillas.

Durante todo el testimonio, las esposas de los militares trataban de adjudicar incoherencias y contradicciones a los recuerdos de la madre sobre su hijo desaparecido —en cuanto al color del uniforme del oficial, confusiones de fechas y edades, por ejemplo—.

Las risas, susurros y codazos me sugerían que realmente **despreciaban el testimonio de la madre**. Al final, la mujer le pidió a Dios que hiciera justicia. Entonces, la dejaron ir. El público, desde la galería del piso de abajo, la recibió con un gran aplauso. Ante esto, normalmente el presidente del tribunal interviene para pedir orden, pero esta vez no emitió palabra.

Guadalupe Pereyra fue la siguiente testigo. Mercedes y las otras mujeres se acababan de ir para hacer un *break*. Antes de comenzar a testificar, Guadalupe se disculpó por estar nerviosa y dijo que esperaba que su declaración no se viera afectada por eso.

A continuación, relató lo poco que recordaba del secuestro de sus padres —en ese momento sólo tenía tres años—. Puso énfasis en haber crecido sin saber dónde estaban sus padres. Luego le preguntó al juez si podía leer una nota escrita por su padre durante el cautiverio. Se disculpó nuevamente porque la nota solía tener un pequeño pájaro dibujado en una esquina con la fecha en que había sido escrita. Pero la había roto tiempo atrás.

La lectura de la carta era muy difícil para ella, la voz se le quebraba y la mirada parecía confundida.

Una vez finalizada la lectura, los jueces no tuvieron más preguntas y los abogados defensores permanecieron en silencio. Solamente el fiscal le preguntó algunos detalles. Antes de terminar, Guadalupe dijo que fue muy difícil para ella acudir aquel día. Inclusive, mientras esperaba en la

sala de los testigos, su terapeuta le hizo algunas bromas para que se distendiera. Pero un instante después, al entrar en la sala de audiencias, se encontró con dos de los acusados; uno de ellos estaba a menos de 15 cm. de distancia. Guadalupe se cruzó de brazos, y mientras se abrazaba dijo que eso le había generado un gran estado de nerviosismo que impactó en su testimonio. “Es injusto”, expresó. Pidió al tribunal que tomara medidas para evitar ese tipo de contactos en el futuro. Un abogado de la querrela apoyó efusivamente su pedido, y agregó que no era posible que esto sucediera luego de toda la experiencia que tenía aquel tribunal en juicios por crímenes de lesa humanidad. Una vez que el Juez excusó a Guadalupe, ordenó silencio en la sala y la gente dejó de aplaudir.

Inmediatamente después del testimonio de Guadalupe, Ludmila Godoy entró en la sala de audiencias. Saludó al público agitando sus manos y sonrió con confianza. Se sacó el sweater y se sentó. Entre sus manos sostenía con fuerza algunos retazos de tela. Un abogado de la defensa oficial de otro juicio que estaba sentado a mi lado me susurró: “Mire, mire la muñeca que tiene en sus manos”.

El abogado de la querrela le preguntó a Ludmila qué recordaba. Entonces ella le contó sobre el día del secuestro. Ludmila tenía un año y medio.

Habló principalmente de la lucha de sus padres por un mundo mejor, de los recuerdos de su niñez, y cómo fue haber crecido sin sus padres. Habló con mucha facilidad e incluso compartió algunos recuerdos de bromas que hacía con sus amigos sobre torturas. También leyó la letra de una canción que su padre escribió para ella estando detenido.

Cuando empezó a hablar de la muñeca de trapo, mientras la cámara hacía zoom, Ludmila contó que su madre era muy buena cosiendo. Ella hizo la muñeca durante su cautiverio.

Algunos hombres que me rodeaban se quedaron dormidos, otros intercambiaron algunas miradas, cuando Ludmila reivindicó otras luchas revolucionarias fuera de Argentina.

Luego de mostrar la genealogía de un grupo de militantes al que pertenecían sus padres, le preguntó al tribunal si podía mostrar una foto de ellos antes de irse. El Presidente del tribunal, algo confundido, le dijo que

sí, pero que no podía retirarse luego de eso, pues todas las partes en la sala tenían el derecho de hacerle preguntas luego de que hubiese brindado su testimonio. Mientras mostraba una foto en blanco y negro, algo amarillenta, de sus padres, un abogado de la defensa le preguntó detalles sobre el involucramiento de su abuela en la lucha. Luego de una respuesta extensa, el abogado le agradeció.

Noté irritación en su tono de voz, era algo irónico. Luego Ludmila fue excusada. Esta vez nadie aplaudió.

Durante el receso, bajé al primer hall de la planta baja fuera de la sala de audiencias. Vi que Guadalupe estaba llorando. Ludmila abrazaba a todos a su alrededor; mientras, ambas mujeres recibían un caluroso aplauso.

El último testimonio de esa jornada fue de una testigo muy importante. Su padre fue asesinado en un ataque armado cuando ella era adolescente.

Decidí ingresar a la sala por la puerta de abajo. Le tuve que decir a un conocido que pertenecía al programa de protección de testigos que había cancelado una entrevista con un juez para escuchar este testimonio. Se rió y, de alguna forma, hizo alusión a la jerarquía implícita que da forma al mundo legal. “¿Cancelaste una reunión con un juez para escuchar un testimonio?”, me preguntó con incredulidad.

La testigo comenzó a narrar con voz tranquila, sentada en el banco, cerca de los jueces, sus recuerdos. Su discurso era coherente y estructurado. En vez de escuchar con atención este testimonio importante —en un sentido jurídico—, empecé a pensar en la estructura física de la sala donde se estaba desarrollando el juicio, los espacios que lo rodeaban y cómo distintas personas habitaban estos espacios.

Afuera de tribunales, las personas discutían y se peleaban. Adentro del edificio intercambiaban miradas de odio. El público susurraba, sonreía y aplaudía de vez en cuando. En los halls, hijos de desaparecidos lloraban y se abrazaban. Todos estos espacios tenían reglas implícitas diferentes para cada persona. Adentro de la sala de juicio muchos de los comportamientos mencionados no eran tolerados, por lo que las personas buscaban alternativas.

La pelea afuera, los susurros, los golpes, los aplausos, la foto del casamiento, el encuentro con un acusado, compartir espacios con otros

legales, la notita al costado de la carta y la muñeca, son “materiales no documentados” que circulaban poderosamente en las anécdotas de las personas sobre sus experiencias en la justicia.<sup>(42)</sup>

Si tratamos de llegar al corazón del derecho —la sala del juicio— el cuerpo y otros artefactos tangibles se convierten en lugares importantes donde se evidencia una aprobación o desaprobación “silenciosa”. Después de compartir varios meses en tribunales con ambas partes, empecé a notar que espacios como las salas de audiencias, los palcos públicos, los *lobbies*, los halls, y, finalmente, las calles gradualmente pasaron de ser lugares caracterizados por un comportamiento protocolar a ser lugares de comportamiento más informales, debido al relajamiento de las restricciones jurídicas y códigos sociales de comportamiento. Al focalizar en estos aspectos tangibles de la vida en tribunales, el dolor, el enojo, la indignación, el alivio, la culpa, la vergüenza, la ansiedad, la venganza y el miedo comenzaron a ser palpables.

El trabajo de campo me dio la posibilidad de hablar sobre estas experiencias corporales en la justicia. Algunas veces porque pregunté de forma directa, pero principalmente, porque estos momentos “judiciales” tenían una gran impronta en la memoria reciente de las personas involucradas en los procesos judiciales. Ubicar a la justicia como algo que las personas viven en un contexto social puede parecer superficial para quienes experimentan los juicios. No obstante, es habitual que en producciones académicas sobre justicia transicional se omitan datos sobre las experiencias corporales, ya sea porque la metodología de investigación prioriza los documentos escritos o, porque simplemente es dejado de lado o considerado algo trivial, sin relevancia para el proceso judicial.

En mi opinión, este desconocimiento —deliberado o accidental— pasa por alto dimensiones importantes de la experiencia de justicia.

Cuando Carla Ávila y yo hablamos de su experiencia en la Corte, por ejemplo, apareció la pelea con las mujeres de los militares en la puerta de Comodoro Py.<sup>(43)</sup> Me dijo que esa “situación” la hizo sentir muy incómoda.

(42) MATTINGLY, CHERYL, *Healing dramas and clinical plots. The narrative structure of experience*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 22.

(43) Entrevista con Carla Ávila, Buenos Aires, 21 de julio de 2010.

“Hacemos un gran esfuerzo para que no nos afecten ese tipo de disturbios”. Reconocer a esas mujeres como esposas de militares le recordó a su detención ilegal. Me contó que una vez oyó que un torturador le decía a otro que se tenía que ir, porque tenía que ir a buscar a su hija a la escuela. “En ese momento pensé: ¿Cómo es posible que puedan hacer estas cosas y tener hijos? ¿Cómo puede ser que salgan de acá y tengan una vida como si este sub mundo no existiera?”. Carla siguió diciendo: “En otro juicio uno de los acusados pasó por el lobby afuera de la galería pública. Muchos de nosotros estábamos ahí esperando y nadie dijo nada”. “Lo que interpreto es que lo que pasa adentro de la sala de juicio es lo que se prioriza”. Si bien las víctimas deben enfrentarse con los represores en persona, Carla me explicó que harían todo lo que fuera necesario para no afectar el desarrollo del juicio.

Por casualidad, unos meses después, me encontré con Ludmila Godoy. El co-director Simón Vázquez estaba haciendo un documental sobre los juicios por crímenes de lesa humanidad y me había invitado a la filmación de los testimonios de tres testigos: una mujer y un hombre que eran ex detenidos y Ludmila. El día anterior a la filmación de Ludmila, Simón me dijo que tenía buenas imágenes. Ese mismo día ella expondría frente a la cámara sus experiencias recientes en la justicia. El set de filmación estaba preparado en el patio de un estudio de grabación en Recoleta. Ludmila nos contó que Guadalupe Pereyra y otra sobreviviente tendrían que haber ido ese día. No sabía el motivo de la ausencia de Guadalupe; la otra persona no se sentía bien. “Eso es por las torturas que sufrió”, explicó. “Psicológicamente y físicamente está muy mal. A veces se encierra en su casa y no quiere ver ni a sus chicos”.

Cuando empezó la grabación, el primer testigo dijo: “Entrar a la sala del juicio fue muy emocionante, especialmente cuando vi que algunos de los represores estaban esposados, fue muy fuerte”. También criticó a uno de los jueces por haber sido agresivo con los testigos. Dijo, también, que le parecía una vergüenza que periodistas y cámaras hayan tenido un acceso tan limitado al juicio.

La grabación duró varias horas.

Cuando llegó su turno, Ludmila confesó que el mes anterior a testificar había estado nerviosa y ansiosa. De hecho, años atrás había sido llamada



a testificar en un juicio en España, pero tuvo dudas, y no fue. Por eso, esta vez, habló con muchas personas sobre cómo sería. Y, de acuerdo con un amigo de sus padres, ella tenía la obligación de testificar. “Esta vez no dudé ni un segundo, aunque estaba muy nerviosa”. Empezó explicando que era muy joven cuando sus padres desaparecieron, por lo que tenía pocos recuerdos de ese día. Ver a uno de los acusados durante su testimonio fue muy contraproducente. “Pero sabes... la parte más difícil es acordarse de todo”. El hombre estaba de acuerdo con Ludmila. Dijo, además, que tenía expectativas muy altas y había pensado que dar ese testimonio la aliviaría mucho. Lamentablemente no fue así, siguió.

Laura Figueroa, quien hasta hacía poco trabajaba como acompañante de testigos en tribunales —víctimas y familiares de desaparecidos durante la última dictadura cívico-militar, especialmente— sostuvo que el día a día en un juicio sobre crímenes de lesa humanidad es tan importante como el día de la sentencia. En las dos oportunidades que hablé con ella me comentó sobre su trabajo en tribunales en el programa de protección de testigos. Recordó vívidamente los testimonios de Guadalupe y Ludmila. De acuerdo con ella, no es posible preparar a un testigo o al público para testificar. Me dijo que pensó que Guadalupe no estaba bien como para testificar el día que lo hizo. Pero unos días después del testimonio, Guadalupe le comentó que ver a uno de los acusados antes de testificar le había dado fuerza.<sup>(44)</sup> “Nunca se sabe cómo va a reaccionar un testigo”, me explicó. “Yo misma casi me quiebro cuando Ludmila apareció con su muñeca”.<sup>(45)</sup> “Su mamá hizo la muñeca, viste”. Laura también se acordaba de un dibujo que Ludmila había hecho para su madre. “Lo vi hace varios años y lloré dos días seguidos”. Según Laura, la muñeca fue la mejor forma de representar el dolor de Ludmila.

Sin dar conclusiones cerradas sobre las experiencias de los testigos y sus públicos, es necesario destacar que analizar los aspectos tangibles y los momentos de erupción en la Corte permite comprender más acabadamente lo que el juicio significa para quienes lo viven.

En la próxima sección proseguiré esta investigación corpórea que me permitió comprender experiencias vigentes en los acusados y sus públicos

(44) Entrevista con Laura Figueroa, Buenos Aires, 18 de junio de 2010.

(45) *Ibid.*

que, junto con la de los testigos, han funcionado como un instrumento hermenéutico en mi trabajo de campo.

## 7 | Los acusados

Transcurrió otro día en tribunales. Mientras Carla Ávila y una de las **madres** tenían una entrevista con un periodista en el hall central, yo me encontré con el teniente coronel retirado Alfonso Palacios. Como me sorprendió el encuentro, le pregunté qué estaba haciendo allí. Me contó que había ido para presenciar una audiencia en las galerías públicas de arriba. “A veces vengo a escuchar estas barbaridades. Tendríamos que hacerlo más seguido”. Le pregunté cómo se sintió escuchando los testimonios de hoy. “Me indigna bastante”, respondió. “Es un circo”. Al cruzar el hall central vi que Carla y la madre ya se habían ido, lo que me produce un gran alivio puesto que no me habría gustado que me vieran hablando con Alfonso. Mis contactos con ambos públicos en los tribunales federales de Buenos Aires por momentos me dejaron perpleja —¿me identifico con los testigos o con los acusados?—. Me lo han preguntado varias veces. Para evitar esos momentos incómodos, después de varios meses en contacto con el campo, decidí empezar a presenciar otro juicio fuera de Buenos Aires. Pero esta vez, desde los acusados.

En este juicio el teniente coronel Ignacio Domínguez ha sido procesado por crímenes de lesa humanidad. Luego de varios meses de prisión preventiva en Campo de Mayo, Ignacio fue llevado a una cárcel fuera de Capital. Fue juzgado junto con dos ex generales y varios oficiales de las fuerzas armadas y seguridad de distinto rango. Le pedí que me escribiera sobre sus primeros días en el juicio, ya que no tenía acceso ni a internet ni al teléfono. Ignacio me escribió que se sentía como un payaso y cuestionó la legitimidad de los jueces. Le molestaba especialmente la omnipresencia de las cámaras. “Nos acribillan a flashes”. También me contó que, finalmente, pudo dar su declaración sobre la violencia, y que lo disfrutó. “Ahora espero con ansiedad, no con miedo, mi próxima oportunidad para poder usar mi única arma, el micrófono, y volver a la arena”.<sup>(46)</sup>

(46) Correspondencia manuscrita con Ignacio Domínguez, 24 de julio de 2010.

Visité a Ignacio en la prisión nuevamente; lo noté más enérgico que meses atrás. Admitió que era porque finalmente sentía que pudo hacer algo. “Di una lección muy precisa sobre la estructura de la guerrilla de los años 70 y cómo funcionaba”, me dijo. Estaba ansioso por contarme sobre su primera declaración que duró más de dos horas y media. Noté en su voz que todavía estaba sorprendido por esa duración. “Estoy muy orgulloso de haberme sentado al lado de mis superiores, aunque todavía no entiendo por qué yo estoy explicando la represión; es el deber de ellos”, agregó con un dejo de indignación en su voz. “Es como ganar algunos metros en la trinchera, viste”.

Al día siguiente, en el juicio, hubo testimonios de los testigos. Mientras examinaba la sala, la amiga de Ignacio, Victoria Herrera, se sentó a mi lado, en el lugar reservado para las familias de los acusados. Victoria me había dicho el día anterior que estaba convencida de que si su marido no había muerto en La Tablada, ese día soportaría el juicio junto a Ignacio, uno de sus compañeros más cercanos. Ella saludó con la mano a Ignacio. Noté que Ignacio tenía puesto un traje marrón; nos sonreía ampliamente y devolvió un saludo que expresaba confianza.

Según Victoria, durante las audiencias existieron muchos conflictos entre el público de los acusados y la gente de derechos humanos. “[susurran] hijo de puta, sos un militar asqueroso, ¿entendés? Quieren atacarte. Te hacen sentir atacado todo el tiempo y no podes hacer nada”.<sup>(47)</sup> En la primera audiencia Victoria me contó que había traído la bandera nacional y que se había parado muy cerca del cristal blindado que separaba a los acusados. Quería que la bandera apareciera en las fotos de los diarios. Victoria me confesó que, en ese momento, un guardia de seguridad intervino, lo que la hizo enojar: “Esta es la bandera de nuestra patria; no tiene ninguna inscripción. Cuando a las mujeres de los pañuelos blancos se les prohíba entrar, ahí voy a poder sacar mi bandera”. Cuando entraron los jueces, uno de los secretarios vociferó: “¡Todos de pie!”. Después de algunos inconvenientes todos se sentaron nuevamente. Antes de que la audiencia se abriera, se les permitió la entrada a la sala a ocho fotógrafos. Les sacaron algunas fotos a los acusados. Principalmente a los ex Generales. Incluso desde atrás, pude ver que no se movían ni un centímetro y

.....

(47) Entrevista con Victoria Herrera, Córdoba, 2 de agosto de 2010.

tenían la mirada fija al frente. Ocho cámaras sacaron fotos. “¿Otra vez?”, murmuró Victoria. “Cada audiencia es la misma historia”. Después de todos los flashes, una mujer ex detenida desaparecida caminó en dirección al banco junto a los jueces para testificar.

La carta de Ignacio sobre los primeros días transcurridos en la Corte me permitió entender lo que le molestaba y lo que le producía placer. Además, gracias al tiempo que compartí con Ignacio durante los cuartos intermedios, como así también en la cárcel, y con Victoria en las audiencias, me ayudó a entender su punto de sobre lo que estaba en juego en el juicio. Entender sus experiencias corporales con los flashes de las cámaras, sus miradas fijas, banderas nacionales, las declaraciones de los oficiales de bajo rango y militares vestidos de civiles de todos los rangos compartiendo el banquillo de los acusados, implicó sumergirse en un mundo militar, con una educación y un sentido particular de autoridad corporativa al que este grupo pertenece.

Estas diferentes manifestaciones corporales expresan qué es lo que importa para los militares y sus familiares, lo cual oscila entre el estándar de comportamiento militar y el enojo. Ahora bien, ellos expresan su enojo de otras formas debido a las restricciones legales y comportamientos sociales aceptables. Según Connor,<sup>(48)</sup> quien estudia la moral militar, sentimientos del personal militar, soldados y oficiales, sus emociones son generadas por un patrón colectivo que los incita a experimentar enojo y excitación ante una situación de violencia; es decir, formas contrarias a la moral convencional. Mel Singer<sup>(49)</sup> y Waisbord<sup>(50)</sup> señalan también que la educación militar en conjunto con un legado familiar tienen valores particulares y ciertos códigos que moldean y dan una nueva forma a los valores civiles de los individuos.

El espacio del que dispongo en este artículo es demasiado acotado para dar cuenta de forma acabada sobre la vida afectiva de estos oficiales y su público. No obstante, los objetos tangibles que fueron mencionados nos sugieren que el grupo al que pertenece un actor le induce un repertorio

(48) CONNOR, JAMES M., *op. cit.*, pp. 285/286.

(49) MEL SINGER, L.C.S.W., *op. cit.*, pp. 380/381.

(50) WAISBORD, *op. cit.*, p. 161.

de sentimientos que deben ser estudiadas como una red compleja de sentimientos que un oficial o un soldado debe o no debe sentir. Esto será tratado en mi próxima disertación.

## 8 | Reflexiones finales sobre los sentimientos en la Corte

Si la justicia no es solamente una sentencia, como la psicóloga Laura Figueroa me dijo una vez, o una pila de papeles y palabras, como tuve la oportunidad de observar desde el principio, es necesario explorar el proceso judicial desde una perspectiva corporal. Una muñeca, pequeñas notas y garabatos, el encuentro corporal con uno de los acusados, una cruz de acero, los pañuelos blancos, la *Apología*, la imagen del Che Guevara, fotos de las parejas de desaparecidos, pancartas rotas afuera de tribunales, las respiraciones agitadas en los ascensores, el relato persuasivo de la pelea, miradas sombrías en los halls, susurros iracundos y codazos suaves en las galerías públicas también son parte de la vida en Tribunales. Todos los objetos y los comportamientos tangibles encarnados que fueron discutidos en este artículo, poseen una tonalidad afectiva muy poderosa, como bien señala Carrithers.<sup>(51)</sup> Fue a través de la problematización de estos artefactos, en combinación con el comportamiento corporal y verbal, lo que me permitió analizar los sentimientos que las personas experimentan, que de otro modo habría permanecido oculto tras un velo de oscuridad.

Aparte del miedo, dolor, falta de remordimiento y el enojo, la repugnancia —o el asco— fue otro sentimiento que invadió los tribunales; incluso en su sentido **racional**. Cuando no es posible transformar la realidad que se enfrenta, sentirse **enojado o repugnado** produce una recuperación del control de la situación.<sup>(52)</sup> El contacto con ambos públicos ayuda a entender que los sentimientos de repugnancia y enojo, como **demarcadores simbólicos**, expresan un deseo de separación física. Me acuerdo de Tomás Olivera. Él es un abogado de derechos humanos que trabajó en varios

.....

(51) CARRITHERS, *op. cit.*

(52) En un contexto distinto, Jackson (JACKSON, *Lifeworlds. Essays in Existential Anthropology*, Chicago, The University of Chicago Press, 2013) estudia cómo sentir ciertas emociones, por ejemplo, enojo frente a tecnología defectuosa es una forma de recuperar el poder que se cree haber perdido.

juicios por delitos de lesa humanidad. Trabaja muchas horas por semana en estos juicios. Siempre lo observé detrás del cristal blindado en la sala donde se desarrollaba el juicio y siempre parecía estar tranquilo. Pero me contó que fue muy difícil estar en el mismo cuarto que los “milicos”. Me dijo que sólo con todo el asco del mundo podemos vivir juntos.<sup>(53)</sup> Aparte de esta explicación explícita que me brindó Tomás, existieron momentos en que los actores, de una forma corpórea expresaban repulsión hacia los militares y sus familias. De acuerdo con Durham, las expresiones de asco y repugnancia implican una forma de rechazo moral que involucra al cuerpo en su totalidad.<sup>(54)</sup> Tanto Durham como Nussbaum<sup>(55)</sup> señalan que, en un sentido corporal, el asco nos exhorta a no transgredir lo que nos es desconocido. Este sentimiento podría protegernos de la contaminación simbólica y la confusión moral. Mary Douglas<sup>(56)</sup> trata también cómo la separación y la purificación tienen un rol ordenador dentro de una experiencia disruptiva. Este sentimiento de asco podría ser una forma de mantener límites, una línea divisoria entre víctima y victimario permitiéndoles, de esta forma, compartir los mismos espacios físicos. Si bien otros sentimientos también estuvieron presentes en el escenario del juicio, la repugnancia se convirtió, en este contexto, en un sentimiento importante.

En cambio, para el público de los acusados, pude percibir a través de metáforas y sus explicaciones, pero sobre todo a partir de sus sensaciones e interpretaciones de las fotos que les sacaban durante el juicio, las banderas y los títulos de los libros que llevaban, que el sentimiento predominante era el enojo. Pues este les permitía enfrentar el juicio. El enojo —poder transformador— fue el catalizador a través el cual pudieron vivir la experiencia de los juicios.

Lo que las personas expresan no necesariamente puede corresponderse con lo que verdaderamente sienten. Para llegar a una profunda comprensión de lo que las personas viven en procesos legales desde una .....

(53) Entrevista con Tomás Olivera, Buenos Aires, 8 de julio de 2010.

(54) DURHAM, DEBORAH, “Disgust and the Anthropological Imagination”, en *Ethnos* 76 (2), 2011, p. 134.

(55) NUSSBAUM, MARTHA C., *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 73.

(56) DOUGLAS, MARY, *Purity and Danger: An analysis of concepts of pollution and taboo*, London, Routledge & Kegan Paul, 1966, p. 4.

perspectiva corporal, en mi opinión, exige una aproximación fenomenológica. El estudio de los elementos tangibles de la vida cotidiana generalmente es olvidado en el análisis de grandes procesos sociales, como es el caso de un juicio oral.

De acuerdo con Mattingly<sup>(57)</sup> en su etnografía sobre el mundo terapéutico, la generosidad y las pequeñas atenciones no son reflejadas en las historias clínicas. Éstos son intercambios “no documentados” que están excluidos del ámbito oficial. Desde mi punto de vista, en los tribunales este “material no documentado” no sólo nutre al testigo y al acusado, sino que altera al **otro legal**. En palabras de Wikan<sup>(58)</sup> estas experiencias corporales en la justicia nos muestran las “preocupaciones más urgentes” y nos permiten comprender lo que significa para las personas participar en juicios por crímenes contra la humanidad. En general, los sentimientos que experimentan los actores tienen raíces en ciertos espacios, gestos, imágenes y objetos. A través de una investigación etnográfica de la intertextualidad de los espacios legales, cuerpos y objetos que la gente lleva consigo a la Corte, en mi opinión, la justicia como mundo se desverbaliza y ofrece un acercamiento a la vida emocional de las personas que realmente viven los juicios. Nunca podría haber percibido el enojo de Ignacio sin los *flashes* de las cámaras, o lo doloroso que era para Ludmila testificar si no hubiera reparado en la muñeca. Estos objetos permiten explorar de forma empírica lo que sienten las personas en el contexto de un juicio oral. El juicio también entra en “erupción”, lo cual facilita analizar el mundo social al que pertenece la sala donde el juicio se desarrolla. Para poder entender la relación de los actores con los objetos es necesario hablar con ellos.

Creo que todos los sentimientos que fueron tratados en este artículo pertenecen íntimamente a las vivencias de justicia e injusticia en los tribunales argentinos. Sin lugar a dudas lleva tiempo entender lo que está en juego para las personas en un juicio; pero a partir de un trabajo comprometido y de reflexión a largo plazo con estos individuos, compartiendo charlas y experiencias, es posible comenzar a discernir el mundo fenomenológico de la justicia.

(57) MATTINGLY, *op. cit.*, p. 22.

(58) WIKAN, *op. cit.*, p. 467.

# Los inicios del Plan Clandestino de Represión en el período 1966-1973 en Argentina

por **DAIANA FUSCA**<sup>(1)</sup>

*“La experiencia que se trata es algo así como el descenso a los infiernos que ha vivido la sociedad argentina en los últimos años; marcada por el horror de formas inhumanas de trato y de relación (...) ha tenido que hacerse cargo de una fisonomía que no se puede asumir: la tortura sobre seres humanos, la desaparición de personas, el perfeccionamiento de un aparato represivo (...) no hay razonamientos para aceptar lo que ha pasado (...) Queremos que nadie olvide lo que ocurrió para que no ocurra más, ciertamente, pero también para que sean modificadas las condiciones que lo permitieron y lo podrían volver a permitir sino se produce esa modificación”<sup>(2)</sup>*

## I | Introducción

Este trabajo da cuenta del contexto histórico represivo del período comprendido entre los años 1966-1973 en Argentina que —consideramos— dio inicio al Plan Clandestino de Represión (PCR) que alcanzaría su máxima expresión durante la última dictadura cívico militar iniciada en 1976. Así, el objetivo es demostrar la planificación en aquel período de un ataque

(1) Abogada (UBA). Maestranda en Derechos Humanos y Políticas Públicas (UNLA). Coordinadora del Equipo Memoria, Verdad y Justicia, Área de Litigio, del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Actualmente Abogada en la Procuraduría de Crímenes Contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación. Se agradecen los comentarios de Lorena Balardini, Mariel Alonso y Andrea Rocha, coordinadora e integrantes del Área de Investigación del CELS.

(2) Prólogo de “Proceso a la explotación y a la represión en Argentina”, publicado por el “Foro de Buenos Aires por la vigencia de los DDHH”, mayo de 1973, pp. 5/6.



sistemático y generalizado contra un grupo de la población civil, definido en forma genérica como el "enemigo subversivo".

Si bien el PCR comenzó a implementarse en esos años, con el retorno a la democracia en 1973 tendría continuidad en los secuestros, torturas y homicidios que siguieron ejecutándose, y en la institución de los primeros Centros Clandestinos de Detención (CCD). Si bien en el año 1973 el gobierno de facto cede el poder al gobierno civil constitucionalmente elegido por el pueblo se libera a los detenidos políticos, las mismas estructuras del Estado que habían sido adiestradas y destinadas al plan represivo, así como los mismos grupos políticos y factores de poder comprometidos con la represión, continúan operando a través del sistema paraestatal de represión, que se traduce en los hechos producidos por la "Triple A" y diversos grupos paraestatales que ejecutan asesinatos y desapariciones en el período que va de 1973 a 1976, alcanzando su máxima expresión a partir de 1976 durante la última dictadura cívico militar.

Como características sobresalientes del período comprendido entre los años 1966 y 1973, destacamos:

1. la implementación de la **Doctrina de Seguridad Nacional (DSN)**, que atribuye a las Fuerzas Armadas (FFAA) la defensa interna y plantea como hipótesis bélica el concepto de "enemigo interior", que se denomina "subversión";
2. el reforzamiento de la **legislación represiva**;
3. la creación del fuero antsubversivo: El "Camarón" o la "Cámara del terror";
4. una **fuerte represión a la población civil** y la **institucionalización de la tortura**: se verifica una **práctica generalizada de detenciones y torturas**, registrándose numerosos homicidios y las primeras desapariciones forzadas de personas;
5. el **incremento de la movilización social**, la aparición de las **organizaciones revolucionarias** y las **organizaciones de defensa de los derechos de los presos políticos, estudiantiles, sociales y gremiales**.

En lo sucesivo, señalaremos las principales características reseñadas que nos permiten afirmar la existencia del comienzo del PCR y su implementación en todo el territorio nacional. Tomaremos como ejemplo paradigmático o de referencia los hechos dados a conocer como la "Masacre de Trelew", perpetrada en 1972, que fueron sometidos a juzgamiento durante el año 2012, con el objeto de dar cuenta y hacer uso de la prueba e información producida en el debate oral y público, entendiéndola como un

aporte al conocimiento y a la memoria histórica y social. Luego, haremos referencia a la continuidad del PCR durante el período 1973-1976, para finalmente dar lugar a las conclusiones.

## 2 | Los inicios del Plan Clandestino de Represión

### 2.1 | Implementación de la Doctrina de Seguridad Nacional

A partir de la dictadura de Onganía (1966-1970) se impuso un régimen cuyo sustento ideológico estuvo basado en la denominada **Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN)**, que planteó como hipótesis bélica el concepto de “enemigo interior”. La adopción de esta doctrina constituyó un aspecto fundamental por implicar la redefinición de la misión, objetivos y tareas de las FFAA, y por poner a la Argentina dentro de un marco regional donde esas nuevas definiciones eran adoptadas en casi toda América Latina.<sup>(3)</sup>

La división territorial del país fue establecida por el Plan de Capacidades para el año 1972 —PFE-PC MI72—. De esta forma, el país quedó dividido en las zonas de defensa, cuyos límites coincidían con los que demarcaban la jurisdicción de los distintos cuerpos del Ejército.

El testigo experto en asuntos militares, Horacio Ballester,<sup>(4)</sup> refiere que la DSN “fue la base de la organización y la acción militar en toda América a partir de la Segunda Guerra Mundial”, siendo resultado de numerosos

(3) Ver RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006, p. 125 y ss.; HALPERIN DONGHI, TULLIO, “La década de las decisiones (1960-1970)”, en *Historia Contemporánea de América Latina*, Cap. 7º, punto 1º, Bs. As./Madrid, Alianza, p. 547 y ss.; EIDELMAN, ARIEL, *El desarrollo de los aparatos represivos del Estado argentino durante la “Revolución Argentina”: 1966-1973*, tesis doctoral, 2010, p. 80 y ss.; MARTÍNEZ, DIEGO, *Fue un acto extremo en un contexto de ilegalidad*, diario *Página 12*, 22/08/2012.

(4) Ver declaración prestada por Horacio Ballester ante el Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia, en la audiencia del 29/08/2012, causa N° 979 caratulada “Sosa, Luis Emilio; Mayorga, Horacio Alberto; Paccagnini, Rubén Norberto; Del Real, Emilio Jorge; Bautista Jorge Enrique; y Marandino, Carlos Amadeo s/ infracción arts. 42, 45, 55, 80 incs. 2 y 6 y 227 CP”, Rawson, Provincia de Chubut, Argentina, en entrevista realizada el 14 de agosto de 2012 en Buenos Aires. Horacio Ballester, Coronel (r), formó parte de la sublevación de las guarniciones

acuerdos y convenios internacionales. En la “Escuela de las Américas”, con sede en Panamá, militares argentinos fueron instruidos sobre técnicas de interrogatorios bajo torturas para quebrar la voluntad de las personas sometidas y en la identificación del enemigo “comunista”, que por el solo hecho de ser calificado como tal perdía todos sus derechos.

Así también, el régimen se nutrió de la **Doctrina Contrarrevolucionaria Francesa (DCF)**, de donde tomaron el método de división del territorio en zonas y áreas y la tortura como mecanismo de obtención de información y de retroalimentación del sistema.<sup>(5)</sup>

Por su parte, Julio Urien,<sup>(6)</sup> quien ingresó a la escuela naval en 1968 y fue instruido conforme lo lineamientos de la DSN y la DCF, dio cuenta de que después del “Cordobazo” notó un cambio en la formación que se le impartía, pues se empezó a identificar como blanco la “lucha contra la subversión” y el ataque a la población civil.<sup>(7)</sup> En septiembre de 1972, Urien fue destinado a la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), donde para noviembre de ese año se empezaron a organizar grupos paramilitares, que actuaban de civil para secuestrar personas y dejarlas a disposición del sector de inteligencia de la ESMA, lo que podría ser el inicio del Grupo de Tareas 3.3. que operó en ese centro clandestino durante la última dictadura militar. Frente a ello, él con un grupo de oficiales y suboficiales se sublevaron, siendo reducidos y detenidos.<sup>(8)</sup>

de Azul y Olavarría contra la dictadura de Lanusse y fue presidente del Centro de Militares para la Democracia Argentina (CEMIDA).

(5) Ver declaración de Horacio Ballester, fallo cit. Video documental *Les escadrons de la mort: L'école française*, dirigido por Marie-Monique Robin, Francia, 2003, 60 minutos.

(6) Ver declaración del 31 de agosto en la causa “Sosa, Luis Emilio; Mayorga, Horacio Alberto; Paccagnini, Rubén Norberto; Del Real, Emilio Jorge; Bautista Jorge Enrique; y Marandino, Carlos ...”, fallo cit. Refirió que los instructores en la Escuela Naval junto con los capellanes militares les exhibieron a los alumnos la película “La Batalla de Argel” en la que se explicaban los métodos de tortura, asesinato y desaparición utilizados en Argelia por los militares franceses.

(7) Refirió que una vez recibidos, en enero y febrero de 1972, realizaron un curso comando en Tierra del Fuego cuyo cuadro de situación era la “lucha contra el comunismo”. En este curso fueron divididos en dos grupos y durante el ejercicio su grupo fue tomado prisionero y torturado por el otro. Estas prácticas generaron una fuerte contradicción entre numerosos marinos que no estaban dispuestos a reprimir a la población.

(8) Ver declaración de Julio C. Urien, fallo cit., y video documental *Los marinos del pueblo*, Carlos Alberto Pico & Miguel Ángel Curci (dirección y guión), sobre una idea de Julio César Urien, 2009.

En cuanto a lo que entendemos es el comienzo del plan clandestino de represión, Ballester refirió:

“A fines de la década del 60 y principio de los 70 estaba todo listo, los reglamentos desarrollados, los cursos ya se habían hecho, [por lo que] a partir de ese momento comenzó la aplicación práctica, habían terminado la parte de adoctrinamiento y había que empezar la ejecución. A mi juicio, la primera operación ejecutiva es lo que ocurrió en Trelew en agosto de 1972”.<sup>(9)</sup>

Así, se verificó un cambio en el rol y la misión de las FFAA, y la subordinación de la policía y demás fuerzas de seguridad implicó un reforzamiento de la actividad de vigilancia, control y represión de las estructuras del Estado sobre la sociedad civil.

Ahora bien, con el objeto de reprimir al comunismo se dictó legislación especial, la cual fue complementada a través de reglamentaciones militares. Estas reglamentaciones son conformes a los lineamientos de la DSN y la DCF y prevén específicamente la aplicación de tormentos y la represión a la población. Entre ellas destacamos:

- El documento titulado **“Instrucciones para la lucha contra la subversión”**, que es un manual teórico y práctico de la “guerra contrarrevolucionaria” que fue emitido en 1962. Su primera parte está consagrada a una representación teórica de la guerra revolucionaria, caracterizada como “permanente, integral, universal y multiforme”. En la segunda parte se enumeran los medios para “luchar contra las organizaciones clandestinas”, donde se reproducen las enseñanzas de los franceses, que transmitieron hasta los eufemismos de rigor: el capítulo titulado “El trato a los prisioneros” comienza con: **“Interrogatorio: es necesario proceder a su identificación utilizando todos los medios disponibles”**. Y se recomienda que estas medidas consideradas **severas** sean **acompañadas de una intensa campaña de operaciones psicológicas para convencer a la población de que esos métodos se utilizan para su propio bienestar**.
- El reglamento **“RC-8-2”**, denominado **“Operaciones contra Fuerzas Irregulares”**,<sup>(10)</sup> dictado por el Comandante en Jefe del Ejército Alejandro Agustín Lanusse el 20/09/1968. Dedicó el capítulo VI al **rol de las FFAA en la Guerra Contrarrevolucionaria**. De acuerdo al Reglamento, la “Guerra Revolucionaria” es la que pretende imponer el marxismo a escala global. En su

(9) Ver declaración prestada por Horacio Ballester, fallo cit.

(10) “RC-8-2”, Tomo III (de carácter Reservado).

primer artículo la define de este modo: “La guerra revolucionaria responde, por su finalidad, a la clasificación de guerra ideológica. Es la que desarrolla el comunismo internacional para imponer la doctrina marxista en el mundo, abarcando todos los campos de la actividad humana”. La guerra contrarrevolucionaria abarca, según el Reglamento, “toda la Nación” y se encuentra a cargo de “todos los organismos gubernamentales”, en particular de las FFAA. En el punto 6, punto 001 2), se consigna que “... las FFAA podrán aportar una eficaz contribución a la lucha: en primer lugar, por las informaciones que puedan obtener por intermedio de sus elementos de inteligencia...”.

- El reglamento “RC-5-1” (de carácter Reservado), denominado “Operaciones Sicológicas” (OS),<sup>(11)</sup> dictado el 08/11/1968 por Lanusse. Se prevé el “método de la acción compulsiva”, que no es más que un eufemismo para denominar las prácticas de tortura: “La presión, insta por la acción compulsiva, apelando casi siempre al factor miedo. La presión sicológica engendrará angustia, la angustia masiva y generalizada podrá derivar en **terror** (...) La fuerza implicará la coacción y hasta la violencia mental. Por lo general, **este método será impulsado, acompañado y secundado por esfuerzos físicos o materiales de la misma tendencia (...)**”. En el capítulo VI denominado “Inteligencia”, se hace referencia a los “Prisioneros de guerra”,<sup>(12)</sup> al indicar que **el personal de Operaciones Sicológicas [OS] coadyuvará en el interrogatorio de los prisioneros “... de guerra, proporcionando a los elementos de inteligencia una lista de preguntas que deberá contener la información esencial para OS y que cuando sea autorizado el personal de OS podrá participar también en los interrogatorios...”**. Finalmente, en el punto 6, punto 004 (Fuentes de Información) dentro de las “Fuentes Técnicas” se consigna, en el sub-punto a), en lo relativo a los “Medios de Acción Sicológica”, expresamente la “compulsión física y la tortura”.<sup>(13)</sup>
- El reglamento RV-150-5 denominado “Instrucción para operaciones de seguridad”, dictado el 27/05/1969, tenía por objeto impartir instrucciones al personal militar para afrontar los casos de conmoción interna: facultaba a la fuerza militar a practicar allanamientos y a detener personas, pero no establecía expresamente el lugar donde debían ser alojados.
- El reglamento RC-8-3 (de carácter Reservado) denominado “Operaciones contra la subversión urbana”, dictado el 29/07/1969 por Lanusse. Entre otras cosas, prevé expresamente “la represión militar” y, dispone que “se llevará a cabo como una operación ofensiva contra los elementos subversivos, con el fin de

(11) “RC-5-1” (de carácter Reservado) denominado “Operaciones Sicológicas” (OS), Capítulo II, sección 1, sobre “métodos de la acción sicológica”, punto 2004.

(12) *Ibid.*, en el punto 6, punto 004 (Fuentes de Información) dentro de las “Fuentes Técnicas” se consigna en el sub-punto a).

(13) *Ibid.*, en el punto 6, punto 004 (Fuentes de Información) dentro de las “Fuentes Técnicas” se consigna, en el sub-punto a), el punto 3 “medios ocultos”, punto 4.

neutralizarlos o destruirlos”,<sup>(14)</sup> y afirma “dado que el enemigo utilizará a la población para realizar y enmascarar sus acciones, la misma también podrá sufrir las consecuencias de la represión militar”.<sup>(15)</sup>

La Armada Argentina (ARA) también elaboró documentos que dan cuenta de su compromiso con la denominada “lucha contra la subversión” y las actividades de inteligencia que reglamentaban y realizaban. Así, destacamos:

- Un documento que contiene actuaciones administrativas vinculadas con la pérdida de la publicación que se entiende subsidiaria al plan de capacidades, PLACINTARA.<sup>(16)</sup> Estas actuaciones comienzan a mediados de 1972 y, de ellas, se desprende que la Armada utilizaba este programa de instrucción para la lucha contra la subversión para abril de 1973.
- En el documento “relativo a la denominada “Operación Martillo”<sup>(17)</sup> consta que el Vicealmirante Raúl Francos, por oficio del **16/09/1971**, requiere refuerzos en inteligencia en vista de que, cito: “El 14 de junio del corriente año, luego de un análisis de la situación insurreccional que conmueve al país, la Junta de Comandantes en Jefe emite la **Directiva 2/71** (LCS-106) para el **pasaje a la ofensiva en la lucha contra la subversión**. Como consecuencia de ello, por orden del señor Comandante en Jefe de la Armada, emití la **Operación Martillo** que sustenta su eficacia en la capacidad de obtención de inteligencia del enemigo. Por la mencionada operación, **se modifican las prioridades de Adiestramiento de toda la Armada, pasando a prioridad I la concerniente a satisfacer la hipótesis de guerra, Marco Interno**”.
- La **Directiva de la Junta de Comandantes en Jefe n° 2/71** es relativa al **pasaje a la ofensiva en la lucha contra la subversión**.
- En otro documento<sup>(18)</sup> del Servicio de Inteligencia Naval (SIN) de 1971 se afirma que “La sanción de las leyes 19053 y 19081 de creación de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación, para juzgar en instancia única los delitos de connotación subversiva y terroristas y la que autoriza el PEN a las **FFAA para combatir, reprimir e investigar hechos subversivos, respectivamente, dieron el punto de**

(14) RC-8-3, sección 4, en el punto 3.030 punto 3.

(15) *Ibid.*, punto 4.

(16) Identificado como “FRLI, DLAM 145 C ‘S’ /75 Acta de investigación por pérdida de publicación ‘Programa de Instrucción para la lucha contra la subversión’ ejemplar 59 ‘C’...”.

(17) “Expte. P.A.Sb.con. n° 4340 (P) ‘S’ /70 —Directiva CON N° 1 ‘S’/71— Directiva para la lucha CONTRA LA SUBVERSIÓN (Operación Martillo), Anexo ALA - x.6”.

(18) “Resumen de inteligencia —Marco Interno— preparado por el SIN (Departamento ‘A’), para la actualización trimestral del Anexo ‘ALA’ -1. Inteligencia, del ‘PLACINTARA’ (período comprendido hasta el 15 de septiembre de 1971)”.

**partida y las bases legales para iniciar la ofensiva en este terreno**". Estos informes están firmados por el Contraalmirante Fernando Vázquez Maisteguy, jefe del SIN. Así, claramente de este documento se desprende que consideraban al "Camarón", al que haremos referencia más adelante, como parte del aparato de represión.

- El documento denominado "**Plan de apoyo de las Fuerzas Armadas a las Fuerzas de seguridad en la lucha contra la subversión**", no requiere mayores aclaraciones.

De lo expuesto, surge claramente que la **práctica de la tortura** se llevó a cabo siguiendo órdenes y reglamentaciones escritas que refieren a ella eufemísticamente y que fueron dictadas en este período. El "interrogatorio" deviene en el eufemismo más común para hablar de tortura, pero también se usan palabras como "persuasión", "interrogatorios estrictos" o "reforzados", "bajo coacción", "actividades de inteligencia", entre otros. La tortura al identificarse con la inteligencia constituyó, según la propia normativa, "la base de todo el accionar contrasubversivo". Así también, se prevé expresamente la represión a la población y la eliminación del enemigo identificado como **elemento subversivo**.

## 2.2 | Reforzamiento de la legislación represiva

En octubre de 1966 se sancionó la **ley 16.970 de Defensa Nacional**, acorde con la **Doctrina de Seguridad Nacional**. Esta ley reordenó al conjunto de los aparatos represivos, centralizándolos a disposición del Poder Ejecutivo Nacional (PEN). En forma complementaria, fue aprobada una gran cantidad de legislación que brindó el marco jurídico y legal para la aplicación de la represión estatal, la cual se encuentra detallada en el documento "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina".<sup>(19)</sup> Entre estas leyes destacamos:

- La **ley 17.401 de represión del comunismo** (29/08/1967), que no definía qué entendía por **comunismo**, que era el objeto de su represión, pues mostraba una gran discrecionalidad en la calificación. Así, en su art. 1° establecía con suficiente amplitud que "serán calificadas como comunistas (...) las personas físicas o de existencia ideal que realicen actividades comprobadas de indudable motivación ideológica comunista"; y en su art. 2° se establecía que la SIDE tendría "a su cargo la calificación".

.....

(19) "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina", *op. cit.*, p. 125 y ss.

Al respecto, la historiadora Vera Carnovale<sup>(20)</sup> refiere que esta ley criminalizaba “toda actividad, aun la meramente ideológica, que pudiera ser calificada de comunista y dejaba a criterio de los agentes actuantes la caracterización del comunismo”.

Por tal motivo, la heterogeneidad de los grupos considerados como una amenaza y perseguidos se volvió inmensa: militantes universitarios, sacerdotes tercermundistas, delegados gremiales, maestros de escuela, militantes políticos y sociales, entre otros.

- La ley 18.670 (21/04/1970) de “creación de tribunales especiales”, mediante la cual se invaden fueros provinciales, federales y ordinarios.
- La ley 18.799, (09/10/1970) mediante la cual se limita el alcance del *habeas corpus*.
- Y la ley 19.053 (28/05/1971) de creación de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación (CFPN), cuyo fuero es el “antisubversivo”.

Esta ley tuvo algunas normas complementarias vinculadas. Las más importantes son:

- La ley 19.081 (16/06/1971) de empleo de las FFAA en la prevención y represión de las actividades subversivas durante el estado de sitio que autorizaba al PEN a emplear a las FFAA durante la vigencia del estado de sitio para la prevención y represión del terrorismo y la subversión interna, delitos que competen a la CFPN.
- La ley 19.539 (28/03/1972) de “autorización del Poder Administrador para ser querellante”, mediante el cual se cercenan garantías del debido proceso legal, se invierte la presunción de inocencia al negar la libertad provisional, se convierte la prevención policial en pieza central del proceso y se subvierte la función policial al permitir la extensión de la privación de libertad sin intervención judicial.
- La ley 19.583 (24/04/1972) de modificación de la ley 19.053 (fuero antisubversivo), mediante la cual se continúa cercenando garantías en este tipo de procesos.

.....

(20) Ver Carnovale, Vera, declaración prestada ante el Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia en la audiencia del 29/08/2012, fallo cit. Vera Carnovale es Doctora en Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA e investigadora del CONICET. Integra el Comité Académico del Centro de Documentación e Investigación de la Cultura de Izquierdas y el Núcleo de Estudios sobre Memoria del IDES. Entre 2001 y 2009, como parte del equipo de trabajo de Memoria Abierta, intervino en el diseño y la construcción de un archivo oral sobre el terrorismo de Estado en la Argentina.



## 2.3 | La creación del fuero antisubversivo: El “Camarón” o la “Cámara del terror”

En abril de 1970, el gobierno de facto sancionó la ley 18.670 que establecía un procedimiento especial de juicio oral e instancia única, es decir, sin posibilidad de apelación de la medida judicial, para determinados delitos considerados vinculados a las “actividades subversivas”. En mayo de 1971, se creó la Cámara Federal en lo Penal de la Nación,<sup>(21)</sup> conocida en los pasillos tribunales como el “Camarón” o la “Cámara del terror”, creada con el objeto de intervenir en el juzgamiento de toda actividad considerada “subversiva” con competencia territorial en todo el país, la cual aplicaba el procedimiento especial previsto para este tipo de delitos.<sup>(22)</sup> Se establecía su asiento en la Capital Federal y la posibilidad de constituirse en cualquier lugar del país (art. 2º). Los jueces fueron nombrados directamente por el PEN y por ley secreta 19.111 de julio de 1972 se estableció un sobresueldo o retribución complementaria del 40% sobre el total de sus remuneraciones para todos los funcionarios y personal del “Camarón”, justificado en el desplazamiento de sus miembros y en los riesgos de su tarea, “mayores que los habituales”.

**La actuación de la “Cámara del terror” se tradujo en la persecución de activistas sociales, políticos y sindicales y significó un claro ejemplo de persecución ideológica, instrumentado desde el Poder Judicial.**

Los abogados defensores de presos políticos debieron denunciar las irregularidades en que incurrían jueces y fiscales del fuero “antisubversivo”, como la participación en las sesiones de torturas llevadas a cabo tanto por las FFAA como por la policía. También pedían la nulidad de todo lo actuado planteando la inconstitucionalidad de la creación de la Cámara y demás leyes represivas dictadas por el gobierno de facto.<sup>(23)</sup>

(21) Ley 19.053, BO 01/06/1971.

(22) Ver SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la Morgue Judicial*, Bs. As., Editores del Puerto, CELS, 2011, p. 130 y ss. Entrevista realizada el 14/09/2012 en Bs. As., Argentina. María José Sarabayrouse Oliveira es Doctora en Antropología de la Facultad de Filosofía y Letras, UBA, integrante del Equipo de Antropología Política y Jurídica (UBA), Docente Universitaria en el Departamento de Ciencias Antropológicas, Facultad de Filosofía y Letras, UBA.

(23) Ver SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *ibid.*, pp. 132/133. Sobre la actuación de los abogados defensores de presos políticos, ver también declaraciones prestadas ante el Trib. Oral

Uno de los hechos más recordados en que intervino el “Camarón” es precisamente el conocido como “La Masacre de Trelew” en la que el juez Quiroga se desempeñó como representante de la misma y entrevistó a los 19 militantes que el 15/08/1972 fueron detenidos en la base Almirante Zar. Los abogados defensores de presos políticos Eduardo Duhalde, Rodolfo Ortega Peña, Rodolfo Matarollo, Pedro Galín, González Gartland, y Solari Yrigoyen, integrantes de la “Gremial de Abogados”, llegaron a la Ciudad de Trelew después del intento de fuga, se hospedaron en el mismo hotel que el Juez Quiroga, redactaron recursos de *habeas corpus* y los tuvieron que entregar por debajo de la puerta de su habitación en razón de que Quiroga se negó a ver a los abogados de los presos políticos. Sobre estos hechos volveremos más adelante.<sup>(24)</sup>

En julio de 1973, la CSJN dictó un fallo en el cual criticaba la legitimidad de la ley secreta 19.111 y el carácter de norma jurídica obligatoria de la legislación secreta del Estado argentino, pues los jueces y fiscales de la CFPN, amparándose en la ley 19.111, pretendían gozar de inamovilidad, lo que fue rechazado por el Máximo Tribunal. El fallo da cuenta del carácter represivo e inconstitucional de la CFPN, pues en este sentido se afirmó:

“Los poderes de facto que pudieron por necesidad estar habilitados para aumentar el número de jueces o salas de órganos

.....

Crim. Fed. Comodoro Rivadavia, fallo cit., de Hipólito Solari Yrigoyen, prestada en la audiencia del 07/06/2012; de Rodolfo Mattarollo, prestada en la audiencia del 8 de junio; de Eduardo Luis Duhalde, prestada como declaración anticipada y reproducida en la audiencia del 25 de junio, y la de Carlos Alberto González Gartland, prestada el 23/02/2011 en audiencia anticipada. CHAMA, MAURICIO, *Movilización y politización: los abogados de Buenos Aires, 1968-1973*. PÉROTIN-DUMON, ANNE (dir.) *Historizar el pasado vivo en América Latina*, 2007, p. 20 y ss., [en línea] <http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/Chama.pdf>

(24) Ver SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, p. 140 y ss. Hipólito Solari Yrigoyen, Eduardo Luis Duhalde, Carlos Alberto González Gartland, Vera Carnovale, fallo cit. Este último refirió: “según el diario *La opinión*, que es un diario muy conocido en la época, su director era Timerman, con datos suministrados por la CFPN, desde el 15/07/1971 hasta el 15/05/1972, es decir, con 10 meses de actividad en su haber, las causas ingresadas en instrucción sumaban 3.392 de las cuales, en 197 se había declarado la incompetencia, había 660 en trámite, 2151 sobreseimientos (por autores ignorados), 208 sobreseimientos (con procesados o imputados) y 176 habían pasado a la instancia de Plenario de una de las salas de la Cámara. Esas 176 causas se distribuían de la siguiente manera: 70 sentencias, 25 incompetencias, 7 sobreseimientos provisionales, 3 sobreseimientos definitivos, 2 rebeldes y 69 en trámite. Según otras fuentes afines, al ‘Camarón’, llegaron a ser condenados menos del 35%, es decir, de 2000 que el ‘Camarón’ considera subversivos fueron condenados alrededor de 600. Vale decir que para el año 1972 (...) hay alrededor de 1500 presos políticos, de los cuales no todos tienen condena”.

jurisdiccionales existentes, cuya competencia estaba establecida por ley del Congreso, no lo estuvieron para crear órganos, competencia y procedimientos como lo hizo la llamada ley 19.053. Los conceptos del mensaje con que se acompañó el proyecto que se sancionó como ley 20.510, las expresiones de los legisladores que intervinieron en el debate y el concepto público que atribuyó a la extinguida Cámara creada por la denominada ley 19.053, **una misión represiva inconciliable con la esencial imparcialidad de la función de juzgar, permiten subsumirla en el concepto de 'comisión especial', vedada por el art. 18 CN**".<sup>(25)</sup>

Aquellos jueces que no continuaron cumpliendo funciones luego de 1973 volvieron a asumir como jueces o funcionarios durante la dictadura que comenzó en 1976.<sup>(26)</sup>

## 2.4 | Fuerte represión a la población civil

Conforme a las reglamentaciones de las FFAA que plantearon la defensa interna y como hipótesis bélica el concepto de "enemigo interior", el reforzamiento de la legislación represiva, la creación de un fuero especial "antisubversivo", la subordinación de las fuerzas de seguridad a las FFAA y el dictado del estado de sitio; en este período se efectiviza una **fuerte represión a la población civil**.

La dictadura militar de Onganía debutó con la violenta intervención de las universidades públicas y la campaña de moralidad lanzada por la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. El 29/07/1966 se produjo la intervención y ocupación militar de las universidades; por ese hecho, conocido como **La noche de los bastones largos**, unos 700 profesores renunciaron a sus cátedras y se exiliaron.<sup>(27)</sup>

(25) CSJN, *in re* "Ex Cámara Federal en lo Penal de la Nación", 11/07/1973, publicado en la colección *Jurisprudencia Argentina*, serie contemporánea, t. XIX, pp. 565/567.

(26) Carnovale, Vera, fallo cit. SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, p. 143. A este hecho se refirió Matarollo en "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina", *op. cit.*, en estos términos: "El Dr. César Black [presidente del 'Camarón'] llegó a ser ministro de la Corte Suprema durante la dictadura de Videla. Era vox pópuli que Black llegó a presenciar escenas de represión ilegal en algunas dependencias".

(27) EIDELMAN, ARIEL, *op. cit.*, p. 102 y ss.

Las primeras muertes se producirían en ese mismo año. Las consecuencias del plan económico de Krieger Vasena, la intervención de las universidades y el régimen fuertemente represivo, generaron un fuerte rechazo de la población y el consecuente **incremento de la protesta social**. Las protestas sociales de 1969 en numerosos lugares del país **marcaron un importante punto de inflexión**. Suele recordarse como ejemplo paradigmático el **Cordobazo**, pero también hay protestas importantes en Rosario, Santa Fe, Corrientes, Tucumán, Mendoza y La Plata, entre otras. Al calor de estas sublevaciones populares **surgen las organizaciones revolucionarias**. **Pedro Rubén Bonet**, víctima de la "Masacre de Trelew", afirmó en la conferencia de prensa en el aeropuerto de Trelew el 15/08/1972 que: "Todas las organizaciones que están aquí: FAR, Montoneros y ERP, somos hijos del año de las movilizaciones, de mayo de 1969, somos hijos del Pueblo".<sup>(28)</sup>

Durante el **Cordobazo** miles de manifestantes, obreros y estudiantiles, protestaron de manera conjunta contra las medidas económicas tomadas por el gobierno. Luego de varios días de protesta, el presidente Juan Carlos Onganía envió al ejército para reprimir. Los principales líderes obreros, entre los que se encontraba Agustín Tosco, fueron detenidos y puestos a disposición del PEN.

A partir de mayo de 1969, las cárceles se colmaron de detenidos políticos, sociales, gremiales y estudiantiles hasta contar unos 1500 en 1972. También fueron masivas las detenciones a disposición del PEN y sin proceso.<sup>(29)</sup> El estado de sitio fue declarado por la ley 18.262, del 30/06/1969 y estuvo vigente hasta mayo de 1973.

El abogado **Solari Yrigoyen** refirió en la audiencia de mención:

"Participé de la reunión que se hizo en Córdoba donde se programó el **Cordobazo**, en ningún momento se programaron actos de violencia. Empezó una represión despiadada, hubo 14 muertos comprobados y hubo muchos presos, entre ellos Agustín Tosco. Luego él me conto lo que pasó. [Me dijo que] lo

(28) Ver GLAYZER, RAYMUNDO, video documental "Ni olvido, ni perdón", Argentina, 1972, 30 minutos.

(29) Ver "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina", *op. cit.*, pp. 127/131. Carnovale, Vera, fallo cit.

pusieron en una mesa donde había todos militares, se presume que uno era presidente del tribunal militar, y en un juicio que duró 8 minutos le impusieron una pena de 8 años y 6 meses de prisión. Lo llevaron rumbo a Santa Rosa, pero cuando llegamos a Santa Rosa, los habían llevado a Neuquén, proseguimos a Neuquén y cuando llegamos, (...) a Tosco lo habían llevado a Rawson. Tosco estaba en la cárcel a disposición del PEN cuando sucedieron los hechos [en Trelew] (...) Era un régimen tremendo, típico de un campo de concentración donde los presos sufrían tortura y un trato cruel, inhumano y degradante”.

En este período **se verifica la institucionalización de la tortura**. Se evidencia una práctica generalizada de detenciones y torturas,<sup>(30)</sup> registrándose también numerosos **homicidios** y las **primeras desapariciones forzadas de personas**. El Estado decide colocar en la clandestinidad parte de su actividad represiva, con lo cual existía una gran ambigüedad entre secuestros parapoliciales, paramilitares y detenciones legales, y la habitual demora en el reconocimiento de las detenciones generaba un período de incertidumbre respecto del destino de las personas. Así, además de los casos de personas que definitivamente fueron desaparecidas desde 1970 y hasta 1973, existía una generalizada situación de desaparición de personas. De manera constante había militantes y activistas cuyo destino era desconocido por sus familiares y compañeros y que el Estado negaba tener en su poder, inclusive ante presentaciones de recursos de *habeas corpus*. Si bien el destino de la mayoría de los detenidos y detenidas de carácter político era ser legalizados, como veremos, no era un hecho garantizado, y en muchos casos se efectivizaba por la presión de la sociedad y de los abogados y abogadas.<sup>(31)</sup>

A diferencia de la experiencia posterior, la metodología aplicada por el aparato represivo en esos años no parece haber sido el secuestro para la desaparición, sino la utilización de una extrema discrecionalidad para transformar secuestros en detenciones y la posibilidad de hacer desaparecer el cadáver en los casos en que la víctima muriera durante las sesiones de tortura. También existía una garantía de protección e impunidad para los agentes del Estado comprometidos directamente con esas prácticas.

(30) Ver “Proceso a la explotación y a la represión en Argentina”, *ibid.*, pp. 143/222.

(31) Ver testimonios de Carnovale, Vera, Mattarollo, Rodolfo y Solari Yrigoyen, Hipólito, fallo cit.

Ejemplo de ello es lo que pasó con los responsables de la “Masacre de Trelew”.

Esta práctica muchas veces estaba amparada por la normativa ya referida, que disponía que se podía mantener a un detenido incomunicado durante 10 días en sede policial, plazo que en muchos casos era superado, y que en general era utilizado para que las marcas más evidentes de la tortura en los cuerpos se atenuaran antes de que el detenido pudiera entrar en contacto con su abogado/a y —cuando no estaba a disposición del PEN— con el juez.<sup>(32)</sup>

Son innumerables las denuncias que los detenidos y sus abogados hicieron sobre las torturas recibidas en las comisarías, en Coordinación Federal o en otros sitios identificados como “casas de tortura”, antecedentes de los Centros Clandestinos de Detención.

Vera Carnovale, al respecto, refirió:

“La novedad que produce la dictadura **instaurada en el 66 es la institucionalización de la tortura a presos políticos, especialmente el uso de la picana eléctrica** (...) Como consecuencia quizá de la tortura, también hay otra novedad en este clima de represión que es la **desaparición de personas**. Entre 1966-1973 hay registrados entre 10 y 12 prisioneros políticos luego desaparecidos. (...) si uno pesquisa, sigue la relación entre detención y detención, se advierte que son lo que en la jerga de la militancia se llama ‘caídas en oleadas’, esto significa que son delaciones bajo tortura. Y uno puede asegurar además que son delaciones bajo tortura porque los propios prisioneros declaran haber sido torturados, y muchos de ellos con pesquisa judicial (...) hay peritos forenses que pesquisan los cuerpos y efectivamente acreditan la existencia de secuelas de tormentos (...) [Además] por la legislación vigente las fuerzas de seguridad encargadas del operativo de detención de los integrantes de estas organizaciones tienen 10 días para legalizar al detenido o, dicho en otras palabras, durante esos diez días el detenido está total y completamente incomunicado”.<sup>(33)</sup>

(32) Ver “Proceso a la explotación y a la represión en Argentina”, *op. cit.*, Carnovale, Vera, fallo cit.

(33) Ver Carnovale, Vera, fallo cit.; BULLENTINI, AILÍN, “El juicio por la Masacre de Trelew en 1972. Un hecho que no fue aislado”, *Diario Página 12*, 30/08/2012.

En relación a las desapariciones forzadas de personas, en el documento "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina", se detallan las primeras a partir de 1970: la de Néstor Martins, que es el primer abogado desaparecido, y su cliente Nildo Zenteno; los esposos Sara Palacios de Verd y Marcelo Verd, en la Provincia de San Juan; de Juan Pablo Maestre y su esposa Mirta Missetich; la maestra rural Norma Morello; y la de Luis Pujals, primer desaparecido militante del Partido Revolucionario de los Trabajadores (PRT); entre muchos otros.<sup>(34)</sup> Conforme refiere el documento de mención, "las desapariciones son casi a diario noticia en el curso del año 72".<sup>(35)</sup>

En este contexto represivo, se produce un hecho que va a marcar un punto de inflexión en la represión y la militancia: la "Masacre de Trelew".

Así pues, entre febrero de 1972 y agosto de ese mismo año, los presos políticos que eran detenidos masivamente en distintas partes del país fueron enviados a cárceles federales de máxima seguridad situadas en las ciudades de Rawson y Resistencia. Alrededor de unos 120 presos de diversas organizaciones políticas, sindicales y sociales fueron enviados a la Unidad Penitenciaria (UP) N° 6 del Servicio Penitenciario Federal (SPF), ubicada a 1450 kilómetros de Buenos Aires, en Rawson, Provincia del Chubut.

El 24 de abril de ese mismo año fue sancionada la **ley 19.594**, que establecía el control de las FFAA sobre unidades carcelarias destinadas a detenidos, procesados o condenados por hechos subversivos. Así, la cárcel de Rawson pasó a estar bajo el control operacional del comando en jefe del ejército, según lo dispuesto en el **decreto 2296**.

El 15/08/1972 se puso en marcha un plan de fuga elaborado conjuntamente por los principales integrantes de las organizaciones FAR (Fuerzas Armadas Revolucionarias), PRT-ERP (Partido Revolucionario de los Trabajadores - Ejército Revolucionario del Pueblo) y Montoneros que se encontraban detenidos en la UP n° 6 del Servicio Penitenciario Federal. Luego de poner a prueba varios diseños de evasión que se venían elaborando desde hacía meses, se concluyó que la mejor manera de escapar era

(34) Ver Matarollo, Rodolfo, fallo cit., "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina", *op. cit.*, pp. 9/33.

(35) "Proceso a la explotación y a la represión en Argentina", *ibid.*, p. 20.

tomando el penal desde adentro y, con apoyo externo, llegar al aeropuerto de Trelew, secuestrar un avión y partir hacia Chile.<sup>(36)</sup>

La situación geográfica y el aislamiento eran los principales obstáculos que tenían que afrontar los detenidos. Ante esas dificultades se decidió que los 116 prisioneros que se fugarían estarían divididos en tres grupos. El grupo número uno estaría integrado por los dirigentes políticos de las organizaciones revolucionarias. El grupo dos estaría conformado por 19 detenidos elegidos por sus compañeros. La división establecía las prioridades de evasión por lo que el grupo número uno sería el primero en escapar. Para llevar a cabo este plan se contó con la colaboración de un guardia de apellido Fassio.

La evasión comenzó a ejecutarse alrededor de las 18 horas. Afuera del penal se encontraban otros militantes esperando una señal específica para entrar los cuatro vehículos que llevarían a los 116 detenidos hacia la libertad. Un error en la interpretación de esa señal hizo pensar que la toma había fracasado. Tres de los vehículos dieron marcha atrás, pero uno ingresó a la cárcel para constatar qué había ocurrido. De acuerdo con el plan, subió al auto el grupo número uno integrado por Mario Roberto Santucho, Enrique Gorriarán Merlo y Domingo Menna, del PRT-ERP; Roberto Quieto y Marcos Osatinsky, de las FAR; y Fernando Vaca Narvaja, de Montoneros. El automóvil tomó la Ruta 7 y llegó a destino alrededor de las 19:15 horas. Había un retraso de 10 minutos en el plan. En el extremo de la pista de despegue estaba estacionado el avión BAC 111 de la compañía Austral donde se encontraban cuatro integrantes de las organizaciones. Quince minutos después despegaron rumbo a Chile junto al grupo número uno.

Mientras tanto, los detenidos que permanecían en la cárcel intentaron comunicarse con las paradas de taxis de Rawson y Trelew a través de uno de los teléfonos de la unidad carcelaria. Alrededor de las 19:10 horas consiguieron tres vehículos, en los que subieron los diecinueve integrantes del grupo número 2. Se trataba de Carlos Heriberto Astudillo, Rubén Pedro Bonet, Eduardo Adolfo Capello, Mario Emilio Delfino, Alberto Carlos del

(36) Ver declaraciones testimoniales prestadas en la causa de referencia de Rubén Oscar Suárez, Alicia Sanguinetti y Luis Ortolani, en las audiencias del 5 de junio, 6 de junio y 2 de agosto respectivamente, y los testimonios de los ex-presos políticos Celedonio Carrizo, Pedro Cazes Camarero, Silvia Hodggers, Fernando Vaca Narvaja y Enrique Gorriarán Merlo, que forman parte del video documental *Trelew* (2003), guión y dirección de Mariana Arruti.



Rey, Alfredo Elías Kohon, Clarisa Rosa Lea Place, Susana Graciela Lesgart, José Ricardo Mena, Miguel Ángel Polti, Mariano Pujadas, María Angélica Sabelli, Ana María Villareal de Santucho —embarazada de 5 meses—, Humberto Segundo Suárez, Humberto Adrián Toschi, Jorge Alejandro Ulla, María Antonia Berger, Alberto Miguel Camps y Ricardo René Haidar.

Minutos después de que despegara el avión de Austral en el que iba el primer grupo de presos políticos, el segundo grupo llegó al aeropuerto de Trelew. Tomaron las instalaciones y aguardaron a que aterrizara un avión de Aerolíneas Argentinas, cuyo descenso en Trelew estaba previsto para las 19.45 horas. Sin embargo, el vuelo había sido alertado desde la torre de control y siguió el viaje hacia Viedma. Ante la imposibilidad de escapar, los militantes decidieron entregarse. Los militantes esperaron a que se certificara que el avión en el que viajaban los cuadros principales de las organizaciones aterrizara en Puerto Montt (Chile) para hablar con los periodistas. Mariano Pujadas, María Antonia Berger y Rubén Pedro Bonet dieron una conferencia de prensa en la que explicaron los motivos de la fuga.<sup>(37)</sup> Luego, se llegó al acuerdo de que los detenidos serían reintegrados al penal y se les garantizaría la vida. Después de varias horas, los diecinueve presos políticos salieron del aeropuerto y se rindieron ante las autoridades. Subieron a un micro acompañados por el juez Godoy, el abogado Abel Amaya y los periodistas Adolfo Samyn, Bernardo Feldman y Héctor Castro. Ya en el vehículo, el acuerdo fue modificado unilateralmente por las fuerzas militares. Rubén Norberto Paccagnini, Jefe de la base Aeronaval Almirante Zar y Jefe Regional Naval, quien se encontraba apostado todavía en la entrada del aeropuerto, le comunicó al segundo comandante, el capitán de corbeta Luis Emilio Sosa, que se había declarado zona de emergencia

(37) Ver declaraciones testimoniales del juez federal Alejandro Godoy —cuyo testimonio se encuentra en el expediente 583/72 CAFEPE, recaratulado N° 357 F° 378/73, fs. 665/665 vta., incorporado como prueba documental a la causa judicial de referencia—; el médico Atilio Viglione —quien dio testimonio en instrucción del 13/04/2007, fs. 576/577, incorporado a la causa por lectura— y varios periodistas de distintos medios de comunicación de la zona, entre quienes se encontraban Daniel Carreras —cuya declaración del 02/05/2007, fs. 666/668 v. fue incorporada por lectura— y Eduardo Ambrosio Bussi —quien declaró en audiencia del 26/06/2012—, ambos de Canal 3; Héctor Gabriel Castro —quien también rindió testimonio el 26/06/2012—; Adolfo Samyn, vicedirector del diario *El Chubut*, y Bernardo Feldman, director del diario *Jornada*. En el aeropuerto se encontraba el abogado de presos políticos Mario Abel Amaya —declaración de fs. 738/739, expediente 583/72 CAFEPE, recaratulado N° 357 F° 378/73, Juzgado Federal de Rawson—, quien sirvió de garante durante el proceso. Todas esas personas estuvieron presentes durante la negociación que se dio entre los detenidos y las fuerzas armadas y dieron su declaración en diversas oportunidades, resultando estas coincidentes.

y que la orden presidencial era enviar a los detenidos a la base Almirante Zar de Trelew. Fue así como, contrario a lo que se había estipulado en la negociación, los 19 presos políticos fueron llevados a la base aeronaval Almirante Zar en la madrugada del 16/08/1972, donde permanecerían durante seis días hasta la madrugada del 22 de agosto. Los prisioneros fueron alojados en el edificio de guardia de la base, donde en la parte izquierda se encontraban 10 calabozos destinados al castigo de los conscriptos. A partir de ese momento permanecieron incomunicados, sin poder hablar con sus abogados/as y familiares.

Durante el cautiverio, los 19 prisioneros fueron sometidos a torturas, las que quedan configuradas por haber sido sometidos a condiciones inhumanas de detención y tratos degradantes, incomunicación y aislamiento, tormentos y castigos físicos permanentes, amenazas y el temor al inminente castigo, amenazas de asesinato reiteradas, simulacros de fusilamiento, escasa y deficiente alimentación, y exposición a la desnudez, todo lo cual se agravaba debido a las bajas temperaturas del lugar.

En la madrugada del día 22/08/1972, aproximadamente a las 3.30 horas de la mañana, los 19 detenidos en la base Almirante Zar fueron despertados con gritos y patadas en las puertas. Un cabo fue abriendo celda por celda. Los marinos Sosa y Bravo les ordenaron formar frente a los calabozos con la cabeza gacha. Luego de uno o dos minutos, y sin que mediara hecho desencadenante alguno, el personal militar abrió fuego sobre el grupo de prisioneros y los fusilaron. Los detenidos que se encontraban en las celdas del fondo (Alberto Miguel Camps, Mario Emilio Delfino, Ricardo René Haidar y Alfredo Kohon) alcanzaron a introducirse en los calabozos. María Antonia Berger y María Angélica Sabelli, ambas heridas, lograron también arrojar al suelo de la celda que compartían. Luego, el personal recorrió el lugar y remataron a las personas que aún estaban con vida.

Transcurrido un tiempo llegaron al lugar los médicos Talavera y Lisandro Iván Lois. Revisaron los cuerpos y encontraron con vida a Ricardo René Haidar, Alberto Miguel Camps, María Antonia Berger, Rubén Pedro Bonet, Alfredo Elías Kohon y Miguel Ángel Polti, quienes fueron llevados a la enfermería de la base. Por la gravedad de las heridas y la ausencia de atención médica murieron Alfredo Elías Kohon (5.50 horas), Miguel Ángel Polti (9.45 horas) y Rubén Pedro Bonet (12.50 horas), según consta en las actas de defunción.

María Antonia Berger, Alberto Miguel Camps y Ricardo René Haidar sobrevivieron a la masacre y pudieron relatar en diversas oportunidades lo sucedido.<sup>(38)</sup>

## 2.5 | Incremento de la movilización social

### 2.5.1. Aparición de organizaciones revolucionarias y de defensa de los derechos de los presos políticos, estudiantiles, sociales y gremiales

Ahora bien, como consecuencia de la intensa actividad represiva estatal, el uso generalizado de torturas y las desapariciones de personas surgieron una gran cantidad de **organizaciones de defensa de los presos políticos, estudiantiles, sociales, gremiales** y avocadas a la **defensa de los derechos humanos**, en las cuales se destacaba el protagonismo de algunos abogados/as comprometidos en la defensa legal de los militantes y de los familiares de las personas desaparecidas.

Comenzó a funcionar lo que se denominó el **Cuerpo de Abogados de la Confederación del Trabajo de los Argentinos** (perteneciente a la CGTA), compuesto por numerosos abogados y abogadas que tenían una estrecha vinculación con los sindicatos y con la práctica militante, algunos de los cuales provenían de la **Asociación de Abogados de Buenos Aires**. Luego, la red de abogados defensores se fue ampliando. La desaparición del abogado **Néstor Martins**, perteneciente al cuerpo de abogados de la CGTA y a la Liga por los Derechos del Hombre, y de su defendido **Nildo**

(38) Estos hechos constan en cinco declaraciones de los tres sobrevivientes: la primera de ellas fue hecha ante el juez *ad hoc* de instrucción militar Jorge Bautista, los días 23, 24, 26 y 28 de agosto de 1972 en el hospital de Puerto Belgrano y se encuentra en el expediente 622/72 CA-FEPE recaratulado N° 357 F° 378/73, Juzgado Federal de Rawson. La segunda fue leída por los abogados Mario Hernández, Rodolfo Ortega Peña, Eduardo L. Duhalde, Gustavo Roca, Roberto Sinigaglia y César Quiroz en una conferencia de prensa realizada el 08/09/1972 que se encuentran incorporadas en fs. 1178/81 (Camps), 1182/6 (Haidar) y 1187/91 (Berger) del expediente judicial de referencia. La tercera declaración se produjo entre octubre y noviembre de 1972, en la unidad carcelaria N° 2 de Devoto (actualmente CPFCABA), ante el juez federal Jorge Arana Tagla, y se encuentra incorporada en la causa civil que María Antonia Berger inició contra el Estado Nacional (Berger, María Antonia c/Gobierno Nacional... s/daños y perjuicios). La cuarta es una entrevista que el periodista Francisco Urondo realizó a los sobrevivientes, en mayo de 1973 (ver URONDO, FRANCISCO, *La patria fusilada*; Bs. As., Libros del Naufrago, 2011). La quinta se encuentra registrada en audio y es una entrevista realizada en junio de 1973 por el director Pino Solanas y el sonidista Abelardo Kuchsnir, reproducida en la audiencia del 12/09/2012 en la causa judicial de referencia. Ver MARTÍNEZ, TOMÁS ELOY, *La pasión según Trelew*, Planeta, Bs. As., 1997; GLEYZER, RAYMUNDO, *Ni olvido ni perdón. 1972: La masacre de Trelew* (video documental).

**Zenteno** (el 16/12/1970), marcó un punto de inflexión, pues las discusiones surgidas a raíz de la postura a adoptar frente a estos hechos llevaron a que en el transcurso de 1971 se conformara la **Asociación Gremial de Abogados de la Capital Federal**, integrada por abogados y abogadas de diferentes orientaciones políticas e ideológicas. Muchas de las causas en que intervino el “fuero antsubversivo” y el “Camarón” fueron llevadas adelante por los abogados y abogadas de la gremial. Uno de los hechos más representativos en que intervino la Gremial de Abogados y el “Camarón” es precisamente el conocido como la “Masacre de Trelew”, ya referido.<sup>(39)</sup>

Otra de las organizaciones surgida en esta época es el **Foro de Buenos Aires por la Vigencia de los Derechos Humanos**, que reunía a abogados y abogadas, activistas gremiales y distintas personalidades de la cultura y el arte como Raúl Aragón, Rolando García, Noé Jitrik, Mario Landaburu, Manuel Sadosky, Héctor Sandler, Hipólito Solari Yrigoyen, Jorge Di Pasquale, Boris Spivacow y León Ferrari. El Foro editó un importante trabajo que resumía la actividad represiva de esos años. Efectivamente, en el documento ya referido “**Proceso a la explotación y a la represión en Argentina**”, de mayo de 1973, se encuentra información detallada sobre los primeros casos de secuestros, torturas y desapariciones de presos políticos, sociales y gremiales que se produjeron en los primeros años de la década de los setenta, y los nombres y ubicaciones de las **casas de tortura** que habían sido identificadas. También tiene un capítulo específico sobre la Masacre de Trelew con un relato pormenorizado de los hechos y de las noticias de la época.

En el documento se registran más de 70 testimonios sobre sometimientos a sesiones de torturas; hay transcripciones de informes forenses en los que se deja constancia del sometimiento a dichas torturas.<sup>(40)</sup> Rodolfo Matarollo<sup>(41)</sup> se refirió a los informes de los médicos forenses:

.....

(39) Ver SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *op. cit.*, pp. 124/133; CHAMA, MAURICIO, *op. cit.*, Expediente judicial N° 583 del Registro de la Sala III de la Cámara Federal en lo Penal de la Nación. Una vez disuelta la Cámara Federal en lo Penal, el expediente fue registrado con otro número en el Juzgado Letrado de Rawson y caratulado: “Fiscal contra Berger, María Antonia; D’Angelo, Juan C.; Haidar, Ricardo René; Moreira, Faustino Roque; Konkurat, Juan (detenidos) y Ramírez, Eduardo; Quieto, Roberto; Santucho, Mario Roberto; Mena, Domingo; Osatinsky, Marcos; Gorriarán Merlo, Enrique; Vaca Narvaja, Fernando; Goldemberg, Carlos Andrés; Weisen de Olmedo, Dora; Fernández Palmeiro, Víctor José; Ferreira Beltrán, Alejandro Enrique (prófugos) por homicidio, evasión, asociación ilícita, etc.”.

(40) “Proceso a la explotación y a la represión en Argentina”, *op. cit.*, p. 207 y ss.

(41) Ver MATAROLLO, RODOLFO, *op. cit.*

“[la tortura] resulta de una comprobación que hacíamos sistemáticamente cuando a los detenidos se les levantaba la incomunicación y ellos nos relataban las sesiones de tortura, generalmente con el paso de corriente eléctrica. Descubrimos que se le podía pedir al ‘Camarón’ que se hiciera una pericia médica con los tejidos que se habían necrosado por el paso de corriente eléctrica. Muchas veces esas pericias decían que el estado de los tejidos era compatible con las alegaciones de tortura por la picana eléctrica (...) La picana se había convertido en una práctica corriente en los años 70”.

Así también, hay registradas más de 100 denuncias de tortura con identificación de los lugares donde se efectuaron las sesiones de tormentos, que son conocidos como **casas de tortura**, y que son los antecedentes de los centros clandestinos de detención que comenzaron a funcionar uno o dos años después.

Varios testimonios prestados en el debate oral del juicio conocido como “Masacre de Trelew” dan cuenta de las prácticas de tortura y de las detenciones ilegales:<sup>(42)</sup>

“En la madrugada de ese mismo día fuimos trasladados a (...) Coordinación Federal, fuimos puestos en celdas individuales. Junto a mi celda estaba detenido el compañero Quieto, que había sido su primera detención. Estaba salvajemente torturado. Lo primero que hizo fue a través de las puertas fue gritar que aguantáramos, que íbamos a recibir tremendas palizas, que íbamos a tener picana, pero que aguantáramos. Estuvimos unos 20 días. Nuestra familia no supo que estábamos ahí hasta los últimos 3 o 4 días que se filtró la noticia (...) Sufrimos torturas de todo tipo. Dos compañeras varias veces fuimos violadas”.<sup>(43)</sup>

(42) Ver testimonios brindados en el debate de la causa N° 979 del Registro del Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia, fallo cit., que hacen referencia a los secuestros y sesiones de tortura padecidos: Alicia Sanguinetti —en la audiencia del 6 de junio—, Rubén Óscar Suárez —en la audiencia del 5 de junio—, Luis Ortolani —en la audiencia del 2 de agosto—, todas víctimas directas de tormentos. Alicia Bonet e Hilda de Toschi —narraron en audiencias del 18 de mayo y 4 de junio, respectivamente— las torturas que padecieron sus compañeros Rubén Pedro Bonet y Humberto Adrián Toschi al momento de ser detenidos.

(43) Testimonio brindado ante el Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia en la causa N° 979, fallo cit., en la audiencia del 06/06/2012.

## 3 | Reseña sobre la continuidad del PCR durante el período 1973-1976

Como dijéramos, con el retorno a la democracia en 1973 la represión tuvo continuidad en los secuestros, torturas y homicidios que siguieron ejecutándose en la clandestinidad. Las mismas estructuras del Estado que habían sido adiestradas y destinadas al plan represivo, así como los mismos grupos políticos y factores de poder comprometidos con la represión, continuaron operando a través del sistema paraestatal de represión, que se traduce en los hechos producidos por la "Triple A" y diversos grupos paraestatales que ejecutan asesinatos y desapariciones durante el período que va desde 1973 a 1976.

De acuerdo al documento elaborado por el Archivo Nacional de la Memoria denominado "Víctimas de Desaparición Forzada y Ejecución Sumaria",<sup>(44)</sup> durante la dictadura militar que tuvo lugar entre el 28/06/1966 y el 25/05/1973 se produjeron veintiuna (21) desapariciones forzadas (en Capital Federal, Provincia de Bs. As., San Juan, Catamarca, Córdoba y Rosario) y treinta y cuatro (34) ejecuciones sumarias (en Capital Federal, Provincia de Bs. As., Córdoba, Tucumán y Chubut). Según la misma fuente, durante el período democrático comprendido entre el 25/05/1973 y el 24/03/1976 las desapariciones forzadas ascendieron a seiscientos diecisiete (617) personas y se registran cuatrocientas ochenta y ocho (488) personas ejecutadas sumariamente. Ahora bien, no se puede tener efectivo conocimiento del universo de víctimas desaparecidas y asesinadas, ya que la información obrante en las investigaciones penales y en los juicios que se están llevando a cabo en todo el país no ha sido aún sistematizada y cruzada con los registros existentes.

Tomando como referencia los hechos de la "Masacre de Trelew", perpetrada en 1972, que fueron sometidos a juzgamiento durante el año 2012, se puede observar fehacientemente la continuidad represiva. La vinculación con los hechos de la "Masacre de Trelew" se convirtió en motivo de persecución.<sup>(45)</sup> Víctimas, familiares, abogados de las

(44) Ver [en línea] [http://www.derhuman.jus.gov.ar/anm/PDF/ListadoA\\_N.pdf](http://www.derhuman.jus.gov.ar/anm/PDF/ListadoA_N.pdf)

(45) Alegato de la querrela de los familiares (CELS) en la causa N° 979 del registro del Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia cit., 17 y 18 de septiembre de 2012.

víctimas, militantes y simpatizantes fueron perseguidos, secuestrados, desaparecidos o asesinados.

Así, los servicios de inteligencia de las Fuerzas Armadas y de seguridad registraban actividades vinculadas con la masacre. Cualquiera que participara en algún tipo de homenaje era identificado, amenazado y en ocasiones asesinado por su "simpatía" con las víctimas. Tal es el caso de Nemesio Aquino, asesinado el 10/10/1973, en cuyo domicilio de General Pacheco funcionaba el Comité de Ayuda Popular Trelew; Carlos Guillermo Micheli, secuestrado el 03/09/1974 luego de una denuncia hecha por el director de la escuela en la que trabajaba quien lo acusó de participar en el homenaje a los caídos en Trelew; Héctor Jorge Cols y María del Carmen Baldi, docentes acusados de exaltar hechos como Trelew, y que fueron secuestrados y ejecutados sumariamente el 12/12/1974.<sup>(46)</sup>

Los abogados de las víctimas también fueron perseguidos posteriormente a los hechos del 22 de agosto. Mario Abel Amaya, que luego de los hechos fue detenido y liberado en diciembre de 1972, en agosto de 1976 fue nuevamente detenido y luego de ser brutalmente torturado en la base Almirante Zar y en el Penal de Rawson, fue trasladado al hospital de la cárcel de Villa Devoto, donde fue visto por el médico Ezequiel Cablinsky.<sup>(47)</sup> Amaya murió en prisión en octubre de 1976.

El primer atentado atribuido a la "Triple A" fue contra **Hipólito Solari Yrigoyen**, el 21/11/1973, y el primer atentado asumido por la "Triple A" fue el asesinato de **Rodolfo Ortega Peña**, ocurrido el 31/07/1973. Estos hechos marcaron el inicio de un exterminio que concluyó con el asesinato o desaparición de 130 de los 150 abogados/as que integraron la Asociación Gremial.<sup>(48)</sup>

Por otro lado, el guardiacárcel Fassio, quien prestó colaboración en la fuga, tiempo después fue secuestrado, estuvo algunos días desaparecido y luego su cadáver apareció con signos de haber sido gravemente torturado.

(46) Legajos Mesa DS "Varios", N° 1133, 2118 y 2235, respectivamente.

(47) Ver declaración obrante a fs. 1946/8 de la causa N° 12 del Registro del Juzgado Federal de Rawson, fallo cit.

(48) Ver declaración testimonial del abogado Rodolfo Mattarollo, causa N° 979 del Registro del Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia, fallo cit.

Ese mismo ensañamiento se dio con los familiares de las víctimas de la "Masacre de Trelew". El 14/08/1975 fueron secuestrados en Córdoba cuatro integrantes de la familia de Mariano Pujadas. Cinco comandos parapoliciales entraron en su domicilio y se llevaron a los padres de Mariano, José María Pujadas y Josefa Badell; a José María (hermano de 28 años) junto con su esposa Mirta, y a María José (hermana de 18 años de edad). El hermano menor (Víctor, de 11 años) fue encerrado en el baño junto con un bebé de 14 meses, hijo de José María (h). La familia fue fusilada y arrojada en un pozo. Luego fueron dinamitados. Mirta sobrevivió.<sup>(49)</sup>

Julio Ulla, hermano de una de las víctimas, refirió que al mes de haber ocurrido la masacre fue perseguido durante un homenaje a las víctimas. Fue detenido y encerrado en el "D2" y posteriormente fue liberado. A los pocos días, cuando se encontraba en otro homenaje a las víctimas de la masacre, fue nuevamente detenido, golpeado y llevado a una comisaría. Durante la dictadura de 1976 su casa y la de sus padres fueron continuamente allanadas.<sup>(50)</sup>

Eduardo Toshi, hermano de Humberto Toschi, relató que desde el 15/08/1972 hasta enero o febrero de 1973 hubo un total de diecinueve (19) allanamientos en su casa, efectuados por personal armado que se desplazaba en carros del ejército o en móviles policiales. Los efectivos se llevaron fotografías y objetos personales. Luego, en septiembre de 1973, una bomba fue puesta en el local donde Eduardo trabajaba. En febrero de 1975 fue detenido en Concordia, de lo cual dijo: "estuve 19 días preso por ser hermano de Humberto Toschi".<sup>(51)</sup>

El padre de Susana Lesgart fue secuestrado en 1976 y sus tres hermanos: Rogelio, María Amelia y Adriana fueron desaparecidos, los dos primeros en 1976 y la tercera en 1979. Arturo Lea Place, padre de Clarisa Lea Place, fue asesinado el 22/08/1976. El hermano de Eduardo Capello, Jorge, fue secuestrado junto con su compañera Irma y el hijo de ella, de 12 años; se encuentran desaparecidos. Liliana Delfino, hermana de Mario Delfino, también fue secuestrada y se encuentra desaparecida.

(49) Ver declaración testimonial de Ana María Bigi, ex pareja de José María Pujadas, en la audiencia del 28/08/2012 prestada ante Trib. Oral Crim. Fed. Comodoro Rivadavia en la causa de referencia.

(50) Ver declaración testimonial prestada en la audiencia del 28/08/2012, fallo cit.

(51) *Ibid.*



Los tres sobrevivientes de la masacre: María Antonia Berger, Alberto Miguel Camps y Ricardo René Haidar fueron víctimas de la última dictadura militar. Camps fue asesinado el 16/08/1977, en un intento de secuestro. Haidar y Berger fueron secuestrados y se encuentran desaparecidos.

Por último, haremos referencia a la persecución de los que lograron fugarse el 15/08/1972 y sus familias: Roberto Quieto fue secuestrado en diciembre de 1975 y permanece desaparecido; Marcos Osatinsky fue ejecutado en agosto de 1975, su hijo Mario fue ejecutado el 26/03/1975, su otro hijo José fue secuestrado en Córdoba y permanece desaparecido (tenía 15 años), su esposa Sara Solarz fue secuestrada y mantenida cautiva en la ESMA; once miembros de la familia Santucho fueron asesinados o se encuentran desaparecidos, entre ellos Mario Roberto, líder del PRT-ERP, que fue asesinado en un intento de secuestro el 19/07/1976. En dicho operativo fueron secuestrados Domingo Menna junto con su compañera Ana Lanzillotto (ambos permanecen desaparecidos); Hugo Vaca Narvaja, padre de Fernando, fue asesinado en marzo de 1976, y su hermano Miguel también fue asesinado en agosto del mismo año.

A los fines de considerar que se trata de una continuidad en la ejecución del plan represivo, pueden señalarse las siguientes características:<sup>(52)</sup>

1. Hay identidad de fines y objetivos, que se mantienen inalterados desde finales de los años 60 hasta la caída del gobierno militar en el año 1983.
2. El grupo perseguido es el mismo.
3. Los medios a través de los cuales se lleva a cabo la persecución y el ataque muestran una continuidad: asesinatos, detenciones arbitrarias, sometimiento a torturas y desapariciones forzadas.
4. Las vías para lograr la impunidad son las mismas. Por un lado, la tolerancia y complicidad del poder judicial frente a estas violaciones a los derechos humanos que se reflejará en la resistencia, directa o por inacción, de abrir investigaciones judiciales o de realizarlas seriamente. Por otra parte, el compromiso de las fuerzas de seguridad con el plan represivo, que significó la subversión de funciones, ya que en lugar de defender a la población civil la atacaron, haciendo blanco en el grupo perseguido. Por último, el encubrimiento para garantizar la impunidad de los ejecutores.

.....

(52) Alegato de la querrela de los familiares en la causa N° 979, fallo cit.

## 4 | Reflexiones finales

Conforme lo expuesto, podemos concluir que durante el período 1966-1973 se dio inicio y se puso en marcha el Plan Clandestino de Represión con las características reseñadas. Se efectivizó un ataque sistemático y generalizado contra la población civil mediante secuestros, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas. El ataque fue generalizado, pues estaba dirigido a toda la sociedad, los tipos penales eran lo suficientemente abiertos para abarcar a cualquier disidente y se dejaba al arbitrio de los ejecutores la definición de quien podía ser considerado "enemigo subversivo". Para garantizar el éxito de las reformas regresivas que se promovían resultaba necesario no solo reprimir toda oposición política y social, sino también disciplinar a la sociedad en su conjunto.

Los secuestros, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas continuaron ejecutándose clandestinamente durante el período democrático, aumentando cuantitativamente hasta alcanzar su masificación a partir de 1976; y verificándose identidad de objetivos, fines, medios, grupos perseguidos y procedimientos para garantizar la impunidad de los perpetradores.

Dado el contexto general descrito, estos delitos cometidos durante el período de referencia constituyen crímenes de lesa humanidad<sup>(53)</sup> y, por lo tanto, el Estado argentino tiene el deber de investigar, sancionar a los responsables y reparar a las víctimas.<sup>(54)</sup>

(53) Un delito es un crimen de lesa humanidad si, además de integrar la lista de delitos que pueden configurar esta clase de crímenes, concurre un contexto general en el cual el delito en cuestión forma parte de un: 1. (a) ataque generalizado, o (b) sistemático a la población civil; y 2. si proviene de (a) un Estado, o (b) de una organización suficientemente organizada y con dominio sobre una parte del territorio (ver CSJN, caso "Derecho, René Jesús", Fallos: 330:3074). A la luz del desarrollo actual del derecho internacional, tanto consuetudinario como convencional, constituyen crímenes contra la humanidad actos como el genocidio, el *apartheid*, la esclavitud, la práctica sistemática o a gran escala del asesinato, la tortura, las desapariciones forzadas, la detención arbitraria, la reducción en estado de servidumbre o trabajo forzoso, las persecuciones por motivos políticos, raciales, religiosos o étnicos, las violaciones y otras formas de abusos sexuales, la deportación o traslado forzoso de poblaciones con carácter arbitrario.

(54) Arts. 1.1, 8.1 y 25.1 CADH; ver CORTE IDH "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 29/07/1988; "Caso Barrios Altos vs. Perú", 14/03/2001; "Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia", 27/02/2002; "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile", 26/09/2006; "Caso La Cantuta vs. Perú", 29/11/2006; "Caso Anzualdo Castro vs. Perú", 22/09/2009; "Caso Masacre de las dos Erres vs. Guatemala", 24/11/2009; "Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", 01/09/2010; "Caso Gomes Lund y otros ('Guerrilha do Araguaia') vs. Brasil", 24/11/2010; "Caso Gelman vs. Uruguay" 24/02/2011; y otros.

El 16/10/2012 se dictó por primera vez sentencia en la causa judicial por la "Masacre de Trelew" perpetrada en 1972, declarando a estos hechos como crímenes de lesa humanidad, a más de 40 años de su ejecución. Un año después, el 30/10/2013, se celebró la audiencia prevista para resolver los recursos de casación interpuestos contra la sentencia, y el 19 de marzo de 2014 la Sala III de la Cámara Federal de Casación Penal dictó sentencia confirmando que estos hechos son crímenes de lesa humanidad. Asimismo, se confirmaron las condenas impuestas a Luis Emilio Sosa, Emilio Jorge Del Real y Carlos Amadeo Marandino y se anularon las absoluciones de Norberto Rubén Pacagnini (Jefe de la Base Alte. Zar) y Jorge Enrique Bautista (Juez Ad-Hoc). Actualmente continúa el proceso judicial en miras a que la sentencia quede firme, prosigue la investigación de otras personas responsables y el trámite de extradición de Alfredo Bravo, que reside en Estados Unidos, y es uno de los ejecutores de la masacre identificado por las víctimas.

El proceso de Memoria, Verdad y Justicia en Argentina tiene como objetivo contribuir a la búsqueda de la verdad de los hechos, a la reparación de las víctimas y al juzgamiento de los responsables de los crímenes contra la humanidad. Es de destacar el valor de la reconstrucción histórica que permitió el proceso judicial llevado a cabo por los hechos conocidos como la "Masacre de Trelew" a través del aporte de testigos expertos y de los equipos interdisciplinarios conformados para analizar la prueba y contextualizarla: historiadores, sociólogos, antropólogos, periodistas, abogados, expertos en asuntos militares y en archivística. Esta fue la primera investigación judicial por hechos perpetrados a inicios de los años 70; el análisis de estos hechos y del contexto en que fueron ejecutados permitió producir información valiosa que constituye un aporte al conocimiento y a la memoria histórica y social. Quedó de manifiesto la importancia de sistematizar y cruzar la información producida en los procesos judiciales con los archivos y fondos documentales existentes, lo cual continúa siendo un desafío pendiente de este proceso.

---

# Jurisprudencia anotada

---



# Recusación por falta de imparcialidad del juzgador

CSJN, "PATTI, LUIS ABELARDO y OTROS s/ CAUSA N° 15.438",  
10 de JULIO de 2013

por **DAVID MIELNIK**<sup>(1)</sup>

## I | Antecedentes del caso

Motivan este breve comentario el fallo de la Corte Suprema en recaído en los autos "Patti, Luis Abelardo y otros s/ causa n° 15.438" (causa P. 676, L. XLVIII) y, en especial, el dictamen que la Procuradora General de la Nación emitió en la causa, a requerimiento del tribunal, en los términos del art. 33, inc. a), párr. 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación (ley 24.946).

La cuestión central sobre la que la Corte estaba llamada a pronunciarse giraba en torno a la recusación planteada por el fiscal federal de San Nicolás contra el titular del Juzgado Federal de Primera Instancia N° 2 de San Nicolás, Carlos Villafuerte Ruzo; en el marco de un proceso penal en el que se investiga la comisión de crímenes contra la humanidad perpetrados durante los últimos meses de la dictadura cívico-militar que usurpó el poder entre 1976 y 1983.

.....

(1) Abogado (Universidad Torcuato Di Tella). Profesor Titular de Interpretación de la Ley Penal en la Carrera de Especialización y Maestría en Derecho Penal (UP) y de Derecho Penal II (Parte Especial) (UTDT).

En particular, en la causa cuya reapertura fue solicitada por el Ministerio Público Fiscal en 2005. Donde se intenta dilucidar la responsabilidad penal que las partes acusadoras atribuyen a Luis Abelardo Patti, entre otros, por su presunta intervención en el secuestro y posterior homicidio de Osvaldo Agustín Cambiaso y Eduardo Daniel Pereyra Rossi, el 14 de mayo de 1983 —crímenes cuya comisión se pretendió encubrir mediante el empleo de una metodología planificada y ejecutada sistemáticamente por el terrorismo de Estado para garantizar la impunidad de sus agentes—.

De acuerdo con el relato de los antecedentes efectuados por la Procuradora General en su dictamen, el fiscal actuante alegó esencialmente que el magistrado cuestionado “no ejerce con su rol jurisdiccional en el caso con imparcialidad”. Fundó su planteo “en el hecho de que el juez mantendría una opinión contraria a la persecución penal actual por crímenes como los investigados”,<sup>(2)</sup> —algo que habría hecho explícito, por ejemplo, al manifestar que la continuidad del proceso vulneraba derechos fundamentales de los imputados y que la única razón por la que procedería en esa dirección radicaba en su deber funcional de acatar la doctrina que la Corte Suprema estableció en el precedente “Simón”, mediante el cual se declararon inconstitucionales las leyes de impunidad,<sup>(3)</sup> y se les negó cualquier efecto que pudiera oponerse al avance de procesos o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizara las investigaciones en curso (ver Fallos: 328:2056)—.

Las inusitadas e injustificables demoras registradas en la tramitación de la causa, a su turno, corroborarían un compromiso personal del magistrado manifiestamente contrario al avance de la persecución penal, al esclarecimiento de los hechos y a la eventual sanción de sus responsables —y ello así no sólo en el expediente que llegó a conocimiento de la Corte—.

(2) Causa N° 15.438, [en línea] [http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/febrero/P\\_Luis\\_P\\_676\\_L\\_XLVIII.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2013/AGilsCarbo/febrero/P_Luis_P_676_L_XLVIII.pdf), Sección I.

(3) Leyes 23.492 y 23.521, eventualmente llamadas “de punto final” y “de obediencia debida”, respectivamente.

## 2 | El trámite

La sección I del dictamen de la Procuradora General describe el trámite que atravesó el planteo de recusación hasta la radicación de la causa en los estrados de la Corte Suprema: En primer lugar,

“ ... [la] Cámara Federal de Apelaciones de Rosario rechazó la recusación considerando, por un lado, que la expresión de la opinión del magistrado recusado no constituía un caso de pre-juzgamiento en el sentido requerido por el derecho procesal penal para que prospere el pedido de apartamiento; y, por otro, que las demoras alegadas no permitían inferir la parcialidad atribuida. Impugnada por el fiscal —y por la parte querellante, que también había recusado al juez Villafuerte Ruzo— la decisión fue confirmada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, al declarar inadmisibles los recursos de casación mediante los cuales había sido recurrida ... ”. <sup>(4)</sup>

Contra esa decisión de la Cámara de Casación —prosigue el dictamen—, “el fiscal interpuso recurso extraordinario federal, que el tribunal, a su turno, declaró inadmisibile aduciendo que ‘no es pasible advertir la existencia de una cuestión federal que permita la habilitación de la instancia excepcional’ ”. <sup>(5)</sup>

Como es fácil advertir, las decisiones de sendos tribunales descansaron sobre fundamentos formales que pueden reconstruirse como un razonamiento análogo a la subsunción. Dado que el artículo 58 del Código Procesal federal (CPPN) prescribe que los motivos de apartamiento enumerados en el artículo 55 son taxativos cuando se los esgrime como causales de recusación; la falta de adecuación formal de las razones alegadas por el Ministerio Público a alguna de ellas, conlleva insalvablemente su rechazo. Esta lectura es confirmada, en particular, por la negativa de la Sala I de la Cámara de Casación a abrir la instancia extraordinaria sobre la base de la alegada inexistencia de cuestión federal.

.....

(4) Causa N° 15.438, cit.

(5) *Ibid.*



El rechazo dio lugar a la presentación directa ante la Corte Suprema. Ello, a su vez, motivó a que el Tribunal diera vista a la Procuración General con el fin de que emitiera el correspondiente dictamen, acorde a lo normado en el art. 33, inc. a), párr. 5°, de la ley 24.946 —regla que prescribe la intervención de la Procuradora en las causas en las que se articulan cuestiones federales ante la Corte Suprema, tanto en los “recursos extraordinarios introducidos a su despacho” como en “las quejas planteadas en forma directa por denegatoria de aquéllos”—.

Presentado el dictamen el 1 de febrero de 2013, y estando la Corte Suprema en condiciones de pronunciarse en una causa de inusitada gravedad, estuvo llamada a precisar “...los alcances de su doctrina en materia de imparcialidad del juzgador y derechos de recusación, cuando pretende ejercerlos no el acusado, sino la parte acusadora en un proceso penal”.<sup>(6)</sup> En definitiva, tuvo frente a sí una valiosa oportunidad para continuar un camino jurisprudencial que ha alcanzado importantes hitos, entre otros, en precedentes como “Llerena” (Fallos: 328:1491), “Dieser” (Fallos: 329:3034) y “Comunidad Homosexual Argentina s/ recurso de casación” (causa C.1209 L.XLIV).

Desafortunadamente, la oportunidad no pudo ser aprovechada. Pues el 10 de julio de 2013, la Corte declaró inadmisibile la queja deducida, invocando la norma del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

### 3 | Los derechos de recusación del Ministerio Público Fiscal y la garantía de imparcialidad del juzgador

Tal y como sostuvo la Procuradora en su dictamen, la cuestión de fondo que planteaba el caso sometido a la consideración de la Corte Suprema consistía, centralmente, en determinar si el artículo 18 CN garantizaba al Ministerio Público Fiscal un derecho de recusación fundado en una causal no prevista estrictamente en el artículo 55 del Código Procesal Penal de la Nación (la ley procesal aplicable al caso).

.....

(6) *Ibid.*, Sección III.

La Corte ya había considerado que en “Llerena” el listado de las causales de recusación allí previstas no podía interpretarse taxativamente, si el acusado pretendía apartar al juez esgrimiendo un motivo lo suficientemente serio en respaldo de su planteo. Como *obiter dictum*, empero, había sugerido también que las partes acusadoras no gozaban de un derecho de recusación de la misma amplitud. En el fallo recaído *in re* “Comunidad Homosexual Argentina s/recurso de casación”, esa misma observación fue utilizada como argumento para rechazar el recurso.

El argumento central que se desarrolla en el dictamen consta esencialmente de dos pasos (secciones III y IV) y una conclusión (sección V).<sup>(7)</sup> Es bien simple y, acaso por ello —al menos en parte—, también poderosamente convincente. Mi pretensión con este comentario es ofrecer una mínima reseña de sus pasajes más significativos con la intención de hacer una aproximación a modo de “guía de lectura”.

El primer paso argumental del dictamen consiste en conjugar dos premisas poco controversiales. La primera radica en la observación de que los derechos legales de recusación de las partes han sido consistentemente caracterizados como uno de los instrumentos —junto con la inhibición— para asegurar la garantía constitucional de que las controversias judiciales sean decididas por tribunales imparciales. En palabras de la Procuradora General, “... los derechos de recusación de magistrados son concebidos como un instrumento para asegurar la imparcialidad del tribunal, elemento constitutivo de la garantía constitucional de defensa

(7) Como ya indiqué, la sección I reseña el trámite de la recusación. La sección II está dedicada a defender la admisibilidad formal de la queja. Dado que la sentencia impugnada provenía de la Cámara Federal de Casación Penal, los únicos puntos en los que se detiene el dictamen son dos: la existencia de cuestión federal y el carácter de sentencia definitiva o equiparable a tal de la resolución recurrida. Respecto de lo primero, la Procuradora recuerda que “quien se agravia por la restricción de su derecho a asegurar la imparcialidad del juez que decidirá la controversia de la que es parte plantea una cuestión federal capaz de habilitar la jurisdicción de la Corte por la vía del art. 14 de la ley 48 (Fallos: 328:1491, cons. 6 y 7 del voto mayoritario, entre muchos otros), aun si se trata de la parte acusadora en un proceso penal”. En lo relativo al carácter de la sentencia como equiparable a definitiva, el dictamen postula —acertadamente, en mi opinión— que de comprobarse la parcialidad del juez a cargo de la instrucción, el rechazo del planteo recusatorio implicaría sellar “la suerte de la pretensión punitiva, obstaculizando o impidiendo su desarrollo”, a la vez que “[p]ostergar la revisión condicionándola a la impugnación de una eventual sentencia definitiva haría que el control dejara de ser eficaz” (*Ibid.*, Sección II).

La sección VI del dictamen, finalmente, está dedicada a la aplicación de la conclusión al caso concreto. Por razones de espacio, no me detendré a analizar este apartado.

en juicio (Fallos, 257:132; 328:1491; 329:2631 y la copiosa jurisprudencia citada en ellos)".<sup>(8)</sup>

La segunda premisa, por su parte, se apoya en la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema que asegura que la garantía de defensa en juicio —que incluye la garantía de imparcialidad del juzgador— "... rige sin distinción para 'todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio [...], sea que actúe como acusador o acusado, como demandante o demandado' (Fallos: 268:266, consid. 2, entre muchos otros)".

Si las observaciones precedentes son correctas —ésto es, si son verdaderas las proposiciones según las cuales i) el régimen procesal de apartamiento de los jueces posee carácter meramente instrumental y ii) las garantías que pretende reglamentar ese régimen están en vigencia, en principio para acusados y acusadores, sin distinción—, parece seguirse la conclusión —en lo que es relevante para el caso— de que las causales de recusación previstas por el ordenamiento legal aplicable no pueden ser interpretadas de un modo tal que frustren el derecho fundamental que garantiza la imparcialidad del juzgador a las partes que actúan como acusadores públicos o privados en un proceso penal.

De esa conclusión, se deriva la consecuencia práctica, relevante para el caso que la Procuradora pone en palabras del juez Fayt, citando su voto en el precedente; registrado en Fallos: 329:2631. Con el mismo razonamiento que el dictamen aquí comentado, el Juez sostuvo allí:

"[L]a regulación de los motivos de apartamiento previstos en el Código Procesal Penal no es otra cosa que la reglamentación de cláusulas constitucionales. Por ello, cuando se invoque algún motivo 'Serio y razonable' que funde el temor de parcialidad, los jueces no pueden desconocer que dichos planteos, precisamente, procuran hacer regir el derecho de defensa en juicio y, por tanto, no pueden ser desconocidos con exclusivos fundamentos de carácter ritual o aparente".

El razonamiento coincide, en lo sustancial, con la crítica que juristas —Julio Maier,<sup>(9)</sup> por ejemplo— suelen formular respecto de reglas como la del

(8) *Ibid.*, Sección III.

(9) MAIER, JULIO B. J., *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*, 2<sup>da</sup> ed., Bs. As., Editores del Puerto, 1996.

art. 58 del Código Procesal Penal de la Nación; cuyos motivos de recusación son caracterizados como regímenes cerrados, taxativos. Me permito citar íntegramente el pasaje de su Tratado en donde discute la cuestión:

“... ninguna regulación abstracta puede abarcar todos los motivos posibles que, en los casos futuros, pueden fundar, concretamente, la sospecha de parcialidad de un juez. Es por ello que resulta razonable permitir, a quienes pueden recusar, invocar y demostrar otro motivo que funde seriamente el temor de parcialidad en el caso concreto. De allí que las reglas sobre el apartamiento de los jueces no deban funcionar como *clausura* de las facultades de los intervinientes en el procedimiento (reglamento taxativo), sino en el sentido de facilitar, para esos casos, el ejercicio efectivo de la facultad de apartar a un juez (de sustanciación y prueba sencilla, y de alto índice de predictibilidad), sin perjuicio de que el interesado pueda demostrar su temor razonable por la posible parcialidad de un juez, apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión”.<sup>(10)</sup>

## 4 | Respuesta a una posible objeción

Los últimos párrafos de la Sección III y la totalidad de la Sección IV del dictamen de la Procuración pueden reconstruirse como la respuesta a una posible objeción a la conclusión enunciada. Esa objeción se fundaría, a grandes rasgos, en que interpretar de manera amplia los motivos de recusación podría llevar a consecuencias institucionalmente indeseables, tales como sumar demoras a los ya dilatados tiempos procesales; la necesidad de adjudicar recursos técnicos y humanos escasos al estudio de planteos cuya amplitud es difícil de predecir; o, incluso, posibilitar alguna forma de *forum shopping*. La Procuradora lo pone en los siguientes términos:

“Las razones basadas en la garantía de imparcialidad del juez que demandan esa lectura amplia de los derechos de recusación establecidos por las leyes procesales chocan, por su parte, con razones de peso que favorecen —también de acuerdo con la jurisprudencia de [la CSJN]— una ponderación restrictiva

.....

(10) MAIER, JULIO B. J., *ibid.*, p. 754.

de los regímenes de excusación y recusación debido a que ‘su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los jueces y la consecuente alteración del principio constitucional del juez natural’ (Fallos: 326:1512, consid. 6, entre otros)”<sup>(11)</sup>.

La respuesta ensayada en el dictamen, a su turno, puede resumirse del siguiente modo: si bien la pérdida de imparcialidad del juez constituye siempre un fracaso para la correcta administración de justicia, la dirección de la parcialidad tiene consecuencias de distinto peso relativo que se corresponden con los distintos intereses que encarnan acusados y acusadores en un proceso penal. En concreto, rechazar el apartamiento de un juez parcial inclinado a favor de la absolución de un acusado que un juzgador imparcial hallaría culpable, sería menos grave que rechazar el apartamiento de uno cuya parcialidad lo inclinaría a condenar a quien debería ser absuelto.

En palabras de la Procuradora,

“... el reconocimiento de esa diferencia entre los derechos de recusación de acusadores y acusados no puede implicar [...] la consecuencia constitucionalmente intolerable de que quien es legalmente parte en un proceso carezca de un remedio eficaz para asegurar el derecho a ser oído con imparcialidad que el art. 18 de la CN le garantiza cualesquiera que sean las disposiciones de las leyes procesales”<sup>(12)</sup>.

Ahora bien, más allá de las razones que invoca el dictamen para rechazar la posible objeción; me interesa destacar aquí la **clase** de esas razones. En la teoría de la interpretación normativa suele hacerse una distinción entre normas que pueden ser caracterizadas como **reglas** en sentido **estricto** —esto es, normas que especifican con la máxima precisión su contenido, alcance y consecuencias—; y normas que funcionan como **estándares** —las que definen un conjunto de consideraciones relevantes para su aplicación y, quizás, también un conjunto de consecuencias posibles en caso de ser ellas satisfechas—. La diferencia entre unas y otras, en lo que aquí respecta, radica precisamente en la clase de razones que

(11) Causa N° 15.438, cit.

(12) *Ibid.*, Sección IV.

han de esgrimirse para propiciar su aplicación: las reglas se aplican si las condiciones de hecho del caso se subsumen en ellas; la aplicación de un estándar, por su parte, exige casi sin excepción la ponderación de razones que compiten entre sí y que apuntan en direcciones opuestas.

De acuerdo con esta distinción, la norma legal que surge de interpretar literalmente los artículos 55 y 58 del Código Procesal Penal de la Nación es, considerando el sentido técnico, una regla: si los fundamentos del planteo de recusación se subsumen en alguno de los motivos allí previstos, corresponde el apartamiento del juez. Así, en efecto, es como se la ha interpretado tradicionalmente —y a esa clase de argumentos han recurrido las dos Cámaras que intervinieron en el recurso—.

En mi opinión, el aporte que hace el dictamen a la discusión es sumamente valioso. Porque, independientemente de la solución a la que una hipotética resolución fundada hubiera llegado en el caso concreto; el razonamiento desarrollado en la sección III revela que los derechos de recusación son de aplicación, interpretados en su mejor luz, cuando un cierto estándar es satisfecho. Las razones invocadas para apartar a un juez —sea cual fuere la parte que lo solicita— no pueden, por lo tanto, ser rechazadas con el argumento exclusivo de que no se subsumen en las previsiones legales.

Allí mismo se recuerda que en la doctrina sentada *in re* “Llerena” (Fallos: 328:1491), la Corte concluyó que

“... en los casos en los que es el acusado en un proceso penal quien pretende remover al juez alegando un motivo razonable para cuestionar su imparcialidad, prevalecen las razones fundadas en la garantía constitucional de defensa en juicio y, por lo tanto, son inválidas las decisiones judiciales que rechazan esos planteos invocando el carácter taxativo del repertorio de motivos de recusación que las leyes procesales”.<sup>(13)</sup>

La clase de razones esgrimidas por la Procuración en la sección IV de su dictamen reafirman que, si bien el estándar aplicable para que prospere una recusación planteada por la parte acusadora en un proceso penal no necesariamente debe ser el mismo con el que se juzgan los méritos de

(13) CSJN, “Caso Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”.

una solicitud semejante esgrimida por un acusado; la discusión no puede perder de vista la adecuada caracterización de las normas relativas a los derechos de recusación de ambas partes.

## 5 | La conclusión

La Sección V del dictamen de la Procuración General reconstruye, finalmente, la conclusión que se deriva del argumento desarrollado en la Sección III y la respuesta a la posible objeción ensayada en la Sección IV. En palabras de la Procuradora, el derecho federal involucrado debería interpretarse del siguiente modo para ser consistente con su caracterización como un estándar:

“En general, si el acusado en un proceso penal invoca un motivo serio y razonable que permite poner en duda la imparcialidad del juez que ha de resolver su pretensión, él tiene derecho a que su pedido de recusación sea evaluado concienzudamente a pesar de que no se corresponda con ninguna de las causales previstas por la ley procesal que resulte aplicable (...) [C]uando, en cambio, es la parte acusadora la que recusa a un magistrado, el estándar para aspirar una consideración semejante por fuera de las causales estrictas que prevé la ley ha de ser más exigente; de modo que, por ejemplo, para el acusador no sería suficiente con postular sólo una razón seria y razonable que dé fundamento a un temor de parcialidad”.<sup>(14)</sup>

Sea cual sea el estándar aplicable a las pretensiones recusatorias de las partes acusadoras, la Procuradora concluye:

“En todos los casos —esto es, cualquiera que sea la parte que reclama el apartamiento, y cualesquiera que sean las causales de recusación previstas en la legislación aplicable— es admisible la recusación que postula, con base en evidencia clara y consistente, que el comportamiento relevante del juez que se recusa es efectivamente parcial”.<sup>(15)</sup>

(14) Causa N° 15438, *cit.*, Sección V.

(15) *Ibid.*, Sección V.

## 6 | Consideraciones finales

Ahora bien, aunque poco puede decirse del fallo de la Corte en el que fue presentado el dictamen comentado, quisiera detenerme brevemente en el modo —para nada novedoso— en el que el Tribunal desestimó la queja en el presente caso. Es que, más allá de las habituales dudas sobre la adecuación constitucional de una regla como la del artículo 280 CPCyC al elemental principio republicano y democrático —que exige que todos los actos de gobierno estén debidamente fundados para garantizar la vigencia del Estado de Derecho y posibilitar el control ciudadano sobre ejercicio del poder público—; no quisiera dejar de resaltar que las particularidades del objeto y del trámite del caso que motivaron este comentario hicieron que su aplicación, en esta oportunidad, fuera especialmente desaconsejable.

La archi-conocida norma invocada por el Tribunal para desestimar la queja establece que “[la] Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.<sup>(16)</sup>

Ciertamente, la norma transcripta concede a la Corte Suprema un espacio de discreción amplísimo para decidir las causas respecto de las cuales se expedirá fundamente. Mi impresión, sin embargo, es que ese espacio no es ilimitado. Y me arriesgaría a sostener que su aplicación, en el presente caso, caería precisamente en el reducido margen de ese límite.

Ante todo, tratándose de un caso en el que se halla gravemente comprometida la correcta administración de justicia en la investigación, juzgamiento y sanción de presuntos responsables de los crímenes más atroces, resulta difícil imaginar cómo las cuestiones federales planteadas resultarían “insustanciales o carentes de trascendencia”. Dentro del universo de causas en las que le corresponde ejercer su jurisdicción, acaso, la Corte ha atribuido a las que involucran el juzgamiento de crímenes contra la humanidad la máxima prioridad y relevancia; recordando en numerosas oportunidades que en ellas “se encuentra comprometida la responsabilidad internacional del Estado argentino, que debe garantizar el juzgamiento de

.....  
(16) Ley 23.774, art. 280.



todos los hechos de esas características, de acuerdo con el derecho internacional vinculante para nuestro país” (Fallos: 328:2056 y 330:3248, entre muchos otros). Dentro del abanico de respuestas jurisdiccionales posibles, la observancia de aquellos precedentes —entiendo— conducían, cuando menos, a vedar una como la que se impuso en el fallo comentado.

Consideraciones de esa clase dieron lugar a que, al menos la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal resolviera intervenir en causas similares a la presente, haciendo lugar a la pretensión del Ministerio Público Fiscal; cuando la consideró ajustada a derecho, con argumentos similares a los esgrimidos por la Procuración General en el dictamen aquí comentado.<sup>(17)</sup>

A su vez, creo que existen buenas razones para sostener que, al invocar las disposiciones del artículo 280 CPCyC como apoyo normativo de su decisión, la Corte interpretó incorrectamente la regla que la habilita a desestimar los recursos extraordinarios —o sus correspondientes quejas— sin ulterior fundamentación.

En efecto, por imperio del actual artículo 117 CN, la competencia **apelada** de la Corte está sujeta a “las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”. La sanción de la ley 23.774 en 1990 mediante la cual el Congreso incorporó al Código Procesal Civil y Comercial la redacción hoy vigente del art. 280 se enmarca en el ejercicio de las mencionadas atribuciones.

Esa disposición, empero, fue en mi opinión modificada parcialmente por una norma posterior: la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Nación (ley 24.946), de 1998, en la que el legislador estableció el principio según el cual el dictamen de la Procuración General de la Nación resulta obligatorio en las causas “en las que se articulen cuestiones federales ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a efectos de dictaminar si corresponden a su competencia extraordinaria y expedirse en todo lo concerniente a los intereses que el Ministerio Público tutela” (art. 33, inc. a), párr. 5, primera parte, de la ley 24.946). En efecto, la norma estipula que “A los fines de esta atribución, la Corte Suprema dará vista al procurador general de los recursos extraordinarios introducidos a su despacho y de las quejas planteadas en forma directa por denegatoria de aquellos...”.

.....

(17) Ver, entre otras, la Causa N° 12.696, “Nieto, Horacio Julio y otro s/ recurso de casación”, reg. N° 14.081, del 2 de noviembre de 2010.

Por su parte, la única excepción a aquel mandato (definidos en la misma regla) son casos en los que, “según la sana discreción del Tribunal, corresponda el rechazo *in limine* por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaran insustanciales o carentes de trascendencia, o el recurso o la queja fuesen manifiestamente inadmisibles”.

Si mi lectura es correcta, los términos imperativos en los que está redactada la norma citada —“La Corte Suprema **dará vista** al procurador general...”— y, especialmente, la excepción que ella misma contempla —esencialmente, una transcripción de aquella que habilita a la Corte a recurrir al art. 280 CPCyC— sugieren que la disposición, por parte del Tribunal que confiere intervención a la Procuración General, lleva implícito el reconocimiento por parte de la Corte de que el caso supera el umbral de relevancia al que aluden, en términos análogos, ambos artículos. De ello se seguiría la conclusión de que, al menos en principio, la Corte no podría invocar el artículo 280 CPCyC para desestimar un recurso en el marco de una causa en el que ya ha solicitado dictamen a la Procuración General.

Ello en modo alguno implica que el Tribunal, luego de recibir el dictamen de la Procuración General, no pueda reexaminar la relevancia de la cuestión sometida a su estudio y concluir que, al final del día, ella no superaba el umbral de trascendencia de la que dependía su pronunciamiento. Pero sí permitía concluir, en mi opinión, que en tal caso la sola invocación del artículo 280 CPCyC resultaba insuficiente, debiéndose expresar al menos la razón que explicaba el cambio de criterio.

Como fuere, la decisión de darle intervención a la Procuración ha resultado provechosa. Pues, si bien no contamos con lo que podría haber sido una decisión jurisdiccional histórica para el proceso de memoria, verdad y justicia; los aportes realizados desde el Ministerio Público Fiscal para el correcto abordaje de estos casos constituyen una valiosa herramienta de referencia obligada, no sólo para sus representantes en las distintas instancias en las que intervienen, sino para los querellantes que luchan día a día por el esclarecimiento de los crímenes más atroces de la historia de nuestro país y, en última instancia, para todos aquellos que están abocados a la búsqueda de una justicia cada vez más justa, independiente e imparcial.



# Derecho a la vivienda adecuada

CSJN, “ESCOBAR, SILVINA y OTROS s/ INF. ART. 181, INC. 1 CP”,  
1 de AGOSTO de 2013

por **PATRICIA LÓPEZ VERGARA**<sup>(1)</sup>

*“... tomar con naturalidad la pobreza y la exclusión es una tentación que acoraza el corazón y opaca la inteligencia”<sup>(2)</sup>*

En este comentario se analizará la solución a la que arribara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del expediente “Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181, inc. 1 CP”<sup>(3)</sup> para lo cual es menester deslindar previamente dos vertientes temáticas.

La primera, consistente en una conceptualización del derecho a la vivienda en tanto derecho social y en su interrelación con el derecho a la vida; y la segunda relativa a una reseña en torno a las fuentes jurídicas del derecho a una vivienda adecuada, en el marco de la normativa internacional sobre derechos humanos, constitucional e infraconstitucional.

Ello, como prerequisite para visualizar ulteriormente los dobleces que el discurso jurídico muchas veces exhibe. Y ello acontece frecuentemente

.....

(1) Jueza de Primera Instancia en la Justicia Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Especialista en Derecho Administrativo (UBA). Profesora Regular Adjunta de Derecho Administrativo (UBA).

(2) Frase vertida por Jorge Eduardo Lozano, obispo de Gualaguaychú.

(3) Fallo dictado por la CSJN en el “Recurso de hecho deducido por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la causa Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181, inc. 1°, CP”.

en contradicción con la plataforma normativa vigente —desde la propia cúspide de la pirámide jurídica— y también con la jurisprudencia forjada en torno al derecho a la vivienda.

## I | Plataforma normativa en torno al derecho a la vivienda

Seguidamente se reseñará el bloque de legalidad constitucional bajo el cual se habrá de analizar la correspondencia del fallo a comentar con aquél.<sup>(4)</sup>

### I.I | Fuentes jurídicas del derecho a una vivienda adecuada en el marco de las normas internacionales sobre derechos humanos

#### 1.1.1. Convenios, pactos internacionales y declaraciones con jerarquía constitucional

En lo atinente a la materia debatida en este aspecto en el fallo bajo comentario, el Estado debe ceñirse a lo establecido en el párr. 1° del art. 25<sup>(5)</sup> de la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (1948); en el art. XI<sup>(6)</sup> de la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** (1948); en el párr. 1° del art. 11<sup>(7)</sup> del **Pacto Internacional de Derechos Económi-**

.....  
(4) Respecto de este punto se remite al folleto informativo n° 21, documentación de la ONU.

(5) “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

(6) “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por las medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda (...) correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

(7) “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho...” también su art. 12, donde se estipula el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

cos, Sociales y Culturales (1966); en el art. 5º<sup>(8)</sup> de la **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial** (1965); en el párr. 2º del art. 14<sup>(9)</sup> de la **Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer** (1979) y atento la presencia de menores de edad en la causa decidida, en el principio 4º<sup>(10)</sup> y en el párr. 3º del art. 27<sup>(11)</sup> de la **Convención sobre los Derechos del Niño** (1989).

Mientras que la **Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESC)** —órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los Estados Partes— define el derecho a una vivienda adecuada como integrado por diversos aspectos concretos, que en conjunto constituyen las garantías básicas que se confieren jurídicamente a todas las personas en virtud del derecho internacional.<sup>(12)</sup> Por otra parte, el mentado Comité enfatiza la **relación armónica del derecho a la vivienda con la dignidad humana**, lo que impone el reconocimiento de este derecho y se hace hincapié en la prioridad que en tal sentido debe reconocerse a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables.

.....

(8) "... los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iii) El derecho a la vivienda".

(9) "Los Estados partes adoptarán todas las medidas (...) en particular le asegurarán el derecho a (...) h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones".

(10) "El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso atención prenatal y posnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados.

(11) "Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".

(12) A saber: "1. Seguridad jurídica de la tenencia. 2. Disponibilidad de servicios, materiales e infraestructuras. 3. Gastos de vivienda soportables. 4. Vivienda habitable. 5. Vivienda asequible. 6. Lugar. 7. Adecuación cultural de la vivienda".

### 1.1.2. Otras declaraciones y recomendaciones internacionales

Del mismo modo, debe considerarse lo establecido en la Parte II y en el párr. f) del art. 10<sup>(13)</sup> de la **Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo Social** (1969); en el párr. 8° de la sección III y en el párr. 3° del Capítulo II de la Sección A<sup>(14)</sup> de la **Declaración de Vancouver sobre los Asentamientos Humanos** (1976); en el párr. 1° del art. 8°<sup>(15)</sup> de la **Declaración sobre el Derecho al Desarrollo** (1986); y en la **Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos**<sup>(16)</sup> (1996).

### 1.1.3. Resoluciones de las Naciones Unidas

Dentro del mismo orden de ideas, deben tenerse presentes las resoluciones 41/146 y 42/146 de la Asamblea General; la resolución 1987/62 del

.....  
(13) "El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales siguientes: f) La provisión a todos, y en particular a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de viviendas y servicios comunales satisfactorios".

(14) "La vivienda y los servicios adecuados constituyen un derecho humano básico que impone a los gobiernos la obligación de asegurar su obtención por todos los habitantes, comenzando por la asistencia directa a las clases más destituidas mediante la orientación de programas de autoayuda y de acción comunitaria. Los gobiernos deben esforzarse por suprimir toda clase de impedimentos que obstaculicen el logro de esos objetivos. Reviste especial importancia la eliminación de la segregación social y racial mediante, entre otras cosas, la creación de comunidades mejor equilibradas en que se combinen distintos grupos sociales, ocupaciones, viviendas y servicios accesorios (...) Las ideologías de los Estados se reflejan en sus políticas de asentamientos humanos. Dado que éstas son instrumentos poderosos para la transformación, no deben utilizarse para privar a las personas de sus hogares y de sus tierras, ni para amparar privilegios y la explotación. Las políticas de asentamientos humanos deben atenerse a la Declaración de Principios y a la Declaración Universal de Derechos Humanos".

(15) "Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingresos. Deben adoptarse medidas eficaces para lograr que la mujer participe activamente en el proceso de desarrollo. Deben hacerse reformas económicas y sociales adecuadas con objeto de erradicar todas las injusticias sociales".

(16) En especial cuando expresa: "... hacer nuestros los objetivos universales de garantizar una vivienda adecuada para todos y de lograr que los asentamientos humanos sean más seguros, salubres, habitables, equitativos, sostenibles y productivos (...) nuestra voluntad de lograr progresivamente el pleno ejercicio del derecho a una vivienda adecuada, como se ha previsto en los instrumentos de derecho internacional".

Consejo Económico y Social; las resoluciones 1986/36, 1987/22, 1988/24 y 1993/77 de la Comisión de Derechos Humanos; la resolución 14/6 de la Comisión de Asentamientos Humanos; y las resoluciones 1991/12 y 1991/26 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

#### 1.1.4. Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo

En el año 2013, en la **Primera Reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe de la CEPAL**, que se celebró en el marco del **Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo**, en Uruguay, entre el 12 y el 15 de agosto del año pasado, se acordaron lineamientos generales y particulares para examinar y mejorar los progresos regionales en materia de población y desarrollo. Así, los países firmantes han reconocido que las dinámicas de población —entre las que se encuentran la migración, urbanización y los cambios en los hogares y en las estructuras familiares— influyen en las oportunidades para el desarrollo humano. Y han afirmado que la pobreza en todas sus manifestaciones representa en sí misma la negación de los derechos y que su erradicación es un imperativo moral para la región que los gobiernos deben asumir.<sup>(17)</sup>

#### 1.1.5. Normativa constitucional

El art. 14 *bis* de la Constitución Nacional establece la necesidad de que la ley establezca “el acceso a una vivienda digna”. Mientras que el inc. 19 del art. 75 pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar dicho acceso.

Mientras que en el orden local, la **Constitución de la Ciudad** ya en su **preámbulo** —vale decir, tal como la palabra lo indica, previo a andar— afirma como objetivo el de promover el desarrollo humano en una democracia basada en la solidaridad, la justicia y los derechos humanos; y como propósito garantiza la dignidad de la persona humana.

Por su parte, el art. 10 reafirma la vigencia de todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los

(17) El documento *in extenso* puede consultarse en [www.eclac.org](http://www.eclac.org)



tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Del mismo modo, establece que aun cuando los derechos y garantías no se encuentren reglamentados no pueden ser negados ni limitados.

El art. 17 prescribe que la Ciudad tiene a su cargo el desarrollo de políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos; la asistencia a personas con necesidades básicas insatisfechas; y la promoción del acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades.

Específicamente el art. 31 reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello, la Ciudad:

“1) Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos; 2) Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva; y 3) Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones”.

Finalmente, el art. 20 vincula el derecho al acceso a la vivienda con el derecho a la salud integral.

## 1.2 | Normativa infra constitucional

### 1.2.1.

La ley 3706<sup>(18)</sup> de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y en Riesgo a la Situación de Calle tiene como objetivo proteger integralmente y hacer operativos los derechos de estas personas (art. 1º). Define a las personas en situación de calle y a las personas en riesgo de situación de calle (art. 2º).

.....

(18) Emitida el 13/12/2010 y publicada el 08/06/2011 en el BOCABA N° 3680.

La misma se encuentra reglamentada por el decreto 310/2013.<sup>(19)</sup>

### 1.2.2.

La Ley 4036<sup>(20)</sup> de **Protección Integral de los Derechos Sociales en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires** entiende por **vulnerabilidad social**, a la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos; y por personas en situación de vulnerabilidad social a aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos (art. 6°). Prescribe que la implementación de políticas sociales debe comprender prestaciones que implicarán la aplicación de recursos de carácter económico, técnico y material. Establece que el Gobierno de la Ciudad debe garantizar mediante sus acciones el pleno goce de los derechos de las **mujeres en condición de vulnerabilidad social; y de los derechos de niños, niñas y adolescentes** de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales en los que el Estado argentino sea parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (arts. 13 y 19).

El GCBA **deberá implementar acciones destinadas a la inserción social de niños en situación de calle y en estado de vulnerabilidad social**, para lo cual podrá disponer de todas las prestaciones de índole material y técnica que considere necesarias a fin de superar progresivamente la situación (art. 16).

Como primera conclusión pues, a la que llegamos a partir de todas las fuentes normativas reseñadas —constitucionales, supra nacionales e infra constitucionales— y aplicables al caso, se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de los sectores más vulnerables por parte del Estado.

.....

(19) Emitido el 25/07/2013 y publicado el 02/08/2013 en el BOCABA N° 4207.

(20) Emitida el 24/11/2011 y publicada el 09/02/2012 en el BOCABA N° 3851.

## 2 | Conceptualización del derecho a la vivienda

A continuación se delinearé el alcance conceptual del derecho a una vivienda digna.

### 2.1 |

En supuestos como el que ilustra el caso “Escobar”, cabe partir de la idea del derecho a la vida como presupuesto de todo derecho, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de los restantes derechos humanos. Aquél comprende el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garantizan una existencia digna y su contracara es la obligación estatal de garantizar la creación de dichas condiciones.<sup>(21)</sup>

Corresponde entonces puntualizar, por un lado, que el derecho a la vida, así como también la protección de la familia, pertenecen al núcleo irreductible de los derechos humanos, cuyo ejercicio no puede suspenderse en ninguna circunstancia; y por el otro, que la vivienda es la base a partir de la cual puede lograrse un adecuado nivel de salud física y mental y una calidad de vida que pueda dar curso al desarrollo de la persona, tanto en la comunidad como en el de su personalidad.

Tal como fuera expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

“... el acceso a la vivienda digna está íntimamente relacionado con otros derechos humanos fundamentales. De hecho, un individuo que no tiene un lugar donde instalarse para pasar sus días y sus noches y debe deambular por las calles no sólo carece de una vivienda, sino que también ve afectadas su dignidad, su integridad y su salud, a punto tal que no está en condiciones de crear y desarrollar un proyecto vida, tal como

---

(21) Ver ALBANESE, SUSANA, *Indivisibilidad e Intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida*, *Jurisprudencia Anotada*, 20/11/2002, quien cita el caso “Villagrán Morales” de la Corte Interamericana y el voto de Cançado Trincade: “ ... esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente (...) al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”.

lo hace el resto de los habitantes (Fallos: 329:1638; 329:4918 y 331:453, entre otros)".<sup>(22)</sup>

El derecho a una vivienda adecuada es así uno de los derechos económicos, sociales y culturales que han sido objeto de una atención y un fomento cada vez mayores, no sólo por parte de los órganos de derechos humanos, sino también del Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (hábitat).

## 2.2 |

Para definir el concepto de vivienda adecuada, el derecho internacional público comenzó con la **Declaración de Vancouver** sobre los Asentamientos Humanos de 1976, pasó por la Proclamación del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar en 1987, luego con la aprobación de la Estrategia Mundial de la Vivienda por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1988, y por último, la **Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos (Hábitat II)** en 1996. En este último instrumento se establece que:

"... vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuados y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. La idoneidad de todos esos factores debe determinarse junto con las personas interesadas, teniendo en cuenta las perspectivas de desarrollo gradual".

Es que este derecho nunca fue interpretado por el derecho internacional como equivalente a la provisión de una vivienda gratuitamente a aquellos que lo soliciten. De acuerdo con el derecho internacional, "... una vez que el Estado admite las obligaciones vinculadas al derecho a vivienda, se

(22) CSJN, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", sentencia de 24/04/2012, consid. 8 del voto del juez Petracchi.

compromete a intentar, por todos los medios apropiados posibles, asegurar que todos tengan acceso a los recursos para vivir en un lugar adecuado resguardando su salud, bienestar y seguridad".<sup>(23)</sup>

Uno de los roles claves del **estado inteligente**<sup>(24)</sup> que la Constitución de la Ciudad promueve como horizonte de sentido deseable se halla, justamente, en el campo de las políticas sociales. Mas no como mero anhelo de utopías ni de corte programático, sino como un programa del curso de acción del que no debe alejarse.

Tal como lo refiere Adelqui Carlomagno, "La habitación es una necesidad primordial, esencialmente humana, que todos experimentamos sin siquiera discutir. Es como el alimento, la base y el marco obligado de toda actividad individual, llevada al infinito en la complejidad actual de nuestra civilización".<sup>(25)</sup>

Diversas constituciones de principios de siglo XX mostraron su preocupación en tal sentido como las de México de 1917, Weimar de 1919, o República Española de 1931.

## 2.3 |

Curiosamente, los problemas que desde siempre han gravitado para la obtención de un techo que cobije al grupo familiar, de índole económica y en función de las políticas sociales, registran un origen común en la palabra economía; la cual viene del griego *oikos* que significa casa. De poco serviría dignificar a la familia, si no se atiende a una base de sustentación donde la misma se desenvuelva. El significado elemental de una vivienda es el lugar donde desarrolla su vida el núcleo familiar.

.....

(23) TEDESCHI, SEBASTIÁN, "El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. Punto 5. Caminos nuevos y posibles para la jurisprudencia argentina", Courtis, Cristián y Bovino, Alberto (compiladores), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por tribunales locales a diez años de la reforma constitucional*, Bs. As., Del Puerto, 2007, p. 22.

(24) Locución utilizada por Bernardo Klisberg, en "Repensando el Estado: para el Desarrollo Social" más allá de dogmas y convencionalismos, Foro intermunicipal "Buenos Aires sin Fronteras", del 27/04/1998.

(25) En el comienzo de su obra *La locación en el derecho civil argentino*.

Quizás la defensa más certera sobre el tema fue brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1922. El Tribunal Cimero expresó que los servicios públicos:

“... como el alumbrado y el agua pueden reemplazarse, si fueren excesivamente onerosos, por otros medios más rudimentarios. Es posible alimentarse o abrigarse más o menos bien (...). Pero no hay posibilidad de habitar parcialmente. Se tiene o no se tiene habitación. Exigencias materiales y consideraciones de decoro y moral, todo contribuye a hacer de la habitación la necesidad más premiosa y a convertirla, por tanto, en el instrumento más formidable para la opresión”.<sup>(26)</sup>

Así, hoy más que nunca, es menester recordar que: “... el derecho a una vivienda adecuada está reconocido universalmente por la comunidad de países (...) todos los ciudadanos de todos los Estados, por pobres que puedan ser, tienen derecho a esperar que sus gobiernos se preocupen de sus necesidades en materia de vivienda...”.<sup>(27)</sup>

## 2.4 | Jurisprudencia que acompaña el concepto de derecho a la vivienda anteriormente referido

Históricamente, en la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, hasta septiembre de 2012 la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones del fuero CAyT —en votos mayoritarios— se ha pronunciado a favor de la protección del derecho de las personas en situación de desamparo a obtener una cobertura que resguarde debidamente sus necesidades habitacionales básicas. Es decir, han interpretado el derecho a la vivienda de manera similar a la conceptualización descrita en este apartado.

En contra de esta mirada, en mayo de 2010 en el caso “Alba Quintana” el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad —por mayoría— sostuvo que el bloque normativo que regula el derecho a la vivienda “no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda”; que “no existe

.....

(26) CSJN, Fallos: 136:170, “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”.

(27) Ver ONU, Estrategia Mundial de la Vivienda, folleto informativo n° 21.

un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores—; y que el acceso a una vivienda digna “... es un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino solo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable”.<sup>(28)</sup>

Cabe señalar que el TSJ expresó estas pautas hermenéuticas frente a la ausencia de previsiones reglamentarias específicas emanadas del poder legislativo. La doctrina ha criticado arduamente este precedente judicial y ha entendido que dicha decisión ha utilizado una interpretación sesgada de los estándares internacionales en materia de derechos sociales, ha omitido la consideración de la Observación General n° 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, redujo la comprensión del “contenido mínimo” de las obligaciones en materias sociales que prescribe el referido pacto, entendió la progresividad como una obligación a ser medida respecto al conjunto general de la población y no según lo que toque a cada individuo y arribó a la errática conclusión de que el gobierno local satisfacía el derecho a la vivienda de los justiciables a través de las redes de albergues y paradores nocturnos.<sup>(29)</sup>

Con posterioridad al dictado de este fallo, en diciembre de 2010, la Legislatura local sancionó la **ley 3706** de protección y garantía integral de

(28) TSJ, “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” expediente N° 6754, sentencia de 12/05/2010. Ver fundamento 6 del voto de los jueces Conde y Lozano al que adhirió el juez Casás.

(29) TEDESCHI, SEBASTIÁN, “El acceso a la vivienda es justiciable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC”, en Revista de la Defensa Pública de la CABA, n° 3, año 2, Bs. As., agosto 2012, pp. 75/89.

Ver, además, GARGARELLA, ROBERTO y MAURIÑO, GUSTAVO, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, en *El Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas Públicas*, Eudeba, Asesoría General Tutelar, Bs. As., 2010, pp. 67/84.

los derechos de las personas en situación de calle. Norma a través de la cual ejerció la facultad reglamentaria de derechos, referida por el TSJ en el fallo antes reseñado.

Tal como ya fuera adelantado, esta norma caracteriza —en lo que aquí interesa— a las personas en riesgo de situación de calle como aquellos hombres o mujeres adultos o grupo familiar, sin distinción de género u origen, que padecen al menos una de las siguientes situaciones:

1. se encuentran en instituciones de las cuales egresarán en un tiempo determinado y están en situación de vulnerabilidad habitacional;
2. se encuentran debidamente notificados de resolución administrativa o sentencia judicial firme de desalojo;
3. habitan en estructuras temporales o asentamientos, sin acceso a servicios o en condiciones de hacinamiento (art. 2°).

De lo expuesto se deduce que esta legislación local vigente establece pautas sustancialmente diferentes a las delineadas por la mayoría del TSJ en el precedente antes referido. En consecuencia, **la opción del parador no configura una asistencia suficiente, sino un remedio temporal extremo.**

**La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 24/04/2012** en la causa **“Quizberth Castro”**,<sup>(30)</sup> abordó de manera integral el drama de la ineptitud de las políticas en materia de vivienda en la Ciudad de Buenos Aires.<sup>(31)</sup>

En dicho fallo el Alto Tribunal expresó que la Constitución Nacional como norma jurídica reconoce derechos humanos efectivos (no ilusorios) y operativos con vocación de efectividad. En torno al derecho a acceder a una vivienda digna, dijo que la operatividad de aquél es de carácter

(30) CSJN, “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. A. C. en la causa Q. C. S. Y, c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, sentencia de 24/04/2012.

(31) TEDESCHI, SEBASTIÁN, “El acceso a la vivienda es justiciable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC”, en *Revista de la Defensa Pública de la CABA*, año 2, n° 3, agosto 2012, Bs. As., pp. 75/89.



derivado en la medida en que consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado.<sup>(32)</sup> En torno al derecho a acceder a una vivienda digna, dijo que la operatividad de aquél es de carácter derivado en la medida en que consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado. Así, el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa necesariamente el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad.

En relación a la solución concreta del caso, entre sus fundamentos se destaca la afirmación de la Corte Suprema<sup>(33)</sup> en el sentido de que "... la red de paradores estatales que provee la Ciudad de Buenos Aires es un mínima contención que no puede ser razonablemente equiparada a una vivienda digna" y que las medidas adoptadas por la Ciudad "... revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico. En efecto la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, solo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados".

Por último, el 11/12/2012 en el fallo "Accietto",<sup>(34)</sup> también confirmó la **sentencia dictada en un caso análogo a dicho precedente, en que a igual que en "Catari Mamani"**<sup>(35)</sup> se encontraban afectados derechos de niños. Asimismo, en segunda instancia en la **CApel. Cont. Adm. y Tribut. se había resuelto abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acreditara el cese de su estado de necesidad.**

(32) Ver los consids. 10, 11 y 12 del voto mayoritario (suscrito por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) y el consid. 10 del voto del juez Petracchi.

(33) Ver los consids. 10, 11, 12, 13, 14 y 15 del voto mayoritario (suscrito por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni) y los consids. 12, 14, 15 y 18 del voto del juez Petracchi.

(34) CSJN, "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa Accietto, Beatriz Rosa c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de inconstitucionalidad", sentencia de 11/12/2012.

(35) "Catari Mamani Judith Roxana c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14 CCABA)", Expediente N° 33.091/0.

### 3 | Decisión de la CSJN en la causa “Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181, inc. 1° CP”<sup>(36)</sup>

Llegado este punto del derrotero al que conduce la pauta brindada por el más alto intérprete constitucional, se pasará al tratamiento que el Tribunal Supremo dio al tema. El caso llega a conocimiento de la Corte Suprema en virtud del recurso extraordinario interpuesto por la **Asesoría Tutelar en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la CABA**.

Conforme al relato de hechos efectuado por el Tribunal, el 22 de septiembre de 2009 se denunció ante la Comisaría 24 de la Policía Federal la ocupación de un inmueble de la CABA, lo cual devino en la intervención de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Durante el proceso se acreditó tanto el carácter invocado por la denunciante, Alejandra R., como la ocupación de la vivienda por varias familias **entre cuyos integrantes había niños y adolescentes**.

Por su parte, los ocupantes pretendieron justificar la posesión mediante contratos falsos que fueron descalificados, por lo cual el Fiscal pidió ante el juez de la causa que se hiciera lugar a la medida de restitución del inmueble prevista en el art. 335 del Código Procesal Penal de la Ciudad.<sup>(37)</sup>

(36) Art. 181.- Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1) el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; 2) el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3) el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble.

(37) Art. 335.- Restitución. Las cosas secuestradas que no estuvieran sujetas a decomiso, restitución o embargo serán devueltas a quien se le secuestraron o a quien acredite mejor título de dominio conforme el Código Civil. Si hubieran sido entregadas en depósito antes de la sentencia, se notificará al depositario la entrega definitiva o la obligación de poner las cosas a disposición de quien corresponda. Las cosas secuestradas de propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía de los gastos y costas del proceso y de las responsabilidades pecuniarias impuestas. En los casos de usurpación de inmuebles, en cualquier estado del proceso y aún sin dictado de auto de elevación a juicio, el/la Fiscal o el/la jueza, a pedido del damnificado, podrá disponer provisionalmente el inmediato

A raíz de dicho requerimiento, y previo a que el magistrado se expidiera al respecto, se presentó la Asesoría Tutelar y pidió vista de las actuaciones a fin de emitir el pertinente dictamen. Fundó su solicitud en que la medida a adoptarse podía afectar los derechos de los niños y adolescentes que se encontraban dentro del grupo de usurpadores.

Tanto en primera instancia como la alzada rechazaron lo requerido por la Asesoría, con el argumento de que su intervención en causas penales se encuentra limitada a aquéllas en las cuales los niños fueran imputados, víctimas o testigos de delitos, situación que difería de la de autos.

Asimismo, la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de inconstitucionalidad incoado, en tanto que el TSJ denegó la queja, lo cual motivó la interposición del recurso extraordinario federal.

### **El Máximo Tribunal desestima la queja con fundamento en el dictamen del señor Procurador Fiscal, Dr. Eduardo Ezequiel Casal.**

Ahora bien, en lo que aquí interesa, **la Procuración** resalta que la cuestión debatida versa sobre la existencia de un delito de usurpación y la demostración verosímil del derecho del reclamante sobre el inmueble.

Destaca que ninguna de esas dos cuestiones atañe a relaciones jurídicas de titularidad de los menores para concluir que "... el interés sustancial y directo que alega el asesor tutelar en términos de derecho a la vivienda adecuada —el estatus de los niños como titulares de tal derecho— no tiene nexo lógico con el reclamo que procura satisfacer - i.e. evitar el desalojo".

A su vez, explica que podría existir una contradicción entre los derechos de propiedad privada de quien reclama el desalojo y el de quien pretende acceder a una vivienda digna en el inmueble a desalojar.

En síntesis argumenta que "... si en el caso existiera alguna afectación al derecho a la vivienda de los niños, ésta sería anterior al desalojo que se pretende resistir y no consecuencia de él".

.....

reintegro de la posesión o tenencia del inmueble, cuando el derecho invocado fuera verosímil. Se podrá fijar una caución si se lo considerare necesario.

No debe soslayarse que no obstante que la CSJN remite al referido dictamen, en su tercer considerando dispone que **los** jueces de la causa "... pongan en conocimiento de las autoridades competentes la situación de las niñas/os y/o adolescentes que pudieran verse afectados en autos, a los fines del pertinente resguardo de sus derechos de rango constitucional".

Mención aparte merece el voto efectuado por el Dr. Juan Carlos Maqueda. En primer término coincide con el resto del tribunal respecto a que la situación en que se encuentran los niños y adolescentes no importa de por sí la intervención de la Asesoría Tutelar como parte.

Pero efectúa una reflexión relativa a la función de las instituciones estatales. En esta inteligencia, indica que la debida consideración del plexo normativo aplicable al *sub lite* "... llevan a reconocer que se debe garantizar la intervención de la Asesoría Tutelar con el alcance que requieren las especiales circunstancias de este caso".

Advierte que "... no sólo los órganos judiciales sino toda institución estatal ha de aplicar el principio de 'interés superior del niño' analizando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses de éstos puedan verse afectados por las decisiones y medidas que se adopten".

Concluye en consecuencia que si bien la Asesoría no puede ser aceptada como parte en el proceso bajo estudio en tanto:

"... no se encuentra legitimada para efectuar planteos vinculados al objeto procesal ni a cuestionar las medidas cautelares que se dicten durante su transcurso, cuando se adopten decisiones como la requerida en el *sub examine*, claramente debe asegurarse su anoticiamiento en el proceso con tiempo suficiente a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que pudieran resultar por ella afectados, pueda recurrir 'a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino **para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que (...) pudiera, a todo evento, generar' la implementación de la medida de restitución anticipada solicitada**".<sup>(38)</sup>

.....

(38) El resaltado pertenece al autor.

## 4 | La conceptualización no se hizo carne en la realidad de los niños

### 4.1 |

Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el dictamen de la Procuración General de la Nación coinciden en la descripción conceptual del derecho a la vivienda.

El Procurador Fiscal remite a lo señalado por el Defensor Oficial ante la CSJN en torno a que "... no hay que entender el derecho a la vivienda en un sentido 'que lo equipare al simple hecho de tener un tejado encima de la cabeza o lo considere exclusivamente una comodidad. Debe considerarse como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte' (...). No se trata de un mero estar en una casa sino de estar allí con derecho". Finalmente, indica que si bien asiste razón a *a quo* en cuanto a que el proceso no afecta de manera directa e inmediata intereses de los niños, **ello no implica que no merezcan una primordial tutela por parte del Estado a través de las vías legales pertinentes.**

Ello no empece sin embargo, al rechazo que la Corte decidió en torno al carácter de parte de la Asesoría Tutelar. Y éstos son los dobleces del discurso jurídico a que alude el título de este comentario.

### 4.2 |

En términos de Luigi Ferrajoli, los pactos que componen la Carta Internacional de Derechos Humanos implican para los Estados partes la asunción de obligaciones relevantes con un fundamento jurídico, cuya medularidad y exigibilidad judicial<sup>(39)</sup> no pueden ser puestas en tela de juicio dentro de una concepción que afirma el carácter garantista del principio de jurisdiccionalidad.<sup>(40)</sup>

.....

(39) Ver ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIÁN, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As. Del Puerto, 1997, pp. 283 y ss.

(40) FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, p. 917.

Así, al ratificar estos textos de carácter obligatorio, el Estado asume la responsabilidad de respetar y asegurar los derechos y libertades consagrados en esos documentos ante sus ciudadanos, ante los demás Estados partes en el mismo pacto y ante la Comunidad Internacional en general. Además, la adopción de los mismos como supremos en la pirámide normativa local y la aceptación de la jurisdicción de órganos internacionales en materia de derechos humanos, obliga al ejecutor local a conocer y aplicar incluso la interpretación que se ha hecho de estos instrumentos con jerarquía constitucional en las diversas sedes y organismos internacionales.<sup>(41)</sup>

A fin de llevar adelante dicha responsabilidad, los sujetos de derecho público no pueden soslayar el principio que establece la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos. ¿A qué se refiere esta afirmación? A que el respeto de los derechos civiles y políticos no puede separarse del disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Estos últimos son necesarios para participar en el proceso de un auténtico desarrollo económico y social. Dichos principios básicos cumplen una función orientadora de toda concepción de los derechos humanos y libertades fundamentales.

Ambas clases de derechos pueden ser caracterizadas como un complejo de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado.<sup>(42)</sup>

### 4.3 |

La categorización de un derecho como **derecho social, en este caso el derecho a la vivienda**, no debe inducir a pensar que se contrapone a los derechos individuales, por el hecho de no ser gozado por individuos sino por grupos o por presuponer la inserción social como condición necesaria del título al mismo.<sup>(43)</sup> Así, en el marco de una concepción liberal —en

(41) CSJN, “Ekmedjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros” y “Girolodi, H. D. y otro s/ recurso de casación”.

(42) ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIÁN, *op. cit.*, pp. 287/288. Con cita de Contreras Peláez “(p)ara los derechos sociales (...) la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho (...) la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho”.

(43) NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2000, p. 398. En el cap. I, ap. F, se desarrolla la idea de que una concepción liberal de la sociedad enfoca a los derechos sociales como una extensión natural de los individuales.

el sentido específico y genuino con que Nino utiliza este término—, fraternal, igualitaria y democrática cabe presuponer que **no se trata de un derecho diferente al derecho a la vida, a la integridad corporal y a otros que protegen bienes necesarios para la autonomía personal**, sino que han de ser vistos como una extensión natural de los derechos individuales.

Integra esta concepción jurídica, el reconocimiento de la posibilidad efectiva de elegir y materializar planes de vida que requieren de bienes y recursos que deben ser proporcionados tanto por abstenciones como por prestaciones positivas.

Desde los tiempos más remotos, el ser humano siempre ha poseído una dimensión material, es decir, no ha podido subsistir sin un periódico intercambio de bienes con la realidad que lo rodea: alimentos, espacio físico, abrigo, vivienda, medicamentos. Es por esto que la libertad formal cobra entidad en la medida en que el hombre cuente con bienes suficientes para ejercerla. De lo contrario, es pura declamación:

“¿De qué modo que no sea meramente vacuo puede hablarse de un derecho a la vida, a la integridad física de la persona y a su dignidad, si no se admite un derecho a que quienes están inculpablemente imposibilitados de acceder a su alimentación [vivienda, educación, etc...], igualmente la obtengan? Para que los derechos de primera generación tengan valor para todos los que se pretende que suscriben el contrato social, es condición *sine qua non* que se garantice a los individuos frente a los avatares más graves que la realidad les puede deparar”.<sup>(44)</sup>

El desarrollo del capital social requiere de un Estado que promueva activamente las sinergias. **Empero, la práctica institucional suele revelar como materia pendiente la efectiva vigencia de los derechos económicos y sociales profusamente declamados.** Dentro de este contexto, quedan relegados y desnaturalizados frente a las penurias que produce la imposibilidad de procurarse alimentación, vivienda o educación adecuada así como a los cuidados básicos que la salud requiere conforme al avance de la ciencia y la técnica.

.....

(44) Ver STILMAN, GABRIEL, “El derecho a la propiedad originaria como fundamento del derecho a la alimentación y de los derechos económicos básicos (a propósito del proyecto El Hambre más urgente)”, [en línea] [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), suplemento de filosofía.

## 4.4 |

Las consecuencias graves que en el orden corriente de los acontecimientos trae aparejada una decisión de desalojo forzoso cual el caso *sub-examine*, en el caso puntual de los menores que habitan un inmueble —cuya restitución prevé el art. 335 del CPPCABA en un juicio por el delito de usurpación— es soslayada por la ostensible mayoría de todos los magistrados intervinientes: Juez de primera instancia, Cámara de Apelaciones, Tribunal Superior de Justicia, Procurador General de la Nación y finalmente Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ello, con la excepción del voto en disidencia de la doctora Alicia E. C. Ruiz y del doctor Juan Carlos Maqueda.

En efecto, la magistrada miembro del Tribunal Superior de Justicia sostuvo que:

“Afirmar que el art. 40 de la ley 2451<sup>(45)</sup> desplaza lo prescripto en el art. 49, inc. 1 de la ley 1903 ya citada, configura una violación al principio *pro homine* que debe regir cualquier interpretación en el campo de los Derechos Humanos. Este aspecto es relevante y adquiere especial significación en aquellos supuestos en los que los procesos penales por usurpación aparecen como los mecanismos legales utilizados para criminalizar profundos conflictos sociales en los que están en juego los derechos protegidos por el PIDESC, en especial el acceso a una vivienda digna”.

Por su parte, el ministro Maqueda del Máximo Tribunal advirtió que si bien la Asesoría no puede ser aceptada como parte en el proceso bajo estudio en tanto:

“... no se encuentra legitimada para efectuar planteos vinculados al objeto procesal ni a cuestionar las medidas cautelares que se dicten durante su transcurso, cuando se adopten decisiones como la requerida en el *sub examine*, claramente debe

(45) Deberá intervenir en los procesos penales por delitos en los cuales resulta imputado/a, víctima o testigo una persona menor de dieciocho (18) años de edad. Este debe velar por el efectivo ejercicio de los derechos y garantías que asisten a la persona menor de dieciocho (18) años.



asegurarse su anoticiamiento en el proceso con tiempo suficiente a fin de que, en salvaguarda de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que pudieran resultar por ella afectados, pueda recurrir ‘a los mecanismos que brinda el ordenamiento jurídico argentino para reducir, al máximo posible, el impacto negativo que (...) pudiera, a todo evento, generar’ la implementación de la medida de restitución anticipada solicitada”.

Cierto es que la Constitución requiere la conjunción de los derechos que ésta ampara. Pero se trata de armonizarlos y no de la exclusión de alguno en pos de otro, que es lo que terminó por primar en el fallo en comentario.

Parece dudoso que quien subviene cómodamente a sus necesidades y las de sus hijos, opte por recurrir a la toma de predios o por la usurpación de un inmueble. Los conventillos de otrora de los inmigrantes de principios de siglo XX hoy se han trocado por las conocidas “casas tomadas” —y no precisamente desde la óptica de Julio Cortázar en su conocido cuento—<sup>(46)</sup> de personas en estado de vulnerabilidad mayormente.

No se trata de ironizar que por reducción al absurdo todos los casos con menores requerirían la presencia del asesor tutelar. No se trata de obstaculizar tampoco el derecho a la restitución del inmueble producto de una usurpación.<sup>(47)</sup> Sino tan sólo de permitir que el asesor tutelar, en cumplimiento de la ley 1903 —art. 49, inc. 1°— intervenga “... en las cuestiones judiciales suscitadas ante los tribunales de las diferentes instancias, en

(46) CORTÁZAR, JULIO, “Casa tomada”, *Bestiario*, Sudamericana, 1951. Cuento que fue publicado por primera vez en 1946 en la revista editada por Jorge Luis Borges.

(47) Recientemente este tema ha derivado en el desconocimiento del TSJ del Acuerdo 4/2009 de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de CABA ante un planteo realizado por la Fiscalía General de CABA a cargo de Germán Garavano. En dicho Acuerdo los camaristas dispusieron que “... a los efectos de asegurar el derecho de defensa en juicio y en el caso particular cuando los jueces de primera instancia dispongan la medida cautelar del art. 335 del CPPCABA *in fine* (la orden de desalojo para la restitución de las propiedades usurpadas) y la misma sea apelada, el recurso tiene efecto suspensivo”. Para el TSJ lo acordado por la Cámara no sólo no tiene fuerza normativa ni es obligatorio sino que es, simplemente, una expresión de “una coincidencia de opinión” comunicada a los jueces para su conocimiento. Sólo eso (Noticias Urbanas del 17/03/2014 “El Tribunal Superior puso en vereda a la Cámara Penal porteña”).

toda oportunidad en que se encuentren comprometidos los derechos de las personas menores de edad o de los/as incapaces, emitiendo el correspondiente dictamen”.

Se trata de dar plena vigencia, amén de lo que la Constitución Nacional consagra y exige a través del inc. 22 del art. 75, a aplicar obligatoriamente la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, el art. 39 de la Constitución de la CABA y la ley local N° 114, la Convención Americana de Derechos Humanos y todo el plexo normativo de los Tratados Internacionales reconocidos en nuestra Carta Magna como por la normativa *supra* legal reseñada.

De poco sirve el Acuerdo N° 1 Medidas Prioritarias celebrado en el **Consenso de Montevideo** sobre Población y Desarrollo en Uruguay en agosto de 2013 en torno al “deber de los estados profundizar las políticas públicas y las acciones necesarias para erradicar la pobreza y romper los círculos de exclusión y desigualdad como condición para lograr el desarrollo de la región”,<sup>(48)</sup> si en la concreción conduce a la conducta del epígrafe: “... acorazar nuestros corazones y opacar nuestra inteligencia”.

Y aunque ello remite a términos que resuenan con poca juridicidad cuando esté referido a sentencias judiciales de la instancia que fueren, la función de los jueces no se halla enderezada a verter tecnicismos legales, sino a aportar nuestra contribución en cada caso concreto para ayudar al prójimo —aunque reciba el nombre de litigante afectado— a remediar su dolor, su angustia, a alcanzar su dignidad como ser humano, con las herramientas que el derecho suministra, y hacer efectivas las normas internacionales sobre derechos humanos y declaraciones con jerarquía constitucional que en esta reseña normativa se han deslindado en este comentario.

(48) Acuerdo 1 Medidas Prioritarias, plasmado en la Primera Reunión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo de América Latina y el Caribe de la CEPAL (Naciones Unidas), celebrada en el Consenso de Montevideo sobre Población y Desarrollo, Uruguay, 12 al 15 de agosto de 2013.



# Libertad de expresión. Doctrina de la real malicia

CSJN, "BARRANTES, JUAN MARTÍN; MOLINAS DE BARRANTES, TERESA - TEA SRL c/ ARTE RADIOTELEVISIVO ARGENTINO SA", 1 de AGOSTO de 2013

por **MARINA CHERTCOFF**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

El presente caso se inicia por el recurso de queja incoado por el matrimonio Juan Martín Barrantes y Teresa Molinas de Barrantes, quienes fueran propietarios de la agencia de turismo TEA SRL. Los actores y un empleado de ellos, Antonio P., promovieron una demanda contra ARTEAR reclamando daños y perjuicios en virtud de la difusión de un informe periodístico que habría sido emitido en el programa de Canal 13 "Telenoche Investiga" en noviembre de 1996. El informe mencionado tuvo por finalidad indagar acerca de las actividades de la empresa de turismo relacionadas con la trata de personas, pornografía infantil, turismo sexual y prostitución de menores en nuestro país. Ahora bien, durante el curso de las investigaciones, se llegó a la conclusión de que la información proporcionada por los empleados de la empresa era falsa, por lo cual la vinculación entre la agencia de turismo y actividades ilegales era ficticia. A raíz de la difusión de dicho informe los demandantes iniciaron actuaciones, sosteniendo que se había lesionado su derecho al honor.

.....

(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 Tribunal de Primera Instancia hizo lugar al reclamo de la parte actora, afirmando que la emisión de un informe sobre hechos que no eran verdaderos constituía una violación al honor de los propietarios de la agencia de turismo y dispuso el pago de indemnizaciones por daño moral a los actores. Al respecto, la parte demandada, ARTEAR, dedujo recurso de apelación y alegó que al momento de la investigación los empleados de la empresa de turismo dijeron a los periodistas que dicha empresa practicaba "turismo sexual" con menores. Más aún, en la indagatoria tomada en la causa penal contra los propietarios de la agencia, uno de sus empleados afirmó que otorgó a sabiendas información falsa a los periodistas para "hacerse el canchero" y para "no pasar por pajueraño" frente a empresarios porteños que "querían hacerse los vivos" (ver "Declaración indagatoria" obrante a fs. 42/45 de la causa penal). Ahora bien, en la misma causa penal, se estableció que ARTEAR divulgó una noticia cuya inexactitud habría sido constatada previa a su emisión al aire.

No obstante, la Sala I de la CApel. Civ. y Com. de Salta admitió parcialmente el recurso interpuesto por Barrantes, modificando la suma concedida en concepto de daño moral, a la vez que denegó la apelación intentada contra la sentencia de grado por la parte demandada —ARTEAR—. La demandada recurrió dicho pronunciamiento ante el Tribunal Superior de la misma Provincia, pero fue rechazado por no cumplir con los requisitos formales. Contra esto, la demandada interpuso recurso extraordinario federal alegando que se habría violado su derecho a la libertad de expresión y que la imposición de indemnizaciones por daño moral constituían una censura *a posteriori* que sería tan o más perjudicial que la censura previa.

## 2 | Dictamen del Procurador General

En su dictamen, el Procurador General sostuvo que la cuestión principal debatida en el caso se relacionaba con el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa y que, en particular, aunque no haya sido invocado por las partes, el reclamo versaba sobre el estándar emanado de la doctrina de la real malicia. Al respecto, afirmó que el informe era de interés público y que, por lo tanto, era de meridiana importancia proteger su libre divulgación, aun cuando según un examen efectuado *ex post* revelara que la información era errónea o inexacta y lesiva del honor pues, de otra manera, podría verse cercenado el margen futuro del ejercicio de la libertad de prensa.

Se hizo hincapié en que la doctrina de la real malicia ampara, en principio, algunas falsedades en miras a la protección del interés prioritario que representa la comunicación de informaciones y que, de otra manera, se correría el riesgo de que información vital para el debate democrático quedara sin ser comunicada por el temor que representa sufrir una sanción. Más aun, el propósito de esta doctrina se vería desvirtuado si el medio, con la premura inherente a la difusión de la información, tuviera siempre un estricto deber de corroboración ulterior, aun en los casos en los que los propios implicados en la conducta cuya difusión resultaría lesiva al honor son la fuente de la información. Es por eso que solo si el medio periodístico al momento de la difusión de la noticia conocía o desconsideró temerariamente su posible falsedad se generaría el deber de reparar. En el caso particular, no se desprendía que el medio de noticias hubiera conocido la inexactitud o falsedad de la información brindada por los empleados de la empresa de transportes, y por lo tanto, no serían responsables.

En definitiva, el procurador concluyó que la índole esencialmente pública de la cuestión, combinada con el perjuicio que cabría esperar de que la publicación se hubiera demorado más, produce que el estándar de diligencia debida que demuestre que el medio periodístico cumplió con el requisito de no haber actuado de manera “temerariamente desconsiderada” sea menos exigente y se encuentre satisfecho a la luz de las pruebas aportadas por dicho medio periodístico en su sustento.

### 3 | Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Al analizar el fondo de la cuestión, la Corte se apartó parcialmente del dictamen del entonces Procurador General de la Nación, Esteban Righi. Este último había sostenido que cabía aplicar a los hechos del caso la doctrina de la real malicia, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una evaluación de política constitucional que no puede ser subvertida en los casos en los que, justamente, hay identidad entre la fuente de la información difamatoria y el sujeto que resulta difamado por la difusión de la información. Asimismo, el Procurador opinó que en este tipo de casos es necesario analizar si existió desconsideración temeraria al emitir la información.

Siguiendo su dictamen en la causa S.C.M 1126 L.XLI, "Melo, Leopoldo F. y otros c/ Majul, Luis Miguel" el fundamento del deber de tolerar lesiones al honor provocadas por afirmaciones de hecho falsas se vincula con una serie de factores. Uno de ellos radicaría en la preferencia de arriesgar que salgan a la luz informaciones cuya certeza absoluta no puede ser alcanzada al momento de la publicación, en tanto el beneficio que la sociedad obtendría en caso de ser cierta la información supera el valor del perjuicio producido. Por aquel motivo, y teniendo en especial consideración la índole pública de la cuestión —trata de personas, prostitución infantil— combinada con el perjuicio que cabría esperar de que la publicación se hubiera demorado, produce que el estándar de diligencia debida que demuestre que el medio periodístico cumplió con el requisito de no haber actuado de manera "temerariamente desconsiderada" sea menos exigente y se encuentre satisfecho a la luz de las pruebas aportadas por el medio periodístico en sustento.<sup>(2)</sup>

Al apartarse de este dictamen, la Corte Suprema se refirió a varios puntos: en primer lugar, para que se aplique la doctrina de la real malicia, anteriormente ha sido establecido como principio un tratamiento diferenciado según la calidad del sujeto pasivo de la información. La protección atenuada solo procede cuando el sujeto pasivo ha aceptado un cargo público o desempeña un rol influyente en el ordenamiento de la sociedad. En el caso de marras, los actores no habían aceptado un cargo público ni asumido tal rol influyente en la sociedad, ni tampoco habían adoptado acto voluntario alguno ni pretendido influenciar en la resolución de asuntos públicos de un modo incompatible con los mecanismos naturalmente democráticos, por lo cual no renunciaron a su interés en la protección del buen nombre y cuentan con argumentos para acudir ante los tribunales a fin de obtener la reparación de los perjuicios producidos por falsedades.<sup>(3)</sup>

Luego, ARTEAR hizo referencia a precedentes de la CSJN donde se permitió aplicar un estándar atenuado a ciudadanos comunes.<sup>(4)</sup> Aquello procedería respecto de particulares que se encuentran "involucrados .....

(2) Ver dictamen del Procurador General de la Nación en la causa S.C.M 1126 L.XLI, "Melo, Leopoldo F. y otros c/ Majul, Luis Miguel".

(3) CSJN, "Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA SRL c. Arte Radio Televisivo Argentino SA", 1º de agosto de 2013, B. 343 XLII, consid. 3.

(4) Fallos: 314:1517, entre otros.

(...) voluntaria o involuntariamente” en una cuestión de interés general o público.<sup>(5)</sup> Ahora bien, el Tribunal hace la salvedad de que la mera alusión a una nota de interés público o general de ninguna manera basta para soslayar el principio de protección amplia al honor de los particulares. Para poder aplicar la doctrina de la real malicia a simples ciudadanos, ARTEAR debería haber demostrado que la vulnerabilidad característica de los particulares no se hallaba presente, y que los asuntos discutidos deberían absorber de alguna manera la condición de los sujetos involucrados. En todo caso, el punto de partida para aplicar la doctrina de la real malicia está en el valor absoluto que tiene que tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional. Se suma la misión de la prensa, su deber de informar a la opinión pública proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores y si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos.<sup>(6)</sup>

De ahí que solo si en el contexto de dichos hechos han intervenido “funcionarios o figuras públicas, incluso particulares —que han adquirido notoriedad suficiente para encontrarse involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que trata la información— su situación (...) obliga a tales sujetos a demostrar la falsedad de la noticia, el dolo o la inexcusable negligencia de la prensa”.<sup>(7)</sup> Por lo tanto, dado que “la información no se refiere a funcionarios o figuras públicas, ni a particulares que centran en su persona suficiente interés público”,<sup>(8)</sup> no corresponde aplicar la doctrina de la real malicia.

Por estos motivos, el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar la sentencia que modificó la suma concedida por concepto de daño moral al matrimonio Barrantes y Antonio P.

(5) CSJN, “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA SRL c. Arte Radio Televisivo Argentino SA”, *op. cit.*, consid. 4.

(6) *Ibid.*, consid. 6.

(7) Consid. 11, *in re* “Vago”, cit. en CSJN, “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA SRL c. Arte Radio Televisivo Argentino SA”, *op. cit.*

(8) Fallos: 330:3685, *in re* “Sciammaro”, voto de la mayoría y voto concurrente del juez Fayt cit. en CSJN, “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa - TEA SRL c. Arte Radio Televisivo Argentino SA”, *ibid.*



Ahora bien, la jueza Argibay en su voto en disidencia parcial<sup>(9)</sup> sostuvo que si un sujeto —refiriéndose a la conducta de Antonio P.— informa que él mismo realiza conductas impropias, los deberes de comprobación del medio que hace la investigación deben ser menores en comparación con los que surgen de la recepción de una información relativa a que otra persona (diferente del informante) es quien lleva a cabo conductas de esa clase, y en tales circunstancias, no es reprochable que el medio difunda una información que considera posiblemente veraz si ha sido suministrada por el mismo sujeto que la protagonizó.

## 4 | Consideraciones finales

Las consideraciones realizadas por el voto de la mayoría en el caso analizado tratan la regla de la real malicia, aplicada en general para invertir la carga de la prueba. Para determinar que dicho estándar sea aplicable a un caso debe demostrarse que el sujeto pasivo —es decir, de quien se trata la información publicada por la prensa— es un funcionario público, o como subraya en este caso la Corte, un ciudadano que voluntaria o involuntariamente se encuentre en una situación que es de interés para el debate público, y que por la importancia de aquel debate, sea más contraproducente para la sociedad censurar a la prensa. En cuanto a los requisitos para aplicarse la mencionada doctrina, el Tribunal no se aparta del criterio habitual, no obstante, enfatiza que es necesario demostrar, en caso de tratarse de información de ciudadanos comunes, que el tema al que se refiera la información ha de ser de interés público, hecho no demostrado en el presente caso.

Ahora bien, en su voto en disidencia parcial, la jueza Highton de Nolasco se aparta de estas consideraciones de la mayoría, adoptando el dictamen del procurador general, y se refiere a la importancia de la prensa y la onerosidad de censurar a la prensa. Hace hincapié en que, a diferencia de los hechos, los juicios hipotéticos o conjeturas, a diferencia de los hechos, dada su condición abstracta, no permiten predicar falsedad o verdad, no siendo adecuado aplicar un estándar de responsabilidad.

.....

(9) Consideró, respecto a los agravios atinentes a que los montos concedidos en concepto de indemnización eran excesivos y constituían una censura encubierta, inadmisibles por tratarse de una cuestión de derecho común.

En un mismo orden de ideas, la Corte inicia su análisis mencionando que la cuestión principal a ser debatida es el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa cuando colisiona con otros derechos como el honor, que del mismo modo, merece una amplia protección. Por lo tanto, en definitiva, el desafío reside en ponderar cuál debe ser el que prevalezca. Así, aunque de forma no explícita, la Corte realiza un análisis similar al que realiza en su jurisprudencia constante tanto la Corte IDH como el TEDH con respecto a lo que, en términos de Steven Greer, podemos denominar “principio de prioridad”.<sup>(10)</sup> La prioridad en este caso está dada por el derecho al honor o, en términos del Convenio Europeo, el derecho a la vida privada y familiar, el cual solo puede ser restringido aplicando un test. Así, para interferir con este derecho deberían existir razones de interés público o una necesidad imperiosa, cuestión no demostrada en el presente caso. El derecho a la protección del honor de las personas no puede ser restringido por el solo hecho de invocar problemáticas sociales como “la trata de personas y la prostitución infantil”, sino que debe demostrarse una verdadera relación entre esto último y la noticia difundida.

(10) GREER, STEVEN, *The European Convention on Human Rights, Achievements, problems and prospects*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, p. 277.



# Obligatoriedad de los informes de la CIDH

CSJN, "CARRANZA LATRUBESSE, GUSTAVO c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO de RELACIONES EXTERIORES - PROVINCIA del CHUBUT", 6 de AGOSTO de 2013

por **JAMES ERNESTO VÉRTIZ MEDINA**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

El 6 de agosto de 2013 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría de sus integrantes, dictó sentencia en el caso "Carranza Latrubesse",<sup>(2)</sup> en donde reconoció el carácter obligatorio para el Estado argentino de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH— en sus informes finales.

Sobre esta cuestión, es decir, si las decisiones tomadas por la Comisión Interamericana tienen valor jurídico o no, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de Justicia del país tuvo marchas y contramarchas.

Así, en el fallo "Bramajo" reconoció que "la opinión de la CIDH debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella

.....  
(1) Abogado. Docente de Derecho Internacional Público (UNLP). Integrante del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

(2) CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", 6 de agosto de 2013.

para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.<sup>(3)</sup>

Empero, este criterio fue dejado de lado en ulteriores oportunidades en donde sostuvo que las decisiones de la Comisión no eran vinculantes para el Poder Judicial.<sup>(4)</sup>

Por otro lado, la doctrina más preclara, tanto a nivel local como regional, tenía posturas a favor del carácter obligatorio de los informes finales de este órgano respecto de casos individuales.

Germán Bidart Campos señalaba que tiene poco sentido aceptar la intervención de un organismo supraestatal si luego lo que señala, recomienda o resuelve no va a cumplirse o, en el mejor de los casos, se cumplirá según como le parezca mejor al país, erigido en algo así como intérprete final de lo que la Comisión ha dicho.<sup>(5)</sup>

Al respecto, Fabián Salvioli advertía que:

“El informe final de la Comisión es vinculante, así como también son definitivas sus conclusiones; y como consecuencia de la acción (o más bien inacción del gobierno en cuestión) son vinculantes las recomendaciones pertinentes para que el Estado cumpla su deber de tomar las medidas para remediar la situación, de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>(6)</sup>

Del mismo modo, Héctor Faúndez Ledesma tenía dicho que:

“La obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en el informe de la Comisión está implícita en el art. 46 del Reglamento

---

(3) CSJN, “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, 12 de septiembre de 1996.

(4) CSJN, “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ *habeas corpus*”, sentencia de 22 de diciembre de 1998, Fallos: 321:3555; “Felicetti, Roberto y otros s/ revisión”, sentencia de 21 de diciembre de 2000, Fallos: 323:4130.

(5) BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La interpretación del término 'recomendaciones' a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2 de la Convención Americana)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-III-962, Lexis n° 0003/001353.

(6) SALVIOLI, FABIÁN, “Un análisis desde el principio pro persona, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Bs. As., Ediar, 2003, pp. 143/155.

de la misma, en el que se señala que, una vez publicado un informe sobre solución amistosa o sobre el fondo en los cuales haya formulado recomendaciones, la Comisión podrá tomar las medidas de seguimiento que considere oportunas, tales como solicitar información a las partes y celebrar audiencias, con el fin de verificar el cumplimiento con los acuerdos de solución amistosa y con sus recomendaciones. Además, la Comisión informará de la manera que considere pertinente sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones”.<sup>(7)</sup>

## 2 | Sobre la CIDH y el mecanismo de peticiones individuales

La CIDH es un órgano principal de la Organización de Estados Americanos —OEA— que tiene por funciones principales las de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos de las personas en el continente.

Fue creada en la V Reunión Extraordinaria de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959, y pasó de tener inicialmente funciones meramente promocionales a constituirse junto con la Corte IDH en uno de los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH).<sup>(8)</sup>

La Comisión tiene entre sus competencias la de recibir peticiones individuales de “cualquier persona, o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembro de la Organización”<sup>(9)</sup> que contengan denuncias sobre presuntas violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y en otros instrumentos interamericanos de derechos humanos.

.....

(7) FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales”, 3ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 504.

(8) Ver art. 33 CADH.

(9) Ver art. 44 CADH.

El derecho de petición individual constituye a juicio del ex juez y presidente de la Corte IDH, Antonio A. Cançado Trindade, “la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana”<sup>(10)</sup> y “es la mejor garantía que puede tener el individuo de que sus derechos serán respetados, o que, en caso de violación de los mismos, podrá obtener una reparación” y más aún “abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional”.<sup>(11)</sup>

Este procedimiento de control que se encuentra regido por garantías que aseguran tanto a las víctimas como al Estado denunciado el ejercicio del derecho de defensa tiene dos etapas bien definidas. Una primera de admisibilidad y otra de debate sobre el fondo del caso que finaliza con la adopción de dos informes contemplados sucesivamente en los arts. 50 y 51 de la Convención Americana. Según la Corte IDH estos informes “tienen carácter uno preliminar y el otro definitivo”.<sup>(12)</sup>

El primero de ellos contiene proposiciones y recomendaciones que la Comisión juzga pertinentes y es transmitido al Estado en cuestión, fijándose un plazo dentro del cual deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir con las mismas. Este informe es de carácter confidencial, por lo cual el Estado “no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto”.<sup>(13)</sup>

En relación al informe definitivo, la Convención dispone que, si en el plazo de tres meses a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión el asunto no ha sido sometido a la decisión de la Corte Interamericana por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración. De conformidad con esta misma disposición la Comisión hará

---

(10) CORTE IDH, “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú” (Excepciones Preliminares), sentencia de 4 de septiembre de 1998, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 3 y ss.

(11) *Ibid.*

(12) CORTE IDH, OC 15/97, “Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 14 de noviembre de 1997, Serie A, N° 15, párr. 44.

(13) Ver art. 43 del Reglamento de la CIDH.

las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada. Transcurrido dicho plazo, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe.

Vale decir que el dictado del informe definitivo presupone que el Estado en cuestión no ha querido discrepar con el informe provisorio y ejercer su derecho de ocurrir ante la Corte IDH.

Sin perjuicio de lo apuntado, debido a su ambigüedad y falta de precisión, estas disposiciones han sido objeto de duras críticas por parte de cierta doctrina<sup>(14)</sup> y asimismo de dispar recepción jurisprudencial, tanto a nivel local como regional.

### 3 | Los hechos del caso “Carranza Latrubesse”

El 17 de junio de 1976, por decreto del Poder Ejecutivo de facto, el Dr. Gustavo Carranza Latrubesse fue removido de su cargo como juez de Primera Instancia de la Provincia del Chubut. Restaurada la democracia, en junio de 1984, interpuso ante el Tribunal Superior de la Provincia del Chubut un recurso reclamando la anulación del decreto y la reparación por los daños y perjuicios materiales y morales padecidos como consecuencia de su destitución.

En julio de 1986, el mencionado órgano provincial declaró como “no justiciable” el caso, “invocando jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina en un caso similar (‘Sansó, Gerónimo c/Gobierno Nacional’, 3 de junio de 1984), en la que afirmó que los tribunales no eran competentes para dictaminar en torno a la justicia, prudencia o eficiencia de las medidas ordenadas para la remoción de magistrados, como la que es materia de este litigio, dado que las mismas constituyeron actos eminentemente políticos de un gobierno de facto”.<sup>(15)</sup> El 24 de febrero de 1987 la CSJN rechazó el recurso presentado contra esa decisión.

(14) FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *op. cit.*, p. 468.

(15) CIDH, Informe 30/97, “Caso Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Argentina”, 30 de septiembre de 1997, N° 10.087, párr. 3.



En tales circunstancias, y habiendo agotado los recursos de jurisdicción interna, el 31 de agosto de 1987, el Sr. Carranza Latrubesse presentó una petición individual ante la CIDH contra el Estado argentino, alegando la violación de las siguientes disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: derecho a garantías judiciales (art. 8º), protección de la honra y de la dignidad (art. 11), derecho de acceso a las funciones públicas (art. 23.1.c) y derecho a la protección judicial (art. 25).

Luego de haber admitido este caso y tramitadas todas las instancias procedimentales del mecanismo de petición, la Comisión Interamericana, el 30 de septiembre de 1997, emitió el Informe 30/1997 en el cual concluyó que: "... al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia del Chubut, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los arts. 8º y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana".<sup>(16)</sup> Y recomendó al Estado argentino que: "... indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior".<sup>(17)</sup>

Habiendo obtenido en el plano internacional una resolución favorable a sus pretensiones, el Sr. Carranza Latrubesse procuró lograr su ejecución en el orden local mediante diferentes vías administrativas y judiciales con resultado nugatorio. En ese devenir interpuso una acción de declaración de certeza ante la justicia en lo contencioso administrativo federal. El magistrado de primera instancia resolvió que los jueces tienen la obligación de hacer respetar lo dispuesto por los órganos internacionales de protección como lo es la Comisión Interamericana y condenó al Estado Nacional a abonarle una reparación pecuniaria por la cesantía sufrida.

El decisorio fue apelado por ambas partes y la Sala V de la CNac. Cont. Adm. Fed., confirmó el fondo del planteo, pero entendió que la indemnización a abonar correspondía por la privación del servicio de justicia y no por la cesantía; asimismo, confirmaron que las recomendaciones de la Comisión Interamericana son obligatorias, y que las autoridades nacionales habían observado una conducta coherente en el sentido de acatar dichas decisiones, práctica que se vio interrumpida en el caso del reclamo

(16) *Ibid.*, párr. 83.

(17) *Ibid.*, párr. 84.

del Sr. Carranza Latrubesse. Por último, entendieron que el Estado debía elevar a consideración de la Comisión Interamericana una propuesta de indemnización.

El fallo fue recurrido por ambas partes, interponiendo cada una recurso extraordinario federal, los que fueron desestimados por la Cámara. Ante esa decisión, recurrieron en queja ante la CSJN.

## 4 | La sentencia de la CSJN

### 4.1 | La votación

La decisión se tomó por ajustada mayoría de votos de sus integrantes, lo cual dejó al descubierto la existencia de una notoria falta de acuerdo sobre la convicción de atribuirle carácter vinculante a las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana.

Al respecto, tal como señala Marcelo Truco,<sup>(18)</sup> se pueden identificar tres posiciones en la manera como se decidió el asunto.

En una postura que el autor citado denomina “de recepción amplia”, se sitúan los jueces Zaffaroni y Fayt quienes, en definitiva, parecen compartir sin cortapisas los fundamentos del fallo de la mayoría. Vale decir que el Estado argentino tiene la obligación de reconocer el carácter vinculante para este de las recomendaciones del art. 51.2 de la Convención Americana, formuladas en el Informe 30/97 de la Comisión Interamericana.

A juicio de estos jueces, es evidente que:

“Dicho resultado es el que impone el ‘sentido’ que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el ‘contexto’ específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al ‘objeto y fin’ del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es a la par, el que mejor responde al principio de ‘buena fe’ y al ‘efecto útil’ de dicho régimen, evitando así el ‘debilitamiento’ del sistema, cuando

(18) TRUCO, MARCELO, “Efectos de las recomendaciones de la CIDH”, en *La Ley*, el 07/03/2014.

no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir”.<sup>(19)</sup>

Como uno de los fundamentos centrales del decisorio indican que el informe de la Comisión constituye la decisión final del sistema, pues el régimen procesal de la Convención Americana prevé sobre el fondo del asunto una sola y única decisión definitiva que estará dada, o bien por el informe “definitivo” de la Comisión, o bien por la sentencia de la Corte Interamericana, nunca las dos, por cuanto las dos opciones son excluyentes una de la otra. Es decir, si el caso ha sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar el informe a que se refiere el art. 51, y por otro lado, si dicha introducción no se ha producido, la Comisión continúa conociendo como único órgano convencional que puede hacerlo.<sup>(20)</sup>

En otra posición que se puede denominar de “recepción moderada”, se ubican los magistrados Maqueda y Petracchi, quienes fundaron su voto planteando objeciones y reparos a lo decidido por la mayoría que paradójicamente ellos mismos integraron.

Así, en primer orden, el Dr. Petracchi reflexiona que no es posible sostener que las recomendaciones de la Comisión Interamericana carecen de todo valor para motivar acciones del Estado nacional, ya que una conclusión semejante debilitaría, o mejor dicho le quitaría efecto útil al sistema de peticiones individuales.

Sin embargo, a continuación, y con palmaria obviedad, señala que resulta indispensable destacar que las recomendaciones formuladas por la Comisión en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana.

Por su parte, el juez Maqueda expresó que, sin dejar de reiterar que solo las decisiones jurisdiccionales de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 de la Convención Americana, resulta evidente que el Estado nacional no puede desconocer la recomendación de la

.....

(19) Ver consid. 18.

(20) Ver consid. 8°.

Comisión Interamericana de indemnizar al Sr. Carranza Latrubesse sino que, por el contrario, **debe realizar los mejores esfuerzos** para su implementación, recurriendo a los mecanismos y procedimientos que estime convenientes al efecto.<sup>(21)</sup>

Por último, discrepando con quienes postularon el reconocimiento del valor vinculante de las recomendaciones de la Comisión se emplazan los ministros Lorenzetti, Highton y Argibay, quienes votaron en contra.

Este tercer grupo se apoya, entre otros, en el sentido literal utilizado en las expresiones del art. 51, sosteniendo que al redactarse el término **recomendaciones** han quedado reflejados la intención y el espíritu de la CADH de no dotar a aquellas de valor vinculante.<sup>(22)</sup>

Más allá de las opiniones variopintas que presenta el fallo al respecto, luce evidente la magnífica labor hermenéutica llevada a cabo para desentrañar cuál es el sentido y el alcance del término “recomendaciones” previsto en el art. 51.2 CADH.

Como se destaca, el decisorio sienta un precedente muy rico en pautas y normas exegéticas que sirven de patrón acerca del modo como se deben interpretar los tratados internacionales de derechos humanos. Esto es lo que a continuación nos proponemos revelar.

## 4.2 | La interpretación de los tratados en el derecho internacional y la especificidad de los tratados de derechos humanos

Como dijo la propia Corte Suprema, la cuestión litigiosa en este caso consistió en resolver si “las recomendaciones que formula al Estado interesado la Comisión en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 51.2 de la Convención Americana, tienen para aquel naturaleza obligatoria o no”.<sup>(23)</sup>

.....

(21) Voto razonado del Juez Maqueda, consid. 11.

(22) TRUCO, MARCELO, *op. cit.*

(23) CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”, fallo cit., consid. 4°.

Esta disposición convencional presenta un buen número de dificultades de interpretación, tal como fuera señalado por la Corte IDH en sus primeros casos en la década de los ochenta.

Como cuestión preliminar se indica que, tanto el derecho internacional general como el derecho internacional de los derechos humanos en particular "cuentan con un más que consolidado aparato de normas, pautas y principios de aplicación e interpretación, que por su claridad y precisión, arrojan suficiente luz para alcanzar una respuesta concluyente".<sup>(24)</sup>

En base a ello van las siguientes consideraciones del Máximo Tribunal al analizar la CADH en el asunto que aquí nos ocupa.

En primer lugar, afirma que la Convención Americana, al formar parte del dominio del derecho internacional convencional, está regida por las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), destacando que este instrumento "aporta un doble orden de elementos de juicio de relevancia decisiva para el presente examen".<sup>(25)</sup>

Por un lado, en lo referente a la observancia de los tratados, rige a su respecto el principio básico previsto en su art. 26, bajo la rúbrica *pacta sunt servanda*, que informa que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe".

El principio de buena fe, que ha sido consagrado sin oposición como regla general sobre los efectos del tratado entre las partes por la inmensa mayoría de la comunidad internacional, implica que "la actitud de buena fe ha de prevalecer durante la ejecución de un tratado en vigor".<sup>(26)</sup>

Además, en el contexto de la Convención de Viena "la buena fe entrelaza la interpretación de un tratado (art. 31.1) con el cumplimiento de este (art. 26): si un tratado debe ser ejecutado de buena fe, necesariamente, ha de ser interpretado de buena fe".<sup>(27)</sup>

.....  
(24) *Ibid.*

(25) Ver consid. 5.

(26) DIEZ DE VELASCO, MANUEL, "Instituciones de Derecho Internacional Público", 17ª ed., Tecnos, 2009, p. 198.

(27) GIALDINO, ROLANDO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*; 1ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013, p. 413.

Por otro lado, en lo que respecta a su interpretación, un tratado como la Convención Americana está alcanzado por los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los mismos han sido recogidos por los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,<sup>(28)</sup> y se deberá recurrir a estos en la medida en que no contenga normas específicas al respecto.

En línea con lo antedicho, la Corte Suprema expresa que el citado art. 31.1 de la Convención de Viena establece como regla general de interpretación de los tratados que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

A lo cual añade que subyace a esta regla el principio de efectividad que informa que la Convención Americana debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que “el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte, adquiera todo ‘su efecto útil’”.

Asimismo resalta, en sintonía con lo antedicho, que en el actual desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos se ha profundizado en algunas manifestaciones de la regla general arriba mencionada, tales como la interpretación sistémica, la evolutiva y la pro persona.

Así, la Corte Interamericana ha establecido que “la interpretación debe atender a “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”, y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar”.<sup>(29)</sup>

En segundo lugar, llama la atención sobre el carácter especial que tienen los modernos tratados de derechos humanos, diferenciándolos de los tratados clásicos. En suma, señala que aquellos y la Convención Americana en particular, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, sino que

(28) CORTE IDH, OC 1/82, “‘Otros tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 CADH)”, del 24 de septiembre de 1982, punto 33.

(29) CORTE IDH, OC 17/02, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 28 de agosto de 2002, Serie A, N° 17, párr. 21.

su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de las personas de tal manera que al obligarse internacionalmente “los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.<sup>(30)</sup>

#### 4.2.1. El sentido corriente del término *recomendación* en su contexto y a la luz de su objeto y fin

Luego de estas apreciaciones iniciales, la Corte Suprema realizó un impecable proceso hermenéutico a los efectos de desentrañar cuál es el alcance y sentido del término **recomendaciones** previsto en art. 51.2 de la Convención Americana.

Para ello, en primera instancia dejó sentado que “la inteligencia de los términos de un tratado habrá de atender al sentido corriente que haya de serles atribuido a aquellos. Sin embargo, por las mismas razones, tal cometido no puede realizarse en abstracto o con prescindencia del contexto en el que los términos están insertos”.<sup>(31)</sup>

En análogo sentido, la Corte Interamericana ya tenía dicho que, a la luz del art. 31.1 de la Convención de Viena “la interpretación del 'sentido corriente de los términos' del tratado no puede ser una regla por sí misma, sino que debe involucrarse dentro del contexto y, en especial, dentro de su objeto y fin” y que “debe analizarse como parte de un todo cuyo significado y alcance debe fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenece. Todo ello para garantizar una interpretación armónica y actual de la disposición sujeta a consulta”.<sup>(32)</sup>

La tarea hermenéutica tiene como punto de partida el de determinar cuál es el sentido corriente de los términos, y a ello se avocó el Máximo Tribunal, llegando a la conclusión de que la voz “recomendación” no excluye un contenido obligacional, el cual, además, se potencia si lo pone en con-

(30) CORTE IDH, OC 2/82, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, 24 de septiembre de 1982, punto 29.

(31) Ver consid. 6.

(32) CORTE IDH, OC 20/09, “Art. 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 29 de septiembre de 2009, Serie A, N° 20, párr. 26.

texto. Ello así, puesto que de conformidad con lo expresado en el art. 51.2 de la Convención, “la Comisión **hará** las recomendaciones pertinentes y **fijará** un plazo dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada”, todas estas expresiones sucesivas que tienen un neto carácter imperativo.

Vale destacar que el significado de los términos también debe establecerse a la luz del objeto y fin del tratado, y que cuando se habla de convenios de derechos humanos, esto se sintetiza en la protección de la existencia de la dignidad esencial de la persona humana.<sup>(33)</sup>

De modo tal que el objeto último para el que ha sido establecido el régimen de peticiones individuales, y a partir de allí dar mayor luz sobre el valor de las recomendaciones,

“No se reduce a la sola comprobación por la Comisión de que se ha producido un menoscabo a un derecho protegido, puesto que tal como está expresado de manera terminante en el propio art. 51.2, a lo que se apunta en definitiva, vale decir más allá de esa comprobación, es a ‘remediar’, por parte del Estado, la situación controvertida”.<sup>(34)</sup>

Tal como señala el fallo, “de esta manera, el sistema de la Convención Americana y las recomendaciones de su art. 51.2 no hacen más, ni menos, que conferir operatividad, *in concreto*, a un principio inconcluso de derecho internacional, en buena medida ya anunciado: toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” (Corte Permanente de Justicia Internacional, “Chorzow Factory (jurisdiction)”, sentencia N° 8, 26/07/1927, Serie A, n° 9, p. 21).<sup>(35)</sup>

Hay que añadir a lo apuntado que “la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)” y

(33) GIALDINO, ROLANDO, *op. cit.*, p. 428.

(34) Ver consid. 10.

(35) *Ibid.*



“la obligación de reparación establecida por los tribunales internacionales se rige, como universalmente ha sido aceptado, por el derecho internacional en todos sus aspectos: su alcance, su naturaleza, sus modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno”.<sup>(36)</sup>

Además de las pautas y normas de exégesis señaladas, la Corte echó mano de algunas otras consideraciones para arribar a su concluyente inteligencia sobre el valor jurídico que tienen las decisiones de la Comisión Interamericana.

#### **4.2.2. El carácter objetivo de las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos**

En primer término, reconoce que las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos son de carácter objetivo. Es decir, que una vez que el Estado asume obligaciones convencionales de protección ya no puede invocar su soberanía como elemento de interpretación en los tratados en que son partes.

Al respecto, el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece la regla particular en relación a la observancia de los tratados, según la cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”.

Además, como fuera anteriormente destacado, los tratados sobre derechos humanos tienen una naturaleza distinta de los tratados de tipo clásico, en donde los Estados establecen derechos y obligaciones recíprocas, ya que en los primeros predomina la asunción de obligaciones de carácter objetivo que deben ser garantizadas de manera colectiva:

“La naturaleza especial de los tratados de derechos humanos tiene incidencia, como no podía dejar de ser, en su proceso de interpretación. Tales tratados, efectivamente, no son interpretados a la luz de concesiones recíprocas, como en los tratados clásicos, pero sí en la búsqueda de la realización del

---

(36) CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas), párrs. 85/86.

propósito último de la protección de los derechos fundamentales del ser humano”.<sup>(37)</sup>

A mayor abundamiento, los tratados internacionales de derechos humanos crean órganos encargados de vigilar por distintos medios el cumplimiento de sus disposiciones, teniendo entre sus competencias la de formular opiniones consultivas u observaciones generales que contienen importantes elementos de interpretación.

De modo tal que las disposiciones de los tratados de derechos humanos están formuladas en términos generales que pueden dar lugar a interpretaciones diversas. Los órganos internacionales de protección, entre ellos, la Corte IDH, tienen la competencia de emitir una opinión autorizada o dictamen jurídico general que expresa la manera en que el órgano entiende conceptualmente el significado de una disposición particular, y en cuanto tal es una guía muy útil del contenido normativo de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de la cual el intérprete nacional no se puede apartar.

#### 4.2.3. La obligatoriedad de las recomendaciones en la jurisprudencia de la Corte IDH

A continuación, y en segundo orden, el fallo hace una reseña de los vaivenes de la jurisprudencia que hace más de quince años pronunciara la Corte IDH sobre este asunto: nos referimos a los casos “Caballero Delgado y Santana”,<sup>(38)</sup> “Genie Lacayo”,<sup>(39)</sup> y “Loayza Tamayo”<sup>(40)</sup> en donde señalara que el término **recomendaciones** utilizado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ser interpretado conforme a su sentido corriente, de conformidad con lo establecido en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados y, por ello, no

.....

(37) CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, p. 22.

(38) CORTE IDH, “Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia” (Fondo), sentencia de 8 de diciembre de 1995, Serie C, N° 22, párr. 67.

(39) CORTE IDH, “Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C, N° 30, párr. 93.

(40) CORTE IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú”, Fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, N° 33, párr. 79.

tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria para el Estado, cuyo incumplimiento genere su responsabilidad internacional. En consecuencia, concluyó terminantemente que el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación que no tiene el carácter de obligatoria.

La cuestión acerca de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana es retomada por la propia Corte Interamericana en el caso "Blake",<sup>(41)</sup> en el cual se puede vislumbrar, con meridiana claridad, un alejamiento de los antecedentes en orden a la cuestión debatida, ya que en su párrafo 108 sostuvo en relación con el art. 50 que:

"El art. 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte 'para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte', por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados parte se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes".

Otro paso de capital importancia para dilucidar el tema en debate lo constituyó la doctrina jurisprudencial del Tribunal de San José en el caso "Cesti Hurtado",<sup>(42)</sup> en el cual dispuso que:

"En virtud del principio de buena fe consagrado en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho a los Tratados, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función 'promover la observancia y la defensa de los derechos humanos' en el hemisferio (Carta de la OEA, arts. 52 y 111)".

---

(41) CORTE IDH, "Caso Blake vs. Guatemala. Fondo", sentencia de 24 de enero de 1998, Serie C N° 36, párr. 108.

(42) CORTE IDH, "Caso Cesti Hurtado vs. Perú" (Fondo), sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C N° 56, párr. 186.

Con claro criterio, el Máximo Tribunal del país formula una sucesión de preguntas en relación al precedente arriba transcrito, entre las cuales se destacan ¿cuál es el sentido corriente del término “aplicar”?; ¿la obligación del Estado de realizar sus mejores esfuerzos no pesa también para el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana?; ¿no es la “buena fe” uno de los principios básicos que presiden “la creación y la ejecución de obligaciones jurídicas”?<sup>(43)</sup>

A mayor abundamiento sigue preguntándose, ¿sobre qué base jurídica la Asamblea General de la OEA resolvió alentar a los Estados miembro a que den seguimiento a las recomendaciones de la CIDH?<sup>(44)</sup> ¿Es válido desvincular el seguimiento proclamado por la Asamblea General de la OEA de las diversas actividades que, bajo la misma expresión, desarrolla normativamente la Comisión con el fin de “verificar el cumplimiento” de sus recomendaciones?

#### 4.2.4. La interpretación dinámica o evolutiva del art. 51.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos

En tercer lugar, y a los efectos de sostener su postura, la Corte Suprema hace una interpretación evolutiva del art. 51.2 de la Convención Americana. Esta pauta específica de interpretación tiene en consideración que “los tratados de derechos humanos, al modo que los textos constitucionales nacionales (...) están llamados a perdurar en el tiempo. Luego inexorablemente, habrán de ser interpretados y aplicados a hechos y circunstancias producidos en contextos históricos-sociales y marcos jurídicos generales diferentes de los imperantes al momento de su elaboración y adopción”.<sup>(45)</sup>

La interpretación dinámica o evolutiva de los tratados internacionales de derechos humanos, que es consecuente con las reglas de hermenéutica previstas en la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, y que ha sido receptada en la jurisprudencia internacional general, ha sido aplicado y propiciado en numerosas oportunidades por la Corte Interamericana que ha sostenido que estos tratados “son instrumentos vivos,  
.....

(43) Ver consid. 14.

(44) OEA, “Observaciones y recomendaciones al informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, AG/Res. 2409 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008, puntos 2 y 3.b.

(45) GIALDINO, ROLANDO, *op. cit.*, p. 447.

cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales".<sup>(46)</sup>

Son instrumentos vivos, como con ilustre lucidez enseña Gialdino, "por el obrar del principio de progresividad que impulsa, atraído por el permanente develamiento de la dignidad esencial de la persona, a dar al contenido de dichos instrumentos un sentido de progreso, de aumento, de perfeccionamiento de la tutela originaria".<sup>(47)</sup>

Tiempos y condiciones, como apunta el fallo que se comenta, que no han hecho más que tender a afirmar al ser humano como sujeto pleno de actuación y protección de su derechos fundamentales en el plano del derecho internacional.<sup>(48)</sup>

#### 4.2.5. El efecto útil y el principio *pro persona* como pautas de interpretación

Por último, se echa mano de dos pautas fundamentales en el terreno de la exégesis normativa que son el "efecto útil" y el "principio *pro persona*".

El principio de efectividad o "*effet utile*" como regla general de interpretación, ampliamente respaldado por la jurisprudencia internacional, impone que cuando un tratado es susceptible de dos interpretaciones, una de las cuales le permite producir los efectos queridos y la otra no, la buena fe y la necesidad de realizar el objeto y fin del instrumento exigen la adopción de la primera de las dos interpretaciones.<sup>(49)</sup>

En tal sentido, el juez Petracchi afirmó que:

"No es razonable sostener —tal como lo hace la recurrente— que las recomendaciones de la Comisión Interamericana carecen de todo valor para motivar las acciones del Estado argentino. Una conclusión semejante no solo prescindiría del contexto

.....  
(46) Ver consid. 15.

(47) GIALDINO, ROLANDO, *op. cit.*, p. 447.

(48) Ver consid. 15.

(49) Ver consid. 16.

del tratado, sino que iría contra su objeto y fin, al optar por la interpretación que tiende a debilitar y quitar 'efecto útil' al sistema de peticiones individuales consagrado en los arts. 44 a 51 del Pacto".<sup>(50)</sup>

Acierta Sebastián Rey cuando señala que:

"En efecto, este es uno de los principales argumentos a favor de considerar como vinculante, al menos, las recomendaciones del informe definitivo dado que de lo contrario, su función se limitaría a repetir una recomendación 'no obligatoria' que la CIDH ya había formulado en ocasión de dictar el informe preliminar. Asimismo, como ya se señaló, es la única interpretación posible que no deja al arbitrio de los Estados miembro de la OEA que no ratificaron la CADH o no reconocieron la competencia de la Corte IDH la decisión de dar cumplimiento a las obligaciones asumidas en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos".<sup>(51)</sup>

Por su parte, el principio pro persona, como criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, y que se entrelaza, en el campo exegético, con el principio de efectividad, exige que "se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria...".<sup>(52)</sup>

La Corte consideró que todas estas pautas y criterios de hermenéutica le permiten, en definitiva, reconocer el carácter obligatorio para el Estado argentino de las recomendaciones del art. 52.1 formuladas en los informes de fondo de la CIDH.

.....

(50) Voto del juez Petracchi, consid. 11.

(51) REY, SEBASTIÁN A., "Luces y sombras del fallo 'Carranza Latrubesse' de la Corte Suprema sobre el valor jurídico de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", publicado en el Suplemento de Corte del 05/03/2014, *Jurisprudencia Argentina*, p. 17.

(52) PINTO, MÓNICA, "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bs. As., Editores Del Puerto, 1997, p. 163.

## 5 | Consideraciones finales

La CSJN viene cumpliendo en los últimos años un rol señero no solo a nivel local, sino también regional, dictando fallos fundamentales que establecen más y mejores niveles de protección de derechos para las personas, y la sentencia dictada en autos “Carranza Latrubesse” se enrola en esa tendencia.

En sintonía con lo antedicho, y a través de la tarea hermenéutica de avanzada que desplegó, puso al día el sentido de un precepto convencional con implicancias invaluable para las víctimas de violaciones de derechos humanos. A partir de ahora, el Estado argentino no podrá hacer caso omiso a las recomendaciones pertinentes formuladas por la Comisión Interamericana dirigidas a remediar las violaciones comprobadas y repararlas en su consecuencia.

No hay dudas de que esta sentencia constituye un punto de inflexión y una valiosa contribución para fortalecer el sistema interamericano de protección de derechos humanos, lo cual se inscribe en una posición sentada por nuestro país desde hace mucho tiempo.

Corresponde también, parafraseando al Prof. Salvioli,<sup>(53)</sup> que la Corte Interamericana vaya más allá en futuros casos u opiniones consultivas, y que acorde con una interpretación por persona, pronuncie de manera inconclusa que los informes definitivos que expide la Comisión Interamericana tienen carácter vinculante.

Por último, es deseable que nuestro país cuente con un mecanismo legal o procedimiento específico para dar cumplimiento a las decisiones de órganos internacionales de protección de derechos humanos y que no sea el Poder Judicial quien deba suplir tal situación.

---

.....  
(53) SALVIOLI, FABIÁN, *op. cit.* p. 14.

# Derecho a la salud

CSJN, "TOLOSA, NORA ELIDA y OTRO c/ SWISS MEDICAL SA s/ COBRO DE SUMAS DE DINERO", 27 de AGOSTO de 2013

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**<sup>(1)</sup>

En el mes de agosto de 2013, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN, la Corte, etc.), denegó la queja interpuesta por Swiss Medical SA, condenada al pago de sumas de dinero surgidas del incumplimiento contractual derivado de la denegación, por parte de la empresa, de ciertas prestaciones que resultaban imprescindibles para evitar el retraso mental grave e irreparable de las hijas del matrimonio actor.

Mientras la mayoría de los ministros (Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni), votó por denegar el recurso (con alusión al dictamen de la Procuradora orientado en ese sentido), los jueces Argibay, Highton y Lorenzetti plantearon escuetas disidencias, promoviendo la revocación del fallo de Alzada.

El presente trabajo tiene por efecto analizar la interpretación que la CSJN ha realizado del derecho a la salud en el caso en estudio y su precedente inmediato.<sup>(2)</sup>

.....  
(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) CSJN, "Cambiaso Péres de Nealón, Celia María Ana y otros c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas", 28/08/2007, Fallos: 330:3725.



# I | Los hechos del caso

## I.I | Dictamen de la Procuración General de la Nación

Los agravios de la quejosa, Swiss Medical, campeaban básicamente sobre el hecho de que el fallo de Alzada le había impuesto “una obligación sin fuente”,<sup>(3)</sup> toda vez que no existía, al momento en que se generó el crédito demandado, —años 1995 y 2001—, norma alguna que obligara a la empresa a solventar las prestaciones pretendidas.

Dado que la mayoría de la Corte, como se explicó, mantuvo la condena recurrida invocando el art. 280 CPCyC, y aludiendo al dictamen de la Procuradora, conviene destacar los razonamientos que ésta expuso:

1) El alegato de Swiss Medical quitaba efecto útil a la ley 24.901 de 1997, regulatoria del “Sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad”, que constituía suficiente base normativa para obligar a la demandada a solventar el tratamiento preventivo. Es que la mencionada ley impone el deber de sufragar ciertos gastos, más aún cuando se verifiquen “factores de riesgo” o “patologías incapacitantes” como los que aquejan a las hijas del matrimonio pretensor (art. 14).<sup>(4)</sup>

2) También en el período anterior a la sanción de la ley 24.901, la demandada se hallaba incurso en el deber jurídico de solventar el tratamiento de las niñas. Ese razonamiento cobraba vigor atendiendo a la ley 23.661 de 1989, de “Creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud”, que establecía el

“... objetivo fundamental [de] proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad dis-

---

(3) Dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante ante la CSJN, M. Alejandra Cordone Rosello, en “Tolosa, Nora Elida y otro c/Swiss Medical SA s/cobro de sumas de dinero”, T. 272 XLVI, 17/12/2012.

(4) *Ibid.*, p. 4.

ponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva...”.

Según la Procuradora —con cita del precedente “Cambiaso Péres de Nealón”—, ese cuerpo legal se comunicaba con los derechos al más alto nivel posible de Salud y la mejora continua de las condiciones de existencia, receptados en el PIDESC.<sup>(5)</sup>

3) El hecho de que las prestaciones denegadas a la familia actora fueron, sin embargo, otorgadas a otra afiliada en la misma situación, importaba una conducta discriminatoria y arbitraria que había puesto en riesgo la integridad psicofísica de las damnificadas. Tal diferencia de trato no había sido explicada por Swiss Medical que, además, tampoco había demostrado en qué medida la atención prestacional requerida le hubiera generado un desequilibrio económico de mención, más cuando hacía ya un desembolso similar desde hacía años. Máxime, adoptando ese temperamento, la demandada había venido contra sus propios actos al invocar frente a los actores la falta de una obligación jurídica que, sin embargo, cumplía respecto de otros afiliados.

4) Por otro lado, la Procuradora explicó que la actividad desarrollada por empresas como Swiss Medical, si bien presenta “ciertos rasgos mercantiles”,<sup>(6)</sup> enviste un “... un compromiso social para con los usuarios, lo cual supone una responsabilidad que trasciende el plano negocial...”.<sup>(7)</sup> Ello implicaba que la demandada debía sufragar el único medio posible para salvaguardar el desarrollo normal de las menores, atendiendo “... su superioridad estructural y sus finalidades propias...”.<sup>(8)</sup>

5) La Procuradora sostuvo también que la empresa mal podía desentenderse —al menos en lo inmediato— del cumplimiento de las prestaciones, imponiéndole a la familia la carga de perseguir a terceros para satisfacer su crédito. En ese sentido, la empresa nunca refutó acabadamente el

(5) *Ibid.*, véase Fallos: 330:3725.

(6) *Ibid.*, p. 5.

(7) *Ibid.*, y cita de Fallos 324:677, 324:754 y 327:5373.

(8) *Ibid.*

razonamiento de Alzada que indicaba que la empresa debía cumplir las prestaciones y, en su caso, repetirle al fisco los fondos que dispuso.

6) La falta de previsión específica debía resolverse en favor de las damnificadas, por aplicación del principio *pro homine* y en justicia con la interpretación favorable al consumidor (arts. 42 CN y 3° de la ley 24.240).

7) Por último, la Procuradora sostuvo que el **criterio restrictivo** que mantenía Swiss Medical resultaba desautorizado al verificarse que se hallaban en juego garantías insertas en la Convención de los Derechos del Niño (arts. 6° y 3°), y citó jurisprudencia del Máximo Tribunal y de la Corte IDH que las vindicaba.

## 2 | El precedente “Cambiaso Péres de Nealón”

En 2007, la Corte tuvo a su despacho<sup>(9)</sup> un recurso extraordinario deducido por CEMIC, condenada en segunda instancia a la provisión de medicamentos psiquiátricos y una silla de ruedas, entre otros enseres necesarios para un afiliado, — el niño Pedro Nealón, que al momento del fallo tenía ya 20 años—. <sup>(10)</sup>

En aquel momento, el Tribunal Cimero interpretó la normativa aplicable al caso, (entre otras, las leyes 24.901 y 23.661 *supra* referidas), para entender que la demandada debía responder por las pretensiones de la actora, en tanto y en cuanto constituían prestaciones que integraban el plan médico obligatorio al que CEMIC debía sujetarse.

Determinante, la Corte indicó que la interpretación armónica propuesta “... es la que mejor representa la voluntad del legislador respecto de la protección del derecho a la Salud, conforme lo dispuesto por el art. 75 incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional...”. Además, en este marco, —en que se discute un contrato otorgado en condiciones de subordinación estructural—, la CSJN vindicó la interpretación favorable al consumidor.

.....  
(9) CSJN, “Cambiaso Péres de Nealón”, cit.

(10) Conviene, a los efectos de no alargar indebidamente este trabajo, remitir al voto disidente de las Ministras Highton y Argibay (cons. 1), que presenta una circunstanciada descripción de hechos y antecedentes.

En conclusión, el Máximo Tribunal sostuvo que las empresas de medicina prepaga se obligaban no sólo por las disposiciones contractuales, sino también, por imperio de la normativa mencionada, respecto de aquellas prestaciones que mandara la ley e ingresaran en el plan médico obligatorio. Apoyó tal aserto con su doctrina de que el contrato, amén de sus rasgos comerciales, diseñaba una responsabilidad de corte social para las empresas.

La disidencia de Highton y Argibay anticipa en primer término que, a su juicio, el alcance dado por la Alzada a la legislación aplicable resultó incorrecto.

En primer término, las magistradas indicaron que las leyes referidas no aplican a las empresas de medicina privada. Este aserto surge de varios elementos entre los que se cuenta el veto presidencial de 2002 a la iniciativa legal de incluir, *expressis verbis*, a las prepagas como sujetos obligados a las prestaciones obligatorias.

Otro razonamiento esgrimido por las disidentes pretende derribar uno de los argumentos más sólidos de la Alzada, basado en el art. 1° de la ley 24.754: "A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24. 455, y sus respectivas reglamentaciones...". Para Highton y Argibay, el hecho de que el legislador establecía un plazo y mencionaba el régimen legal, daba cuenta de que no pretendía otorgar ese régimen a las empresas privadas.

Desde esta ajustada perspectiva, las disidentes sostuvieron que lo que entienden como una decisión del legislador —de no regular la medicina privada—, debía permanecer intocado. En el marco de la causa, excedería sus funciones ampliar el marco de protección de la ley de prestaciones mínimas para personas con discapacidad (ley 24.901), incluyendo como sujetos pasivos a las empresas privadas, toda vez que esa exégesis se fundaría en un estudio de inconveniencia de esa ley, hecho que, según las magistradas, excedería sus funciones en esa causa.

Para clarificar, puede decirse que el razonamiento de Highton y Argibay fue el siguiente: a) la ley 24.901 no incluía a la medicina privada, b) ese

hecho no había sido impugnado por inconstitucional, c) ergo no había forma de condenar a las empresas privadas a “cumplir” con esa ley que no las obligaba.

El Presidente de la Corte, por su parte, colocó lisa y llanamente la **garantía de prestar bienes primarios con un contenido mínimo**, derivada del Estado de Derecho, en cabeza del fisco: “... quien debe ocuparse de la efectividad de ese derecho con acciones positivas, ‘sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales, o las entidades de la llamada medicina prepaga...’”.

Estas garantías, según Lorenzetti, debían ser interpretadas de modo que promuevan el **bienestar efectivo** por parte de los ciudadanos.

En pureza, el Magistrado interpretó la controversia como derivada de un contrato privado en el que, asumió, no se contemplaban las obligaciones reclamadas. El presidente sostuvo, además, que existen ciertos principios que deben ser defendidos por la Corte, en tanto tribunal de garantías constitucionales.

Uno de ellos es la regla de interpretación contractual de que las obligaciones no pueden presumirse. Atento a ello, el Magistrado vindicó el hecho de que el contrato, la propiedad privada, la libertad contractual, y demás garantías constitucionales, impiden la interpretación restrictiva de las limitaciones al mentado principio.

Por otro lado, existe

“... otro centro de interés que debe ser tutelado: el de los demás participantes del sistema de medicina prepaga, quienes verían afectada su posición si la empresa debiera pagar por prestaciones no pactadas (...) Imponer obligaciones de este tipo afectaría la causa sistemática, —es decir, el equilibrio económico que sustenta al sistema— fundada en la relación entre el aporte de muchas personas sanas frente al cálculo de probabilidades de que sólo algunas se enferman a un costo que puede difundirse razonablemente...”.

En mérito de esos desarrollos, Lorenzetti, luego de asumir que la ley 24.901 no aplicaba a la demandada, sostuvo que el cumplimiento del reclamo correspondía al Fondo Solidario de Redistribución previsto en aquella ley,

dedicado a solventar las pretensiones de los “grupos vulnerables”. De ello surgió una conclusión que el Presidente de la Corte Federal retomaría en “Tolosa”: es el Estado el que debe satisfacción plena a las prestaciones demandadas, lo cual resulta lógico con las garantías constitucionales de actora y demandada, concebidas en los términos desarrollados con antelación.

Por último, Lorenzetti propuso que la revocación de la sentencia —ese sería el efecto de adoptar la postura de su disidencia—, ocurriera en el plazo de un año, en que CEMIC habría de proveer las prestaciones, hasta que el Estado las asuma. Finalmente, la empresa tendría un crédito contra el Estado por todos los desembolsos anteriores que hubiera hecho sin causa.

### 3 | Consideraciones finales

Los casos estudiados evidencian que la conformación de la Corte tiene criterios divididos respecto del hecho de si las empresas privadas se encuentran o no obligadas a satisfacer ciertas prestaciones en el marco de la interpretación de la legislación argentina en materia de salud.

Si bien este hecho resulta, en cierto modo, materia de discusión, atento la elevada cantidad de normas que rigen el tema, existen otros puntos en los que conviene detenerse.

En este sentido, al margen del hecho de si Swiss Medical o CEMIC se hallaban incursas o no en el deber jurídico de cumplir las prestaciones mínimas, es del caso resaltar que, según la jurisprudencia interamericana, las personas con discapacidad demandan una protección especial, que incluye las prestaciones mínimas de salud.

Por otro lado, y en relación a los hechos de estos casos, es bueno resaltar que el Comité DESC ha dicho que los Estados tienen la obligación de “... velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud...”.<sup>(11)</sup>

.....

(11) ONU, Comité de DESC, Observación General 14, “El derecho al más alto nivel posible de Salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, [en línea] <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>, párr. 35.

En consecuencia, amén de la acertada solución que postula la posibilidad de repetir al Estado las prestaciones insatisfechas, —ya que este es garante de la protección especial mencionada *supra*—, es propio tener en cuenta que los servicios de salud privados también tienen la responsabilidad de proveer prestaciones médicas básicas, puesto que la privatización no puede implicar el sacrificio de la debida atención médica de las personas, a los efectos de, a todo evento, el rédito empresario.

---

# Derecho a la libertad de expresión

## Plazo razonable del proceso

CORTE IDH, "CASO MÉMOLI vs. ARGENTINA"  
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS),  
SENTENCIA de 22 de AGOSTO de 2013, SERIE C N° 265

por **SECRETARÍA de DERECHOS HUMANOS de la NACIÓN**<sup>(1)</sup>

El 22 de agosto de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) dictó sentencia en el "Caso Mémoli vs. República Argentina".<sup>(2)</sup> Se trata del primer caso ante la Corte IDH en el que el Tribunal aceptó los argumentos del Estado sobre los méritos, y consideró que la República Argentina no tenía responsabilidad por la violación del derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 13, con relación a los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) ni por la violación del principio de legalidad y de retroactividad, reconocido en el art. 9° de la Convención, en relación con el 1.1 del mismo instrumento. Por otro lado, sostuvo que el Estado era responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, por haber excedido el plazo razonable, y de la propiedad privada, reconocidos en los arts. 8.1 y 21 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1.

.....  
(1) Trabajo 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.

(2) CORTE IDH, "Caso Mémoli vs. Argentina" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de agosto de 2013.



## I | Los hechos del caso

Los hechos del caso se refieren a una disputa entre los señores Mémoli y los miembros del Consejo Directivo de la Asociación Italiana de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa "Porvenir de Italia" de la ciudad de San Andrés de Giles. Dicha disputa dio lugar a un proceso penal y a un proceso civil, en los que se ordenó una medida cautelar de inhibición general de bienes.

El señor Carlos Mémoli es médico pediatra y en 1990 era miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Italiana de Socorros Mutuos, Cultural y Creativa "Porvenir de Italia" de la ciudad de San Andrés de Giles. Su hijo Pablo es periodista y abogado, director responsable de *La Libertad*, un periódico fundado en 1945 en la mencionada ciudad, de circulación quincenal. En 1989, la Asociación Italiana comenzó a ofrecer un curso de italiano y la esposa de Carlos Mémoli se ofreció para participar de "forma honoraria" como ayudante de profesora. Finalmente, la Comisión Directiva de la Asociación Italiana no la designó en el cargo. El conflicto se trasladó a una reunión de la Asamblea de la Asociación Mutua, en la que se decidió suspender al señor Carlos Mémoli y a su esposa por 24 meses. Los sancionados apelaron esa suspensión de la Sociedad, pero la sanción fue confirmada el 11 de mayo de 1990. El 11 de abril de 1990 el señor Carlos Mémoli denunció penalmente a tres miembros de la Comisión Directiva de la Sociedad Italiana ante el Juez en lo Criminal de la Provincia de Buenos Aires, indicando que la Asociación Italiana ofrecía para la venta en cuotas nichos del Cementerio Municipal a sus socios, lo que, según el señor Mémoli constituía "el delito de estafa" porque "los terrenos donde se asienta el panteón de la Sociedad Italiana se encontraban ubicados en terrenos pertenecientes al dominio público". El 6 de junio de 1990, el Juez a cargo resolvió sobreseer provisionalmente a los imputados de la causa.

De forma paralela a la denuncia penal, los señores Carlos y Pablo Mémoli realizaron una presentación ante el Instituto Nacional de Acción Mutua (en adelante, INAM) para que se investigara a la Asociación Italiana y a su Comisión Directiva por supuestas irregularidades contables en el manejo de los fondos, debido a la ausencia de presentación de informes y balances por parte del tesorero, supuestas irregularidades cometidas en la designación de la profesora de la escuela de italiano, la supuesta estafa cometida respecto al caso de los nichos y por supuestas faltas cometidas en la publi-

cación de los edictos para convocar dos asambleas de la Sociedad Italiana. El 19 de junio de 1991, el directorio del INAM emitió una resolución en la que resolvió rechazar parcialmente la denuncia. En abril de 1991 la Sociedad Italiana convocó a su Asamblea General Ordinaria y resolvió expulsar a Carlos Mémoli y su esposa de la Sociedad.

En abril de 1992, los tres miembros del Consejo Directivo de la Asociación Mutual promovieron una **querrela por calumnias e injurias** contra Pablo y Carlos Mémoli, por sus expresiones en alrededor de veinte documentos o intervenciones, entre artículos de periódico, cartas documento y solicitadas, así como intervenciones radiales, donde los señores Mémoli se habían referido al manejo de la Asociación Italiana y al caso de los nichos.

El 29 de diciembre de 1994 el Juzgado en lo Criminal y Correccional 7 del Departamento Judicial de Mercedes condenó a Pablo Mémoli por el delito de injurias a la pena de cinco meses de prisión en suspenso por algunas frases incluidas en cuatro publicaciones en el diario *La Libertad* y por intervenciones en dos programas de radio. Por su parte, Carlos Mémoli fue condenado por el delito de injurias a la pena de un mes de prisión en suspenso por frases emitidas en un programa de radio y por una frase incluida en un escrito presentado el 27 de junio de 1990 ante el INAM. La Cámara en lo Criminal y Correccional del Departamento Judicial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires dictó sentencia el 28 de diciembre de 1995, confirmando la decisión de primera instancia. Contra dicha sentencia, los señores Mémoli interpusieron un recurso de aclaración que fue rechazado. Asimismo, presentaron un recurso de nulidad e inaplicabilidad de la ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. La Cámara hizo lugar al recurso extraordinario de inconstitucionalidad, mientras que rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de la ley. El 10 de septiembre de 1996, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inconstitucionalidad. Contra dicha decisión, los señores Mémoli interpusieron un recurso de revocatoria y un recurso extraordinario federal ante la misma Suprema Corte de Justicia, que fue denegado. Contra dicha denegación, interpusieron un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual fue considerado inadmisibile el 3 de octubre de 1997. Los señores Mémoli presentaron un nuevo recurso de reposición, pero fue desestimado el 10 de diciembre de 1997.

Luego de la sanción de la ley 26.551 en noviembre de 2009, mediante la cual se reformaron los artículos del Código Penal de la Nación relativos a los delitos de injurias y calumnias,<sup>(3)</sup> los señores Mémoli plantearon un recurso de inconstitucionalidad ante la Cámara de Apelaciones y Garantías Penales solicitando que se absolviera a ambos. El 9 de diciembre de 2009 la Cámara rechazó la acción de inconstitucionalidad *in limine*, señalando que lo que en realidad se pretendía era la revisión del fallo, lo que tampoco era procedente. El 23 de diciembre de 2009 los señores Mémoli presentaron un recurso extraordinario de inconstitucionalidad contra la sentencia, el que fue concedido, y remitido a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, la cual lo declaró mal concedido.

Sobre la base de las condenas penales, los miembros de la Comisión Directiva de la Asociación Mutual iniciaron en diciembre de 1997 un **proceso civil por daños y perjuicios** contra Carlos y Pablo Mémoli. En septiembre de 2001 llegaron a un acuerdo extrajudicial con dos de los demandantes, por lo cual desde dicha fecha el proceso civil abarcó solamente las pretensiones indemnizatorias de un demandante. En septiembre de 2003, se abrió el juicio a prueba, inicialmente por veinte días. Tras dicha decisión, se admitieron las pruebas ofrecidas por las partes en la demanda, la ampliación de la misma y la contestación. Entre 2009 y 2012 el proceso continuó en etapa de prueba. Durante este tiempo se generaron algunas incidencias respecto de diversas cuestiones procesales que implicaron la interposición de recursos por parte de ambas partes, tales como, cuestiones de prueba o relativas a los jueces designados para conocer la causa, muchos de los cuales se excusaron, mientras que otros han sido recusados o denunciados por los señores Mémoli por supuestas irregularidades. En todos los casos la Cámara de Apelaciones denegó las recusaciones. Como consecuencia, en agosto de 2012 los señores Mémoli denunciaron por prevaricato y [presunta] asociación ilícita al juez de primera instancia a cargo de la causa y a los miembros de la Cámara de Apelaciones.

En el marco del proceso penal, a pedido de los querellantes, el 8 de marzo de 1996 el juez dictó una **inhibición general para vender o gravar los**

(3) Esta reforma legislativa fue realizada en el marco del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso "Kimel".

bienes de Carlos y Pablo Mémoli, medida que fue confirmada un mes después por la Cámara de Apelaciones. Dicha medida fue dejada sin efecto en septiembre de 2001. Un mes después, pero en el marco del proceso civil, el juez dictó una nueva inhabilitación general de bienes, que seguía pendiente al momento de la audiencia ante la Corte IDH.

## 2 | El proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El caso ante el sistema interamericano se originó con una denuncia presentada el 12 de febrero de 1998 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) por los señores Carlos y Pablo Mémoli. En su escrito original los peticionarios sostuvieron que se habían cometido una serie de irregularidades en la tramitación de los procesos civil y penal iniciados contra ellos por miembros de la Comisión Directiva de la Asociación Mutual.

Con fecha 20 de diciembre de 2001 se notificó de la petición al Estado argentino, quien remitió, con fecha 22 de marzo de 2002, sus observaciones a la CIDH sobre la admisibilidad de la denuncia, afirmando que los peticionarios no habían agotado adecuadamente los recursos internos y que los hechos invocados carecían de entidad para sustentar la denuncia internacional, ya que se trataba de una petición cuyo contenido se limitaba a cuestionar el resultado de la contienda judicial interna. En consecuencia, el Estado solicitó se declare la admisibilidad de la petición y se archive el caso.

El 23 de julio de 2008, la CIDH adoptó el Informe de Admisibilidad 39/08 en el cual declaró admisible la petición en relación con los arts. 13 (derecho a la libertad de pensamiento y expresión) y 8 (garantías judiciales), en relación con los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana.

Luego de la presentación de observaciones sobre el fondo del asunto por parte de los peticionarios y del Estado, el 20 de julio de 2011, en el marco de su 142° periodo ordinario de sesiones y, de conformidad con el art. 50 de la Convención, la Comisión Interamericana aprobó el Informe 74/11 sobre el fondo del caso. En dicho Informe concluyó que el Estado Argentino era responsable de la violación del derecho a ser oído dentro de un

plazo razonable y del derecho a la libertad de pensamiento y expresión en relación con las obligaciones establecidas en los arts. 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2º (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) en perjuicio de Carlos y Pablo Mémoli. En consecuencia, la CIDH efectuó las siguientes recomendaciones al Estado argentino:

1. Dejar sin efecto las condenas penales impuestas contra los señores Carlos Mémoli y Pablo Carlos Mémoli y todas las consecuencias que de ellas se deriven;
2. Levantar inmediatamente la inhibición general de bienes contra los señores Carlos Mémoli y Pablo Carlos Mémoli;
3. Adoptar todas las medidas necesarias para resolver el caso civil contra los señores Carlos Mémoli y Pablo Carlos Mémoli de forma expedita e imparcial, salvaguardando los derechos consagrados en la Convención Americana;
4. Indemnizar a Carlos y Pablo Carlos Mémoli por los daños pecuniarios y no pecuniarios causados por las violaciones establecidas; y
5. Adoptar las medidas necesarias para impedir la repetición de situaciones similares respecto de la duración desproporcionada de procesos civiles y medidas cautelares en las condiciones anotadas.

## 3 | El procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH sometió el caso ante la Corte IDH el día 3 de diciembre de 2011, mediante la presentación del Informe 74/11,<sup>(4)</sup> adoptado de conformidad con lo dispuesto por el art. 50 de la Convención Americana. Además, justificó en su escrito de elevación su decisión al afirmar que el caso

“incorpora un aspecto novedoso que puede contribuir al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de expresión en el marco de los procesos civiles. Específicamente, los hechos le permitirán a la Corte profundizar en la relación existente entre las garantías de plazo razonable y el derecho a la libertad de expresión, en circunstancias en las cuales la amenaza de una

---

(4) Art. 35 del Reglamento de la Corte IDH.

sanción civil pendiente durante un tiempo muy extendido, sumada a medidas cautelares como el embargo de los bienes, tienen el efecto de sancionar el ejercicio de la libertad de expresión”.

El sometimiento del caso fue notificado al Estado y a los representantes de las presuntas víctimas el 13 de febrero de 2012. Los peticionarios presentaron su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas<sup>(5)</sup> en el que coincidían sustancialmente con los argumentos de la CIDH, pero agregaron que el Estado habría violado, además, los arts. 9º (principio de legalidad y de retroactividad), 21 (derecho a la propiedad privada), 23 (derechos políticos), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, requiriendo, en consecuencia, diversas medidas de reparación. Por su lado, el Estado argentino presentó la contestación de la demanda el día 22 de junio de dicho año, en la que se alegaron excepciones preliminares y se contestaron los argumentos de fondo.

La audiencia pública tuvo lugar el día 8 de febrero de 2013 durante el 98º Período Ordinario de Sesiones de la Corte, en la sede de la Corte IDH, en la ciudad de San José de Costa Rica. En la audiencia, la CIDH estuvo representada, además de por sus abogados, por la Relatora Especial para la libertad de expresión. Un mes después de la audiencia, las partes presentaron sus alegatos y observaciones finales escritos, y el Estado y los representantes presentaron la documentación y explicaciones para mejor resolver solicitudes por la Corte.

### 3.1 | Cuestiones procesales involucradas

Antes de entrar en las excepciones preliminares, el Estado presentó ante la Corte comentarios preliminares sobre dos cuestiones:

1. la supuesta afectación del orden público interamericano, y
2. la representación de la CIDH en la audiencia pública.

Con respecto a la primera cuestión, el Estado se refirió a los criterios que debería seguir la CIDH para la elevación de un caso ante la Corte. Señaló que conforme la versión actual del Reglamento de la Corte, se ha establecido un vínculo entre la CIDH y el llamado orden público

(5) Arts. 25 y 40 del Reglamento de la Corte IDH.

interamericano que tiene un impacto en el rol que ésta debe jugar en el procedimiento ante la Corte como “órgano del sistema interamericano afianzando, así, el equilibrio procesal entre las partes”.<sup>(6)</sup> El Estado sostuvo que la Comisión aparece hoy como garante del orden público interamericano de los Derechos Humanos, y que, si bien el alcance de este concepto no está definido en el Reglamento, esta función parecía implicar que los casos elevados a la Corte deben reflejar el mandato de la CIDH de promoción y protección de los derechos humanos. En consecuencia, una interpretación conjunta del mandato de promoción y de este nuevo rol implicaría que los casos presentados a la Corte deben contribuir a la elevación de los estándares de protección de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos del sistema interamericano. Estos casos deben involucrar cuestiones novedosas y deben responder a la naturaleza subsidiaria del sistema de protección de derechos humanos.

En el caso concreto, el Estado señaló que no aparecía ningún aspecto novedoso ya que el Tribunal se ha referido a los estándares de protección de la libertad de expresión en varios casos, incluidos dos casos contra la República Argentina. Hasta la fecha de la audiencia, se habían dictado sentencia en 14 casos contenciosos,<sup>(7)</sup> se habían emitido dos Opiniones Consultivas relacionadas con el art. 13,<sup>(8)</sup> y se habían examinado la solicitud de medidas provisionales en 10 casos.<sup>(9)</sup>

(6) CORTE IDH, “Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria”, [en línea] [http://www.corteidh.or.cr/regla\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/regla_esp.pdf) (último acceso: 16/05/2012).

(7) CORTE IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia de 5 de febrero de 2001; “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú”, sentencia de 6 de febrero de 2001; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004; “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, sentencia de 31 de agosto de 2004; “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22 de noviembre de 2005; “Caso Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia de 19 de septiembre de 2006; “Caso Kimel vs. Argentina”, sentencia de 2 de mayo de 2008; “Caso Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia de 27 de enero de 2009; “Caso Ríos y otros vs. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009; “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009; “Caso Usón Ramírez vs. Venezuela”, sentencia de 20 de noviembre de 2009; “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, sentencia de 26 de mayo de 2010; “Caso Gomes Lund y otros vs. Brasil”, sentencia de 24 de noviembre de 2010; “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, sentencia de 29 de noviembre de 2011.

(8) CORTE IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, 13 de noviembre de 1985, OC-5/85; “Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta”, 29 de agosto 1986, OC-7/86.

(9) CORTE IDH, “Asunto Belfort Istúriz y otros respecto de Venezuela” (cierre de emisores radiales), resolución del 15/04/2010; “Asunto Castañeda-Gutman respecto de México”

Los casos resueltos por la Corte incluyen una amplia variedad de temas, entre los que puede mencionarse la censura previa, las restricciones indirectas y de facto, las condenas penales desproporcionales y su afectación al derecho a la libertad de expresión, la importancia de este derecho durante las campañas electorales, la responsabilidad ulterior y publicación de libros, el derecho al acceso a la información, y **el alcance de las sanciones penales, y los criterios sobre el carácter intimidante e inhibitorio que generan las sanciones civiles desproporcionadas y su impacto en la libertad de expresión.**

De ninguna manera ello significaba desconocer la altísima importancia que tiene el derecho a la libertad de expresión en las sociedades democráticas, si no que, por el contrario, lo que se buscaba destacar era la naturaleza extraordinaria de la jurisdicción de la Corte y respetar la necesidad de no atiborrarla de casos que no contribuyan al desarrollo de los estándares de protección en materia de derechos humanos, que es uno de los propósitos del trabajo de ese Alto Tribunal.

El Estado señaló, en consecuencia, que las recomendaciones incluidas en el Informe 74/11 se relacionan con aspectos de la libertad de expresión ya analizados en casos anteriores de la Corte, incluidos dos casos contra el propio Estado argentino: la compatibilidad de la legislación en materia penal con la Convención Americana había sido analizada en el caso

.....

(libertad de expresión durante campañas electorales) resolución del 25/11/2005; "Asunto Chipoco respecto de Perú" (procesos penales), resoluciones del 14/12/1992 y del 27/01/1993; "Asunto de la Emisora de Televisión 'Globovisión' respecto de Venezuela" (protección de directivos y trabajadores de emisora televisiva), resoluciones del 04/09/2004, 21/11/2007, 21/12/2007, y del 29/01/2008; "Asunto Diarios 'El Nacional' y 'Así es la Noticia' respecto de Venezuela" (protección de directivos y trabajadores de emisora televisiva), resoluciones del 06/07/2004 y del 25/11/2008; "Asunto Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) respecto de Brasil" (derecho al acceso a la información), Resolución del 15/07/2009; "Caso Herrera Ulloa respecto de Costa Rica" (condenas penales desproporcionales y su afectación al derecho a la libertad de expresión), resoluciones del 06/04/2001, 21/05/2001, 23/05/2001, 07/09/2001, 06/12/2001, y del 26/08/2002; "Caso Ivcher Bronstein respecto de Perú" (restricciones indirectas), resoluciones del 21/11/2000, 23/11/2000, y del 14/03/2001; "Asunto Luisiana Ríos y otros respecto de Venezuela" (protección de directivos y trabajadores de emisora televisiva), resoluciones del 27/11/2002, 20/02/2003, 02/10/2003, 21/11/2003, 02/12/2003, 04/05/2004, 08/09/2004, 12/09/2005, 14/06/2007, y del 03/07/2007; y "Asunto Marta Colomina y Liliana Velásquez respecto de Venezuela" (protección de la integridad física de periodistas), resoluciones del 30/07/2003, 08/09/2003, 02/12/2003, 04/05/2004, y del 04/07/2006.



Kimel,<sup>(10)</sup> y el impacto de las sanciones civiles sobre este derecho había sido ampliamente analizado en el caso *Fontevicchia*.<sup>(11)</sup> En el primero, la Corte ordenó a la República Argentina modificar el Código Penal —lo que fue cumplido de manera completa— y, en el segundo consideró que la legislación civil no era incompatible con la Convención Americana, por lo que no había necesidad de reformarla. Finalmente, se resaltó que el Estado argentino no solamente respeta los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, sino que también ha trabajado proactivamente en elevar el nivel de respeto de las normas internacionales, citando, a modo de ejemplo, el reconocimiento realizado por la Corte Interamericana respecto de la sanción de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.<sup>(12)</sup>

En este punto, la Corte se limitó a responder que la valoración que hace la CIDH sobre “la conveniencia o no de someter un caso a la Corte debe ser fruto de un ejercicio propio y autónomo que hace ésta en su condición de órgano de supervisión de la Convención Americana”, en la que debe tomar en cuenta la posición del peticionario, la naturaleza y gravedad de la violación, la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema y el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, y que las referencias al orden público interamericano en el Reglamento de este Tribunal no establecen requisitos adicionales.<sup>(13)</sup>

Con respecto a la segunda cuestión, el Estado señaló que ningún comisionado se presentó en la audiencia pública, lo que sería contrario al Reglamento de la Corte IDH. Al respecto, la Corte observó que ni la Convención Americana, ni los Estatutos o los Reglamentos de la Corte IDH o de la CIDH exigen que la Comisión sea representada ante la Corte por sus Comisionados.<sup>(14)</sup>

.....

(10) CORTE IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo de 2008.

(11) CORTE IDH, “Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29 de noviembre de 2011.

(12) CORTE IDH, “Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, cit., párr. 95.

(13) CORTE IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina”, cit., párrs. 13 y 14.

(14) *Ibid.*, párr. 16.

## 3.2 | Las excepciones preliminares

La primera excepción preliminar presentada por el Estado se refirió a la violación del debido proceso durante el procedimiento ante la CIDH. La República Argentina sostuvo que ello fue el resultado de un abuso inexcusable de la Comisión en relación al plazo de casi cuatro años que pasaron entre la presentación de la petición y la notificación al Estado de dicha presentación, señalando que el hecho de que el plexo normativo aplicable no contemple un plazo específico para dar trámite a la denuncia no significa que la Comisión disponga de tiempo ilimitado para hacerlo.

Al respecto, la Corte sostuvo que, si bien la normativa del sistema interamericano no impone un plazo para la comunicación de las peticiones a los Estados, ésta puede revisar si la demora de la Comisión en la etapa de revisión inicial generó una violación al derecho a la defensa del Estado.<sup>(15)</sup> En este sentido, la Corte IDH consideró que no se había demostrado cuál había sido la estrategia que la República Argentina se vio impedida de ejercer por el transcurso del tiempo, ni ofrecido ninguna razón por la cual el posible perjuicio inicial a su derecho a la defensa no se vio subsanado por las presentaciones de argumentos posteriores. Es decir, la Corte IDH consideró que el Estado no probó de qué manera la conducta de la Comisión afectó o vulneró específicamente su derecho a la defensa durante el procedimiento ante dicho órgano,<sup>(16)</sup> incluso cuando reconoció que la CIDH no dio respuesta al planteo del Estado en ningún momento del trámite.<sup>(17)</sup>

Asimismo, si bien la Corte IDH reconoció que la CIDH debe garantizar en todo momento la razonabilidad de los plazos en la tramitación de sus procesos, existen ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, por los que “determinadas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos de la propia Comisión pueden ser dispensados si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica”.<sup>(18)</sup>

(15) *Ibid.*, párr. 29.

(16) *Ibid.*, párr. 38.

(17) *Ibid.*, párr. 40.

(18) *Ibid.*, párr. 41.

A más, la Corte IDH señaló que el rechazo de la CIDH en la tramitación de los casos no puede perjudicar a los peticionarios y su derecho de acceder a la Corte, por lo que, finalmente, rechazó la excepción preliminar presentada por el Estado.<sup>(19)</sup>

La segunda excepción preliminar se refería a la falta de agotamiento de los recursos internos.<sup>(20)</sup> Al respecto, el Estado sostuvo que al momento de la contestación de la demanda se encontraba pendiente de decisión un “recurso extraordinario de inconstitucionalidad” para que se anularan las condenas en contra de los peticionarios como consecuencia de la sanción de la ley 26.551. Dicho recurso fue declarado mal concedido el 4 de julio de 2012, por lo que en los alegatos orales y en los alegatos finales escritos, la República Argentina sostuvo que los señores Mémoli habrían debido interponer un recurso de revisión y no el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, y que aún se encontraba disponible la vía del recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al respecto, la Corte IDH señaló que la alegada falta de agotamiento de los recursos internos sobre los hechos supervinientes derivados de la modificación legislativa de 2009 no fue interpuesta en el momento procesal oportuno ante la Comisión, por lo cual su presentación ante dicho Tribunal es extemporánea, y, en consecuencia, desestimó la excepción preliminar.<sup>(21)</sup>

### 3.3 | Cuestiones de fondo

El fondo del caso involucró básicamente argumentos sobre dos derechos de la Convención Americana: las garantías del debido proceso, en particular el plazo razonable y su relación con el derecho a la propiedad privada, y el derecho a la libertad de expresión.<sup>(22)</sup>

.....

(19) *Ibid.*, párr. 42.

(20) Art. 46(1)(a) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

(21) CORTE IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina”, cit., párrs. 50 y 51.

(22) Se deja constancia de que en el caso se discutió la violación de otros derechos de la Convención Americana, como el principio de legalidad y retroactividad (art. 9) y los derechos políticos (art. 23) (CORTE IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina”, cit., párrs. 150/169). Sin embargo, a los efectos de limitar la extensión de este comentario, se hará hincapié en el derecho a la libertad de expresión y en las garantías judiciales.

### 3.3.1. Garantías del debido proceso

Las alegaciones respecto de la violación del plazo razonable y su relación con el derecho a la propiedad se vinculaban con la duración del proceso civil de daños contra los señores Mémoli y la vigencia de la medida cautelar de inhibición general de bienes.

Para analizar la cuestión del plazo razonable, la Corte utilizó su tradicional test con cuatro elementos:

1. complejidad del asunto;
2. actividad procesal del interesado;
3. conducta de las autoridades judiciales; y
4. afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.<sup>(23)</sup> Así, la Corte IDH reconoció que la cantidad de recursos intentados por las partes pudo haber dificultado el trabajo de las autoridades judiciales a cargo del caso, la naturaleza del proceso civil no involucraba aspectos o debates jurídicos o probatorios que permitieran considerar que el mismo era *per se* complejo.<sup>(24)</sup> Asimismo, señaló que el juez tiene el deber de dirigir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes en el proceso, vigilando que la tramitación de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso.<sup>(25)</sup> En este punto, la Corte IDH afirmó que la falta de diligencia de las autoridades es especialmente relevante al considerar que los señores Mémoli habían sido objeto de una medida cautelar de inhibición general de bienes por más diecisiete años. Si bien la adopción de medidas cautelares que afectan la propiedad privada no constituye *per se* una violación del derecho de propiedad,<sup>(26)</sup> las autoridades judiciales internas no previeron la posibilidad de moderar el impacto de la duración del proceso civil en la facultad de las presuntas víctimas de disponer sus bienes, ni tomaron en cuenta que el juez debe evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de los bienes, y para ello puede disponer una medida precautoria distinta de la solicitada, o limitarla, teniendo en cuenta la importancia del derecho que se intentare proteger, lo que no ocurrió en el caso, y, por lo tanto, ha significado una afectación desproporcionada al derecho a la propiedad privada de los señores Mémoli y ha llevado a que las medidas cautelares se conviertan en medidas punitivas.<sup>(27)</sup>

(23) *Ibid.*, párr. 172.

(24) *Ibid.*

(25) *Ibid.*, párr. 176.

(26) *Ibid.*, párr. 178.

(27) *Ibid.*, párr. 180.

### 3.3.2. El derecho a la libertad de expresión

Las alegaciones respecto a la supuesta violación a la libertad de expresión se relacionaban, principalmente, con la compatibilidad de las sanciones penales por los delitos de injurias con la Convención Americana y con la determinación de si las expresiones que llevaron a la condena de los señores Mémoli en sede interna podían ser consideradas como de interés público, y si, por lo tanto, no podían ser objeto de una sanción penal, conforme lo dicho por la Corte IDH en el caso Kimel y la reforma legislativa adoptada en consecuencia.

Con respecto al primer punto, se recuerda que en dicho caso, la propia Corte reconoció que no estimaba “contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones”,<sup>(28)</sup> sino que “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. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.<sup>(29)</sup> Luego de la reforma legislativa mencionada, la Corte IDH consideró que el Estado había dado cumplimiento total a su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana.<sup>(30)</sup>

Asimismo sostuvo, en primer lugar, que

“era suficientemente previsible que ciertas expresiones y calificaciones utilizadas por los señores Mémoli (en las que acusan a los querellantes como posibles autores o encubridores del delito de estafa, calificándolos como ‘delincuentes’, ‘inescrupulosos’, ‘corruptos’ o que ‘se manejan con tretas y manganetas’, entre otras) podrían dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o la reputación de los querellantes”.<sup>(31)</sup>

(28) CORTE IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, cit., párr. 78.

(29) *Ibid.*, párr. 78.

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

(31) CORTE IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina”, cit., párr. 137.

En segundo lugar, la Corte IDH señaló que como las condenas impuestas a los señores Mémoli estaban previstas legalmente y obedecían a un objetivo permitido en la Convención (la protección de la reputación de los demás), dichas sanciones penales cumplían con dos de los requisitos establecidos en el art. 13.2 de la Convención (estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material y responder a un objetivo permitido por la Convención Americana).<sup>(32)</sup> En consecuencia, en el caso se trataba de la tensión entre este derecho y el derecho a la protección de la honra y la reputación, reconocido en el art. 11 de la Convención Americana.

La Corte IDH observó que las expresiones de los señores Mémoli habían sido examinadas en detalle por las autoridades judiciales internas al momento de establecerse la condena penal en su contra, quienes entendieron que éstas habían excedido la simple opinión o análisis de la noticia, con el propósito de desacreditar o deshorrar a uno o varios de los querellantes. La Corte señaló que por aplicación de la doctrina de la cuarta instancia no podía revisar el análisis realizado por los jueces locales.<sup>(33)</sup>

Asimismo, la Corte afirmó que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que puede verse sujeto al establecimiento de responsabilidades ulteriores, en virtud de la protección de los derechos de los demás, en este caso el derecho a la honra y la reputación de los querellantes.<sup>(34)</sup>

Con respecto al segundo punto, el Estado sostuvo que el caso se trataba meramente de una controversia entre privados, a la cual no le era aplicable la doctrina de la Corte IDH acerca del diferente umbral de protección del honor de ciertas personas, como los funcionarios públicos, políticos o personajes públicos.<sup>(35)</sup> Por el contrario, en el caso los individuos que querellaron a las presuntas víctimas eran ciudadanos particulares, miembros de la Comisión Directiva de la Asociación Mutual Italiana de San Andrés de Giles, que se encontraban en una disputa de carácter absolu-

(32) *Ibid.*, párr. 139.

(33) *Ibid.*, párr. 140.

(34) *Ibid.*, párr. 142.

(35) Véase, por ejemplo los pronunciamientos de la Corte IDH en los casos Canese, Tristán Donoso, Kimel y Fontevicchia, entre otros.

tamente privado con los señores Carlos y Pablo Mémoli. El hecho de que la Municipalidad de esa ciudad no hubiera sido involucrada por ninguna de las partes en los procesos penal y civil era un factor que reforzaba esa afirmación. En este sentido, el Estado señaló que las actividades de los querellantes no tenían carácter de interés público, antes bien, la vinculación que pretendían establecer con el cementerio municipal era absolutamente lateral y anecdótica respecto del núcleo y origen real de la controversia que llevó a la presentación de la querrela penal y la consecuente demanda civil. No involucraba a personas que influían en el interés público ni que se habían expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y que, por lo tanto, se verían sometidas a un mayor riesgo de sufrir críticas ya que sus actividades no habían salido del dominio de la esfera privada,<sup>(36)</sup> sino que se trataba de directivos de una Asociación Mutual. La controversia, por lo tanto, no tenía relación alguna con el espíritu de la protección establecida por la jurisprudencia de la Corte IDH, que busca, fundamentalmente, preservar el debate democrático.<sup>(37)</sup>

La Corte IDH aceptó el argumento del Estado y rechazó la pretensión de los señores Mémoli de comparar su situación con la del caso Kimel. En efecto, observó que

“las denuncias y expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli se habrían producido en el contexto de un conflicto entre personas particulares sobre asuntos que, eventualmente, solo afectarían a los miembros de una Asociación Mutual de carácter privado, sin que conste que el contenido de dicha información tuviera una relevancia o impacto tal como para trascender a la sola Asociación y ser de notorio interés para el resto de la población de San Andrés de Giles”.<sup>(38)</sup>

(36) CORTE IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 129.

(37) CORTE IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, cit., párr. 127; “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2004, párrs. 97-100; y “Caso Perozo y otros vs. Venezuela” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 116.

(38) CORTE IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina”, cit., párr. 146.

Asimismo, agregó que la información contenida en las expresiones de los señores Mémoli no era de interés público, lo que, además, había sido analizado y rechazado por las instancias judiciales internas. En este sentido, la Corte no encontró justificado sustituir o dejar sin efecto la decisión de los tribunales internos al respecto.<sup>(39)</sup>

En consecuencia, la Corte concluyó que “el establecimiento de responsabilidades ulteriores a los señores Mémoli por el ejercicio de su libertad de expresión estaba previsto en la ley, obedecía a un objetivo permitido por la Convención y no resulta manifiestamente desmedido o desproporcional, dada las circunstancias del presente caso y el análisis realizado por las autoridades judiciales internas”, y que, por tanto, la Argentina no había violado el art. 13 de la Convención Americana, en relación con los arts. 1.1 y 2º de la misma, en perjuicio de Carlos y Pablo Mémoli.<sup>(40)</sup>

## 4 | Consideraciones finales

El caso Mémoli es el primero que involucra a la Argentina en el que la Corte IDH consideró que no se había configurado la violación a uno de los derechos invocados. En tal sentido, en la sentencia resulta interesante examinar el alcance que la Corte le otorga al derecho a la libertad de expresión con relación a las responsabilidades ulteriores y a su vínculo con otros derechos reconocidos en la Convención Americana, como el derecho a la honra.

Asimismo, cabe resaltar que la Corte IDH compartió los argumentos invocados por el Estado respecto de la naturaleza eminentemente privada de la controversia, a pesar de la tenaz postura de la Relatoría Especial para la libertad de expresión. La posición del Estado, en la contestación de la demanda, fue que el sistema interamericano de protección de derechos humanos no ha sido creado con el fin de arbitrar conflictos entre particulares ya que ello es resorte exclusivo de los Estados, y se exhortó a no desnaturalizar su esencia y altos propósitos.

.....  
(39) *Ibid.*, párr. 147.

(40) *Ibid.*, párr. 149.



Por último, la decisión da cuenta del reconocimiento que la Corte ha hecho de los avances y desarrollos en materia de libertad de expresión que han tenido lugar en nuestro país, que no solo respetan los estándares internacionales, sino que además elevan dicho nivel. Así, la Corte IDH ha reconocido la compatibilidad de la legislación penal<sup>(41)</sup> y civil<sup>(42)</sup> en materia de responsabilidades ulteriores y ha destacado la sanción de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual.<sup>(43)</sup>

---

---

(41) CORTE IDH, “Caso Kimel vs. Argentina”, cit.

(42) CORTE IDH, “Caso Fontevecchía y D’Amico vs. Argentina”, cit.

(43) *Ibid.*, párr. 95.

# Garantías en procesos de cesación de magistrados

CORTE IDH, "CASO de la CORTE SUPREMA de JUSTICIA (QUINTANA COELLO y OTROS) vs. ECUADOR" (EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES y COSTAS), SENTENCIA de 23 de AGOSTO de 2013, SERIE C N° 266 y "CASO del TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CAMBA CAMPOS y OTROS) vs. ECUADOR" (EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS), SENTENCIA de 28 de AGOSTO de 2013, SERIE C N° 268

por **DIRECCIÓN de DERECHOS HUMANOS y CULTOS del MINISTERIO de JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS y CULTOS de ECUADOR**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

El Ecuador se declara, en el art. 1° de su Constitución, como un Estado constitucional de derechos y justicia, exaltando el lugar preeminente que se debe dar al respeto, garantía y protección de los derechos humanos, bajo el pleno entendimiento de que son inherentes al ser humano y base fundamental para el desarrollo de una sociedad democrática.

En ese sentido, la Constitución ha determinado en su art. 11.3, que los derechos humanos son de inmediata y directa aplicación, asignándole a aquellos tratados de derechos humanos, que reconocen derechos humanos más favorables que los establecidos en la Constitución, una jerarquía supraconstitucional.<sup>(2)</sup>

(1) Participaron en la redacción de este trabajo Estefanía Pólit, Andrea Álvarez, Estefanía Molina, Andrés Aguirre y Andrea Bustos, todos analistas de la mencionada Dirección.

(2) Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008, art. 424.

En concordancia con estas normas, el art. 417 de la Constitución establece que en relación a los tratados y, en general, instrumentos internacionales de derechos humanos, se aplicarán los principios a favor del ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta, lo que permite la generación de un bloque de constitucionalidad del cual forman parte varios tratados internacionales de derechos humanos, de forma tal que el Ecuador se vincula tanto al sistema interamericano de protección de derechos humanos como al universal.

Para dar cumplimiento a estos compromisos y obligaciones en materia de derechos humanos, el Estado ecuatoriano ha venido construyendo una adecuada institucionalidad pública, que brinde un soporte apropiado a los procesos y estrategias que este fin comporta. Para tal efecto, en el año 2007 se creó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante decreto ejecutivo 748,<sup>(3)</sup> definiendo entre sus objetivos el deber de velar por la plena vigencia de los derechos humanos.

Por otro lado, mediante decreto ejecutivo 1317,<sup>(4)</sup> se otorgó al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, la facultad de “coordinar la ejecución de sentencias, medidas cautelares, medidas provisionales, acuerdos de solución amistosa y resoluciones” originadas en los sistemas internacionales de protección de derechos, en observancia al principio por el cual “toda violación a una obligación Internacional que haya producido un daño, comporta el deber de repararlo adecuadamente”.<sup>(5)</sup>

En razón del decreto ejecutivo 1317, la Procuraduría General del Estado, que era la institución competente para coordinar la ejecución de las medidas de reparación dispuestas por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, transfirió estas competencias al Ministerio de Justicia, Derecho y Cultos. Desde septiembre del 2008 hasta la actualidad, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos ha gestionado y se encuentra implementando las medidas de reparación derivadas de un caso del sistema universal de derechos humanos; y de 13 sentencias, 30 acuerdos

.....

(3) Decreto ejecutivo 748, registro oficial 220 de 27 de noviembre de 2007.

(4) Decreto ejecutivo 1317, registro oficial 428 de 18 de septiembre de 2008.

(5) CORTE IDH, “Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras” (Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de agosto de 1990, párr. 25.

de soluciones amistosas, seis informes de fondo y seis medidas cautelares pertenecientes al sistema interamericano de derechos humanos. En tal virtud, actualmente el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos se encuentra realizando las acciones pertinentes, a fin de reparar de manera integral a las víctimas del “Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador” y del “Caso Camba Campos vs. Ecuador”.

Por tanto, a continuación se detallarán los antecedentes fácticos, se especificarán los derechos vulnerados, se realizará un contraste jurisprudencial respecto de otros casos en los cuales la Corte IDH ha declarado como vulnerados los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, al igual que en los casos en análisis, y se realizará un análisis sobre el cumplimiento de las medidas de reparación y la relevancia de la protección de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en función de la seguridad jurídica.

## 2 | Contexto histórico

El 23 de noviembre del 2004, el Presidente de la República, Coronel Lucio Gutiérrez, anunció el propósito del gobierno de impulsar, en el Congreso, la reorganización del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo Electoral y de la Corte Suprema de Justicia. De este hecho se derivan dos sentencias emitidas por la Corte IDH en las que el Estado ecuatoriano incurrió en responsabilidad internacional por la vulneración de los derechos a las garantías judiciales, y por la protección judicial y estabilidad en el cargo de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los vocales del Tribunal Constitucional. A continuación se expone los hechos más relevantes de los casos en mención.

### 2.1 | Caso “Quintana Coello”<sup>(6)</sup>

Este caso se relaciona con el cese de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia realizado por el Congreso Nacional.

Así, el 8 de diciembre de 2004, en sesión extraordinaria del Congreso Nacional, se emitió la resolución R-25-181 mediante la cual cesó a 31 magistrados

(6) CORTE IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de agosto de 2013.

de la Corte Suprema de Justicia de los cuales 27 presentaron su petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este sentido, la resolución del cese de los magistrados se aprobó con 52 votos a favor, tres votos en contra, y 40 diputados se abstuvieron de votar. Inmediatamente después de adoptar la resolución, y sin estar en el orden del día, se presentó la moción de reforma constitucional para que el Congreso volviera a tener competencia para juzgar políticamente a la Corte Suprema de Justicia.

Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia cesados se negaron a abandonar sus despachos, por considerar que la resolución del Congreso Nacional no tenía “valor jurídico alguno”. En consecuencia, el 9 de diciembre de 2004, la Policía Nacional procedió al desalojo del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y de algunos magistrados que lo acompañaban en la entonces Corte Suprema. Asimismo, se impidió el ingreso de otros magistrados y empleados de la institución.

Por tal motivo, el 30 de diciembre de 2004, el Dr. Hugo Quintana Coello y otros 26 ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador presentaron la petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La Comisión, por su parte, emitió un Informe de Fondo el 31 de marzo de 2011. Por consiguiente, se elevó al caso ante la Corte IDH que dictó sentencia a favor de los 27 ex magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia, el 23 de agosto de 2013.

## 2.2 | Caso Miguel Camba Campos<sup>(7)</sup>

El caso se relaciona con el cese de ocho vocales principales y ocho vocales suplentes, del Tribunal Constitucional (actual Corte Constitucional), realizado por el Congreso Nacional. En tal virtud, el 25 de noviembre de 2004, en sesión del Congreso Nacional, se emitió la resolución R-25-160 mediante la cual cesó a ocho vocales, entre principales y suplentes, del Tribunal Constitucional. Así, la resolución del cese de los

(7) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2013.

vocales se aprobó con 55 votos a favor y 34 abstenciones.<sup>(8)</sup> Cabe mencionar que los vocales del Tribunal Constitucional cesados no fueron notificados antes de la sesión, ni escuchados durante la misma.<sup>(9)</sup>

Dicha controversia fue sometida a conocimiento de la CIDH el 23 de febrero de 2005, donde se dio trámite y se generó un informe de fondo el 22 de junio de 2011 para posteriormente someter el caso a la Corte IDH, el 28 de noviembre de 2011. El 28 de agosto de 2013, la Corte IDH dictó sentencia en contra del Estado ecuatoriano.

Ya en el proceso frente a la Corte IDH, el Estado ecuatoriano se allanó parcialmente a diversos hechos y reconoció su responsabilidad por algunas violaciones alegadas por la CIDH y las partes (arts. 8°, 9° y 25), allanamiento que el Tribunal consideró como positivo al constituir una contribución al desarrollo del presente proceso.

A continuación, se analizarán los puntos centrales de las sentencias dictadas por la Corte IDH en los casos “Camba Campos y otros vs. Ecuador” y “Quintana Coello y otros vs. Ecuador”, señalando los derechos vulnerados en cada caso.

### 3 | Análisis de la sentencia “Quintana Coello y otros vs. Ecuador”

La Corte IDH ha emitido reiterados criterios respecto de la protección de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial. En ese sentido, uno de sus últimos criterios constituye la sentencia del “Caso Quintana Coello y otros vs. Ecuador”, dictada el 23 de agosto de 2013, por medio de la cual se declara la responsabilidad internacional del Estado ecuatoriano por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y se desarrolla el ámbito de cada derecho.

.....

(8) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador”, cit., párr. 62.

(9) *Ibid.*, párr. 65.

De acuerdo con ello, la Corte IDH ha analizado a profundidad cada uno de los derechos a fin de declararlos como vulnerados. A continuación se disponen los elementos considerados por la Corte para declarar la responsabilidad internacional del Estado en el caso que nos ocupa.

### 3.1 | Derecho a las garantías judiciales (art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos)

Respecto de este derecho la Corte consideró que el respeto al mismo involucra: i) el respeto a la independencia judicial, ii) las dimensiones de la independencia judicial que se traducen en el derecho del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial, consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana,<sup>(10)</sup> en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el art. 23.1.c del mismo instrumento.

Una vez dispuestos los elementos que componen el derecho a las garantías judiciales, la Corte examinó tres supuestos fácticos en el caso concreto a fin de determinar la violación del derecho, ellos son:

- a) la competencia del Congreso para cesar a los magistrados,
- b) la aplicación de la disposición transitoria vigésimo quinta, y
- c) si los magistrados fueron oídos.

#### a) Competencia del Congreso para efectuar el cese

El 8 de diciembre de 2004, sin estar establecido en el orden del día, el Congreso Nacional adoptó la decisión de cesar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia sustentando su competencia para emprender un

(10) "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (CADH, art. 8.1).

juicio político en contra de los mismos en la disposición transitoria vigésimo quinta de la Constitución Política del Ecuador.

Respecto de este supuesto fáctico, los peticionarios y la Corte señalan que la Constitución de 1998, en su art. 130, privó al Congreso Nacional de su competencia para juzgar, mediante juicio político, a los magistrados de la Corte Suprema.

#### **b) Aplicación de la disposición transitoria vigésimo quinta**

La Constitución Política de la República de Ecuador de 1998 establecía en su disposición transitoria vigésima quinta que:

“Los funcionarios e integrantes de organismos designados por el Congreso Nacional y el Contralor General del Estado designado, a partir del 10 de agosto de 1998 para un período de cuatro años en virtud de las disposiciones de esta Constitución, permanecerán en el desempeño de sus funciones hasta enero del año 2003”.

Al respecto, la Corte manifestó que los magistrados fueron designados por el Congreso el 2 de octubre de 1997 y, la posesión se llevó a cabo el 6 de octubre de 1997. Es decir, que su nombramiento fue anterior al 10 de agosto de 1998.

En tal sentido, la disposición transitoria vigésimo quinta no podía ser el fundamento para sustentar la decisión de cesar a los magistrados de sus cargos.

#### **c) Posibilidad que tuvieron los magistrados de ser oídos**

El derecho a la protección judicial, comprende el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones.

De los hechos del caso, se desprende que los magistrados fueron separados de sus cargos sin contar con la posibilidad de comparecer ante el Congreso Nacional para responder a las acusaciones que se les estaban realizando o para controvertir los argumentos por los cuales fueron cesados de sus cargos.



Por tanto, la Corte ha considerado que debido a que los magistrados no fueron notificados sobre la sesión extraordinaria que llevaría a cabo el Congreso y, mucho menos, sobre la moción que se presentaría para cesarlos de sus cargos, no fueron oídos y tampoco pudieron ejercer ningún medio de defensa como por ejemplo la presentación de argumentos o pruebas a su favor.

## 3.2 | Independencia judicial, separación de Poderes y democracia

Adicionalmente, la Corte consideró que en el caso existió violación del art. 8.1 en relación con el art. 23.1.c y el art. 1.1 de la Convención Americana, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función judicial y la consecuente afectación a la independencia judicial, ello en la medida en que el cese masivo de jueces constituye no sólo un atentado contra la independencia judicial sino también contra el orden democrático.

Por otra parte, la Corte resaltó que en el término de 14 días se destituyó no solo a la Corte Suprema, sino también al Tribunal Electoral y al Tribunal Constitucional, lo cual constituye un actuar intempestivo totalmente inaceptable.

Por ello, vale destacar que ante estos hechos que constituyen una afectación a la independencia judicial, los magistrados se encontraban impedidos para hacer uso del recurso de amparo frente a las decisiones que el Congreso pudiera tomar en contra de ellos.

La Corte IDH ha comprobado que la resolución del Congreso no fue adoptada en virtud de la exclusiva valoración de datos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la misma perseguía un fin completamente distinto y relacionado con abuso de poder. Ejemplo de ello es que la convocatoria a las sesiones del Congreso no mencionaba la inminente posibilidad de cesar a los magistrados.

Por tanto, la Corte IDH consideró también que el haber destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema constituyó un atentado contra la independencia judicial, que alteró el orden democrático y el Estado de Derecho, impidiendo que existiera una separación real de poderes; y resaltó que la

separación de poderes guarda una estrecha relación no sólo con la consolidación del régimen democrático, sino además busca preservar las libertades y derechos humanos de los ciudadanos.

### 3.3 | Protección judicial

Respecto de este derecho, la Corte IDH señaló que “el art. 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo, contra actos violatorios de sus derechos fundamentales”.

Respecto de este derecho, el Ecuador se allanó en el sentido de reconocer que el Estado “no les proporcionó un recurso efectivo e idóneo en sede judicial contra la Resolución del 2004 del Congreso Nacional que pueda determinar si se trataba de una violación de derechos humanos”.

En tal sentido, la Corte IDH consideró que bajo los supuestos específicos del presente caso, está demostrado que los magistrados se encontraban impedidos para hacer uso del recurso de amparo y, que el recurso de inconstitucionalidad no resultaba idóneo y efectivo para proteger los derechos vulnerados a los magistrados de la Corte Suprema, y concluyó que se vulneró el art. 25.1, en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana.

### 3.4 | Medidas de reparación

Con la finalidad de brindar una reparación integral a las víctimas, la Corte IDH dictó un conjunto de medidas de reparación:

- I. Medidas de satisfacción. Publicación de:
  - a. el resumen oficial de la sentencia por una sola vez en el diario oficial de Ecuador;
  - b. el resumen oficial de la sentencia, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y
  - c. la sentencia íntegra, disponible por un período de un año, en un sitio web oficial del poder judicial.
2. Medida de Restitución: en virtud de que no es posible reintegrar a los jueces a sus cargos, la Corte ordenó el pago de una indemnización compensatoria.

3. Indemnización por daño material por las remuneraciones más beneficios sociales dejados de percibir hasta el año 2008, a favor de cada una las víctimas.
4. Indemnización por daño inmaterial.
5. El pago de costas y gastos.

## 3.5 | Medidas implementadas por el Estado

### 3.5.1. Medidas de satisfacción

Respecto de la obligación del Estado de realizar la publicación del resumen oficial de la sentencia emitida por la Corte IDH en el diario oficial de Ecuador, el Estado, a través del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, publicó el resumen oficial de la sentencia en el Registro Oficial 133 de 28 de noviembre de 2013.

En cuanto a la medida de reparación relativa a realizar la publicación de la sentencia íntegra en un sitio web oficial del poder judicial por un año, el Estado efectuó dicha publicación en las páginas web del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y del Consejo de la Judicatura. En esta última página web, además, se encuentra disponible el resumen oficial de la sentencia.

### 3.5.2. Indemnización por daño material

Con relación al cumplimiento de esta obligación, es preciso señalar que el Estado ecuatoriano, con fecha 28 de marzo de 2014, realizó el pago del primer tramo por concepto de daño material a favor de los 27 ex magistrados de la ex Corte Suprema de Justicia.

Adicionalmente, y con la finalidad de destacar que la indemnización presenta un fin reparatorio, el 1 de abril de 2014, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos convocó a los ex magistrados, a sus representantes y a su abogado a un acto simbólico e informativo. El acto contó con la presencia de 15 ex magistrados de la Ex Corte Suprema de Justicia, representados por el Dr. Hugo Quintana Coello, e intervinieron la Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, el Viceministro de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, y conformó también la mesa de autoridades el Director de Derechos Humanos de la Procuraduría General del Estado.

## 4 | Análisis de la sentencia “Camba Campos y otros vs. Ecuador”

El fallo de la Corte IDH dictado el 28 de agosto de 2013 para el “Caso Camba Campos vs. Ecuador” es uno de los casos paradigmáticos y más recientes de este Tribunal en tanto presenta estándares completos y muy avanzados sobre el derecho a la independencia judicial, a las garantías del debido proceso, y a disponer de un recurso interno, adecuado y efectivo en caso de vulneración de derechos fundamentales.

Consecuentemente, la Corte IDH ha realizado un análisis profundo sobre cada derecho conculcado en relación al caso de los vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano cesados de sus funciones en el año 2004, y se ha pronunciado respecto de lo ocurrido con los miembros del Tribunal Constitucional ecuatoriano y de la transgresión de sus derechos de la siguiente manera:

### 4.1 | Derecho a ser oídos

En cuanto al derecho a ser oídos, ejercer el derecho a la defensa y el principio *non bis in idem*, es importante el análisis que realiza la Corte IDH en relación a la votación realizada por el Congreso Nacional, el 8 de diciembre de 2004, con la que se reabrió un juicio político en contra de los miembros del Tribunal Constitucional, pues este juicio ya había sido finalizado el 2 de diciembre de 2004.

En este sentido, la Corte IDH consideró que la referida reapertura de la votación implicó, de hecho, un nuevo enjuiciamiento y la transgresión de la garantía de *non bis in idem*. Asimismo, y ligado al derecho de no ser juzgado dos veces por la misma causa, se encuentra el derecho de los procesados a que sean escuchados en lo pertinente y, en el caso que nos ocupa, la Corte IDH constató que los vocales del Tribunal Constitucional no fueron notificados sobre la sesión del 8 de diciembre de 2004.

Consecuentemente, la Corte IDH consideró que los vocales no tuvieron oportunidad alguna de intervenir en el juicio del 8 de diciembre de 2004, ni de ser escuchados respecto de sus argumentos en relación a la legalidad

de tal sesión y, específicamente, en cuanto al ejercicio de su derecho a la defensa y de poder influir, de esta manera, en la reapertura de una votación que significó a la postre su destitución.

## 4.2 | Independencia judicial

En relación al principio de independencia judicial, la Corte IDH estableció que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías puntuales y propias debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como un requisito *sine qua non* para el ejercicio de la función judicial. Así, la Corte reiteró el estándar establecido en la sentencia Quintana Coello en cuanto a que:

- a) el respeto de las garantías judiciales implica, además, respetar la independencia judicial;
- b) que las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho que le asiste al juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causas permitidas por ley, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y
- c) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el art. 8.1 CADH, en conexión con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el art. 23.1.c CADH.

Adicionalmente, la Corte recordó que la imparcialidad exige que la autoridad judicial que intervenga en una contienda particular debe ofrecer las garantías suficientes de índole objetiva que permitan descartar toda duda que el procesado o la sociedad puedan tener. Así, la Corte IDH concluyó que el Congreso Nacional no aseguró a los vocales destituidos la garantía de imparcialidad requerida por el art. 8.1 CADH y que, por tanto, el Estado es responsable internacionalmente de su transgresión.

## 4.3 | Protección judicial

Considerando el allanamiento parcial realizado por el Estado como muestra del compromiso con la necesidad de reparar a las víctimas —no hay en el ordenamiento jurídico ecuatoriano de un recurso de amparo para este tipo de casos—, la Corte IDH consideró acertadamente que a los vocales se les impidió hacer uso de dicho recurso y que, además, el recurso de

inconstitucionalidad no resultaba idóneo ni efectivo para proteger los derechos fundamentales conculcados a los vocales del Tribunal Constitucional. En tal virtud, la Corte IDH declaró vulnerado el art. 25.1 en relación con sus obligaciones de garantía y respeto de los derechos humanos contenidos en el art. 1.1 CADH.

## 4.4 | Medidas de reparación

Habiéndose determinado la responsabilidad del Estado por lo ocurrido con los vocales del Tribunal Constitucional ecuatoriano y la consecuente transgresión de los derechos referidos preliminarmente, la Corte IDH estableció como reparaciones las que se detallan a continuación:

1. La sentencia como tal constituye una forma de reparación.
2. Medidas de satisfacción: publicación del resumen oficial elaborado por la Corte IDH en el Registro Oficial, en un periódico de amplia circulación nacional, y de mantener además la sentencia íntegramente disponible en un sitio web de la función judicial por un período de un año.
3. Medida de restitución: pagar a las víctimas una indemnización como compensación por la imposibilidad de retornar a sus funciones como vocales del Tribunal Constitucional.
4. El pago de indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.
5. El pago de costas y gastos.

## 4.5 | Medidas implementadas por el Estado

El Estado, en su afán y compromiso constante de cumplir sus obligaciones de garantía, respeto y tutela de los derechos humanos a sus ciudadanos, ha cumplido con:

- a. La publicación de la sentencia en el Registro Oficial: el miércoles 20 de noviembre de 2013, en la página 43 y siguientes del Registro Oficial 127, se publicó el resumen oficial de la sentencia, dando cumplimiento a esta medida.
- b. La publicación de la sentencia en la página web oficial del Poder Judicial: El Consejo de la Judicatura, órgano máximo del Poder Judicial ecuatoriano, publicó en su página web la integridad de la sentencia por el lapso de un año. Asimismo, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, de buena fe, al ser el órgano máximo en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos de los ciudadanos/as del Estado ecuatoriano, también publicó la integridad de la sentencia su portal web oficial.

Es innegable que estos fallos de la Corte IDH fijan estándares muy avanzados que comprometen a todos los Estados de la región a brindar una justicia imparcial que reconozca y garantice el debido proceso, y la posibilidad de recurrir y de contar con un recurso que sea una prueba material del aval de los Estados al reconocimiento y cumplimiento constante de protección de los derechos humanos.

## 5 | La jurisprudencia del sistema interamericano y los casos bajo análisis

En los casos estudiados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la responsabilidad del Estado ecuatoriano por violaciones a los derechos protegidos en la Convención Americana de Derechos Humanos mediante sentencias del 23 de agosto de 2013 y del 28 de agosto de 2013 respectivamente.

En ambas resoluciones, la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la violación al derecho a garantías judiciales (8.1) y protección judicial (25.1). En cuanto al primero, la Corte resolvió que este fue vulnerado por la falta de independencia judicial, que se tradujo en la destitución arbitraria de los jueces afectando el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público. Asimismo, determinó la violación del derecho a la protección judicial por la imposibilidad de dichas personas de acceder a un recurso judicial efectivo (art. 25).

La Corte IDH también se ha pronunciado en casos relativos a la destitución o cesación de autoridades judiciales en la región y, en su línea jurisprudencial, ha establecido que el alcance de las garantías judiciales y de la protección judicial efectiva para los jueces debe ser analizado en relación con los estándares sobre independencia judicial.

En este sentido, se realizará una síntesis de los derechos protegidos por el art. 8 de la Convención Americana a la luz de la independencia judicial en los "Casos Tribunal Constitucional vs. Perú", "Apitz Barbera y otros vs. Venezuela", "Reverón Trujillo vs. Venezuela" y "Chocrón Chocrón vs. Venezuela".

## 5.1 | Los hechos de los casos

### 5.1.1. "Tribunal Constitucional vs. Perú"<sup>(11)</sup>

En este caso, los magistrados del Tribunal Constitucional del Perú fueron destituidos el 28 de mayo de 1997 por el Congreso de la República del Perú por haber inaplicado la ley 26.657, que habilita una segunda reelección presidencial supuestamente en contra de lo dispuesto en la Constitución peruana.

### 5.1.2. "Apitz Barbera y otros vs. Venezuela"<sup>(12)</sup>

Este caso está relacionado con la destitución de los ex-jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (en adelante "la Corte Primera"), el 30 de octubre de 2003, por haber incurrido en un error judicial inexcusable al conceder un amparo cautelar que suspendió los efectos de un acto administrativo que había negado el registro de una compraventa.

### 5.1.3. "Reverón Trujillo vs. Venezuela"<sup>(13)</sup>

La Corte IDH conoció de la destitución arbitraria de una jueza del cargo judicial provisorio que ocupaba, ocurrida el 6 de febrero de 2002. El 13 de octubre de 2004 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la restitución de la presunta víctima a su cargo ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir.

### 5.1.4. "Chocrón Chocrón vs. Venezuela"<sup>(14)</sup>

La Corte IDH conoció de la destitución arbitraria de la jueza provisoria de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Área

(11) CORTE IDH, "Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, N° 71.

(12) CORTE IDH, "Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela", Excepción Preliminar (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 5 de agosto de 2008, serie C N° 182.

(13) CORTE IDH, "Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 30 de junio de 2009, serie C N° 197.

(14) CORTE IDH, "Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela" (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 1 de julio de 2011.



Metropolitana de Caracas en ausencia de garantías mínimas de debido proceso y sin una adecuada motivación, sin la posibilidad de ser oída y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo frente a violaciones de derechos, todo como consecuencia de la falta de garantías en el proceso de transición del Poder Judicial.

## 5.2 | Los estándares internacionales y la protección de los derechos de los casos en análisis

La Convención Americana de Derechos Humanos ha desarrollado el alcance del derecho a las garantías judiciales en los siguientes términos:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (art. 8.1, CADH).

Respecto de este derecho, la Corte IDH estableció que las garantías de la Convención son aplicables no solo en materia penal sino también en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, por lo que rige el debido proceso legal en dicho proceso. En este sentido, cualquier autoridad —sea administrativa, legislativa o judicial—, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas, tiene la obligación de cumplir con el debido proceso.<sup>(15)</sup>

En relación con ello, y en el caso que nos compete, la Corte IDH ha señalado que en virtud del principio de separación de Poderes y de la garantía de la independencia judicial, se han ideado diferentes procedimientos estrictos tanto para el nombramiento como para la destitución de los jueces.<sup>(16)</sup>

---

(15) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, cit., párr. 70.

(16) CORTE IDH, “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela”, cit., párr. 67; y “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, cit., párr. 73.

En ese sentido, la Corte sostuvo que los jueces a diferencia de los demás funcionarios públicos cuentan con garantías específicas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”.<sup>(17)</sup> El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial.<sup>(18)</sup>

Este Tribunal ha invocado los “Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”,<sup>(19)</sup> que establecen que:

“La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. Además, toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario”.

Por tanto, la Corte ha considerado necesario que se garantice la independencia de cualquier juez en un Estado de derecho, la cual supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo, y con una garantía contra presiones externas.<sup>(20)</sup>

En ese sentido, en virtud del respeto del derecho a las garantías judiciales, los ex magistrados y miembros del Tribunal Constitucional debían contar

(17) CORTE IDH, “Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela”, cit.

(18) CORTE IDH, “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”, cit., párr. 55.

(19) Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26/08 al 06/09/1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29/11/1985 y 40/146 de 13/12/1985.

(20) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, cit., párr. 75.

con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios, y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.

Por otro lado, la Corte IDH ha relacionado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, con los derechos políticos reconocidos en el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que señala que: "1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: (...) c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país" y ello quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumple cuando "los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución s[ean] razonables y objetivos" y que "las personas no sean objeto de discriminación" en el ejercicio de este derecho.<sup>(21)</sup>

No obstante, el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede.<sup>(22)</sup>

De los estándares señalados, se desprende que el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial. Esta última se traduce en el derecho de los jueces y magistrados de acceder y permanecer en sus cargos en igualdad de oportunidades, el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas y no cuando sea el resultado de alguna forma de discriminación o injerencia, y que se realice de conformidad con el debido proceso.

(21) CORTE IDH, "Caso Apitz Barbera y otros ('Corte Primera de lo Contencioso Administrativo') vs. Venezuela", cit., párr. 206; y "Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela", cit., párr. 138. Véase también Comité de Derechos Humanos, OG 25, art. 25, "La Participación en los Asuntos Públicos y el Derecho de Voto", CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7, 12 de julio de 1996, párr. 23.

(22) CORTE IDH, "Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela", cit., párr. 138, y "Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela", cit., párr. 135. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos, en el "Caso Mikhail Ivanovich Pastukhov vs. Bielorrusia", CCPR/C/78/D/814/1998, declaró que el cese arbitrario del juez, cuyo cargo no expiraba hasta varios años después, había constituido un "ataque a la independencia del Poder Judicial" y había vulnerado el derecho de la víctima a acceder, en condiciones de igualdad, al "servicio público de su país".

## 6 | Consideraciones finales

En los casos descritos anteriormente la destitución de los magistrados se realizó arbitrariamente, en ausencia de las garantías mínimas de debido proceso, sin la posibilidad de ser oídos y de ejercer su derecho de defensa, y sin haber contado con un recurso judicial efectivo frente a violaciones de derechos, como lo establece el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por consiguiente, la inobservancia de estos derechos implica directamente la vulneración de las garantías judiciales protegidas por el art. 8.1 CADH. La violación de estos derechos conlleva también la vulneración de los derechos políticos de los ex magistrados y de los ex vocales del Tribunal Constitucional.

Lo anterior tiene sustento en que, en el caso de los funcionarios públicos, resulta de gran importancia garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso y permanencia en un cargo público y, por tanto, su remoción deberá realizarse de conformidad con las garantías mínimas del debido proceso, lo cual no es posible de verificar en un Estado en el que no exista independencia judicial.

En tal virtud, la destitución arbitraria de jueces y magistrados por falta de independencia judicial pone en tela de duda el principio de separación de poderes que es la piedra angular dentro del Estado de derecho.

La destitución ilegal e ilegítima de los operadores judiciales, además de vulnerar directamente sus derechos, implica una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general, afectando en última instancia, a todos los ciudadanos de la región. Esperamos que con estas experiencias negativas en la región, plasmadas en la jurisprudencia interamericana, los Estados respeten la independencia judicial y adopten las medidas necesarias para garantizarla, por su trascendencia para el ejercicio de la función judicial y, sobre todo, para el orden democrático de los Estados.

Por último, al formar parte de la institución del Estado encargada del cumplimiento de las obligaciones internacionales, ratificamos el compromiso del Estado de Ecuador de continuar implementando las medidas de reparación integral en los términos establecidos por las sentencias y así prevenir que hechos similares ocurran en el Estado ecuatoriano.



# Obligación de investigar casos de tortura

## Derecho de circulación y de residencia en casos de exilio

CORTE IDH, "CASO GARCÍA LUCERO y OTRAS vs. CHILE"  
(EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO y REPARACIONES),  
SENTENCIA de 28 de AGOSTO de 2013, SERIE C N° 267

por **CLARA SANDOVAL, MARÍA VALLES y JOSEPHINE WRAGGE**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

Después de más de diez años de litigio frente al sistema interamericano, en agosto de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, Corte IDH— decidió el "Caso García Lucero y Otras vs. Chile". Se trata del primer caso decidido por la Corte contra Chile que involucra a una víctima sobreviviente de las atrocidades cometidas durante la dictadura de Pinochet, y probablemente sea el único, debido a que muchas de ellas están muriendo por su avanzada edad.

.....

(1) Clara Sandoval actuó como una de las abogadas de REDRESS en favor del señor García Lucero y su familia. Es Senior Lecturer y Directora de la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex. María Valles y Josephine Wragge fueron estudiantes del LLM en "International Human Rights and Humanitarian Law" en la Universidad de Essex (2012-2013) y fueron parte del equipo que apoyó el litigio del caso para la preparación de la audiencia ante la Corte IDH y la presentación de los alegatos finales escritos.

El caso es especialmente emblemático por tres razones: primero, no versó sobre la tortura, detención u otras violaciones semejantes sufridas por el señor García Lucero, sino sobre la denegación de justicia y reparación adecuada como consecuencia de las violaciones por él sufridas; segundo, este caso es representativo de la situación sufrida por miles de víctimas en Chile que fueron sometidas tanto a la tortura como al exilio forzado. De hecho, las víctimas sobrevivientes de tortura se calculan en más de 38.000, de acuerdo a lo reportado por la Comisión Valech en Chile,<sup>(2)</sup> y las personas que se vieron forzadas al exilio, en más de 200.000.<sup>(3)</sup> Tercero, es un caso que, aunque no directamente relacionado con el proceso de justicia transicional en Chile, sí vislumbra las necesidades de las víctimas, así como los aciertos y desafíos de Chile en materia tanto de justicia como de reparación.

Este artículo comparte algunas reflexiones en torno al caso, teniendo en cuenta los diversos alegatos presentados por el Estado de Chile, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la organización *Seeking Reparation for Torture Survivors* —en adelante, REDRESS— como representante legal de las víctimas.

## 2 | Los hechos del caso

El 16 de septiembre de 1973, cinco días después del golpe de Estado que el General Pinochet lideró contra el gobierno de Salvador Allende en Chile, don Leopoldo García Lucero, a sus 39 años de edad, fue detenido arbitrariamente en Santiago. El señor García Lucero, que entonces trabajaba en el Hipódromo de Chile y era simpatizante del Partido Socialista, estuvo detenido en varios lugares, entre ellos la UNCTAD, la 1° Comisaría de Carabineros, el Estadio Nacional, Chacabuco, Ritoque y Tres Álamos. Durante su detención fue sometido a una intensa tortura, tanto psicológica como física.

.....

(2) Ver *affidavit* presentado por la Dra. María Luisa Sepúlveda ante la Corte IDH, pregunta 8, p. 14.

(3) De acuerdo a Jaime Esponda Fernández, quien fuese director de 1990 a 1994 de la Oficina Nacional del Retorno, “las cifras más modestas fluctúan entre 200.000 y 260.000 personas”. Ver ESPONDA FERNÁNDEZ, JAIME, “La Solidaridad con el Exilio Chileno”, en *Persona y Sociedad*, vol. XVII, n° 3, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2003, pp. 29/40.

El 12 de junio de 1975, con la aplicación de un decreto de expulsión dictado por el Ministro del Interior, el señor García Lucero fue exiliado al Reino Unido. Las innumerables agresiones y actos de tortura que sufrió le causaron serios problemas de salud de por vida, por lo que está reconocido como persona discapacitada por el Reino Unido, donde vive desde que salió de Chile, pero donde no ha podido trabajar ni aprender el idioma. Su esposa, doña Elena García y sus tres hijas se vieron obligadas también a dejar Chile. Su esposa ha dedicado su vida a cuidar de su esposo.

Tras el retorno a la democracia en Chile, varias leyes fueron promulgadas con el objetivo de reparar a algunas de las víctimas de la dictadura residentes en el país. Así, por ejemplo, en 1993 se promulgó la ley 19.234 que estableció el Programa de Exonerados Políticos, que contemplaba compensaciones para personas que perdieron sus puestos por razones relacionadas a su actividad política. El 23 de diciembre de 1993, el señor García Lucero envió una solicitud al mencionado Programa, que incluía una carta explicando su situación y circunstancias personales, incluyendo una detallada descripción de la tortura a la que fue sometido, así como un certificado médico que atestiguaba su situación física y mental. Sin embargo, tras numerosos trámites,<sup>(4)</sup> no fue hasta enero de 2001, casi ocho años después de la entrada en vigor del Programa, que el señor García Lucero recibió un certificado en donde se le concedía una pensión no contributiva por un monto mensual de 79.776 pesos chilenos (correspondientes a 71 libras en el Reino Unido). El mismo Programa de Exonerados Políticos, más adelante, en concreto el 29 de enero de 2008, le dio acceso a un único bono extraordinario establecido por la ley 20.134 de 2006, por un valor de 1.900.000 pesos chilenos (equivalentes en su momento a 3009,90 USD), de los cuales, 301,79 USD fueron descontados de dicha suma en concepto de impuestos.

El 15 de mayo de 2002, tras consultar con numerosas organizaciones nacionales e internacionales que confirmaron la inexistencia de recursos efectivos en Chile para reclamar reparación adecuada y justicia por las violaciones sufridas, el señor García Lucero, asistido por REDRESS, presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, CIDH—.

(4) Para una descripción detallada de estos trámites véase la "Información Adicional a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Ref. 0350/2002)" remitida por REDRESS a la CIDH, [en línea] <http://www.redress.org/downloads/casework/Informacion%20Adicional.pdf>, pp. 5/8.



En el año 2004, la Comisión Valech fue establecida por el Estado de Chile con el objetivo de identificar a las víctimas sobrevivientes de tortura y de prisión política. Dicha Comisión reconoció al señor García Lucero como víctima de tortura, lo que le permitió acceder a la reparación simbólica y austera reconocida por la ley 19.992. Como el señor García Lucero ya tenía acceso a la reparación como exonerado político, tuvo que escoger entre mantener la misma o renunciar a ella y volverse beneficiario de la reparación como víctima sobreviviente de tortura, lo cual implicaría otro tipo de pensión mensual. Don Leopoldo optó por mantener su pensión como exonerado político, ya que de morir esta podría ser transmitida a su esposa. Como consecuencia, solo se hizo acreedor de un único bono como sobreviviente de tortura equivalente a 3.000.000 de pesos chilenos (5847 USD en precios de diciembre de 2004). Otras medidas de reparación disponibles para sobrevivientes de tortura y sus familias residentes en Chile, como medidas de educación o de salud —en este último caso el Programa de Reparación y Atención Integral a la Salud (PRAIS)—, no están disponibles ni para el señor García Lucero ni para su familia, ya que estos se encuentran en el exilio.

El 12 de octubre de 2005 la Comisión Interamericana declaró el caso admisible<sup>(5)</sup> y en 2011 lo remitió a la Corte, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo amistoso.<sup>(6)</sup> Solo después de esta remisión de la Corte, a finales de 2011, Chile abrió una investigación penal por la tortura a la que fuese sometido el señor García Lucero.

## 3 | Alegatos de las víctimas

REDRESS solicitó a la Corte IDH que se pronunciara sobre la falta de investigación de los hechos mencionados, así como sobre la falta de una adecuada y efectiva reparación al señor García Lucero y a su familia,<sup>(7)</sup> en contravención de los arts. 1.1, 2°, 5°, 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, y de los arts. 6°, 8° y 9° de la Convención Interamericana para Prevenir

.....

(5) CIDH, Informe 58/05 de admisibilidad, 12 de octubre de 2005.

(6) En 2008, REDRESS y el Estado de Chile participaron en una audiencia en la sede de la Comisión en Washington para tratar de llegar a un acuerdo amistoso.

(7) REDRESS, Alegatos Finales, párr. 13.

y Sancionar la Tortura (CIPST) como resultado del tratamiento inhumano causado por la denegación de justicia.

REDRESS fundamentó su petitorio en que "1) las obligaciones de investigar, perseguir y sancionar, así como reparar constituyen obligaciones independientes y autónomas dentro de la Convención Americana, y 2) que los hechos que constituyen la base fáctica de la presente *litis*, ocurrieron, todos ellos, después de la ratificación por parte de Chile CADH",<sup>(8)</sup> el 21 de agosto de 1990.

REDRESS indicó que los hechos ocurridos posteriormente a la ratificación eran los siguientes:

- i. la omisión de iniciar una investigación sobre la detención arbitraria, tortura y expulsión del señor García Lucero;
- ii. la conducción no diligente de la investigación iniciada en octubre del año 2011;
- iii. las **reparaciones domésticas** otorgadas al señor García Lucero; y
- iv. la no derogación del decreto-ley 2191 (Ley de Amnistía) y el mantenimiento y la adopción de normas que impiden la investigación efectiva de actos de tortura (sin resultado de muerte) cometidos durante la dictadura militar.<sup>(9)</sup>

REDRESS solicitó igualmente que se reconocieran como víctimas no solo al señor García Lucero, sino también a su esposa Elena García y a sus tres hijas (María Elena, Gloria y Francisca),<sup>(10)</sup> ya que todas ellas experimentaron tratamiento inhumano como resultado de la denegación de justicia y falta de reparación adecuada y oportuna. La denegación de justicia y falta de reparación tuvo un impacto grave y tangible en el núcleo familiar, así como en el proyecto de vida de cada uno de los miembros familiares.<sup>(11)</sup>

En relación a la falta de investigación, se alegó que Chile no cumplió con su obligación de investigar los hechos por 1) el retardo injustificado en la apertura de la investigación penal, a pesar de existir una obligación

(8) *Ibid.*, párr. 14.

(9) CORTE IDH, "Caso García Lucero vs. Chile" (Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C N° 267, párr. 22; cfr. párrs. 21/23; REDRESS, Alegatos Finales, párrs. 12/47.

(10) REDRESS, Alegatos Finales, párr. 1.

(11) *Ibid.*, párrs. 223/239.

de iniciar de oficio y de inmediato una investigación, y 2) por la inefectividad y falta de debida diligencia en la investigación iniciada en octubre de 2011, ya que hubo problemas de competencia que dificultaron el avance del proceso y hubo varias actividades que no debieron ser realizadas para desarrollar la investigación debidamente como la toma del testimonio del señor García Lucero. También se aludió a factores de carácter estructural y obstáculos normativos que, según alegaron, habrían impedido la investigación efectiva de actos de tortura (sin resultado de muerte) cometidos durante la dictadura militar.

En relación a la reparación, REDRESS argumentó que 1) el derecho a una reparación adecuada, efectiva y rápida es reconocido por el derecho internacional, la jurisprudencia de la Corte y el mismo Estado chileno y que 2) Chile no había otorgado una reparación adecuada, pronta y efectiva al señor García Lucero y su familia para reparar los daños causados, y 3) finalmente se alegó que no existían recursos internos efectivos, ya fuese por la vía civil o penal para reclamar reparación por actos de tortura (cometidos durante la dictadura).<sup>(12)</sup>

Entre otros puntos relevantes, REDRESS indicó en sus alegatos que, conforme a los estándares internacionales, el derecho a la reparación i) no está limitado territorialmente, y por lo tanto, que víctimas que se encuentran en el exilio, como el señor García Lucero, no pierden su derecho a la reparación y ii) que la efectividad del derecho a la reparación no puede depender del retorno de la víctima a Chile.<sup>(13)</sup> Se consideró, además, que el argumento de Chile, expresando que el Estado no puede reparar a las víctimas en el exilio debido a la escasez de recursos, no era un argumento válido a la luz del derecho internacional.

Respecto a la reparación otorgada al señor García Lucero por parte del Estado, las víctimas expresaron que las diversas políticas públicas adoptadas por Chile no repararon de manera adecuada, efectiva y rápida los daños morales y pecuniarios producidos por la denegación de justicia y el exilio (independientes de los daños sufridos por la tortura). Dichos daños se extienden al impacto psicológico y físico del sufrimiento padecido y a la

.....

(12) Ver REDRESS, "Petición a la CIDH", pp. 10/21.

(13) REDRESS, alegatos finales, párrs. 111/138.

incertidumbre, impotencia, frustración y limbo existencial generados por la falta de justicia y reparación y el exilio forzado. Por otra parte, también están vinculados con la limitación de la posibilidad de rehabilitación; desarrollo personal, laboral, económico y educativo; integración en Inglaterra; y la pérdida de ingresos, bienes y proyectos de vida del señor García Lucero así como de su esposa y sus hijas.<sup>(14)</sup>

Por otra parte, REDRESS argumentó que las políticas públicas emprendidas por Chile habían generado un tratamiento diferencial no justificado en perjuicio de un grupo de víctimas considerables, las víctimas de tortura y exilio, particularmente respecto al acceso a medidas de rehabilitación. Así, por ejemplo, como exiliado, el señor García Lucero no ha podido acceder a reparaciones en materia de educación o al Programa PRAIS en lo respectivo a la salud.<sup>(15)</sup>

## 4 | Alegatos de la Comisión

Los alegatos de la Comisión Interamericana fueron muy semejantes a los de REDRESS, aunque en relación con algunos de ellos las disposiciones legales invocadas fueron diferentes. La Comisión consideró que la Corte Interamericana sí “tiene competencia para pronunciarse sobre posibles omisiones en las cuales ha incurrido el Estado chileno, desde la aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal”<sup>(16)</sup> (desde el 21 de agosto de 1990) en relación a las obligaciones de investigar y reparar, las cuales calificó como “deberes de naturaleza autónoma y carácter continuado”.<sup>(17)</sup> La Comisión mencionó varios hechos posteriores al reconocimiento de la competencia que consideró que podían ser analizadas por la Corte, como por ejemplo:

- i. la falta de investigación de los hechos hasta la apertura de la investigación en octubre de 2011;
- ii. la acciones realizadas por el señor García Lucero desde el año 1993 para obtener una reparación y/o aplicar al programa de exonerados políticos;

(14) *Ibid.*, párrs. 172/189.

(15) *Ibid.*, párrs. 192, 213/214 y 216/222.

(16) CIDH, Comunicación adjuntada al Informe de Fondo N° 23/11, p. 2.

(17) CIDH, Observaciones Finales, p. 3.

- iii. el conocimiento por parte del Estado sobre la petición presentada a la Comisión en 2004;
- iv. la publicación del Informe de la Comisión Valech (en noviembre de 2004), reconociendo al señor García Lucero como víctima sobreviviente de tortura;
- v. la continuada vigencia del decreto-ley 2191 (Ley de Amnistía);
- vi. la tardía pensión otorgada al señor García Lucero desde el año 2000; y
- vii. la inadecuada reparación a través de la recepción de bonos por el señor García Lucero en los años 2006 y 2008, tanto como exonerado político como víctima sobreviviente de tortura.<sup>(18)</sup>

## 5 | Alegatos de Chile

Los alegatos de Chile consistieron en la interposición de una excepción preliminar y diversos argumentos de fondo. El Estado chileno argumentó la falta de competencia material y temporal, como parte de una sola excepción preliminar, señalando que la segunda era la más flagrante.<sup>(19)</sup>

En relación a la falta de competencia material (*ratione materiae*), el Estado de Chile señaló que “la competencia de la Corte se debe dirigir solamente a las imputaciones que la Comisión y las presuntas víctimas formulen”.<sup>(20)</sup> En este sentido, teniendo en cuenta que el objeto del caso era el presunto incumplimiento de los deberes de investigar y reparar adecuadamente, Chile argumentó que REDRESS abordaba una serie de materias que excedían al ámbito de competencia *ratione materiae*.

La fundamentación de la falta de competencia temporal (*ratione temporis*) se basó en una declaración que el Estado chileno realizó el 21 de agosto de 1990 al momento de ratificar la Convención y reconocer la competencia de la Corte, usando la facultad que el art. 62.2 que la misma Convención otorga a los estados para realizar su ratificación “por un plazo determinado”. Así, mediante la citada declaración, el Estado chileno dejó constancia de que reconocía la competencia respecto a “hechos posteriores a la fecha del depósito del instrumento de ratificación o, en todo caso, a hechos .....

(18) CIDH, Comunicación adjuntada al Informe de Fondo N° 23/11, p. 2; CIDH, Observacionales Finales, pp. 2/3; Corte IDH, “Caso García Lucero vs. Chile”, fallo cit., párrs. 18/19.

(19) CORTE IDH, “Caso García Lucero vs. Chile”, fallo cit., párr. 25.

(20) *Ibid.*, párr. 26.

cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990”,<sup>(21)</sup> que es la fecha del retorno a la democracia en Chile.

La Corte ya se había pronunciado sobre la naturaleza de la declaración en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”,<sup>(22)</sup> negando su condición de reserva y confirmando que se trata de una simple declaración.<sup>(23)</sup>

En todo caso, quizá lo más destacable del uso de este argumento por parte de Chile es que solicitó que la Corte declarara su falta de competencia temporal no solo sobre los hechos de detención arbitraria, tortura y exilio —los cuales están claramente fuera del objeto del juicio, como también lo reconocieron REDRESS y la Comisión—, sino también sobre “las secuelas o efectos derivados de los mismos”,<sup>(24)</sup> porque se originaron o tuvieron su principio de ejecución antes del 11 de marzo de 1990, ya que a su parecer existe una relación de causalidad entre los daños derivados de los hechos anteriores a la fecha de ratificación y los hechos que configuran las violaciones objeto de juicio.<sup>(25)</sup>

En cuanto al fondo, el Estado de Chile negó su responsabilidad internacional en relación con la obligación de investigar, señalando que había realizado un “serio y responsable esfuerzo por investigar los actos de violaciones de derechos humanos acontecidas durante el régimen militar”<sup>(26)</sup> y que continuaba haciéndolo. En este sentido, recordó que por la vía administrativa el señor García Lucero había sido reconocido como víctima en el informe de la Comisión Valech de 2004, y por la vía penal se había interpuesto de oficio una demanda penal en octubre de 2011 que todavía está “en etapa de sumario, a la espera de diligencias pendientes”.<sup>(27)</sup> En relación a la demora y la posible

(21) Declaración del Estado de Chile al momento de la ratificación de la Convención Interamericana de DDHH, disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_firmas.htm#Chile](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Chile)

(22) CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154, párr. 43.

(23) CORTE IDH, “Caso García Lucero vs. Chile”, fallo cit., párr. 29.

(24) *Ibid.*, párr. 36.

(25) *Ibid.*

(26) *Ibid.*, párr. 118.

(27) *Ibid.*

falta de efectividad de la citada investigación penal alegada por la Comisión y REDRESS, el Estado aludió a una supuesta falta de diligencia de la víctima como justificación, sin mencionar fundamento legal alguno para la misma. Así, en un argumento que pareciera aludir a la falta de agotamiento de recursos internos, como analizaremos más adelante, el Estado advirtió que ni el señor García Lucero ni REDRESS presentaron denuncia alguna en Chile, obviándose “el carácter subsidiario del Sistema Interamericano” y que, luego de iniciada la investigación, las presuntas víctimas “fueron reticentes a contribuir con el proceso” y “obstaculizaron el acceso directo a la presunta víctima”.<sup>(28)</sup>

En relación con la obligación de investigar, Chile adujo el haber establecido un “Sistema General de Reparaciones”<sup>(29)</sup> para víctimas de derechos humanos durante la dictadura militar. Tras enumerar las indemnizaciones de las que había sido objeto el señor García Lucero,<sup>(30)</sup> este reconoció, sin embargo, que el peticionario no había tenido acceso a gran parte de las medidas de reparación por encontrarse en el exilio, puesto que el sistema estaba basado en la presencia de la víctima en territorio chileno.<sup>(31)</sup>

## 6 | Aciertos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### 6.1 | Reconocimiento de la obligación de investigar como deber autónomo dentro de la Convención Americana

Al analizar la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por el Estado, la Corte reiteró el carácter autónomo de la obligación de investigar, aun cuando las violaciones objeto de la investigación ocurrieron con anterioridad al reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado. La Corte indicó que “en el transcurso de un proceso

.....

(28) *Ibid.*, párrs. 119/120.

(29) *Ibid.*, párrs. 67/79.

(30) *Ibid.*, párr. 175.

(31) *Ibid.*, párr. 176.

se pueden producir hechos independientes que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia [lo que constituirían] violaciones autónomas de los arts. 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma".<sup>(32)</sup> Por ende, el Tribunal se consideró competente para examinar "si los hechos acaecidos con posterioridad al reconocimiento de competencia (...) de la Corte por parte de Chile constituyen hechos independientes que podrían configurar violaciones autónomas".<sup>(33)</sup>

Luego, al determinar la violación de los derechos protegidos en los arts. 8.1 y 25, en relación con el art. 1.1 de la Convención y en los arts. 1º, 6º y 8º de la CISPT, la Corte especificó acerca de la obligación de investigar que:

"Los arts. 8º y 25 de la Convención implican que las víctimas de violaciones a derechos humanos cuenten con recursos judiciales efectivos que sean sustanciados de acuerdo al debido proceso legal (...) El derecho de acceso a la justicia debe asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y se sancione a los eventuales responsables. De modo consecuente, existe un deber estatal de investigar los hechos, que es una obligación de medio y no de resultado, pero que debe ser asumida por los Estados como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios".<sup>(34)</sup>

La Corte recalcó, además, que:

"Conforme a esos deberes, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva por todos

(32) CORTE IDH, "Caso García Lucero vs. Chile", fallo cit., párr. 32, citando el "Caso Almonacid Arellano vs. Chile", fallo cit., párrs. 48/51.

(33) Corte IDH, "Caso García Lucero vs. Chile", fallo cit., párr. 35.

(34) *Ibid.*, párr. 121.



los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales".<sup>(35)</sup>

Además, en relación con actos de tortura, el art. 8° de la Convención Interamericana contra la Tortura establece que las autoridades deberán proceder "de oficio y de inmediato a realizar una investigación sobre el caso" cuando "exista denuncia o razón fundada para creer que se ha cometido un acto de tortura en el ámbito de [la] jurisdicción [estatal]".<sup>(36)</sup>

## 6.2 | Indicación de cuándo comienza la obligación de investigar actos de tortura

En relación al momento específico en el que se activa la obligación de investigar, la Corte destacó "que es una obligación del Estado no solo iniciar una investigación de oficio, sino de hacerlo también, como expresamente indica el art. 8° de la Convención Interamericana contra la Tortura, en forma 'inmediata' a partir de que exista 'razón fundada' para creer que se ha cometido un acto de tortura".<sup>(37)</sup> La Corte indicó que el criterio "razón fundada" no requería una denuncia formal por parte de la propia víctima, sino solamente la existencia de "indicios" de la ocurrencia o comisión de tortura eran suficientes para activar el deber estatal de iniciar "de oficio y de inmediato una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento".<sup>(38)</sup>

Por consiguiente, la Corte consideró que "el argumento estatal sobre la falta de denuncia de los hechos y la circunstancia de haber acudido el señor

.....

(35) *Ibid.*, párr. 122.

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*, párr. 124.

(38) *Ibid.*

García Lucero y sus familiares a la Comisión Interamericana (...) no obsta al deber estatal de investigar".<sup>(39)</sup> Señaló que

"El Estado tuvo noticia de los hechos a ser investigados desde que recibió la carta del señor García Lucero de fecha 23 de diciembre de 1993, cuando él realizó la solicitud de la pensión como 'exonerado político' (...). Dicha situación fue reafirmada mediante la inclusión del nombre del señor García Lucero en un listado del informe de la Comisión Valech que incorporaba también los de otras 27.153 personas señaladas como víctimas".<sup>(40)</sup>

Finalmente, la Corte IDH consideró que entre el momento en que el Estado tomó conocimiento de los hechos (1 de diciembre de 1994) y la fecha en que abrió diligencias investigativas (7 de octubre de 2011) habían transcurrido al menos 16 años, 10 meses y 7 días, lo cual constituye una demora excesiva y no justificable.<sup>(41)</sup>

## 7 | Problemas de la sentencia

### 7.1 | Falta de reconocimiento de víctimas en el caso

A pesar de lo alegado tanto por la Comisión como por REDRESS y la evidencia existente al respecto, la Corte solo reconoció como víctima al señor García Lucero. La Comisión claramente indicó que "la impunidad respecto de los hechos alegados y la falta de proveer una reparación integral profundizó la angustia emocional de la esposa, Elena, y las hijas del señor García Lucero (María Elena, Gloria y Francisca), razón por la cual la Comisión considera que se violó su derecho a la integridad psíquica y moral, establecida en el art. 5.1 de la Convención Americana".<sup>(42)</sup>

(39) *Ibid.*, párr. 125.

(40) *Ibid.*, párr. 126.

(41) *Ibid.*, párr. 127.

(42) CIDH, Informe de Fondo 23/11, párr. 115.

De forma similar, REDRESS indicó que la denegación de justicia y el exilio forzado han producido una violación autónoma del art. 5º.<sup>(43)</sup> Destacaron que en este caso la denegación de justicia se caracterizó por una indiferencia total del Estado frente al señor García Lucero y sus familiares.<sup>(44)</sup> Reiteraron que la Corte, en su jurisprudencia, ha establecido que “la contribución por parte del Estado al crear o agravar la situación de vulnerabilidad de una persona tiene un impacto significativo en la integridad de las personas que le rodean, en especial de familiares cercanos que se ven enfrentados a la incertidumbre e inseguridad generada por la vulneración de su familia nuclear o cercana”.<sup>(45)</sup> REDRESS recalcó que “la falta de justicia y reparación adecuada tuvo un impacto grave en el núcleo familiar de la familia del señor García Lucero, así como en cada uno de sus familiares, doña Elena y las tres hijas María Elena, Gloria y Francisca”<sup>(46)</sup> e identificó dicho impacto en la unidad familiar y en las relaciones interfamiliares,<sup>(47)</sup> así como en la vida y el desarrollo personal de cada una de sus integrantes. En el caso de la esposa, doña Elena, por ejemplo, la falta de justicia y reparación le forzó a abandonar sus propios sueños y su proyecto de vida para dedicarse únicamente a cuidar a su esposo.<sup>(48)</sup> La indiferencia y la falta de reparación y reconocimiento de ella y sus hijas como víctimas por parte del Estado de Chile, así como la frustración diaria de su esposo frente a la denegación de justicia, le han causado un sufrimiento profundo.<sup>(49)</sup>

No obstante, la Corte en la sentencia consideró que “dado que la investigación de los hechos es un deber estatal (...) que se relaciona con actos que afectaron al señor García Lucero, y que él continúa teniendo la posibilidad de ejercer la titularidad de sus derechos, la Corte no considera vulnerados derechos de familiares del señor García Lucero”.<sup>(50)</sup>

.....

(43) REDRESS, Alegatos Finales, párr. 223.

(44) *Ibid.*, párrs. 226/227.

(45) *Ibid.*, párr. 228, citando “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C N° 246, párr. 250.

(46) *Ibid.*, párr. 228.

(47) *Ibid.*, párrs. 229/232.

(48) *Ibid.*, párrs. 178 y 234.

(49) *Ibid.*, párrs. 229/232 y 234.

(50) CORTE IDH, “Caso García Lucero vs. Chile”, fallo cit., párrs. 129 y 140; en cuanto a la alegada violación de la integridad personal (art. 5º), tanto del Sr. García Lucero como de

La citada conclusión de la Corte es problemática no solo porque la Corte ni siquiera aborda al análisis de la posible afectación de las familiares y la violación del art. 5.1 en perjuicio de ellas, sino también porque las razones enunciadas por la Corte para desestimar dicho análisis no responden a los criterios (anteriormente) establecidos por la misma para la identificación de familiares como víctimas. Como especificó la Corte en otros casos, “entre los extremos a considerar se encuentran la existencia de un estrecho vínculo familiar, las circunstancias particulares de la relación con la víctima, la forma en que el familiar fue testigo de los eventos violatorios y se involucró en la búsqueda de justicia y la respuesta ofrecida por el Estado a las gestiones realizadas”.<sup>(51)</sup>

La razón dada por la Corte carece de peso ya que el hecho de que la falta de investigación haya afectado al señor García Lucero no excluye la posibilidad de afectación a sus familiares. Es más, los alegatos presentados claramente indicaron los niveles de afectación sufridos por su esposa e hijas, pero la Corte ni siquiera entró a considerarlos y a explicar porque los mismos no eran procedentes o suficientes para considerarlas víctimas de una violación del art. 5° de la Convención.

## 7.2 | Aplicación de diferentes estándares a la obligación de investigar y a la obligación de reparar

Aunque la Corte encontró una violación de la obligación de investigar debido a la tardía iniciación de la misma, no encontró una violación de la obligación de reparar porque la consideró intrínsecamente relacionada a los actos de tortura, detención arbitraria y exilio del señor García Lucero. De acuerdo a la Corte, ella “no puede analizar si las reparaciones referidas son “suficientes, efectivas y completas”, dado que tal examen

.....

sus familiares, la Corte consideró que “las alegaciones de las representantes y la Comisión [al respecto] están directamente vinculadas con [la] omisión [de justicia que] ya ha sido examinado (...) a la luz de las garantías y protección judiciales. En consecuencia, esta Corte estima que no es procedente pronunciarse en el presente caso sobre otros alegatos que se refieren a los mismos hechos que ya han sido analizados a la luz de otras obligaciones convencionales. No obstante, el Tribunal tomará en cuenta la situación planteada al momento de fijar las reparaciones correspondientes a favor del señor García Lucero”.

(51) Ver, por ejemplo, CORTE IDH, “Caso Bueno Alves vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C N° 164, párr. 102.

debería partir de analizar los daños generados por los actos cuya ejecución comenzó a partir de la detención del señor García Lucero el 16 de septiembre de 1973 y, en todo caso, antes del 11 de marzo de 1990 (*supra*, párr. 36)".<sup>(52)</sup> Esto es por demás problemático si se tiene en cuenta que la investigación misma es una forma de reparación.

A pesar de que la Corte evita a través de este argumento analizar si las reparaciones dadas al señor García Lucero y su familia son adecuadas, consideró prudente analizar si existían recursos adecuados y efectivos en Chile para demandar reparaciones, tal y como se desprende del derecho a la justicia consagrado en la Convención Americana. En este sentido, la Corte indicó que:

"Es posible evaluar con independencia de la ponderación del referido hecho generador del daño si, luego del 21 de agosto de 1990, el Estado incurrió en acciones u omisiones que imposibilitaran la interposición de acciones adecuadas y procedentes para realizar los reclamos aludidos. Es en este delimitado aspecto que, en el caso, puede considerarse si surgió la responsabilidad internacional del Estado, en relación con la posibilidad de reclamos de medidas de reparación, en forma independiente al citado hecho generador del daño primigenio".<sup>(53)</sup>

Aunque REDRESS alegó que los recursos existentes en Chile para demandar las medidas de reparación no eran efectivos y en algunos casos eran inexistentes, la Corte consideró que la evidencia presentada no era suficiente para respaldar este alegato. Así, la Corte, tras analizar las posibilidades de efectuar reclamos en relación con medidas de reparación, afirma que el señor García Lucero no intentó el llamado **juicio de hacienda**, ni tampoco reclamó en vía judicial o administrativa la imposibilidad de gozar de determinadas medidas de reparación previstas en la ley 19.992 por residir en el Reino Unido.<sup>(54)</sup> De ello, la Corte realiza una conclusión cuanto menos llamativa al afirmar que al no haber la víctima o REDRESS usado ciertos reclamos, no queda acreditada

---

(52) CORTE IDH, "Caso García Lucero vs. Chile", fallo cit., párr. 190.

(53) *Ibid.*, párr. 197.

(54) *Ibid.*, párr. 206.

la responsabilidad del Estado de vulnerar los derechos a las garantías y protección judiciales, reconocidos en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 del tratado y la obligación contenida en el art. 9° de la Convención Interamericana contra la Tortura.<sup>(55)</sup>

Pareciera, por tanto, que la Corte afirma que las víctimas del caso debieron haber utilizado los recursos internos en el ámbito civil incluso después de haber presentado la petición ante la Comisión en el 2002. Igualmente, llama la atención que la Corte no entró a considerar la especial situación de vulnerabilidad del señor García Lucero y su exilio como obstáculos para el uso de recursos internos. Finalmente, la Corte debió ella misma o a través de Chile obtener pruebas para mejor resolver en relación con cuáles son los recursos civiles disponibles, cuándo estuvieron disponibles y cómo son decididos, ya que REDRESS siempre argumentó que dichos recursos existían, pero no eran efectivos.

El derecho a una reparación adecuada, pronta y oportuna es uno de los derechos más importantes para víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. La Corte, a pesar de su gran trayectoria y trabajo en temas de reparación, no ofrece argumentos respaldados con la suficiente evidencia para sostener que en Chile hay recursos efectivos. De hecho, aunque REDRESS argumentó en varias ocasiones la existencia de la prescripción de la acción civil de 4 años desde ocurridos los hechos y la falta de seguridad jurídica en el sistema judicial chileno (ya que diferentes cortes llegan a decisiones contradictorias entre sí en el tema en comentario) y la evidencia presentada, la Corte desestimó estos alegatos, dando a entender que personas como el señor García Lucero, una víctima de tortura permanentemente discapacitada, en el exilio por voluntad del Estado de Chile, de avanzada edad, sin recursos económicos y con graves problemas de salud, tiene la obligación de agotar recursos civiles inclusive en estas condiciones.

Así, la Corte invirtió la carga de la prueba y en vez de solicitar a Chile que demostrara cuáles eran los recursos adecuados y efectivos que poseía al respecto, puso la carga en la víctima, en el exilio y con gran estado de vulnerabilidad.

.....  
(55) *Ibid.*

## 7.3 | El tratamiento del exilio

Al menos 200.000 personas se vieron obligadas a huir de Chile tras el golpe militar y durante la dictadura del general Pinochet;<sup>(56)</sup> muchos de ellos, como en el caso del señor García Lucero, salieron del país expulsados por decreto emitido durante la dictadura. El exilio, en cuanto constituye una violación del derecho a la libertad de movimiento y a vivir en el país de nacionalidad reconocido en el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, además de diversos tratados internacionales y regionales,<sup>(57)</sup> es una clara violación de derechos humanos con consecuencias muy graves y, en muchos casos, irreparables. En este sentido, toda víctima de exilio, como víctima de una violación de derechos humanos, tiene el derecho a recibir una reparación integral por parte del Estado responsable. A pesar de lo anterior, el Estado chileno no ha diseñado ni implementado programa alguno para reparar el exilio. Este caso suponía, por tanto, una oportunidad para que la Corte se pronunciase sobre la posible violación del art. 22 de la Convención en relación con el exilio al que fue sometido el señor García Lucero y su familia.

El alegato no buscaba que la Corte evaluara la eficacia de las políticas de retorno establecidas en Chile (que no son programas de reparación); pretendía investigar si en el caso particular del señor García Lucero, Chile podría haber violado su derecho a vivir en su país, reconocido en el art. 22.5, y continuar haciéndolo, al no proveerle a él y a su familia las condiciones mínimas para poder regresar.

Fundándose en los argumentos anteriores y en la jurisprudencia de la Corte que ha sostenido que “el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones, ni provisto los medios que permiten ejercerlo”.<sup>(58)</sup>

.....

(56) Ver ESPONDA FERNÁNDEZ, JAIME, *op. cit.*

(57) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 12; CIDH art. 22; CEDH, Protocolo IV, art. 2; Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 12.

(58) CORTE IDH, “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia” (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones), sentencia de 26 de mayo de 2010, serie C N° 213, párr. 197; “Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C N° 124, párrs. 119/120.

REDRESS, tanto en la audiencia pública como en los alegatos finales, señaló que la situación del señor García Lucero y su familia constituía adicionalmente una violación del art. 22.5 de la Convención.<sup>(59)</sup> Igualmente, ha señalado la Corte que la falta de medios y condiciones que permitan a los exiliados regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, constituye una violación del derecho a residir en el propio país.<sup>(60)</sup> En esta línea jurisprudencial, la Corte es coherente con los estándares internacionales señalados por ACNUR según los cuales el retorno no es voluntario, mientras no se produzca en condiciones de seguridad y dignidad.<sup>(61)</sup>

A pesar de todo lo anterior, la Corte opta por no pronunciarse sobre la responsabilidad internacional del Estado por presunta violación del art. 22, alegando que REDRESS presentó su argumentación **extemporáneamente**,<sup>(62)</sup> al hacerlo en la audiencia pública y en sus alegatos finales escritos. Sorprende esta decisión de la Corte cuando la misma ha encontrado violaciones en diversos casos que no fueron alegadas por las partes, siempre que las mismas se desprendieran de los hechos a ella presentados y probados.<sup>(63)</sup>

## 8 | Conclusiones

En el "Caso García Lucero vs. Chile", la Corte sentó precedentes importantes en relación con el derecho a la justicia, pero perdió la oportunidad histórica de pronunciarse sobre medidas de reparación en el caso específico del señor García Lucero y su familia, al igual que sobre el tema del exilio. Sin embargo, la Corte sentó jurisprudencia valiosa

(59) CORTE IDH, "Caso García Lucero vs. Chile", fallo cit., párr. 207.

(60) CORTE IDH, "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname", fallo cit., párr. 120.

(61) *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados*, "Manual de repatriación voluntaria", 1996, [en línea] [www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7742](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/7742), párrs. 2.3/2.4.

(62) CORTE IDH, "Caso García Lucero vs. Chile", fallo cit., párr. 210.

(63) Ver CORTE IDH, "Caso Moiwana v. Suriname", donde la Corte encuentra al Estado de Suriname responsable internacionalmente por violación precisamente del art. 22 de la Convención, cuando esta no había sido alegada ni por las partes ni por la Comisión en ningún momento de procedimiento.



que debe ser tenida en cuenta por todos aquellos como el señor García Lucero que actualmente litigan frente al Sistema. La Corte indicó qué se requiere para que un caso pueda prosperar frente a ella en materia de reparación y del exilio. Por tanto, este caso constituye la primera pieza de litigio de otras más sobre estos temas en el futuro. Igualmente, debido a que varios países sobre los que la Corte IDH tiene jurisdicción se encuentran atravesando por procesos de justicia transicional —como es el caso de Colombia—, esta sentencia también constituye una guía sobre los estándares a seguir, tanto en materia de reparación como en materia de justicia.

Aunque la Corte no se pronunció directamente sobre la reparación, sí sentó importante *obiter dicta* sobre el tema, que debe ser usada a futuro al considerar la legalidad de programas domésticos de reparación.

Finalmente, aunque la Corte no encontró todas las violaciones solicitadas por REDRESS y la Comisión, la Corte ordenó a Chile continuar y concluir la investigación del caso con la debida diligencia,<sup>(64)</sup> el pago de 20.000 libras esterlinas por el daño moral sufrido por el señor García Lucero,<sup>(65)</sup> la publicación de la sentencia en una página web accesible desde el extranjero y la publicación del resumen oficial de la sentencia en el diario oficial,<sup>(66)</sup> y exhortó a Chile al pago de una suma discrecional de dinero que sea razonable para cubrir en el Reino Unido sus costos de rehabilitación, tanto física como mental.<sup>(67)</sup>

Debe notarse que Chile, a pesar de su reticencia para actuar en relación con el caso durante más de diez años de litigio frente al Sistema Interamericano y con anterioridad al mismo, finalmente ha adoptado algunas medidas con el objetivo de cumplir con lo ordenado por la Corte. Por ejemplo, se designó un ministro en visita ante la Corte de Apelaciones de Santiago para que investigue el caso, con lo que se dio jurisdicción sobre el caso a un juez experto en violaciones de la dictadura. Esto fue algo que

.....

(64) CORTE IDH, "Caso García Lucero vs. Chile", fallo cit., párrs. 220/223.

(65) *Ibid.*, párrs. 243/246.

(66) *Ibid.*, párr. 226.

(67) *Ibid.*, párrs. 230/233.

REDRESS siempre consideró necesario para que la investigación pueda proceder con la debida diligencia.

Igualmente, en marzo de 2014, una pequeña ceremonia fue organizada en la Embajada de Chile en Londres con el objetivo de darle al señor García Lucero su compensación por daño moral. Esta ceremonia tuvo gran significado para él y su familia. El embajador encargado leyó unas palabras muy sentidas, en las cuales pidió disculpas por lo que pasó, pero también aplaudió la lucha del señor García Lucero de tantos años.<sup>(68)</sup> El señor García Lucero recalcó en dicha oportunidad que lo importante es que estos actos no se vuelvan a repetir nunca más.

---

---

(68) Palabras disponibles en: <http://www.redress.org/downloads/garcia-espanol-2.pdf>



# Personas defensoras del medio ambiente

## Obligación de investigar violaciones de derechos humanos

CORTE IDH, “CASO LUNA LÓPEZ vs. HONDURAS”  
(FONDO, REPARACIONES y COSTAS),  
SENTENCIA de 10 de OCTUBRE de 2013, SERIE C N° 269

por **ALEJANDRA NUÑO**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

Hace más de quince años, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos,<sup>(2)</sup> con el fin de reconocer el importante aporte que las y los defensores de derechos humanos dan a la sociedad, y también recordar las obligaciones que tienen los Estados de garantizar su labor.

.....

(1) Licenciada en Derecho (Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente —ITESO— en Guadalajara). Máster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Essex). Cuarta Visitadora General de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal —CDHDF— en la Ciudad de México. Ex Directora del Programa para Centroamérica y México, CEJIL. Actualmente es consultora independiente.

(2) Naciones Unidas, Asamblea General, Resolución A/RES/53/144, 9 de diciembre de 1998.

En muchos de los países del continente, el contenido de esa Declaración sigue siendo una utopía para quienes, día a día, se enfrentan al abuso de poder.<sup>(3)</sup> En el caso hondureño, diversos factores hacen que los/as defensores/as se encuentren en un mayor riesgo.

El caso “Luna” no solo es fundamental para seguir sentando precedentes en relación con la protección de quienes defienden el medio ambiente, sino para el establecimiento de políticas públicas que trasciendan la protección de una sola persona y se centren en las personas y colectivos defensores de derechos humanos, con independencia de los temas y derechos que reivindican.

En el presente artículo se abordarán temas relacionados con los hechos del caso, las violaciones de derechos humanos del mismo y las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana en el presente caso.

## 2 | Los hechos del caso

### 2.1 | La situación de las personas defensoras del medio ambiente

El tema nodal que trata el caso de Carlos Luna es el de la protección de quienes defienden el medio ambiente. Si bien la Corte ya se había pronunciado en un caso similar respecto del asesinato de la defensora ambientalista Blanca Jeannette Kawas,<sup>(4)</sup> el hecho de que el tribunal haya conocido de un caso con características similares demuestra que, en muchas

.....

(3) El Tribunal Interamericano determinó que el “... reconocimiento del trabajo realizado por la defensa del medio ambiente y su relación con los derechos humanos cobra mayor vigencia en los países de la región, en los que se observa un número creciente de denuncias de amenazas, actos de violencia y asesinatos de ambientalistas con motivo de su labor...”. Ver CORTE IDH, “Caso Luna López vs. Honduras” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C N° 269, párr. 123.

(4) Dadas las similitudes con el caso del asesinato de Blanca Jeannette Kawas Fernández, la representación de las víctimas solicitó a la Corte que se reprodujera cierta prueba de ese caso en tanto servía para el litigio del caso “Luna”. De acuerdo con la sentencia, “el Presidente de la Corte autorizó la incorporación del peritaje de la ex Fiscal Especial del Medio Ambiente Clarisa Vega, rendido en el “Caso Kawas Fernández vs. Honduras”, así como la documentación presentada ante la Corte por la referida perita como soporte de su peritaje”, *ibid.*, párr. 11.

ocasiones, se necesitará más de un caso para lograr vencer la inercia y los obstáculos estructurales del Estado en relación con diversas problemáticas.

Así, en el caso Luna, la Corte se refirió a la situación de vulnerabilidad de quienes defienden el derecho a un medio ambiente sano en Honduras. También, la Corte recapituló sobre los asesinatos a defensores ambientalistas y los patrones en los asesinatos:

“... En Honduras, entre los años 1991 y 2011, se produjeron al menos 16 muertes de defensores ambientalistas, cinco ocurrieron entre los años de 1991 y 1998, con anterioridad a la muerte de Carlos Luna López; y 10 ocurrieron posteriormente, entre los años 2001 a 2011. Cabe señalar que en el Departamento de Olancho, posteriormente a la muerte de Carlos Luna, ocurrieron ocho muertes más de defensores ambientalistas, entre los años 1998 a 2011. De acuerdo con lo dicho por el perito Juan Antonio Mejía Guerra durante la audiencia pública celebrada en este caso, dichas muertes ‘tiene[n] en común el hecho de que se realiza[ron] en lugares y con organizaciones y personas que t[enían] enfrentamientos directos con empresas que t[enían] grandes intereses económicos sea sobre el bosque, sea sobre las aguas, sobre los suelos o sobre las minas’”.<sup>(5)</sup>

En base a la prueba del caso, “la Corte constata que al momento de la muerte del señor Luna López existía en Honduras una situación de especial riesgo contra la vida de defensores ambientalistas, la cual se agravó en los años posteriores a su muerte y durante la investigación de los hechos”.<sup>(6)</sup>

## 2.2 | ¿Quién era Carlos Luna?

Carlos Luna era una persona comprometida con la defensa del medio ambiente. Fue colaborador de varias organizaciones de derechos humanos y también había ocupado varios puestos en el servicio público.

En 1997 fue electo regidor del Municipio de Catacamas (Departamento de Olancho). En 1998 el alcalde de esa entidad lo nombró integrante de

(5) *Ibid.*, párr. 20.

(6) *Ibid.*, párr. 21.

la Comisión de Medio Ambiente de la Municipalidad y unos meses después lo designaron “Jefe de la Unidad Ambiental de Catacamas bajo la recomendación de que revisara todos los títulos ejidales del Municipio, la cantidad de derechos que ostentaba la Municipalidad e investigara las subastas de madera que la Alcaldía realizaría próximamente”.<sup>(7)</sup>

En virtud de la congruencia que siempre mantuvo y de la denuncia de la corrupción y de la explotación ilegal del bosque para el aprovechamiento forestal ilegal, Carlos Luna sufrió diversas amenazas, las cuales fueron comunicadas a su familia, amigos y a las autoridades municipales de Catacamas. Una de ellas —realizada con una pistola por el empresario maderero y ganadero José Ángel Rosa— fue denunciada ante las autoridades correspondientes, las cuales ni siquiera levantaron un acta, en tanto lograron una conciliación entre las partes, pues el agresor le había pedido una disculpa a la víctima “y manifestó que se encontraba en estado de ebriedad”.<sup>(8)</sup>

Luego de ello, lo volvieron a intimidar<sup>(9)</sup> en una ocasión, con una pistola,<sup>(10)</sup> y con llamadas telefónicas en las que lo amenazaban de muerte a él y a su familia. También tuvo conocimiento de que existía un plan para asesinarlo<sup>(11)</sup> y que se había fijado un precio para que lo asesinaran.<sup>(12)</sup>

### 2.3 | El asesinato de Carlos Luna

El 18 de mayo de 1998, aproximadamente a las 22:45 horas, Carlos Luna López y Silvia Gonzales fueron heridos por dos jóvenes, luego de que salían de una sesión de la Corporación Municipal de Catacamas. Luego de varios intentos por brindarles atención hospitalaria, Silvia Gonzales fue trasladada a Tegucigalpa pero, en el caso de Carlos Luna, el médico del Hospital San Francisco de Juticalpa les informó que había fallecido.

(7) *Ibid.*, párr. 26.

(8) *Ibid.*, párr. 28.

(9) *Ibid.*, párrs. 31 y 34.

(10) *Ibid.*, párr. 32.

(11) *Ibid.*, párr. 33.

(12) *Ibid.*, párr. 35.

Posteriormente, el médico extrajo el proyectil de la espalda de la víctima y se lo entregó a su hijo César Augusto Luna Valle. Luego, los familiares recibieron el cuerpo y lo trasladaron a la casa de su madre.

Por su parte, dos de los regidores municipales denunciaron los hechos y, junto con un teniente de la Policía Nacional, volvieron al lugar del atentado a recolectar los casquillos.<sup>(13)</sup>

Al día siguiente, el Juzgado de Paz de lo Criminal de Catacamas instruyó las averiguaciones correspondientes a los hechos cometidos, pero nunca se aseguró la escena del crimen, la cual fue contaminada por peatones y vehículos. Se hicieron diligencias de inspección ocular, se entrevistó a los hijos de Carlos Luna y a las 9:45 horas de ese día se hizo el "levantamiento del cadáver" mientras se llevaba a cabo el velatorio del Sr. Luna, al que nunca se le practicó la necropsia correspondiente.

El 23 de julio de 1998 los agentes de investigación remitieron un informe al fiscal correspondiente, en el cual identificaban a Oscar Aurelio Rodríguez Molina como uno de los autores materiales de los hechos.<sup>(14)</sup> Luego de haber declarado y sido identificado positivamente por uno de los testigos presentes en el lugar de los hechos, fue procesado y sentenciado a 20 años de prisión por el asesinato del señor Carlos Luna López y a siete años de reclusión por el delito de lesiones gravísimas en perjuicio de la señora Silvia Gonzales.

Durante el proceso penal seguido en su contra, el Sr. Rodríguez Molina rindió una declaración en la que acusó a cuatro personas más de haber sido los responsables del asesinato de Carlos Luna, en virtud de que este había decomisado madera a uno de los involucrados en el homicidio. Una vez condenado, Oscar Rodríguez Molina declaró en varias oportunidades en el Juzgado de Letras, manifestando que lo querían asesinar. Posteriormente, luego de haber sido trasladado del Módulo de Diagnóstico a las Celdas de Máxima Seguridad de "Escorpión", el 28 de junio de 2006, el señor Oscar Aurelio Rodríguez Molina fue asesinado en la celda 25 de ese módulo mediante disparos de arma de fuego.<sup>(15)</sup>

(13) *Ibid.*, párrs. 39/46.

(14) *Ibid.*, párrs. 47/53.

(15) *Ibid.*, párrs. 58/72.



Aparte del proceso contra el Sr. Rodríguez Molina, en febrero y marzo de 2001, el Juzgado de Letras de Catacamas giró orden de captura en contra de los imputados Ítalo Iván Lemus, Marcos Morales, Wilfredo de Jesús Pérez y Jorge Chávez. Este último se presentó de manera voluntaria ante el Juzgado y, tras rendir su declaración, fue liberado provisionalmente porque el Juzgado no encontró elementos de convicción para vincularlo al crimen. Ante ello, el fiscal del caso presentó el recurso de apelación, el cual fue concedido.

En tal proceso se rindieron declaraciones, se realizaron audiencias de ca-reos, inspecciones judiciales y, luego de ello, se aprobaron dos excusas realizadas por los diferentes titulares del Juzgado de Paz de lo Criminal de Catacamas.<sup>(16)</sup>

De nueva cuenta, el juzgado quiso exonerar al Sr. Jorge Chávez al revocar el auto de formal prisión dictado. No obstante ello, la Corte Tercera de Apelaciones ordenó revocar tal resolución e hizo énfasis en las diversas irregularidades cometidas en esa causa penal. Una vez que se reanudó el proceso, después de esa pausa y por el cambio de juzgadora en la causa, Jorge Chávez fue absuelto y, después de una apelación presentada, fue sentenciado a 17 años de prisión por el asesinato de Carlos Luna y a siete años y dos meses por el intento de homicidio en perjuicio de Silvia Gonzales. No obstante ello, tras una apelación presentada, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema lo absolvió de toda culpa.<sup>(17)</sup>

En relación con el tercer imputado José Ángel Rosa, el Juzgado de Letras decretó su libertad provisional tras considerar que no existía prueba que lo incriminara como partícipe del asesinato de Carlos Luna López y decretó el sobreseimiento definitivo del mencionado encausado José Ángel Rosa. Al igual que en las otras causas, tras la apelación correspondiente, el 1º de noviembre de 2007 la Corte Tercera de Apelaciones “declaró con lugar el recurso de apelación interpuesto y ordenó que se dictase nuevamente el auto de prisión por los delitos que se le imputaban. No hay constancia en el expediente sobre el cumplimiento de dicho

.....  
(16) Las excusas se fueron por posibles conflictos de interés en la causa, así como por presiones a los jueces y falta de protección por parte de la Suprema Corte de Justicia. *Ibid.*, párrs. 81 y 83.

(17) *Ibid.*, párrs. 73/87.

auto de prisión".<sup>(18)</sup> Finalmente, en junio de 2008 el señor José Ángel Rosa fue asesinado frente a su residencia en Catacamas por un supuesto "ajuste de cuentas".

Respecto del cuarto imputado, Ítalo Iván Lemus, el Juzgado de Letras emitió una sentencia absolutoria pero, luego de una apelación el 4 de junio de 2010, la Corte Tercera de Apelaciones de Francisco Morazán resolvió condenarlo a 18 años de reclusión por el asesinato de Carlos Luna López y a ocho años y ocho meses de reclusión por tentativa de homicidio en perjuicio de Silvia Gonzales. No obstante ello, hasta la fecha de la sentencia de la Corte Interamericana el Sr. Lemus seguía libre, y fue hasta el 20 de febrero de 2013 cuando el Juzgado de Letras emitió orden de captura en su contra.

Finalmente, respecto de los presuntos autores intelectuales del homicidio (Alberto Isidoro Cáliz, Fredy Noel Salgado "Guifarro", Alejandro Fredy Salgado Cardona y Adán Orellana),<sup>(19)</sup> el 27 de septiembre de 2004 se solicitó la emisión de órdenes de capturas en contra, pero el Juzgado de Letras declaró sin lugar la emisión de las mismas.

En total, "... en los procesos judiciales anteriormente reseñados se presentaron 10 cambios de Fiscales y 14 cambios de jueces de primera instancia".<sup>(20)</sup>

### 3 | Violaciones de derechos humanos declaradas

La Corte Interamericana se pronunció sobre las violaciones a los derechos a la vida (art. 4º), a la integridad personal (art. 5º), a los derechos políticos (art. 23), a las garantías judiciales (art. 8º) y a la protección judicial (art. 25).

(18) *Ibid.*, párr. 94 *in fine*.

(19) Vale mencionar que Alejandro Fredy Salgado Cardona era el alcalde de Catacamas en esos momentos, mientras que Lincoln Figueroa era diputado.

(20) CORTE IDH, "Caso Luna López vs. Honduras" (Fondo, Reparaciones y Costas), fallo cit., párr. 109.

## 3.1 | Las violaciones de derechos humanos declaradas por la Corte

### 3.1.1. Violaciones al derecho a la vida

En relación con el derecho a la vida, la Corte IDH determinó que “no se acreditó la responsabilidad de agentes del Estado en el asesinato de Carlos Luna López, lo que en todo caso derivó en la responsabilidad del Estado por la violación de la obligación de ‘garantizar’ su derecho a la vida y no así de la obligación de ‘respetar’ dicho derecho”.<sup>(21)</sup>

Ahora bien, respecto de la obligación de garantía del derecho a la vida, la Corte recordó que este involucra el deber de prevención (implicando, “en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos”) y de indemnización a las víctimas de violaciones de derechos humanos. En tal sentido, la Corte también hizo mención del estándar en relación con el deber de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí, los cuales “se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”.<sup>(22)</sup>

La Corte volvió a reafirmar los elementos del test respecto del deber de prevención frente a situaciones de riesgo real e inmediato, el cual consiste en: a) la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados; b) el hecho de que las autoridades conocían o debían tener conocimiento; c) que las autoridades no adoptaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones; y d) que, a través de una análisis razonable, tales autoridades podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo.<sup>(23)</sup>

Aunado a ello, la Corte recalcó la especial obligación que tienen los Estados de garantizar los derechos de las personas defensoras del medio ambiente. En palabras de la Corte,

“... La Corte considera que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para garan-

(21) *Ibid.*, párr. 144.

(22) *Ibid.*, párr. 120.

(23) *Ibid.*, párr. 124.

tizar el derecho a la vida de aquellas personas que se encuentren en una situación de especial vulnerabilidad, especialmente como consecuencia de su labor, siempre y cuando el Estado tenga ‘conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo’. A su vez, los Estados deben facilitar los medios necesarios para que las personas defensoras de derechos humanos o que cumplan una función pública respecto de la cual se encuentren amenazados o en situación de riesgo o denuncien violaciones a derechos humanos, puedan realizar ‘libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; generar las condiciones para la erradicación de violaciones por parte de agentes estatales o de particulares; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad’.”<sup>(24)</sup>

La Corte concluyó que el caso de Carlos Luna se enmarcaba dentro del test anterior. En ese sentido, las amenazas de muerte no solo fueron denunciadas ante el Ministerio Público, sino ante las autoridades municipales de Catacamas, y ninguno de ellos actuó en consecuencia para prevenir futuras amenazas y el asesinato del Sr. Luna.

En tal sentido, la valoración de la Corte fue que, aun sabiendo de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato en los que se encontraba Carlos Luna, el fiscal correspondiente no adoptó las medidas necesarias en el ámbito de sus atribuciones para prevenir o evitar ese riesgo, y tampoco avanzó en una investigación diligente para eliminar el riesgo desde su raíz. Lo anterior, en virtud de varias cuestiones: primero, porque no inició una investigación diligente en relación con las amenazas denunciadas; segundo, porque la labor de conciliación planteada minimizaba la situación de riesgo en la que se encontraba la víctima;<sup>(25)</sup> tercero, porque identificaron

(24) *Ibid.*, párr. 123.

(25) La Corte estimó que “Además de no conducir una investigación preliminar sobre el delito de amenaza, el Fiscal no actuó con la debida diligencia para proteger la vida del señor Luna López, sino que por el contrario realizó un acto informal no previsto en el ordenamiento interno, sin ningún tipo de registro o supervisión”. Por tanto, “la reunión realizada como

con diligencia el riesgo<sup>(26)</sup> y tampoco le brindaron protección al señor Luna para que continuara realizando su labor en condiciones seguras.

La Corte también enfatizó la importancia de la adopción de medidas de protección para defensores y defensoras de derechos humanos en riesgo, cuestión de mucha actualidad en nuestra región:

"El Estado no cumplió con su deber de prevenir la vulneración de sus derechos a través de la adopción de medidas oportunas y necesarias de protección. La Corte resalta que, ante la amenaza de muerte sufrida por el señor Luna López, el Estado debió maximizar esfuerzos y utilizar todos los recursos disponibles y pertinentes para preservar su vida, entre otros, a través del otorgamiento de medidas de seguridad y protección personal para continuar desarrollando su trabajo, así como realizar las gestiones necesarias para investigar de manera inmediata y efectiva todas las amenazas recibidas".<sup>(27)</sup>

### 3.1.2. La integridad personal de los familiares

Al igual que en otros casos, una de las alegaciones sobre la responsabilidad internacional del Estado tenían que ver con las afectaciones de los familiares por las violaciones de derechos humanos cometidas en el caso.

Dado que la Corte no encontró violaciones a los derechos previstos por los arts. 8° y 25 de la Convención Americana (ver *infra*), la Corte vinculó el derecho a la integridad personal de los familiares no solo con la falta de justicia total en el caso, sino con la violación al derecho a la vida de su familiar. En ese sentido, reconoció "que si bien no se ha demostrado el

.....  
intento conciliatorio por el Ministerio Público no podría ser considerada un mecanismo idóneo de respuesta frente a la amenaza mortal y al riesgo calificado en contra del señor Luna López". *Ibid.*, párrs. 133 *in fine* y 134.

(26) De acuerdo con el tribunal, "corresponde a las autoridades estatales que toman conocimiento de una situación de riesgo especial, identificar o valorar si la persona objeto de amenazas y hostigamientos requiere de medidas de protección o remitir el asunto a la autoridad competente para hacerlo, así como ofrecer a la persona en riesgo información oportuna sobre las medidas disponibles". Así, "en el presente caso, la Corte constata que el señor Luna López denunció la amenaza de muerte recibida ante el Ministerio Público, de manera que cumplió con su obligación de activar los órganos responsables por ofrecer una respuesta al riesgo que enfrentaba". *Ibid.*, párr. 127.

(27) *Ibid.*, párr. 137 *in fine*.

incumplimiento en el deber de respeto del derecho a la vida del señor Luna López el sufrimiento padecido por los familiares se ha derivado precisamente de su muerte, respecto de la cual el Estado omitió garantizar, a través del incumplimiento del deber de prevención”.<sup>(28)</sup>

## 3.2 | Las violaciones de derechos humanos no reconocidas por la Corte

En el fallo “Luna vs. Honduras”, la Corte no encontró elementos para pronunciarse respecto de las violaciones a los derechos políticos de Carlos Luna (art. 23), a su integridad personal (art. 5º), a las garantías judiciales (art. 8º) y a la protección judicial (art. 25).

En relación con el art. 23 de la Convención Americana, la Corte determinó que

“... En el presente caso no se acreditó una vulneración directa deliberada por parte del Estado a los derechos políticos de Carlos Luna López en relación con su labor como Regidor Municipal y defensor del medio ambiente. Por el contrario, la posible afectación a sus derechos políticos es consecuencia lamentable de su muerte, afectación que no necesariamente puede ser atribuible al Estado, para los efectos del presente caso. En este sentido, la Corte no encuentra demostrada la violación, por parte del Estado, de los derechos políticos del señor Luna López, previstos en el art. 23 de la Convención Americana”.<sup>(29)</sup>

El segundo tema que llama la atención es la falta de pronunciamiento por parte de la Corte de las alegaciones de la representación de las víctimas en relación a posibles violaciones al derecho a la integridad personal (previsto en el art. 5º de la Convención Americana) en virtud de las amenazas sufridas. La Corte, sin mayor motivación, se limitó a señalar que “no resulta necesario pronunciarse en el presente caso sobre otros alegatos que se refieren a los mismos hechos y que ya han sido analizados a la luz de otras obligaciones convencionales”.<sup>(30)</sup> Sin duda alguna, el desechamiento

(28) *Ibid.*, párr. 207.

(29) *Ibid.*, párr. 144.

(30) *Ibid.*, párr. 140 *in fine*.

de tal alegación sin vincularlo concreta o directamente a las alegaciones respecto de otros derechos analizados en la sentencia, no genera certeza jurídica para las partes (en este caso, para las víctimas del caso, y familiares de Carlos Luna), y tampoco da luces para que futuros litigantes aprendan respecto de los criterios que está sentando la Corte para futuros casos.

En tercer lugar, posiblemente uno de los temas de mayor preocupación en relación con esta sentencia tiene que ver con el análisis que hace la Corte Interamericana sobre las violaciones a los derechos a las garantías judiciales (art. 8º) y la protección judicial (art. 25), por lo que se abundará más al respecto.

De manera inicial, la Corte recordó su jurisprudencia respecto de la importancia de la debida diligencia en las investigaciones y que estas constituyen obligaciones de medios y no de resultados (no obstante, deberán avanzarse con seriedad y no como una mera formalidad destinada al fracaso). Así, aun cuando la Corte reconoció una serie de deficiencias en las investigaciones y diversos actos de amenazas y hostigamiento a diversos sujetos procesales,<sup>(31)</sup> estableció que estas debían valorarse en su conjunto y concluyó que, en el presente caso,

“La investigación de los hechos permitió recuperar y preservar material probatorio y determinar forma, lugar y momento del atentado. El Estado realizó múltiples diligencias durante la investigación preliminar para identificar a los presuntos autores del suceso, especialmente mediante la recolección de diversos testimonios que condujeron a la identificación de los presuntos autores materiales del crimen”.<sup>(32)</sup>

Una vez analizadas las distintas diligencias practicadas en los diferentes procesos penales encausados, la Corte concluyó lo siguiente:

“De lo anterior se desprende que los distintos procesos penales desarrollados para investigar los hechos del caso tuvieron

(31) La Corte consideró “que, si bien las presuntas amenazas fueron parcialmente denunciadas a las autoridades competentes en derecho interno y pudieron haber generado un ambiente de inseguridad entre los operadores de justicia y declarantes (...), no se acreditó en el presente caso que dichos incidentes impidieran que el proceso penal siguiera su curso”. *Ibid.*, párr. 174.

(32) *Ibid.*, párr. 166.

como consecuencia los siguientes resultados: i) condenar a penas privativas de libertad a dos autores materiales; ii) absolver a un presunto autor intelectual tras el fallo unánime de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia; iii) uno de los acusados, contra quien seguía el proceso penal como autor intelectual, fue asesinado y por tanto el proceso fue archivado. Respecto de otros presuntos responsables, **la Corte constata que a juicio de la autoridad competente se determinó que no se podían configurar elementos suficientes para atribuir participación de otras personas señaladas en los hechos investigados**".<sup>(33)</sup>

El análisis anterior puede resultar confuso en relación a la competencia que tiene la Corte Interamericana para analizar la responsabilidad del Estado demandado. El dejar al arbitrio de la autoridad judicial de un país determinado si se cumplieron o no los parámetros relativos al juzgamiento de una persona determinada, resulta complicado en contextos donde el poder económico tiene un peso preponderante en la política y la justicia.

Asimismo, en el presente caso, es riesgoso el análisis de la Corte si se toma en cuenta que el mismo tribunal reconoció (al igual que otras expertas internacionales)<sup>(34)</sup> la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las personas que defienden el medio ambiente en Honduras.

Adicionalmente, genera mayor preocupación la determinación de la Corte:

"En vista de la evaluación general del proceso, la Corte constata que el Estado realizó diversas diligencias con el fin de esclarecer los hechos y sancionar a los responsables. En relación con la

(33) *Ibid.*, párr. 186, el resaltado me pertenece.

(34) De acuerdo con el fallo, "además, la Corte observa que la entonces Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de derechos humanos, Hina Jilani, en su informe rendido en el año 2006, manifestó su preocupación respecto de "las violaciones al derecho a la vida, a la seguridad y a la integridad física y psíquica de los defensores de los derechos humanos en Honduras, en particular los activistas en la defensa del medio ambiente y los líderes indígenas que defienden los derechos de sus comunidades". En este mismo sentido se pronunció la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Margaret Sekaggya, en su informe de 13 de diciembre de 2012 sobre su misión a Honduras". *Ibid.*, párr. 22.



sentencia definitiva absolutoria a favor del presunto autor intelectual, dicha decisión no fue cuestionada ante este Corte, ya fuera por presentar vicios sustanciales, fraude procesal o cosa juzgada fraudulenta. Por tanto, de conformidad con las circunstancias particulares del caso, se aprecia que el sistema judicial del Estado operó mediante la investigación de los hechos y determinación de responsabilidades particulares, y quedó impedido de concluir otras responsabilidades, con motivo de la muerte de dos imputados. Lo anterior no impide que, de existir mayores elementos de prueba, la autoridad interna competente pueda determinar la continuación de la investigación y establecimiento de responsabilidades correspondientes, de conformidad con su legislación interna”.<sup>(35)</sup>

De la cita anterior pareciera que la Corte se da por satisfecha con el hecho de que las partes no cuestionaron las posibles violaciones procesales, dejando en segundo término la obligación del Estado de sancionar a todos los autores (materiales e intelectuales) del caso. Aquí la Corte no abundó en las alegaciones realizadas respecto de la falta de independencia judicial, reflejada en las decisiones que tomaron los jueces de paz y de primera instancia de favorecer la impunidad y liberar a los responsables.<sup>(36)</sup>

### 3.2.1. Test de la razonabilidad del plazo

Como es sabido, la Corte ha establecido desde su jurisprudencia más añeja que los elementos para valorar si una investigación se realizó en un plazo razonable son los siguientes: i) complejidad del caso; ii) la conducta de las autoridades; y iii) la actividad procesal de la parte interesada. De igual manera, desde hace varios años, la Corte añadió un cuarto elemento a ese test al reconocer el impacto que un posible retardo podría tener en las víctimas. De acuerdo con lo establecido por el Tribunal, también se debe tomar en cuenta “la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”.<sup>(37)</sup>

.....

(35) *Ibid.*, párr. 187.

(36) En el apartado de hechos, se dio especial atención a la actuación de las cortes de apelación y a la propia Suprema Corte de Justicia, que fueron las que revocaron las decisiones de los juzgadores de la jurisdicción de Catacamas, las cuales se encaminaban a determinar la no responsabilidad penal de los responsables en el caso.

(37) *Ibid.*, párr. 189.

En el caso “Luna”, la Corte hizo el presente análisis de los hechos:

“Respecto a la determinación de responsabilidad, la Corte considera que, tomando en cuenta la complejidad del caso, la condena del primer autor material en el año 2002, así como de la decisión final de absolución de Jorge Chávez ante la Suprema Corte el año 2006, se presentaron dentro de un período razonable. Por su parte, la reciente condena del segundo autor material presenta una mayor dilación, máxime que hasta la fecha no ha sido aún ejecutada la orden de aprehensión. No obstante, cabe señalar que en vista de que el imputado se encontraba prófugo de la justicia, fue deportado en el año 2008, y condenado en 2013, por lo que, tomando en cuenta dichas circunstancias, la Corte encuentra razonabilidad en el plazo. Respecto de la determinación de las demás personas señaladas en el proceso, las autoridades realizaron diversas diligencias, que desde el año 2004 concluyeron con la falta de elementos para establecer un enlace de participación en su contra”.<sup>(38)</sup>

Más aún, llama la atención la referencia que hace la Corte a la participación de los familiares del Sr. Luna en el proceso, sin que hubiera habido ningún obstáculo para ellos:

**“En relación con la actuación de los familiares de la víctima, si bien en este caso la investigación es un deber *ex officio* del Estado, las víctimas han asumido una posición activa en las investigaciones, poseían información valiosa sobre el asesinato y sus responsables. De la prueba aportada se desprende que participaron activamente en el proceso, sin obstaculizarlo ni que se les obstaculizara acceso al expediente, además de haber podido impulsar las actuaciones judiciales a través de diversos escritos y solicitudes formuladas por los fiscales que intervinieron en el caso, desde el inicio de las investigaciones y hasta últimas fechas”.**

Indudablemente, a partir de la cita anterior se puede generar el cuestionamiento respecto de si la Corte está cambiando su jurisprudencia en relación al deber de investigar de manera oficiosa las violaciones a los derechos a la vida, integridad y libertad, que tiene la finalidad de determinar

.....  
(38) *Ibid.*, párr. 193.

“la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando están o puedan estar involucrados agentes estatales”.<sup>(39)</sup> También sería importante ponderar si hubo otras valoraciones dentro del proceso que fueron fundamentales para que la Corte tuviera ese convencimiento, y que las otras partes no necesariamente avalaron.<sup>(40)</sup>

Posiblemente la alusión en esa cita está de más ya que, si bien es importante reconocer el derecho de los familiares de participar de manera activa en el proceso, la valoración que debe hacer la Corte tiene que ver con la diligencia con que se avanzó en el mismo.

Finalmente, el último aspecto que llama a la reflexión es el relativo al cuarto elemento que conforma el plazo razonable, relativo a la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de las personas involucradas. En este caso, la Corte concluyó que “no es necesario realizar el análisis del mismo en el presente caso para determinar la razonabilidad del plazo de las investigaciones aquí referidas”.<sup>(41)</sup> Con ello, la Corte estaría siendo inconsistente con lo sostenido en otro apartado del fallo<sup>(42)</sup> y también

(39) CORTE IDH, “Caso González y otras (‘campo algodoner’) vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C Nº 205, párr. 290 *in fine*.

(40) Por ejemplo, existe una nota en relación a la prueba para mejor resolver solicitada por la Corte con posterioridad a la audiencia del caso: “en relación con el informe de investigación de la Dirección General de Investigación Criminal de Honduras, solicitado por la Corte en audiencia pública y aportado por el Estado juntamente con sus alegatos finales escritos, los representantes adujeron que no tuvieron la oportunidad de analizarlo exhaustivamente y solicitaron a la Corte que “desestim[e] como parte del acervo probatorio aquellos documentos que reflejen hechos que no forman parte del marco fáctico establecido por la Comisión”.

“A este respecto, la Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que un caso contencioso es sustancialmente un litigio entre un Estado y un peticionario o presunta víctima, estas y también el Estado pueden referirse a hechos que permitan explicar, contextualizar, aclarar o desestimar los que han sido mencionados en el Informe de Fondo o bien, responder a las pretensiones de la otra parte, en función de lo que aleguen y la prueba que aporten, sin que ello perjudique el equilibrio procesal o el principio del contradictorio, pues las partes cuentan con las oportunidades procesales para responder a esos alegatos en todas las etapas del proceso”. Ver CORTE IDH, “Caso Luna López vs. Honduras” (Fondo, Reparaciones y Costas), fallo cit., párr. 13.

(41) *Ibid.*, párr. 195.

(42) En el apartado sobre el análisis de las violaciones al derecho a la integridad de los familiares del Sr. Luna, la Corte concluyó que:

estaría eliminando, en los hechos, ese cuarto elemento que justamente fue usado inicialmente, entre otros, en el caso del asesinato de la defensora ambientalista hondureña, Blanca Jeannette Kawas Fernández.<sup>(43)</sup>

## 4 | Reparaciones

Al igual que lo ha hecho en otras ocasiones, la Corte ordenó un acto de reconocimiento de responsabilidad internacional, las publicaciones del resumen de la sentencia en varios espacios,<sup>(44)</sup> las indemnizaciones por daños (material y moral), el pago de gastos y costas, y el otorgamiento del "tratamiento psicológico que requieran las víctimas, previo consentimiento informado y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión gratuita de medicamentos. Asimismo, los tratamientos respectivos deberán prestarse, en la medida de lo posible, en los centros más cercanos a sus lugares de residencia".<sup>(45)</sup>

Por otra parte, dado que la Corte no encontró violaciones a los arts. 8º y 25 de la Convención Americana, no determinó la prosecución de las investigaciones en el ámbito interno.<sup>(46)</sup> Tampoco decretó el cambio de la denominación del Parque Nacional Patuca con el nombre de Carlos Luna y no ordenó la práctica o modificación de protocolos de investigación,

.....

"... la falta de prevención del Estado para garantizar el derecho a la vida del señor Luna López, las secuelas a nivel psicológico, personal y emocional derivadas de su muerte, la situación de riesgo persistente en el caso, agravado por las amenazas sufridas por familiares, así como ciertas irregularidades ocurridas durante la sustanciación de las diligencias iniciales en la investigación, han provocado en los familiares del señor Luna López sufrimiento y angustia, además de un sentimiento de inseguridad, frustración e impotencia, afectando así su integridad psíquica y moral". Ver *ibid.*, párr. 212.

(43) CORTE IDH, "Caso Kawas Fernández vs. Honduras" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C N° 196, párr. 112 *in fine*.

(44) La Corte ordenó publicar "a) el resumen oficial de la presente sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el diario oficial; b) el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en un diario de amplia circulación nacional, y c) la presente Sentencia en su integridad, disponible, por un período de un año, en un sitio web oficial adecuado de Honduras". Ver CORTE IDH, "Caso Luna López vs. Honduras" (Fondo, Reparaciones y Costas), fallo cit.

(45) *Ibid.*, párr. 224.

(46) *Ibid.*, párr. 218.

aun cuando durante las primeras etapas de las investigaciones internas se cometieron irregularidades fundamentales.

No obstante, el avance más importante en materia de reparaciones tiene que ver con el establecimiento de una política pública integral a favor de los/as defensores/as de derechos humanos. De acuerdo con la Corte,

“Sobre esta materia, la Corte toma nota de lo referido por el perito Luis Enrique Eguren en el sentido que “[c]uando existe un contexto general de riesgo para el ejercicio de la defensa de los derechos humanos, es el momento de desarrollar una política pública para reducir dicho riesgo y promover y proteger el derecho (y el deber) de defender los derechos humanos. Asimismo, observa que de acuerdo con su pericia, una política pública para la protección de los defensores de derechos humanos, dentro de estos los defensores del medio ambiente, debe contemplar al menos los siguientes requisitos:

- a) La participación de defensores de derechos humanos, organizaciones de la sociedad civil y expertos en la elaboración de las normas que puedan regular un programa de protección al colectivo en cuestión;
- b) El programa de protección debe abordar de forma integral e interinstitucional la problemática de acuerdo con el riesgo de cada situación; y adoptar medidas de atención inmediata frente a denuncias de defensores;
- c) La creación de un modelo de análisis de riesgo que permita determinar adecuadamente el riesgo y las necesidades de protección de cada defensor o grupo;
- d) La creación de un sistema de gestión de la información sobre la situación de prevención y protección de los defensores de derechos humanos;
- e) El diseño de planes de protección que respondan al riesgo particular de cada defensor y a las características de su trabajo;
- f) La promoción de una cultura de legitimación y protección de la labor de los defensores de derechos humanos; y

g) La dotación de los recursos humanos y financieros suficientes que responda a las necesidades reales de protección de los defensores de derechos humanos".<sup>(47)</sup>

## 5 | Consideraciones finales

La situación que tienen las personas defensoras de derechos humanos en nuestro hemisferio es muy delicada. La lucha por un medio ambiente sano implica que muchas personas se enfrenten a importantísimos sectores de poder económico que, en colisión con el poder político, les ponen en un riesgo muy alto. El caso "Luna" ha evidenciado esta situación, al reiterarse la importancia de los/as defensores/as del medio ambiente y al haberse ordenado una política pública a favor de los mismos.

No obstante ello, este caso también invita a la reflexión en relación a los estándares que la Corte está sentando respecto de la obligación de investigar violaciones de derechos humanos. En algunos aspectos, parecería que se ha iniciado un retroceso en relación con estándares fijados desde hace varios años y que, siempre respetando el principio de equilibrio procesal, se centraban en la lucha contra la impunidad como una de las formas más importantes de eliminar de raíz la causa que había generado la violación de derechos humanos.

Lo anterior tiene mayor importancia si se toma en cuenta la existencia de patrones de violaciones de derechos humanos que aún persisten en muchos países y la importancia de derrocar los poderes fácticos que tienen especial fuerza en Estados débiles. Una valoración que tenga en su centralidad a las víctimas de violaciones de derechos humanos y los principios *pro persona* y *iura novit curia*, pueden dar la certeza, pero también la verdad, justicia y reparación que se busca en estos casos. Sin duda alguna, todos los actores que participan en el proceso contencioso ante la Corte tienen retos para que el Sistema Interamericano siga siendo reconocido por su vocación protectora a favor de las víctimas.

---

.....  
<sup>(47)</sup> *Ibid.*, párr. 243.



# Derechos de las personas privadas de la libertad

CIDH, INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD EN HONDURAS, 18 de MARZO de 2013

por **EDY TÁBORA**<sup>(1)</sup>

## I | Contexto de la visita y el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

### I.I | Antecedentes

El informe denominado Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de las personas privadas de libertad en Honduras<sup>(2)</sup> (en adelante Informe PPL en Honduras) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), se efectuó haciendo uso de su mandato,<sup>(3)</sup> y como corolario del monitoreo que efectuó la Relatoría sobre la situación de las personas privadas de libertad, que

.....

(1) Abogado hondureño, con estudios de Maestría en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por la Universidad de Alcalá, España. Trabaja actualmente en el Centro de Prevención, Tratamiento y Rehabilitación de las Víctimas de la Tortura y sus Familiares (CPTRT) que tiene su oficina en ciudad de Tegucigalpa, capital de Honduras.

(2) Doc.: OEA/Ser.L/V/II.147, doc. 6 de fecha 18 marzo 2013, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

(3) De conformidad con el artículo 106 de la Carta de Organización de los Estados Americanos.



realizó una visita de trabajo a Honduras del 23 al 27 de abril de 2012, para verificar la realidad general del sistema penitenciario hondureño y emitir recomendaciones al Estado. Este fue un seguimiento de las condiciones de las personas privadas de libertad (en adelante, PPL) en el país centroamericano, que desde hacía algunos años venía realizando la CIDH<sup>(4)</sup> y por la preocupación<sup>(5)</sup> que generaba la grave crisis estructural de los centros penitenciarios en Honduras. Es uno de los informes más importantes sobre las masivas violaciones a derechos humanos (en adelante, DDHH) de las PPL en Honduras, que una vez más presenta la situación cada vez peor del Sistema Penitenciario. Ya en otras ocasiones, los órganos de protección de DDHH del Sistema Interamericano<sup>(6)</sup> y los órganos del Sistema Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas,<sup>(7)</sup> han venido

(4) Comunicado de prensa N° 26/04 de fecha 4 de diciembre de 2004, luego de la visita de trabajo a Honduras en conjunto con UNICEF titulado: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y UNICEF expresan preocupación por la situación de los niños, niñas y adolescentes vinculados a pandillas o maras en El Salvador, Guatemala y Honduras (véase párr. 99 del Informe PPL en Honduras); Comunicado de prensa N° 02/06 de fecha 6 de enero de 2006: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresa preocupación por los hechos violentos registrados en la penitenciaría de Honduras (véase párr. 99 del Informe PPL en Honduras); Comunicado de prensa N° 20/08 de fecha 8 de mayo de 2008: CIDH lamenta muertes violentas en cárceles de Honduras (véase párr. 101 del Informe PPL en Honduras); Comunicado de prensa N° 19/12 de fecha 15 de febrero de 2012: CIDH deplora muertes en incendio en cárcel de Honduras; Comunicado de prensa N° 43/12 de fecha 27 de abril de 2012: Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad constata graves deficiencias estructurales en cárceles de Honduras (todos estos comunicados se encuentran en la página web de la CIDH). El 22 de octubre de 2010, la CIDH adoptó el informe de Fondo N° 118/10 relativo al incendio en la Penitenciaría de San Pedro Sula en fecha 17 de mayo de 2004, en el cual murieron 107 personas, caso identificado como: CIDH, Informe N° 118/10, Caso 12.680, Fondo, Rafael Arturo Pacheco Teruel y otros, Honduras, 22 de octubre de 2010, [en línea] <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.680Esp.pdf> (véase párr. 102 Informe PPL en Honduras).

(5) Véase párr. 3 del Informe PPL en Honduras.

(6) La misma CIDH (ver cita número 4) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de los casos: CORTE IDH, "Caso López Álvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)", sentencia de 1° de febrero de 2006 (véase párr. 100 del informe PPL en Honduras); CORTE IDH. "Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras" (Fondo, Reparaciones y Costa), sentencia de 27 de abril de 2012 (véase párr. 102 del informe PPL en Honduras).

(7) El Comité Contra la Tortura: CAT, Examen de los Informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 19 de la Convención, Observaciones Finales, Honduras, CAT/C/HND/CO/1, 23 de junio de 2009, párrs. 14, 16 y 17 (véase párr. 108 del informe PPL en Honduras). El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: SPT, Informe sobre la visita a Honduras del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes realizada entre el 13 al 22 de septiembre de 2009, CAT/OP/HND/1, 10 de febrero de 2010 (véase párr. 109 del informe PPL en Honduras); Informe del Subcomité para la Prevención de la Tortura

refiriéndose constantemente a la situación de graves deficiencias estructurales que padece el sistema penitenciario hondureño, ya a través de sus sentencias, resoluciones o informes.

El hecho más inmediato que motivó la visita de la CIDH de manera urgente fue lo sucedido el 4 de febrero de 2012, cuando en la Penitenciaría Nacional de Comayagua un incendio produjo la muerte de 362 personas y destruyó la mitad de las celdas del establecimiento penal.<sup>(8)</sup> Pero este hecho alarmante no ha sido el único en el que por acción u omisión el Estado hondureño transgrede los derechos más elementales de los internos como es el derecho a la vida e integridad física.<sup>(9)</sup>

## 1.2 | Objetivos que la CIDH se planteó con el Informe

En la visita a Honduras, el Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad (en adelante el Relator PPL) de la CIDH a Honduras, identificó y constató graves deficiencias estructurales en los establecimientos carcelarios que han conducido a su colapso y a una situación generalizada de violación de derechos humanos, que resultan incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.<sup>(10)</sup> Por lo que el Informe desarrolla los principales puntos de preocupación identificados por el Relator PPL. Estos son: a) la delegación del control interno de los centros

.....  
y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes sobre su visita de asesoramiento al Mecanismo Nacional de Prevención de Honduras CAT/OP/HND/R.3 de 17 de septiembre de 2012, luego de la visita del 30 de abril al 4 de mayo de 2012; Comité de Derechos Humanos: examen de los Informes presentados por los estados partes con arreglo al artículo 40 del pacto. Observaciones finales. CCPR/C/HND/CO/1, 13 de diciembre de 2006 párrs. 14 y 15 (véase párr. 107 del informe PPL en Honduras); Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, Informe del Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, misión a Honduras, A/HRC/4/40/Add.4, diciembre 2006, párrs. 61/67 (ver párr. 106 del Informe PPL en Honduras).

(8) Para más detalles ver el comunicado de prensa N° 19/12 de la CIDH, véase: nota 4.

(9) Tal como lo señala el citado Informe: Incendio en el Centro Penal de San Pedro Sula en mayo de 2004 en el cual murieron 107 internos (véase párr. 43 del informe PPL en Honduras). El 5 de abril de 2003 se produjo un grave incidente de violencia en la Penitenciaría Nacional de El Porvenir en la ciudad costera La Ceiba en el que murieron 69 persona (véase párr. 43 del Informe PPL en Honduras). Otros hechos de graves transgresiones a los DDHH la CIDH los cita entre los párr. 43 al 47 del Informe PPL en Honduras, hechos previos y posteriores a la visita del Relator PPL.

(10) Ver Comunicado de prensa N° 43/12, *op. cit.*, nota 4.

penitenciarios a los propios reclusos; b) el hacinamiento; c) la falta de presupuesto y de un marco normativo adecuado; d) el personal penitenciario; e) la falta de separación por categorías; y f) la situación de la Penitenciaría Nacional de Comayagua en el contexto del incendio ocurrido el 14 de febrero de 2012.<sup>(11)</sup>

## 2 | Análisis de la situación de las personas privadas de libertad en Honduras y de las obligaciones internacionales del Estado en la materia

### 2.1 | Posición especial de garante del Estado hondureño sobre las personas privadas de libertad

No es la primera vez que la CIDH le recuerda al Estado hondureño sus obligaciones jurídicas —ya sean obligaciones positivas u obligaciones negativas— respecto de las PPL,<sup>(12)</sup> en esta ocasión la CIDH le recuerda al Estado:

“De acuerdo con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado —y con su propio ordenamiento constitucional—, éste se encuentra en una posición especial de garante frente a las personas privadas de libertad bajo su jurisdicción, lo que implica un compromiso específico y material de adoptar las medidas necesarias para asegurar el respeto y garantía de los derechos fundamentales de los reclusos”.<sup>(13)</sup>

.....

(11) Informe PPL en Honduras.

(12) Desde 1995 la CIDH ya le establecía al Estado hondureño sus obligaciones de respeto, protección y garantía del goce de los DDHH de las personas privadas de libertad: “Es decir, que el Estado, al privar de libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física...”, véase: Informe N° 41/99, Caso 11.491, Menores Detenidos Honduras, 10 de marzo de 1999, párr. 135, [en línea] <http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/Honduras11.491.htm>

(13) Ver Informe PPL en Honduras, párr. 73

En la normativa interna hondureña, principalmente en la Constitución de la República,<sup>(14)</sup> encontramos disposiciones generales dirigidas a tutelar los derechos a la vida e integridad personal de toda persona y algunas de ellas hacen referencia específica al respeto de este derecho de las personas en condición de encierro o en custodia.<sup>(15)</sup> La CIDH en el párr. 26 del informe PPL en Honduras expresa que las “graves deficiencias estructurales en los establecimientos carcelarios que han conducido a su colapso y a una situación generalizada de violación de DDHH es incompatible con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado”. Entre estas obligaciones están las derivadas de los tratados ratificados por Honduras que contienen normas de los DDHH en general de la persona humana y normas que contienen disposiciones en concreto aplicables a la tutela de los derechos de PPL. En el ámbito regional están: la Convención Americana sobre Derechos Humanos —desde el 18 de julio de 1978—; la Convención Interamericana sobre desaparición Forzada de Personas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará” —desde el 07 de noviembre de 2005—. En el ámbito universal están: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —desde el 25 de agosto de 1997—; la Convención sobre los Derechos del Niño —desde el 10 de agosto 1990—; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —desde el 5 de diciembre de 1996— y su Protocolo Facultativo —desde el 26 de junio de 2006—.

## 2.2 | Deber del Estado de ejercer control interno de los centros penitenciarios

Para que el Estado pueda garantizar efectivamente los derechos de los reclusos es preciso que ejerza el control efectivo de los centros penitenciarios. Es decir, que debe ser el propio Estado el que se encargue de administrar los aspectos fundamentales de la gestión penitenciaria; por ejemplo, el mantenimiento de la seguridad interna y externa; la provisión de los elementos básicos necesarios para la vida de los reclusos; y la

.....

(14) La CIDH en el Informe PPL en Honduras, hace referencia a que el Estado también asume obligaciones a partir del propio ordenamiento constitucional. Por otra parte el párr. 13 hace referencia al marco nacional (leyes secundarias) aplicable a las personas privadas de libertad.

(15) Art. 68 de la Constitución de la República de Honduras vigente desde 1982: (...) Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

prevención de delitos cometidos desde las cárceles.<sup>(16)</sup> Por lo que siendo la prisión un lugar donde el Estado tiene control total sobre la vida de los reclusos, este tiene la obligación de protegerlos contra actos de violencia provenientes de cualquier fuente.<sup>(17)</sup>

Este hecho es uno de los principales puntos de preocupación en los centros penitenciarios en Honduras, tal como lo desarrolla la CIDH desde el inicio en el Informe:

“Esta grave crisis estructural es el resultado de la falta de políticas públicas integrales orientadas a lograr que el sistema penitenciario cumpla con los fines que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5.6). Esta situación de abandono ha traído como consecuencia, entre otras cosas, que el Estado haya delegado de facto aspectos fundamentales de la administración de las cárceles en los propios privados de libertad, instalándose así los llamados sistemas de ‘autogobierno’ o ‘gobierno compartido’, que son ejercidos por medio de la figura de los ‘coordinadores’. Esta forma de organizar las relaciones de poder en las cárceles, sin una debida supervisión por parte del Estado, es la causa de muchos de los graves hechos de violencia carcelaria, y de otra serie de abusos, agresiones, irregularidades y delitos que se cometen rutinariamente en y desde las cárceles”.<sup>(18)</sup>

“En este sistema, son los propios reclusos los encargados de aplicar los castigos disciplinarios; de fijar y cobrar precios ilegítimos que los internos deben pagar por los espacios de las celdas y las camas; de cobrar cuotas a aquellos que tienen negocios informales dentro la cárcel; de resolver conflictos de convivencia que se suscitan entre internos; de distribuir y fijar los precios de los alimentos; y en definitiva, de decidir una serie de aspectos relativos a la administración cotidiana de las cárceles. Pero

(16) CIDH, Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas, 31 de diciembre de 2011, párr. 76. Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc. 64,

(17) *Ibid.*, párr. 72.

(18) Informe PPL en Honduras, párr. 2

sobre todo, los ‘coordinadores’ actúan como portavoces o interlocutores frente a las autoridades penitenciarias, y son realmente reclusos privilegiados que ejercen una cuota de poder decisiva dentro de las cárceles, cuyos beneficios comparten en muchos casos con las autoridades penitenciarias”.<sup>(19)</sup>

La CIDH enfatiza sobre la importancia de la regla 78 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos, al reconocer que “es beneficioso para el bienestar físico y mental de los reclusos —y el cumplimiento de los fines de la pena— el que se les conceda espacios [a los privados de libertad] para que puedan organizar por sí mismos actividades recreativas, culturales, deportivas o religiosas”.<sup>(20)</sup> Pero el problema en Honduras es “la delegación del control interno de los centros penitenciarios en manos de los propios reclusos”.<sup>(21)</sup> Lo más preocupante es que “estas prácticas están firmemente arraigadas y enraizadas tanto en los reclusos y sus familiares, como en las propias autoridades penitenciarias”.<sup>(22)</sup>

Por otra lado, la falta de control interno efectivo por parte del Estado en estos establecimientos penitenciarios constituye además un grave obstáculo para el mantenimiento de las condiciones de seguridad de las propias instalaciones donde se alojan los reclusos. También, la falta de control efectivo en la seguridad interna facilita las condiciones para la comisión de delitos en y desde las cárceles.<sup>(23)</sup>

### **2.2.1. Violación al derecho a la vida por la omisión del deber del Estado de ejercer el control efectivo de los centros penitenciarios con el fin de prevenir hechos de violencia**

El derecho a la vida es el más fundamental de los DDHH establecidos en los instrumentos del Sistema Interamericano de DDHH y en otros sistemas de DDHH, pues, sin el pleno respeto por este derecho es imposible

(19) *Ibid.*, párr. 31.

(20) *Ibid.*, párr. 30.

(21) *Ibid.*

(22) *Ibid.*, parte final del párr. 39.

(23) *Ibid.*, párrs. 48/49.

garantizar o gozar efectivamente de ninguno de los otros derechos humanos o libertades.<sup>(24)</sup> El goce de este derecho es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos, de no ser respetado aquellos carecen de sentido<sup>(25)</sup> porque desaparece su titular.<sup>(26)</sup> Las continuas violaciones al derecho a la vida de las PPL constituyen actualmente uno de los principales problemas de las cárceles de la región.<sup>(27)</sup>

La falta de control efectivo de los centros penitenciarios y arraigo del sistema de autogobierno trae como grave consecuencia un alto índice de violencia carcelaria e impunidad. El Informe PPL en Honduras detalla que entre el año 2006 al 2012 hubo un total de 641 muertes violentas que constituye un dato alarmante.<sup>(28)</sup>

La CIDH ha constatado que la violencia carcelaria es producida principalmente por los siguientes factores:

“(a) la corrupción y la falta de medidas preventivas por parte de las autoridades; (b) la existencia de cárceles con sistemas de autogobierno en las que son los propios presos quienes ejercen el control efectivo de lo que ocurre intramuros, en las que algunos presos tienen poder sobre la vida de otros; (c) la existencia de sistemas en los que el Estado delega en determinados grupos de reclusos las facultades disciplinarias y de mantenimiento del orden; (d) las disputas entre internos o bandas criminales por el mando de las prisiones o por el control de los espacios, la droga y otras actividades delictivas; (e) la tenencia de armas de todo tipo por parte de los reclusos; (f) el consumo de drogas y alcohol por parte de los internos; y (g) el hacinamiento, las condiciones precarias de detención y la falta de servicios básicos esenciales

(24) Doc.: OEA/Ser.LV/II.116, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 22 octubre 2002, párr. 81, ver [en línea] <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm>

(25) CORTE IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

(26) CORTE IDH, “Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C, N° 112, párr. 156.

(27) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc.64, Informe, cit., nota 16, párr. 267.

(28) Estos hechos de violencia el Informe PPL en Honduras los detalla entre los párrs. 40/47.

para la vida de los presos, lo que exacerba las tensiones entre los internos y provoca una lucha del más fuerte por los espacios y recursos disponibles".<sup>(29)</sup>

Como garantía efectiva del derecho a la vida de las PPL, la CIDH reitera que en los casos de muertes ocurridas en custodia del Estado —incluso en los casos de muerte natural o suicidio—, este tiene el deber de iniciar de oficio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, que se desarrolle en un plazo razonable y que no sea emprendida como una simple formalidad. Este deber del Estado se deriva de las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el art. 1.1 de la Convención Americana, y de los deberes sustantivos establecidos en los arts. 4.1, 8 y 25 del mismo tratado.<sup>(30)</sup>

Como una regla general en Honduras, la impunidad predomina en los casos de muertes en los centros penitenciarios, ya sean producto de hechos violentos entre internos, por acción de las autoridades estatales o producto de la falta de prevención y reacción eficaz de las autoridades. La Corte IDH, resaltando esta situación, unos días posteriores a la visita del Relator PPL de la CIDH, emitió una sentencia en contra del Estado de Honduras, recordándole, lo siguiente:

"Este Tribunal dispone que el Estado debe conducir una investigación seria, imparcial y efectiva de los hechos del presente caso, a fin de esclarecerlos, determinar la verdad y las correspondientes responsabilidades penales, administrativas y/o disciplinarias, y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea. Esta obligación debe ser cumplida de manera diligente y dentro de un plazo razonable. Asimismo, el Estado deberá velar porque dicha investigación abarque la determinación de los presuntos funcionarios responsables de los hechos relativos al incendio del Centro Penal de San Pedro Sula".<sup>(31)</sup>

(29) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc.64, Informe ..., *op. cit.*, nota 16, párr. 281.

(30) *Ibid.*, párr. 271.

(31) CORTE IDH, " Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras..." , *cit.*, nota 6, párr. 128.



Un hecho particular de este informe sobre PPL en Honduras fue que un día después que la CIDH presentara dicho informe en la capital hondureña (Tegucigalpa), se dio un nuevo hecho violento que resumía lo plasmado en el Informe. Un periódico local comenzaba de esta manera el relato:

“... ni 24 horas habían transcurrido desde que la CIDH hacía una nueva advertencia sobre las condiciones en los centros penales del país, cuando la sombra de la violencia volvía a rondar los pasillos de la Penitenciaría Nacional Marco Aurelio Soto. Una revuelta entre miembros de la Mara 18 y los denominados ‘paisas’, que son los reos que no pertenecen a ninguna pandilla, que incluyó disparos, uso de fusiles AK-47 y hasta la detonación de una granada de alto poder, dejó como resultado tres personas muertas y seis heridos”.<sup>(32)</sup>

El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura de Honduras, en su informe sobre este hecho estableció lo siguiente: es un escenario que evidencia la situación de abandono en que se encuentran las personas privadas de libertad, la falta de supervisión, la corrupción y una serie de abusos, agresiones, violencia e irregularidades, que se producen con el sistema de “autogobierno” o “gobierno compartido”.

### 2.2.2. Fomento de la corrupción y ejercicio de poder por parte de algunos privados de libertad por el comercio ilegal

No es de extrañar que si otras instituciones del Estado hondureño están sumidas en la corrupción,<sup>(33)</sup> el sistema penitenciario no sea la excepción, sobre todo en un Estado que ve a las PPL como personas con una categoría diferente, a la cual no hay que prestarle los servicios sociales que el Estado ya de por sí medio cubre a los que no están encerrados en una penitenciaría. De manera que los internos luchan como pueden contra un sistema que vulnera cada día y cada momento sus más básicos derechos, por lo que la cárcel en Honduras —como en otros lugares del mundo— se vuelve un espacio en el cual parece que el Estado ya no tiene soberanía,

(32) <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Al-Frente/Honduras-Revuelta-en-Penitenciaría-Nacional-deja-tres-muertos>

(33) De acuerdo con la informe de la ONG alemana Transparencia Internacional, Honduras es uno de los países más corruptos en el mundo, el Informe 2013 está disponible [en línea] <http://www.transparency.org/cpi2013/results>

un lugar de la lucha de los fuertes y poderosos —que se ven beneficiados por las autoridades, ya sea por coparticipación en los actos de corrupción, cómplices o autores por omisión— contra los más débiles. En estas zonas no controladas por el Estado se crean micro estados con un ejercicio arbitrario de poder. La CIDH en el Informe detalla esta realidad:

“La falta de presupuesto para las operaciones y el mantenimiento de las instalaciones y con ello la falta de provisión de elementos básicos a los reclusos por parte del Estado, ha conducido a que esto sea sufragado con el dinero que se recauda en los negocios que se manejan dentro de los penales. Otra de las consecuencias de la falta de control efectivo y el gobierno de los ‘coordinadores’ es la existencia de todo un mercado informal y no regulado dentro de las cárceles, que genera un flujo importante de dinero sobre el cual no existe control oficial alguno, ni monitoreo, ni transparencia.<sup>(34)</sup> La CIDH observa que el ejercicio abierto y sin controles de actividades comerciales en las cárceles produce graves consecuencias para la vida de los reclusos. Proporciona espacios de poder a determinados presos; genera la circulación no controlada de dinero en la prisión; promueve la corrupción; crea espacios para el ingreso de efectos ilícitos, como drogas o alcohol, cuya circulación en las cárceles es un factor generador de violencia; y puede llegar a generar una situación de facto totalmente anómala y perjudicial en la que tales negocios informales (y en definitiva ilegales) van sustituyendo a la administración penitenciaria en la provisión de elementos básicos esenciales para la vida de los reclusos”.<sup>(35)</sup>

### 2.3 | Condiciones de reclusión

La CIDH en el párr. 100 del Informe PPL en Honduras resalta la jurisprudencia de la Corte IDH en la sentencia del “Caso López Álvarez vs. Honduras”, en la cual decretó como medida de no repetición que Honduras debía:

“En atención al derecho de las personas privadas de libertad a una vida digna en los establecimientos penales, el Estado debe

(34) Informe PPL en Honduras, párrs. 50/51.

(35) *Ibid.*, párr. 52.

adoptar, en un plazo razonable, medidas tendientes a crear las condiciones que permitan asegurar a los reclusos de alimentación adecuada, atención médica y condiciones físicas y sanitarias consecuentes con los estándares internacionales sobre la materia”.<sup>(36)</sup>

Por otra parte, la CIDH en su Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas —en adelante, “Informe DDHH PPL Américas” — establece lo siguiente:

“Como ya se ha mencionado en el presente informe, toda persona privada de libertad tiene derecho a ser tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales. Esto implica que el Estado como garante de los derechos de las personas bajo su custodia, no sólo tiene el deber especial de respetar y garantizar su vida e integridad personal, sino que debe asegurar condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad. Tales condiciones no deberán constituir un factor aflictivo adicional al carácter de por sí punitivo de la privación de la libertad. El tratar a toda persona privada de libertad con humanidad y respeto de su dignidad es una norma universal que debe ser aplicada sin distinción de ningún género, y que no puede depender de los recursos materiales con que cuente el Estado”.<sup>(37)</sup>

“La CIDH ha indicado que el Estado debe asegurar los siguientes requisitos mínimos indispensables: ‘el acceso a agua potable, instalaciones sanitarias adecuadas para la higiene personal, espacio, luz y ventilación apropiada, alimentación suficiente; y un colchón y ropa de cama adecuados’. Tradicionalmente la CIDH ha considerado que las Reglas: 10, 11, 12, 15 y 21 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos constituyen criterios de referencia confiables en cuanto a las normas internacionales mínimas para el trato humano de los reclusos en lo relativo al alojamiento, higiene y ejercicio físico. Y ha considerado que las mismas se aplican independientemente del tipo de comportamiento por el que la persona en

(36) CORTE IDH, “Caso López Álvarez vs. Honduras...”, cit., párr. 209, nota 6.

(37) Doc.: OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, Informe ..., cit., nota 16, párr. 430.

cuestión haya sido encarcelada y del nivel de desarrollo del Estado. Actualmente, la posición de la CIDH respecto de estas condiciones mínimas está establecida en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”.<sup>(38)</sup>

### 2.3.1. Hacinamiento

Uno de los hechos más preocupantes para la CIDH en los centros penitenciarios es el hacinamiento, sobre lo cual se refirió en el Informe DDHH PPL Américas: la mayoría de los Estados enfrentan desafíos muy similares en el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas privadas de libertad —cuya gravedad puede variar— actualmente, el problema más grave que afecta a la absoluta mayoría de los países de la región es el hacinamiento.<sup>(39)</sup>

La población penitenciaria en Honduras en los últimos años ha sido: 2006:11.171;<sup>(40)</sup> 2007:10.988; 2008:11.390; 2009:11.041; 2010:12.356; 2011:11.921;<sup>(41)</sup> 2012:12.095;<sup>(42)</sup> y para el 07 de octubre de 2013:13.425.<sup>(43)</sup> “La capacidad total de alojamiento de los 24 centros penitenciarios de Honduras es de 8120 cupos para [13.425]<sup>(44)</sup> reclusos/as, por lo que a nivel nacional existe un déficit de aproximadamente [5305]<sup>(45)</sup> plazas, esta cantidad

(38) *Ibid.*, párr. 432.

(39) *Ibid.*, párr. 447.

(40) Estos datos están consignados en un oficio remitido por la Comisión de Transición de los Centros Penales creada en 2012, a la Fiscalía Especial de Derechos Humanos de Honduras y obran en el expediente con número 0801-10231-2013.

(41) Información contenida en el Diagnóstico de los Juzgados de Ejecución Penal, que el Informe PPL Honduras cita en la nota de pie de página en el párr. 57.

(42) Véase nota 40.

(43) Datos consignados en el documento: Informe a la nación, Mecanismo Nacional de Prevención-Comité de Prevención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (MNP-CONAPREV), diciembre 2013, disponible [en línea] <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/OPCAT/NPM/AnnualReportMNP Honduras2013.pdf>

(44) 11.727 este es el dato que la CIDH cita en el Informe, pero actualizándolo a octubre de 2013 que es el dato establecido en el Informe de la cita anterior (número 42), la situación es cada día más grave.

(45) 3600 es el dato que se cita en el informe, pero en iguales condiciones se actualiza la cifra.

equivale al [65%]<sup>(46)</sup> del total de cupos existentes".<sup>(47)</sup> "En los hechos, el problema del hacinamiento es aún más grave, pues hay que tener presente que debido al sistema de 'autogobierno' existente en las cárceles, el criterio de distribución en los espacios internos no es otro que el poder adquisitivo del interno o de otros factores reales de poder. Además, existen ciertas categorías de internos que no pueden estar integrados a la población general y que necesariamente deben estar en celdas aparte (ej. policías, militares, etc.). Por lo tanto, la repartición de los espacios no es uniforme, de ahí que incluso en los establecimientos más sobrepoblados hay zonas en las que los presos gozan de mayores espacios y comodidades, en detrimento de aquellos que no pueden permitírsele y que viven aún más hacinados dentro del hacinamiento general".<sup>(48)</sup>

Es importante revisar lo que establecen las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en cuanto a las exigencias de las condiciones de reclusión.<sup>(49)</sup>

Al igual que en otros países de la región, en Honduras el hacinamiento es la consecuencia previsible de los siguientes factores fundamentales: a) la falta de infraestructura adecuada para alojar a la creciente población penitenciaria; b) la implementación de políticas represivas de control social que plantean la privación de la libertad como respuesta fundamental

(46) 44% es la cifra indicada en el Informe, pero actualizándola es de 65%.

(47) Informe PPL en Honduras, párr. 58.

(48) *Ibid.*, párr. 59.

(49) Las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos exigen lo siguiente: 9.1) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resultara indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual. 2) Cuando se recurra a dormitorios, éstos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en estas condiciones. Por la noche estarán sometidos a una vigilancia regular, adaptada al tipo de establecimiento de que se trate. 10) Los locales destinados a los reclusos y especialmente aquellos que se destinan al alojamiento de los reclusos durante la noche deberán satisfacer las exigencias de la higiene, habida cuenta del clima, particularmente en lo que concierne al volumen de aire, superficie mínima, alumbrado, calefacción y ventilación. Doc.: ONU. Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, Reglas 9. 1) - 2) y 10.

a las necesidades de seguridad ciudadana llamadas de “mano dura” o “tolerancia cero”; c) el uso excesivo de la detención preventiva y de la privación de libertad como sanción penal; y d) la falta de una respuesta rápida y efectiva por parte de los sistemas judiciales para tramitar, tanto las causas penales, como todas aquellas incidencias propias del proceso de ejecución de la pena —por ejemplo en la tramitación de las peticiones de libertad condicional—. <sup>(50)</sup>

### 2.3.2. El hacinamiento como trato cruel, inhumano y degradante

En varios casos, la Corte IDH ha establecido lo que la CIDH plantea tanto en el Informe PPL en Honduras <sup>(51)</sup> como en el Informe DDHH PPL Américas: <sup>(52)</sup> “... que el hacinamiento de personas privadas de libertad puede llegar a constituir en sí mismo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, que viola derecho a la integridad personal —en los términos de los arts. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana—”.

La Corte IDH ha determinado:

“De conformidad con el artículo 5° de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en situación de detención compatible con su dignidad personal. (...) la detención en condiciones de hacinamiento, el aislamiento en celda reducida, con falta de ventilación y luz natural, sin lecho para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, y la incomunicación o las restricciones indebidas al régimen de visitas constituyen una violación a la integridad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado debe garantizar a los reclusos condiciones que respeten sus derechos fundamentales y dejen a salvo su dignidad”. <sup>(53)</sup>

(50) Informe PPL en Honduras, párr. 65.

(51) *Ibid.*, párr. 67.

(52) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc. 64, Informe... *op. cit.*, nota 16, párr. 460.

(53) CORTE IDH, “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C, N° 160, párr. 315; véase también: CORTE IDH, “Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C N° 137 párr. 221; CORTE IDH, “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, N° 133, párr. 95.

Debido a la condición generalizada de lo expuesto anteriormente, en Honduras habría una extrema vulneración al derecho a la integridad física y psicológica. En el mismo Informe sobre PPL en Honduras la CIDH establece lo que el Estado debería hacer para tratar la situación del hacinamiento:

“La atención efectiva del hacinamiento requiere que se adopten políticas y estrategias que incluyan, por ejemplo: (a) las reformas legislativas e institucionales necesarias para asegurar un uso más racional de la prisión preventiva, y que realmente se recurra a esta medida de forma excepcional; (b) la observancia de los plazos máximos establecidos legalmente para la permanencia de personas en detención preventiva; (c) la promoción del uso de medidas alternativas o sustitutivas de la detención preventiva y de la privación de libertad como pena; (d) el uso de otras figuras propias del proceso de la ejecución de la sentencia, como la pre-libertad, la libertad condicional y las redenciones de pena por trabajo o estudio; (e) la modernización de los sistemas de administración de justicia, de forma tal que sean más eficientes y se agilicen los procesos penales; y (f) la gestión eficiente, racional y transparente de los cupos existentes, de forma tal que la distribución de los internos en cada una de las cárceles y en el sistema penitenciario en general atienda a criterios objetivos y no a las leyes del mercado negro de los espacios que está en manos de los propios internos”.<sup>(54)</sup>

La CIDH además establece que:

“... como medida contra el hacinamiento, los Principios y Buenas Prácticas<sup>(55)</sup> disponen que la ocupación de establecimientos por encima del número de plazas establecido deberá estar prohibida por la ley, y que ésta deberá establecer los mecanismos para remediar de manera inmediata cualquier situación de alojamiento por encima del número de plazas establecido. Además, que las autoridades judiciales competentes deberán adoptar remedios adecuados en ausencia de una regulación efectiva”.<sup>(56)</sup>

(54) Informe PPL en Honduras, *op. cit.*, párr. 68.

(55) Doc.: CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobado por la CIDH en el 131° período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, Principio XVII.

(56) Informe PPL en Honduras, *cit.*, párr. 69.

### 2.3.3. Falta de separación por categorías por sexo

Una de las consecuencias del hacinamiento es la imposibilidad de clasificar a los internos por categorías.<sup>(57)</sup> La CIDH ha establecido que separación de acuerdo a criterios básicos, como el sexo, son en sí mismas formas de prevención de la violencia carcelaria y debe integrarse dentro del marco general de políticas penitenciarias integrales que contemplen la atención a otros problemas estructurales de las cárceles.<sup>(58)</sup> En el informe sobre Honduras expresamente ha manifestado: “la separación por sexos en los centros de privación de libertad es una de las garantías fundamentales que deben ser implementadas por los Estados para la protección de la vida e integridad personal de las mujeres bajo su custodia”.<sup>(59)</sup>

La CIDH en el informe sobre Honduras hace uso de los Principios y Buenas Prácticas, que establece la obligación del Estado en cuanto a la separación de los privados de libertad por sexo.

“Principio XIX. Separación de categorías. Las personas privadas de libertad pertenecientes a diversas categorías deberán ser alojadas en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, según su sexo (...) la necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o del personal, (...) u otras circunstancias relacionadas con cuestiones de seguridad interna. En particular, se dispondrá la separación de mujeres y hombres...”.<sup>(60)</sup>

De acuerdo con la información recopilada por la CIDH previo a la aprobación del Informe, en Honduras existía en ese momento una población penal total de 11.727 internos, de los cuales 409 serían mujeres —el 3,40% de la población total—; sin embargo, la única cárcel propiamente para mujeres de Honduras es la Penitenciaría Nacional Femenina de Adaptación Social (PN-FAS) cuya capacidad de alojamiento es de 200 personas, y que de acuerdo con la información presentada por la Secretaría de Seguridad, solo alberga 164 internas. El resto de las mujeres privadas de libertad están recluidas en .....

(57) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc.64, Informe (...), cit., nota 16, párr. 457.

(58) *Ibid.*, párr. 283.

(59) Informe PPL en Honduras, párr. 94.

(60) Doc.: CIDH, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, cit., nota 55.



cárceles “mixtas”, a las que se les ha adaptado un “anexo” o “sección” para mujeres, pero que son en definitiva cárceles para reclusos varones. Al menos, en dos de estas cárceles las mujeres cohabitan con los hombres.<sup>(61)</sup>

“La CIDH considera que aun cuando esta realidad sea vista con naturalidad por la colectividad de los internos y por algunas autoridades (...) tal situación es totalmente anómala, aberrante y contraria al derecho internacional. Con el agravante de que se trata de un centro penitenciario en el que el control interno lo ejercen totalmente los reclusos en el que las mujeres se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad.<sup>(62)</sup> No es admisible bajo ninguna circunstancia que existan locales destinados al alojamiento de mujeres en centros penitenciarios mixtos en los que el control interno de los mismos esté a cargo de los propios reclusos. De lo contrario se estaría colocando a las internas (así como a los internos) en una situación permanente de riesgo de ser objeto de todo tipo de abusos y agresiones”.<sup>(63)</sup>

## 2.4 | Falta de presupuesto

En una publicación del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), bajo el título “Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe”, se plantea que entre los cinco problemas o necesidades principales de los sistemas penitenciarios de América Latina están el hacinamiento carcelario, que se origina a partir de los reducidos presupuestos y la deficiente calidad de vida en las prisiones.<sup>(64)</sup>

(61) Párr. 90 del Informe PPL en Honduras. Al 7 de octubre de 2013, con la información establecida en el Informe citado en la nota 42 denominado “Informe a la Nación... realizado por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, los datos son los siguientes: una población penal total de 13.425 internos, de los cuales 718 serían mujeres (el 5,30% de la población total); sigue habiendo una sola cárcel propiamente para mujeres —la Penitenciaría Nacional Femenina de Adaptación Social (PN-FAS)— cuya capacidad de alojamiento es de 200 personas y con el nuevo dato cuenta con 299 internas. Véase p. 18 y 19 del referido informe citado en la nota 43.

(62) Informe PPL en Honduras, párr. 92.

(63) *Ibid.*, párr. 96.

(64) Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe, 2009, pp. 28/31.

La falta de un presupuesto repercute en todos los derechos de los privados de libertad, pues el recluso por su condición no puede satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de una vida digna.<sup>(65)</sup>

La asignación presupuestaria es el medidor real de la voluntad política del gobierno, sin una asignación presupuestaria suficiente, relevante, se limita extremadamente la capacidad de implementación de estas políticas y en gran medida la efectividad de muchos de los mecanismos establecidos en la ley.<sup>(66)</sup> Es fundamental que se reconozca la importancia de una adecuada asignación de recursos que posibilite la implementación de las políticas penitenciarias.<sup>(67)</sup> La CIDH establece que no desconoce la realidad específica de Honduras ni las limitaciones presupuestarias del aparato gubernamental;<sup>(68)</sup> sin embargo, tanto la Comisión,<sup>(69)</sup> como la Corte IDH<sup>(70)</sup> han establecido que “un Estado no puede invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano. Este principio se aplica independientemente del nivel de desarrollo del Estado Parte de la Convención”.<sup>(71)</sup>

.....

(65) Tal como lo establece la Corte IDH en los casos siguientes: CORTE IDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”, párr. 87; CORTE IDH, “Caso García Asto y Ramírez Rojas”, sentencia de 25 de noviembre de 2005, párr. 221; CORTE IDH, “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, cit., nota 52, párr. 95; CORTE IDH, “Caso Fermín Ramírez”, sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 118.

(66) Informe PPL en Honduras, párr. 156.

(67) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc.64, Informe ..., *op. cit.*, nota 16, párr. 60.

(68) Informe PPL en Honduras, párr. 73.

(69) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc.64, Informe, *op. cit.*, nota 16, párrs. 60 y 62.

(70) CORTE IDH, “Caso Vélez Loo vs. Panamá”, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, N° 218, párr. 198; CORTE IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C N° 169, párr. 88; CORTE IDH, “Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela”, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150, párr. 85; CORTE IDH, “Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, cit., nota 52, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C N° 133, párr. 96.

(71) CIDH, Informe N° 49/01, Casos 11.826, 11.843, 11.846, 11.847, Fondo, Leroy Lamey, Kevin Mykoo, Milton Montique, Dalton Daley, Jamaica, 4 de abril de 2001, párr. 203.

El 2 de agosto de 2013, la CIDH presentó el Informe PPL en Honduras, en la ciudad de Tegucigalpa y expresó lo siguiente:

“... existen medidas adoptadas tras el trágico incendio en Comayagua; sin embargo, lejos de adjudicar los recursos necesarios para implementarlas, el presupuesto para este rubro ha disminuido. El Estado y la sociedad han sido insensibles con las necesidades de las personas privadas de libertad (...) Es indispensable que el Estado asuma esta crisis del sistema penitenciario como una de sus prioridades, ya que el mismo está totalmente colapsado, y en consecuencia, los derechos fundamentales de los reclusos se están violando en forma sistemática”.<sup>(72)</sup>

Y es que el Estado hondureño no muestra un compromiso para mejorar la asignación presupuestaria que se destina a la administración de los centros penitenciarios. Por ejemplo, para alimentación de las PPL, durante los años 2009, 2010, 2011 y 2012 se estableció un apartida presupuestaria de 58.000.000.00 millones de lempiras —moneda nacional de Honduras— (equivalentes a unos 3.052.631 U\$D) y el año 2013 fue reducido a 35 millones de lempiras (más o menos 1.7500.000 U\$D), esto de acuerdo con información que fue proporcionada por la Comisión de Transición de Centros Penitenciarios.<sup>(73)</sup> Si al momento de la aprobación del informe el presupuesto era 364.598.091 lempiras (equivalente a 19.189.373 U\$D) con una población penitenciaria de 12.263 internos, para 2014 el presupuesto ha tenido una leve mejoría (460.266.416<sup>(74)</sup> millones de lempiras, que equivale más o menos a 23.013.320 U\$D) pero ha aumentado significativamente los privados de libertad contando al 7 de octubre de 2013 con 13.425 internos.<sup>(75)</sup>

(72) Comunicado de prensa N° 58/2013 de fecha 02 de agosto de 2013: CIDH presenta informe sobre Personas Privadas de Libertad en Honduras.

(73) Ver nota 40.

(74) De acuerdo con el Presupuesto General de la República de Honduras aprobado para el año 2014, disponible [en línea] [http://www.observatoriodescentralizacion.org/download/leyes\\_vigentes/Presupuesto%20General%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%202014%20y%20sus%20Disposiciones%20Generales%20ENAG.pdf](http://www.observatoriodescentralizacion.org/download/leyes_vigentes/Presupuesto%20General%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%202014%20y%20sus%20Disposiciones%20Generales%20ENAG.pdf)

(75) Véase: Mecanismo Nacional de Prevención-Comité de Prevención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (MNP-CONAPREV), cit., nota 43.

## 2.5 | El personal penitenciario

La implementación efectiva de toda política penitenciaria, y de los objetivos de la privación de libertad, dependen en definitiva de aquellos funcionarios directamente encargados de la administración de los centros penitenciarios. La CIDH reitera que es fundamental que los agentes penitenciarios sean reclutados, capacitados y supervisados en sus labores según los estándares internacionales y las normas de derecho interno. Por otra parte, es necesario que el Estado implemente no solamente mecanismos idóneos para la supervisión de dichos agentes, sino también para asegurar una adecuada rendición de cuentas por parte de la administración penitenciaria.<sup>(76)</sup>

La falta de personal penitenciario profesional y especializado que pueda ejercer sus funciones en condiciones laborales adecuadas y seguras es otra de las graves deficiencias observadas por la Relatoría sobre PPL de la CIDH. A este respecto, la CIDH subraya que la policía, a cuyo cargo se encuentra actualmente la administración y seguridad de las cárceles (en Honduras), es un cuerpo de seguridad cuyas funciones propias son la prevención del delito y el mantenimiento del orden público; pero que carece de la formación y el entrenamiento adecuado para el ejercicio de la gestión penitenciaria. Este es otro de los asuntos pendientes de la reforma, hasta el momento no se ha iniciado con el proceso de selección de los nuevos custodios penitenciarios y tampoco se vislumbra el comienzo. Por lo pronto, los centros penitenciarios se han militarizado a raíz del suceso ocurrido en agosto de 2013<sup>(77)</sup> y que se cita más arriba.

## 2.6 | Falta de un marco normativo adecuado

La CIDH tuvo conocimiento de la nueva Ley del Sistema Penitenciario<sup>(78)</sup> que hasta el momento sólo ha servido para cambiarle nombre a las dependencias del sistema pero no ha reformado nada que beneficie a las PPL, pues a casi dos años de aprobada la nueva Ley del Sistema Penitenciario, .....

(76) Informe PPL en Honduras, párr. 79.

(77) Presidente de Honduras ordena militarizar PN, disponible [en línea] <http://www.elheraldo.hn/Secciones-Principales/Pais/Presidente-de-Honduras-ordena-militarizar-PN>

(78) Aprobada por el Congreso Nacional de la República mediante el decreto legislativo 64/2012 del 14 de mayo de 2012, y publicada en el diario oficial La Gaceta n° 32.900 del 3 de diciembre de 2012.

ni siquiera se han aprobado los reglamentos que deben contemplar entre otras cosas el procedimiento disciplinario.

Por otra parte, el sistema penitenciario no sólo adolece del marco normativo específico para la administración del mismo, sino que la política criminal que ha continuado desarrollando el Estado hondureño dista mucho de los compromisos internacionales adquiridos con base en la sentencia de la Corte IDH en el "Caso Pacheco Teruel y otros vs. Honduras",<sup>(79)</sup> en el cual hubo una solución amistosa y el Estado hizo varios compromisos que hasta la fecha no ha cumplido. En tal sentido, se puede observar que hubo un incremento en la población penitenciaria en los 24 centros penales del país, que de encontrarse en 12.186 a diciembre del 2012, se encuentra a 13.425 personas privadas de libertad al 7 de octubre del 2013, lo que significa un incremento del 10,17%,<sup>(80)</sup> esto se debe a la utilización desmedida del derecho penal como herramienta de control social y como medio de solución (que no soluciona) de los problemas sociales como la violencia; se ha hecho gala del populismo penal para acallar los ánimos de la sociedad frente a tanta impunidad en el país más violento del mundo.

La CIDH haciendo una lectura anticipada del panorama en Honduras en su Informe DDHH PPL Américas establecía citando su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos:<sup>(81)</sup>

"Con respecto a las políticas que propician el empleo del encarcelamiento como instrumento para la disminución de los niveles de violencia, la CIDH indicó en su Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos que: [M]ás allá de lo debatible de su eficacia, [estas políticas] han generado incrementos en la población penitenciaria. Sin embargo, la inmensa mayoría de los países de la región no contaban, ni cuentan, con la infraestructura ni con los recursos humanos o técnicos necesarios en su sistema penitenciario para garantizar a las

.....

(79) CORTE IDH, "Pacheco Teruel y otros vs. Honduras", *cit.*, nota 6.

(80) Véase: Mecanismo Nacional de Prevención-Comité de Prevención Contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (MNP-CONAPREV), *op. cit.*, nota 42, p. 18.

(81) Doc.: OEA/Ser.L/V/II, Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, 31 diciembre 2009, disponible [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>

personas privadas de libertad un trato humano. Consecuentemente, dichos sistemas no están en condiciones de constituirse en herramientas efectivas para contribuir a la prevención de la violencia y el delito”.<sup>(82)</sup>

En este contexto, es importante resaltar que a la par de la reforma evolutiva al sistema penitenciario se efectuó una contrarreforma involutiva: el Congreso de la República aprobó el decreto 56/2013 —publicado en el Diario Oficial La Gaceta el 17 de mayo de 2013— en el cual se realiza una reforma del art. 184 del Código Procesal Penal que elimina las medidas alternas a la prisión preventiva en más de 21 delitos, lo cual agudiza el hacimiento carcelario contribuyendo a la mayor precarización del sistema penitenciario.

Recientemente, el Congreso de la República adoptó el decreto 74/2013 publicado en el Diario Oficial “La Gaceta”, el 11 de diciembre de 2013, mediante el cual se realiza una reforma que conlleva un procedimiento penal “expedito” para los acusados capturados en la comisión de delitos en flagrancia. Lo anterior con el riesgo al ejercicio de defensa y podría desencadenar en violaciones al debido proceso de los imputados que derivarían en mayor cantidad de sentencias condenatorias.

### 3 | Conclusiones

En el presente Informe, la CIDH realiza un importante análisis de la situación de las personas privadas de la libertad en Honduras y señala un conjunto de recomendaciones a dicho Estado, las cuales en conjunción con las obligaciones adquiridas por parte del Estado en base a la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Pacheco Teruel vs. Honduras”, deben constituir el marco jurídico-político que debe orientar la política penitenciaria del Estado Hondureño.

Sin embargo, a pesar de la adopción de la Ley del Sistema Penitenciario, se evidencia que no existe una voluntad política por parte del Estado hondureño de dar una atención prioritaria a la situación de las personas privadas de la libertad. La asignación presupuestaria como se evidenció

(82) Doc.: OEA/Ser.LV/II. Doc.64, Informe, op. cit., nota 16, párr. 452.

en el presente trabajo, continúa en disminución. Las reformas legales y las leyes que han sido adoptadas en año 2013 reflejan claramente que el Estado hondureño apuesta a una política de la seguridad encaminada a propiciar el empleo del encarcelamiento como instrumento para la disminución de los niveles de violencia —que en ningún país ha dado buenos resultados— y que se aleja completamente de a obligación especial de garante que tiene el Estado en relación a las personas privadas de la libertad.

---

# Penal de muerte

## Discapacidad mental. Trato inhumano

CIDH, INFORME 52/13, CLARENCE ALLEN LACKEY y OTROS;  
MIGUEL ÁNGEL FLORES y JAMES WILSON CHAMBERS (FONDO),  
ESTADOS UNIDOS, 15 de JULIO de 2013

por **MARK WARREN**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

El 15 de julio de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión) publicó el Informe 52/13, incluyendo las denuncias presentadas por Clarence Allen Lackey y otros quince prisioneros condenados a muerte en Estados Unidos.<sup>(2)</sup> En cada caso, la CIDH expidió medidas cautelares para proteger la vida de los peticionarios mientras consideraba sus pedidos. En cada uno de los casos, las presuntas víctimas fueron ejecutadas antes de que la CIDH pudiera concluir su análisis y publicar sus conclusiones.

El informe sobre los casos de Clarence Lackey y los demás peticionarios ejecutados marca un hito significativo en el análisis que realiza la Comisión de la pena de muerte en los Estados Unidos y los estándares interamericanos de derechos humanos. Fusionar diversos casos en un solo informe de fondo

.....

(1) Director de Human Rights Research, consultoría jurídica de Ottawa, Canadá. El autor asistió a la preparación de las peticiones presentadas ante la CIDH respecto de tres víctimas cuyos casos se encuentran en el Informe 52/13. Traducido por Katia Rosenblat.

(2) CIDH, Informe 52/13, Casos 11.575, 12.333 y 12.341: Clarence Allen Lackey y otros; Miguel Ángel Flores; y James Wilson Chambers, [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio>



es un acercamiento innovador a un procesamiento de casos más eficiente, pero, mediante el mismo, se corre el riesgo de desatender algunos de los reclamos admitidos. La **decisión Lackey** busca resolver diversos asuntos serios y de larga data, tales como la condena a muerte o la ejecución de prisioneros con discapacidades mentales y el tan generalizado confinamiento solitario de los presos que se encuentran en el corredor de la muerte. De todos modos, el Informe también es notorio en razón de un gran problema que reconoce pero no resuelve, a saber: la declaración de siete peticionarios que afirmaron haber sido expuestos a los efectos debilitantes de un confinamiento en el corredor de la muerte exageradamente prolongado y severo, conocido como el “síndrome del corredor de la muerte”.

## 2 | Principales hechos y hallazgos

El Informe 52/13 es una combinación de dieciséis casos de prisioneros condenados a muerte en seis jurisdicciones diferentes de los Estados Unidos de América. Presentadas entre 1996 y 2010, las peticiones alcanzaron una amplia gama de reclamos que aseveraron que el Estado violó los derechos de protección de los prisioneros bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, la Declaración Americana). Por variadas que sus denuncias fueran, las presuntas víctimas compartían un atributo común: todas fueron ejecutadas “mientras eran beneficiarias de medidas cautelares ordenadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>(3)</sup> La CIDH decidió focalizar su análisis legal en “cinco aspectos que resultan de especial relevancia, y que han sido alegados en relación con varias de las presuntas víctimas, y sobre los cuales la Comisión cuenta con elementos suficientes”.<sup>(4)</sup> Los asuntos abordados en el informe son:

“el derecho a la notificación y asistencia consulares; la ineficacia de la asistencia letrada asignada por el Estado; el derecho de toda persona con discapacidad mental a no ser sometida a la pena de muerte; el derecho de toda persona privada de libertad a no ser sometida a confinamiento solitario prolongado; y el deber del Estado de cumplir con las medidas cautelares otorgadas por la CIDH”.<sup>(5)</sup>

(3) CIDH, Informe 52/13, cit., párr. 1.

(4) *Ibid.*, párr. 182.

(5) *Ibid.*

El Estado respondió que “los alegatos no demuestran hechos violatorios de la Declaración Americana y que la pena capital es consistente con el derecho internacional cuando se aplica para los crímenes más serios y respetando las garantías del debido proceso”.<sup>(6)</sup> Además, todos los casos “fueron revisados por las cortes estatales y federales, por lo que las garantías del debido proceso fueron respetadas”,<sup>(7)</sup> y la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos “limita significativamente el procesamiento de personas con discapacidad mental”.<sup>(8)</sup>

En sus conclusiones, respecto de los derechos a la notificación consular de los acusados extranjeros, la CIDH estimó que, en dos casos, la falta de respeto por el Estado de esta obligación tuvo un efecto de denegación del procedimiento judicial que no se mostró a la altura de los estándares mínimos del debido proceso y del juicio justo.<sup>(9)</sup> En seis casos, la Comisión halló que el Estado no aseguró una representación adecuada por un abogado defensor de oficio, resultando de ello la violación de los derechos al debido proceso y al juicio justo de esos peticionarios.<sup>(10)</sup> En siete casos, el Estado violó el derecho de toda persona con discapacidades mentales a no estar sujeta a una pena de muerte, al mismo tiempo que en dos casos violó el derecho de las personas privadas de la libertad a no verse sometidas a un confinamiento prolongado.

Además, en el Informe se observa que “la presente denuncia posee implicaciones dentro del marco de las obligaciones del Estado para con el sistema interamericano de derechos humanos, dado el incumplimiento de las medidas cautelares otorgadas por este órgano”.<sup>(11)</sup> Todas las presuntas

(6) *Ibid.*, párr. 3.

(7) *Ibid.*

(8) *Ibid.*

(9) El original versa: “Addressing the consular notification rights of foreign defendants, the Commission concluded that in two cases the State’s failure to respect this obligation had the effect of denying a criminal procedure that rose to the minimum standards of due process and a fair trial”. Este párrafo indicaría lo contrario de lo que afirma la versión en español, pero tanto las opiniones del autor como el informe de la Comisión parecen adecuarse más a lo indicado en la traducción.

(10) *Ibid.*, párr. 204.

(11) *Ibid.*, párr. 238.

víctimas “fueron ejecutadas mientras estaban vigentes dichas medidas”<sup>(12)</sup> y, en varios casos, “las ejecuciones tuvieron lugar a los días o semanas de presentada la petición ante la CIDH”.<sup>(13)</sup> Al privar a la Comisión de su capacidad de investigar y de expedir sus conclusiones, y al causar un daño irreparable a los peticionarios, la CIDH concluyó que las 16 ejecuciones constituyeron “una violación agravada de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida reconocido en el artículo I de la Declaración Americana”.<sup>(14)</sup> Finalmente, a la luz de las violaciones de los derechos humanos, en éste y en otros casos de pena de muerte, la Comisión recomendó a los Estados Unidos que adoptara “una moratoria de las ejecuciones de personas condenadas a la pena de muerte”.<sup>(15)</sup>

## 3 | Análisis de los tres elementos novedosos presentes en el informe

### 3.1 | La consolidación de los casos

Que la Comisión consolidara varios casos de prisioneros en el corredor de la muerte en Estados Unidos para considerarlos en un solo informe no es un acontecimiento sin precedentes.<sup>(16)</sup> Lo que sí hizo únicos a estos casos fue la decisión de combinarlos, no en base a reclamos compartidos, sino solamente por la indiferencia del Estado a los pedidos de medidas cautelares. Los Estados Unidos se rehusaron a aceptar la naturaleza vinculante de la Declaración Americana y de las medidas cautelares dictadas por la Comisión durante mucho tiempo, por lo cual la CIDH pudo razonablemente unir estos casos para subrayar su preocupación acerca de esta rutina desconocedora de las protecciones esenciales de los derechos

.....

(12) *Ibid.*, párr. 139.

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*, párr. 245.

(15) *Ibid.*, párr. 247.

(16) La Comisión adoptó esta estrategia cuando abordó la admisibilidad y el fondo de las peticiones presentadas en nombre de tres prisioneros del corredor de la muerte en Texas. Véase Informe 90/09, caso 12.644, Medellín, Ramírez Cardenas y Leal García, [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio>, párr. 3.

humanos sostenida por un Estado miembro de la OEA. Pero esta inusual combinación puede marcar un cambio en el procedimiento para el tratamiento de peticiones individuales, las cuales pueden agruparse con el fin de ser procesadas más rápidamente. Uno de los desafíos más apremiantes de la Comisión en la actualidad es el de encontrar la manera de resolver la gran cantidad de casos que fueron declarados admisibles pero que siguen en cola para el análisis de fondo.<sup>(17)</sup> Los largos retardos en el procesamiento de casos urgentes claramente amenazan con debilitar la efectividad de la CIDH como guardián de los derechos humanos en América.

Mientras que la Comisión logró un admirable éxito en el acortamiento del tiempo de procesamiento de las nuevas peticiones en relación con los prisioneros condenados a muerte en los Estados Unidos, sigue pendiente una gran cantidad de casos sobre peticionarios ya ejecutados.<sup>(18)</sup> Posiblemente la Comisión pueda elegir, en miras de una mayor eficiencia, amalgamar más casos, ya sean de Estados Unidos o de otras jurisdicciones, en los que el Estado también haya incumplido las medidas cautelares otorgadas. Sin embargo, los informes sobre casos unidos pero distintos pueden ser propensos a omitir formular decisiones de fondo respecto de los reclamos correspondientes a una minoría de los peticionarios. Por ejemplo, uno de los casos abordados en Lackey afirmaba que "el método de ejecución utilizado en Texas (inyección letal) causa un sufrimiento excesivo y evitable".<sup>(19)</sup> Se trata de un pedido admitido que resulta preocupante a la luz de la Declaración Americana. La decisión incorpora el argumento, pero luego este pasa inadvertido.<sup>(20)</sup>

Puede ser ingenuo esperar que la CIDH acoja cada uno de los reclamos de los 16 peticionarios sin que el informe de fondo exceda una longitud manejable. Por otro lado, si la Comisión elige fusionar distintas quejas pero

(17) La Comisión calculó recientemente que ha admitido 515 casos que siguen en cola para la decisión de fondo. HUMAN RIGHTS CLINIC, UNIVERSITY OF TEXAS SCHOOL OF LAW, *Maximizing Justice, Minimizing Delay*, [en línea] [http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizing\\_Justice\\_Minimizing\\_Delay\\_at\\_the\\_IACHR.pdf](http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizing_Justice_Minimizing_Delay_at_the_IACHR.pdf)

(18) De acuerdo con los informes de admisibilidad que pueden hallarse en el sitio web de la Comisión, al menos 7 peticiones más están esperando la decisión de fondo en casos de prisioneros ejecutados en los Estados Unidos, a pesar de las medidas cautelares.

(19) CIDH, Informe 52/13, cit., párr. 61.

(20) *Ibid.*, párrs. 67 y 120.

luego opta por no analizar algunas, debería indicar cómo las resolvió previamente o las razones por las cuales no las resuelve ahora. De otro modo, potenciales peticionarios podrían ser desalentados por el silencio de la Comisión a la hora de elevar asuntos que podrían constituirse en tema central para la solución un caso.

## 3.2 | Discapacidad mental y pena de muerte

Tal como el análisis de la Comisión ilustra, la propuesta de que las personas mentalmente disminuidas deban estar exentas de la pena de muerte o ejecución es ampliamente reconocida en principio pero difícil de aplicar consistentemente en la práctica. El Secretario General de la ONU observó que la existencia de una norma internacional contra la ejecución de prisioneros dementes está “firmemente arraigada en las costumbres y prácticas de la mayoría de los sistemas legales”,<sup>(21)</sup> aunque el consenso resulta más difícil cuando se adapta dicho principio al amplio espectro de las discapacidades mentales que afectan, en distintos grados, a prisioneros en corredor de la muerte. Estos desórdenes fluctúan ampliamente en su severidad y en sus síntomas, frustrando los intentos de crear una regla categórica que establezca cuándo su presencia convertirá una ejecución que de otra manera estaría permitida en una violación de derechos humanos. Mientras que las frases descriptivas pueden brindar alguna guía, “la verdadera dificultad en cuanto a su salvaguarda no recae en su reconocimiento formal sino en su implementación” desde que “existe un enorme grado de subjetividad involucrado cuando se abordan conceptos tales como la insania, las capacidades mentales y ‘cualquier tipo de desorden mental’”.<sup>(22)</sup>

Siete de los peticionarios alegaron haber padecido “algún grado de discapacidad mental”<sup>(23)</sup> y, por ello, no deberían estar sujetos a la pena de muerte, en atención a los arts. I y XXVI de la Declaración Americana.

.....

(21) ONU, *Economic and Social Council, “Capital punishment and implementation of the safeguards guaranteeing protection of the rights of those facing the death penalty: Report of the Secretary General”*, [en línea] [http://www.unodc.org/documents/commissions/CCP-CJ\\_session19/E2010\\_10eV0989256.pdf](http://www.unodc.org/documents/commissions/CCP-CJ_session19/E2010_10eV0989256.pdf), párr. 90.

(22) *Ibid.*, párr. 93.

(23) CIDH, Informe 52/13, cit., párr. 209.

La CIDH intentó delinear un estándar para su análisis y estableció un criterio concreto para determinar las obligaciones del Estado en estas circunstancias. Aceptando el núcleo del argumento de los peticionarios, el informe estimó que:

“Es un principio de derecho internacional que las personas con discapacidad mental, ya sea al momento de cometer el delito o durante el juicio, no pueden ser condenadas a la pena de muerte. Asimismo, es también contrario al derecho internacional ejecutar a una persona condenada a la pena de muerte cuando ésta tiene una discapacidad mental al momento de la ejecución”.<sup>(24)</sup>

La Comisión no define qué constituye una discapacidad mental, y la terminología proveída por las autoridades internacionales que cita es demasiado variada como para consolidar un significado claro. Una de las autoridades citadas prohíbe la ejecución sólo de una “persona mentalmente incompetente”, por ejemplo, mientras otra extiende la prohibición al prisionero “que sufra de algún tipo de discapacidad mental o intelectual”.<sup>(25)</sup> El Informe, además, dedica una atención considerable a la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos que prohíbe la ejecución de prisioneros con retraso mental, y toma nota del atractivo que puede tener la expansión esas protecciones a personas que sufren enfermedades mentales severas. Con estos antecedentes, la Comisión concluye que “las personas con discapacidad mental no pueden ser sometidas a la pena capital. Ello, debido a que estas personas no tienen la capacidad de comprender la razón o consecuencia de la ejecución”.<sup>(26)</sup>

Existen aparentes ambigüedades en la formulación de la norma por la Comisión. Las personas con alguna discapacidad intelectual fueron declaradas exentas de la pena de muerte por la Suprema Corte de los Estados Unidos a causa de su culpabilidad disminuida y del incremento del riesgo de una ejecución equivocada, pero no por su falta de comprensión del castigo. Las mismas razones son típicamente propuestas para extender esa protección a los enfermos mentales graves, quienes también son discutiblemente menos culpables que otros acusados y menos capaces de asistir a su propia defensa. Además, los prisioneros afectados por

(24) *Ibid.*, párr. 213.

(25) *Ibid.*, párr. 214.

(26) *Ibid.*, párr. 218.

un desorden mental tan profundo que no pueden entender la razón o la consecuencia de su castigo son legalmente insanos y deben estar exentos de la ejecución de acuerdo con la ley estadounidense.<sup>(27)</sup> Tal vez lo que la Comisión intentaba expresar era que todas las personas que padecieran cualquier forma de discapacidad mental deberían estar exentas de la pena de muerte porque, en grados diversos, todas poseen una capacidad disminuida para comprender el castigo y sus razones. Entonces, la CIDH posiblemente se refiriera a que sólo las personas con discapacidades mentales severas están categóricamente exentas de la pena de muerte. La Comisión bien podría aclarar y expandir su razonamiento en el futuro.

Pasando al “especial deber de protección respecto a las personas con discapacidad mental (...) en los casos de pena de muerte”,<sup>(28)</sup> la CIDH identificó tres obligaciones específicas a cargo de los Estados. En primer lugar, el Estado debe contar con procedimientos para identificar a las personas con discapacidades mentales que se encuentren acusadas o condenadas. Existe una obligación adicional a cargo de las autoridades de valorar todos los registros y la información sobre la salud mental de un acusado de una ofensa capital que estén en sus manos. Finalmente, el Estado debe poner a disposición de los prisioneros en situación de indigencia los medios necesarios para que se realice una evaluación independiente y oportuna de su salud mental. En este caso, el hecho de que “Estados Unidos haya ejecutado a personas con discapacidad mental, o a [siete] personas que no contaron con los medios suficientes y oportunos para obtener una evaluación independiente de su estado de salud mental, constituye una privación arbitraria de la vida y una imposición de una pena cruel, infamante o inusitada”.<sup>(29)</sup> Dicho de otro modo, si una persona que se enfrenta a una ejecución reclamó por su discapacidad mental “en conocimiento de las respectivas autoridades”<sup>(30)</sup> entonces el incumplimiento del Estado de su deber de identificar, documentar o evaluar la totalidad del reclamo constituirá en sí una violación de la Declaración Americana.

(27) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Ford v. Wainwright*, 477 U.S. 399, 422 (1986) (Powell, J. concurring) (banning the execution of prisoners who are “unaware of the punishment they are about to suffer and why they are to suffer it”).

(28) CIDH, Informe 52/13, cit., párr. 219.

(29) *Ibid.*, párr. 220.

(30) *Ibid.*, párr. 209.

### 3.3 | Confinamiento solitario en el corredor de la muerte

Dos de los peticionarios “se refieren a la situación de confinamiento solitario en el corredor de la muerte”, incluyendo la aseveración de que “se le[s] habría prohibido todo contacto físico con familiares, amigos y abogados, inclusive en los días y horas previas a la ejecución”.<sup>(31)</sup> Basándose en los estándares de confinamiento aplicables a todos los prisioneros, la Comisión determinó que los personas privadas de la libertad que se encuentren en el corredor de la muerte “no deben ser sometidas a aislamiento como régimen regular de reclusión, sino solamente como castigo disciplinario en los mismos casos y bajo las mismas condiciones en las que estas medidas se apliquen al resto de los reclusos”.<sup>(32)</sup> La Comisión también citó autoridades que consideran que el confinamiento solitario prolongado puede acarrear “graves daños a nivel psicológico, los cuales pueden ir desde una depresión hasta una paranoia y psicosis” y que el aislamiento social y sensorial extendido “conducen indudablemente a la destrucción de la personalidad”.<sup>(33)</sup> La CIDH concluyó que las presuntas víctimas “fueron mantenidas en un régimen de confinamiento solitario prolongado sobre la única base de ser personas condenadas a la pena de muerte”<sup>(34)</sup> por lo que “Estados Unidos (...) los sometió a un tratamiento inhumano durante su detención, y les impuso una pena cruel, infamante e inusitada, en contravención de los artículos XXV y XXVI de la Declaración Americana”.<sup>(35)</sup>

El hallazgo de la Comisión es un buen aporte al creciente debate interno respecto del confinamiento solitario en los Estados Unidos, pero también está curiosamente incompleto. Inexplicablemente, la CIDH no replantea su observación previa de que el confinamiento solitario es **especialmente** cruel e inhumano para los prisioneros del corredor de la muerte:

“De hacerlo, el Estado estaría añadiendo una cuota adicional de sufrimiento a la situación de por sí angustiante de quienes

(31) *Ibid.*, párr. 224.

(32) *Ibid.*, párr. 226.

(33) *Ibid.*, párr. 232.

(34) *Ibid.*, párr. 236.

(35) *Ibid.*, párr. 237.



se encuentran frente a una posible ejecución, cuya espera puede durar años e incluso décadas antes de que haya un resultado definitivo".<sup>(36)</sup>

Esta aparente reticencia a aplicar la altamente pertinente observación es llamativa, sobre todo considerando que siete de los peticionarios en este caso aseveraron que fueron víctimas del "síndrome del corredor de la muerte" dado su prolongado, duro y agonizante confinamiento al corredor. Cualquier confinamiento solitario extendido es una violación de los derechos humanos, sin importar la condena que se haya impuesto a la persona privada de la libertad; es la experiencia de estar bajo pena de muerte la que puede decirse que crea un severo deterioro psicológico, conocido como el "síndrome del corredor de la muerte". Al elegir no atender a esta importante queja y focalizarse en cambio en la discreta cuestión del confinamiento solitario en tan solo dos casos (uno de los cuales afirmó haber padecido el "síndrome del corredor de la muerte"),<sup>(37)</sup> ¿cuál es el mensaje que la Comisión intentó transmitir?

### 3.4 | La queja sobre el "síndrome del corredor de la muerte"

Para la mayoría de los especialistas estadounidenses sobre el corredor de la muerte, el nombre Clarence Lackey es sinónimo de una denuncia legal que afirma que las ejecuciones que acarrearán una prolongada permanencia en el corredor de la muerte violan la prohibición de castigos crueles e inusuales que contiene la Constitución de los Estados Unidos. A pesar de que la Suprema Corte de los Estados Unidos se ha negado consistentemente a decidir sobre el fondo de las **denuncias Lackey**, su presentación ha producido opiniones disidentes convincentes y vaces. En 2009, por ejemplo, el entonces juez asociado de la Corte Suprema de los Estados Unidos John Paul Stevens disidió respecto de la negativa de la Corte a

(36) CIDH, "Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas", [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/PPL2011esp.pdf>, párr. 515.

(37) CIDH, Informe 52/13, cit., párr. 78. Nótese que el peticionario Ronnie Gardner se quejó de haber sido víctima del "síndrome del corredor de la muerte" y de "condiciones inadecuadas de detención". La petición del Señor Gardner ante la Comisión dedica una página a la cuestión del confinamiento solitario y cuatro al "síndrome del corredor de la muerte".

abordar el caso Lackey elevada en el caso de William Lee Thompson, quien pasó 32 años bajo pena de muerte:

“Mientras esperaba su ejecución, el peticionario experimentó condiciones especialmente severas de confinamiento, pasando desde 23 horas al día en insolación en una celda de 6 por 9 pies. Contra él se habían firmado dos órdenes de ejecución y, sólo un poco antes, su muerte había sido programada. El efecto deshumanizador de dicho tratamiento es innegable (...) En resumen, nuestra experiencia a lo largo de las tres últimas décadas demostró que los retardos en los asesinatos patrocinados por el Estado son inevitables y que ejecutar a los condenados luego de tales retardos es inaceptablemente cruel”.<sup>(38)</sup>

El juez Stevens también encontró “fundamentalmente inhumano” al hecho de que “los condenados esperan un promedio de 13 años para su ejecución”.<sup>(39)</sup> Para fines del año 2011, el promedio del tiempo transcurrido entre la sentencia y la ejecución de los condenados que esperan en el corredor de la muerte en Estados Unidos se elevó a 16 años y medio.<sup>(40)</sup> Dados los múltiples niveles de apelación disponibles para los condenados a muerte en Estados Unidos, el retardo sustancial entre la sentencia y la ejecución es inevitable y puede simplemente indicar el alto escrutinio judicial que estos casos reciben. No obstante, si el creciente retardo puede ser atribuido al error o a la inacción del Estado, entonces los muchos años de suspenso agonizante que deben soportar los detenidos en el corredor de la muerte bien pueden constituir un castigo inaceptablemente cruel.

Si se reconoce que el paso del tiempo por sí no es un factor dispositivo, una formulación del “fenómeno del corredor de la muerte”<sup>(41)</sup> requiere una valoración tridimensional de la responsabilidad del Estado por el retardo,

(38) SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Thompson v. McNeil*, 129 S.Ct. 1299, 1299-1300 (2009) (statement of Stevens, J.)

(39) *Ibid.*

(40) U.S. BUREAU OF JUSTICE STATISTICS, “Capital Punishment 2011-Statistical Tables”, table 10, [en línea] <http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/cp11st.pdf>

(41) El “fenómeno del corredor de la muerte” generalmente se refiere a los efectos dañinos de las duras condiciones del confinamiento en el corredor de la muerte, las cuales producen

por las condiciones inhumanas de detención soportadas por el condenado, y por el resultante deterioro mental de los prisioneros.<sup>(42)</sup> El Comité de Derechos Humanos de la ONU advirtió que la simple prescripción de un tiempo límite a la detención en el corredor de la muerte, erróneamente “transmite a los Estados Partes que mantienen la pena de muerte el mensaje de que deben ejecutar la pena capital lo más rápidamente posible una vez que ésta haya sido impuesta”.<sup>(43)</sup>

En examen de admisibilidad sobre las denuncias de los peticionarios, la Comisión observó:

“Respecto al síndrome del corredor de la muerte, alegan los peticionarios que mantener a una persona en dicha situación por un tiempo excesivo, así como someter al condenado a repetidas fechas de ejecución, constituye un castigo o trato cruel, inhumano o degradante. Según la información aportada, una de las presuntas víctimas permaneció más de 30 años en el corredor de la muerte y otra fue obligada a prepararse para una ejecución inminente en cinco oportunidades”.<sup>(44)</sup>

Partiendo de esa base, la CIDH prometió que “analizará en la etapa de fondo si los alegatos relacionados al llamado ‘síndrome del corredor de la muerte’ constituyen una violación al derecho a un tratamiento humano durante la privación de libertad”.<sup>(45)</sup> Aun así, mientras la decisión de fondo admite repetidas veces la queja presentada por las presuntas víctimas y discute sus alegatos tanto como la respuesta del Estado, no resuelve la denuncia.

¿Por qué es, entonces, que la Comisión no cumplió con su promesa? La única explicación ofrecida en el Informe 52/13 es una oblicua referencia

.....  
 un deterioro mental en los prisioneros, conocido como “síndrome del corredor de la muerte”. La Comisión parece utilizar ambos términos indistintamente.

(42) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Francis c. Jamaica*, comunicación 606/1994, 25 de julio de 1995, párr. 9.2.

(43) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Errol Johnson c. Jamaica*, comunicación 588/1994, 22 de marzo de 1996, párr. 8.4.

(44) CIDH, Informe 60/11, Clarence Allen Lackey et al., [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio>, párr. 154.

(45) *Ibid.*, párr. 158.

en el párrafo 180: como la CIDH recibió observaciones de fondo solamente de tres de las 16 presuntas víctimas, carecía de “información suficiente para realizar un análisis detallado respecto de cada violación alegada inicialmente” y entonces “no analizará los alegatos presentados relativos a violaciones al debido proceso señaladas en los informes de admisibilidad”. Dejando de lado el argumento de que el derecho a un trato humano en las cárceles no es una preocupación del debido proceso, resta observar el hecho de que el caso de Clarence Allen Lackey no fuera discutido nuevamente hasta el final de las conclusiones, donde la única violación de derechos humanos encontrada fue el incumplimiento del Estado de las medidas cautelares que resguardaban al condenado. Si la falta de información suficiente es la explicación correcta para la desaparición de la queja originaria de Lackey del informe de fondo que lleva su nombre, luego resta preguntarse cuál es la información adicional requerida para una decisión de fondo.

Dicho esto, se trata de una cuestión excepcionalmente difícil de abordar sin que de ello se deriven consecuencias no buscadas para los derechos humanos. El Estado insistió enérgicamente en que “ni siquiera un período prolongado de detención bajo el (...) corredor de los condenados a muerte puede considerarse un trato cruel, inhumano o degradante si el condenado está interponiendo recursos de apelación”<sup>(46)</sup> y en que “cuando la demora entre el dictado de la sentencia a pena de muerte y la fecha de ejecución se debe a la utilización de todos los procedimientos de revisión disponibles, la persona condenada no puede posteriormente alegar que el atraso constituye una pena cruel, infame o inusual”.<sup>(47)</sup> Lo dicho por el Estado tiene sentido, pero distorsiona la cuestión presentada. La mayoría de los peticionarios afirmaron que el extendido retardo en el procesamiento de sus casos fue enteramente atribuible al Estado y algunos señalaron que las condiciones inhumanas que padecieron también lo fueron. Una petición sostuvo, por ejemplo, que la presunta víctima “estuvo privada de la libertad en el corredor de la muerte durante más de 15 años” y que “la mayoría de las demoras en el juicio” provinieron de la conducta del Estado; durante ese tiempo, recibió “dos órdenes de ejecución” y “estuvo recluido en el sótano” de una penitenciaría bajo condiciones tan

(46) CIDH, Informe 52/13, cit., párr. 96.

(47) *Ibid.*, párr. 119.

inhumanas que tanto él como sus compañeros de celda se vieron obligados a presentar recursos federales.<sup>(48)</sup> El Estado no cuestionó estos alegatos. A la luz de las observaciones de la Comisión, “en el proceso interamericano la valoración de la prueba reviste mayor flexibilidad que en los sistemas legales nacionales”.<sup>(49)</sup> Vale preguntarse qué prueba adicional se requeriría a un peticionario en estas circunstancias.

Para ser justos, puede que la CIDH sintiera que fue tan lejos como pudo con la información que tenía a su alcance. Después de todo, la Comisión abordó dos elementos comunes del síndrome: el confinamiento solitario y la enfermedad mental en el corredor de la muerte. Además, la causa del excesivo retardo en un caso de pena capital no siempre es evidente e inclusive un largo retardo es preferible a una ejecución. Un tribunal de derechos humanos debería razonablemente “evitar el establecer una jurisprudencia que debilite la influencia de factores que pudieran muy bien contribuir a reducir el número de reclusos realmente ejecutados”.<sup>(50)</sup> Aun así, el extenso retardo es uno de los tres factores que las cortes del mundo han observado para afirmar que el proceso de pena de muerte es inadmisiblemente cruel e inhumano. En el ejemplo más reciente, la Suprema Corte de India sostuvo que “el retardo agonizante” en el procesamiento de las peticiones de clemencia ejecutiva por el Estado “crea condiciones físicas adversas y estresa psicológicamente al convicto bajo condena a muerte”.<sup>(51)</sup> Citando los estándares de derechos humanos y la jurisprudencia extranjera sobre el “fenómeno del corredor de la muerte”, dicha Corte conmutó las condenas a muerte de 13 peticionarios. Acogiendo las normas internacionales, la Corte sostuvo que sería inconstitucional la ejecución de dos prisioneros que sufrían de una severa enfermedad mental; también prohibió el confinamiento solitario en el corredor de la muerte.

A pesar de que la mayoría de las decisiones abordaron el excesivo retardo al final del análisis del caso, no hay razones que prevengan que el mismo principio se aplique cuando el factor a tratar sea la falta de una

(48) *Ibid.*, párrs. 94/95.

(49) *Ibid.*, párr. 127.

(50) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Errol Johnson c. Jamaica*, párr. 8.4.

(51) SUPREME COURT OF INDIA, *Shatrughan Chauhan & Another vs Union of India & Others* (21 January 2014), párr. 39.

apelación a tiempo proveída por el Estado.<sup>(52)</sup> No faltará oportunidad para la CIDH de revisar este asunto en circunstancias en las que puedan presentarse pruebas claras de la responsabilidad del Estado por el excesivo retardo en los procedimientos de apelación. En el caso de N.I. Sequoyah, el peticionario alega que fue condenado a muerte en California en 1992 y que todavía espera que se atienda su primera apelación.<sup>(53)</sup> El retardo es atribuido a la falta de preparación adecuada de las copias del juicio para la apelación en un proceso que está pendiente desde hace 15 años.<sup>(54)</sup> Este retardo extraordinario tuvo “un efecto psicológico y físico devastador en la presunta víctima” y “su salud mental se ha estado deteriorando en forma continua” desde que se encuentra en el corredor de la muerte.<sup>(55)</sup> Pequeña reflexión: la presunta víctima todavía debe completar la primera de las muchas etapas de la apelación, 22 años después de que se dictara su condena a muerte. Si los hechos afirmados en el informe de admisibilidad son verificados, luego las circunstancias seguramente calificarían como extremadamente crueles y degradantes, sin importar cómo se denomine al fenómeno.

No existe una contradicción inherente en un organismo de derechos humanos que llame a finalizar el retardo extendido y simultáneamente desee la moratoria de todas las ejecuciones. Cuando un Estado es incapaz de proveer un proceso de apelación justo y razonable, sólo resulta aceptable o bien destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos o bien conmutar a los prisioneros afectados por condenas a muerte. Por la manera en que se expidió la Comisión acerca de las enfermedades mentales y el confinamiento solitario en el corredor de la muerte, hallar un retardo inadmisibles debido a la indisponibilidad de apelaciones en un tiempo adecuado atribuible al Estado solo agregaría peso al argumento de postular una moratoria como el primer paso hacia la abolición de la pena de muerte.

(52) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Earl Pratt e Ivan Morgan c. Jamaica*, comunicación 210/1986 y 225/1987 (6 de abril de 1989), párr. 13.6 (reconociendo que un retardo prolongado al atender la apelación inicial de un caso de pena capital podría constituir tratos crueles, inhumanos o degradantes).

(53) CIDH, Informe 42/10, N.I. Sequoyah, petición 120-07, [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/admisibilidades.asp#inicio>, párr. 2.

(54) *Ibid.*, párr. 9.

(55) *Ibid.*, párr. 10.

## 4 | Consideraciones finales

Resulta tentador imaginar que la CIDH hubiera resuelto la denuncia sobre el “síndrome del corredor de la muerte” si las presuntas víctimas hubieran puesto a su alcance observaciones detalladas acerca de la responsabilidad del Estado por el confinamiento duradero en el corredor de la muerte a la hora del informe de fondo. Los profesionales que llevaran casos a la Comisión estarían advertidos de la necesidad de enviar información exhaustiva sobre el fondo de la cuestión cuando se les requiriere, especialmente cuando presentaran asuntos innovadores que pudieran avanzar sobre los límites de la protección brindada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por su parte, la CIDH debería ser consciente de la necesidad de atender todas las peticiones admisibles o de explicar por qué no lo hará a la hora de juntar casos. Del mismo modo, los nuevos criterios sobre asuntos contenciosos —tales como la discapacidad mental y la pena de muerte— ganarían en persuasión si se incluyeran sobre ellos un análisis detallado y una clara guía para los Estados miembro.

Por último, la decisión de la CIDH de concentrar su atención en la resistencia continua a las medidas cautelares por parte de Estados Unidos representa un primer paso hacia una solución largamente aplazada. No puede tolerarse que la necesaria autoridad con la que cuenta la Comisión para prevenir daños a los peticionarios sea reducida a una voz que proclama en la nada. Los remedios tradicionales al no cumplimiento son inaplicables al caso dado que Estados Unidos no es Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este momento, los representantes de la sociedad civil deberán afrontar el desafío implícito en la decisión Lackey, proponiendo mecanismos efectivos a través de los cuales un Estado miembro pueda ser tenido por responsable al violar sus obligaciones en materia de derechos humanos incluidas en la Declaración Americana y en la Carta de la OEA.

---

# Derecho del imputado a la asistencia letrada

TEDH, *MARTIN c. ESTONIA*,  
30 de MAYO de 2013

por **PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal, el Tribunal Europeo o TEDH) resolvió la demanda interpuesta por el Sr. Keijo Martin contra la República de Estonia por considerar que no tuvo un juicio justo, en función de una serie de violaciones a su derecho de defensa.

El 21 de mayo de 2006, "J.", un compañero de colegio del peticionario, fue asesinado en un bosque cercano a la ciudad de Parnu-Jaagupi. Como consecuencia de dicho suceso, se inició la correspondiente investigación criminal. Cabe aclarar que, al momento del hecho, Martin tenía 17 años.

El 19 de julio del mismo año, el demandante, quien ya había alcanzado la mayoría de edad, fue arrestado por considerarlo responsable del homicidio de J. Ese mismo día fue interrogado por los agentes policiales con la presencia de R., el defensor oficial que se le asignó de conformidad con el Programa de Asistencia Legal. Al día siguiente, el defensor oficial visitó a Martin en el centro de detención. Tras dicha visita, el demandante requirió por escrito que R. sea designado como su abogado defensor.

.....

(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".



Sin embargo, los padres del peticionario firmaron un contrato con el abogado Järve a fin de que ejerza la defensa técnica de su hijo. El nuevo letrado se reunió con Martin, quien consintió su designación. Resulta pertinente aclarar que el Dr. Järve también ejercía la defensa de otros dos imputados por el homicidio de J. (A. y K.).

El viernes 4 de agosto de 2006, el demandante expresó su deseo de entrevistarse con su abogado el siguiente lunes toda vez que no se sentía bien, tenía dolores en el pecho y se encontraba extremadamente nervioso. Sin embargo, el expediente de la causa contiene dos escritos redactados a mano por el peticionario, ambos del lunes 7 de agosto de 2006, en los cuales manifiesta su deseo de poner fin a los servicios profesionales del Dr. Järve y que sea nombrado en su lugar el defensor oficial R.

El mismo 7 de agosto, de 20:05 a 21:35 hs., Martin fue interrogado por los investigadores policiales en presencia de R. Se declaró culpable del homicidio y brindó ciertos detalles sobre las circunstancias del hecho investigado. Seguidamente, de 21:52 a 23:30 hs., el demandante fue trasladado a la escena del crimen a fin de realizar una reconstrucción del hecho y elaborar un informe al respecto. Toda esta actividad fue filmada y se desarrolló en presencia del defensor oficial.

Al día siguiente, cuando el Dr. Järve intentó obtener información sobre la salud de Martin, se le informó que el nombrado revocó su designación como abogado defensor y que dicho rol lo estaba ejerciendo R. Inmediatamente, Järve solicitó una entrevista con Martin a fin de poder grabar la revocación de sus servicios legales y cerciorar que el nombrado revocó su mandato por su propia voluntad y libremente. El agente policial a cargo de la investigación no autorizó el encuentro.

Frente a tal situación, Järve intentó una serie de recursos administrativos y judiciales alegando que se estaba violando el derecho de defensa de Martin toda vez que, a su juicio, su revocación no había sido voluntaria sino que fue producto de diversas presiones ejercidas por parte de los investigadores policiales. Sin embargo, todos los remedios fueron desestimados.

El 10 de agosto de 2006, con la presencia de R. y de un fiscal, el peticionante volvió a declarar y confesó ser el autor del homicidio. Al día siguiente, la familia de Martin contrató a G., un abogado particular, para que ejerza su

defensa. Posteriormente, volvió a ser interrogado y negó haber cometido el homicidio. A raíz de las mencionadas contradicciones, los investigadores policiales ordenaron la realización de una pericia psiquiátrica y psicológica al demandante, la cual concluyó que sufría depresión y trastornos de adaptación, pero que no se hallaba privado de comprender o controlar su comportamiento al momento de la comisión del crimen y que era capaz de participar de un juicio criminal y cumplir una sentencia.

El 1 y 11 de diciembre de 2006, Martin fue nuevamente interrogado. En ambas oportunidades confesó el homicidio. Asimismo, del acta de las audiencias surge que no deseaba que su abogado estuviese presente en las mismas. El 18 de diciembre fueron desechadas las acusaciones contra los otros dos coimputados, A. y K., quienes eran defendidos por Järve. Con estos actos procesales finalizó la investigación preliminar y el fiscal del distrito de Laane formuló una acusación respecto de Martin ante el Juzgado de primera instancia de Pärnu.

Durante el juicio, la defensa del peticionario fue ejercida por Järve. Martin negó los cargos en su contra y alegó que las declaraciones formuladas en la investigación preliminar fueron hechas a fin de liberarse de la presión ejercida por los investigadores policiales.

El tribunal de primera instancia resolvió condenarlo a diez años de prisión por considerarlo penalmente responsable del delito de homicidio y robo. Las confesiones de Martin durante la investigación preliminar fueron la base de dicho pronunciamiento.

La condena fue recurrida ante la Cámara de Apelaciones de Tallinn. El *ad quem* estableció que, de conformidad con la legislación vigente y la jurisprudencia del máximo tribunal interno, en caso de contradicción entre las pruebas obtenidas en la investigación preliminar y la recolectada durante el juicio, deben ignorarse las primeras. Va de suyo que jamás un fallo puede sustentarse exclusiva o excesivamente en las pruebas producidas en la etapa previa al juicio. Sin perjuicio de advertir el excesivo apoyo que el fallo de primera instancia hizo sobre las declaraciones del demandante en la investigación preliminar, la Cámara de Apelaciones consideró que la evidencia restante era suficiente para confirmar el fallo condenatorio de Martin. En 2009, la Corte Suprema de Estonia rechazó el recurso contra la resolución de segunda instancia agotando, de este modo, la jurisdicción interna.

## 2 | La sentencia de la Sala de la Primera Sección

El demandante alegó que se violó su derecho de defensa, toda vez que se le impidió a su abogado tener contacto con él durante el procedimiento previo al juicio, y teniendo presente que su condena se basó en elementos probatorios obtenidos durante dicho procedimiento. En consecuencia, se arguyó que existió una violación al art. 6° del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH o Convenio Europeo).

El Tribunal Europeo comenzó su resolución señalando que si bien el objetivo principal del art. 6° CEDH es garantizar el debido proceso ante el tribunal competente para resolver el delito imputado al individuo, ello no significa que no sea aplicable a los procedimientos previos al juicio. Por tanto, el art. 6°, y especialmente el párrafo tercero relativo a los derechos del imputado, resulta aplicable a dichos procedimientos, especialmente cuando la legitimidad del juicio puede verse seriamente afectada por una falla o vicio en la etapa inicial.<sup>(2)</sup>

Seguidamente, reiteró que, sin perjuicio de que no es de carácter absoluto, el derecho de toda persona acusada de cometer un delito de ser efectivamente defendido por un abogado (asignado por el Estado si es necesario) es una de las características fundamentales del debido proceso. Asimismo, agrega que el acceso rápido a un letrado constituye una garantía contra la autoincriminación; teniendo presente la particular vulnerabilidad del acusado en las etapas iniciales del proceso, el cual se enfrenta al estrés de la situación y la complejidad de la legislación penal. Completa esta idea resaltando que el derecho a no autoincriminarse presupone que la investigación en un caso penal debe tener como finalidad comprobar la existencia de los hechos denunciados pero evitando la obtención de pruebas por medio de coerción u opresión de la voluntad del imputado. Finalmente, expresa que toda restricción al derecho a una defensa técnica debe ser claramente determinada y su aplicación debe ser estrictamente limitada en el tiempo.<sup>(3)</sup>

.....

(2) TEDH, *Case of Martin v. Estonia*, Judgment, First Section, 30 de mayo 2013, párr. 77.

(3) *Ibid.*, párr. 79.

Adentrándose ya en los hechos del caso, el Tribunal Europeo comenzó analizando los dos escritos del 7 de agosto de 2006 por los cuales Martin revocó la designación de Järve como su abogado defensor. En primer lugar, señaló que las circunstancias en las cuales el demandante puso fin a los servicios profesionales de su abogado no están lo suficientemente claras. Resulta difícil de explicar por qué Martin revocó la designación de Järve el lunes 7 de agosto, luego de solicitar una entrevista con el mismo el viernes 4 de agosto. Sin embargo, el TEDH hace especial hincapié en que el letrado contratado no fue informado de su revocación y no se le permitió tomar contacto con el mismo a fin de constatar que dicha decisión fue tomada libremente y por su propia voluntad.

Por otro lado, si bien el demandante no aportó pruebas suficientes, el TEDH concluyó que existieron ciertas entrevistas con los investigadores sin la participación de su abogado, en las cuales le “explicaron” que era razonable revocar la designación de Järve toda vez que el mismo ejercía la defensa de otros coimputados y que existían intereses contrapuestos. En este sentido, el Tribunal señala que aun presumiendo que efectivamente existía un conflicto de intereses que habilitaría la remoción del abogado elegido, no se empleó el procedimiento formal para la remoción de abogados previsto en la legislación procesal penal de Estonia. En dicho procedimiento, el defensor podría haber expuesto sus argumentos y asegurarse de que su pupilo no haya sido sometido a ningún tipo de presión, y un tribunal habría resuelto el conflicto de forma independiente e imparcial. El TEDH consideró que la implementación de un “práctica informal” (entrevistas con el imputado no documentadas) da lugar a pensar que no se respetó acabadamente el derecho de defensa de Martin y la garantía de no autoincriminarse.<sup>(4)</sup> En conexión a ello, el Tribunal consideró inexplicable la velocidad con que se actuó tras la revocación del mandato de Järve. Unas horas después de dicho suceso, Martin fue interrogado y trasladado al lugar del hecho para realizar la reconstrucción. En función de ello, la alegación del demandante sobre la existencia de presión ejercida por parte de los investigadores no parece ser inapropiada o fuera de lugar.<sup>(5)</sup>

En otro orden de ideas, el TEDH puso énfasis en que Martin tenía 17 años de edad al momento de la comisión del homicidio. En este sentido, reiteró que cuando se imputa un delito a un menor es esencial que sea tratado de .....

(4) *Ibid.*, párr. 90.

(5) *Ibid.*, párr. 91.

una manera en la cual se tenga en cuenta su edad, su nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales. Además, las autoridades deben tomar las medidas y recaudos necesarios para reducir sus sentimientos de intimidación e inhibición y asegurar que el menor imputado comprenda la naturaleza de la investigación, la imputación en su contra y el significado de toda pena que se le pueda llegar a imponer así como también el de su derecho de defensa, y en particular su derecho a no declarar. Por otro lado, si bien Martin alcanzó la mayoría de edad antes de ser detenido, el Tribunal consideró que las razones por las cuales el tratamiento especial de los menores es requerido no desaparecen inmediatamente una vez que el menor alcanza la edad legal. Por ello, el especial tratamiento debe mantenerse, aunque a medida que transcurre el tiempo va perdiendo su importancia.<sup>(6)</sup>

Teniendo en cuenta la falla de las autoridades en la implementación del procedimiento formal para la remoción de un abogado defensor en caso de duda respecto de un conflicto de intereses; el empleo en su lugar de un "procedimiento informal" de charlas con el peticionario; la edad de Martin al momento del homicidio y su aparente inestabilidad, que promovió la realización de un examen psicológico y psiquiátrico; y por último, la seriedad del delito que se le atribuyó, el TEDH concluyó que no está convencido de que su deseo de cambiar el abogado defensor que había elegido pueda ser considerado genuino. Por lo tanto, consideró que existió una violación al derecho a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección consagrado en el art. 6° CEDH. Habiendo arribado a tal conclusión, consideró que era innecesario analizar el agravio relativo a que durante el procedimiento preliminar el demandante fue interrogado en dos oportunidades sin la presencia de su letrado.<sup>(7)</sup>

### 3 | Consideraciones finales

Comparto los lineamientos generales del presente fallo del Tribunal Europeo. Sin lugar a dudas, el derecho a una defensa técnica de todo imputado en proceso penal constituye una derivación del derecho de defensa y un requisito para la existencia del debido proceso. El mismo tiene como principal objetivo lograr la denominada "igualdad de armas"

(6) *Ibid.*, párr. 92.

(7) *Ibid.*, párr. 93.

entre la acusación estatal y el imputado. Tal como se observa en el presente caso, el derecho a ser asistido por un letrado adquiere mayor importancia cuando la persona a la cual se le atribuye un delito es menor de edad. Por lo tanto, podemos decir que el menor imputado se haya sujeto a una doble vulnerabilidad que debe ser tenida en cuenta por las autoridades estatales. Por un lado, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra toda persona que se enfrenta con el sistema penal, a la cual se le suma la situación de vulnerabilidad que se deriva de su edad. Es por ello que, en este supuesto el rol del abogado defensor cobra diametral relevancia a fin de ejercer adecuadamente el derecho de defensa en juicio y repeler cualquier actividad ilegítima de los agentes estatales en la investigación criminal.

En conexión a ello, me parece sumamente acertada la conclusión del Tribunal relativa a que el especial tratamiento que merecen los menores sujetos a un proceso penal (en atención a su edad, su nivel de madurez y sus capacidades intelectuales y emocionales) no desaparece automáticamente al momento de alcanzar los 18 años. Alcanzar esa edad es un mero hecho biológico, al cual la norma jurídica le otorga efectos jurídicos. Si bien es necesario establecer una edad, al momento de aplicar dicha norma debe tenerse en cuenta que, por lo general, la inmadurez o vulnerabilidad propia de un menor que recientemente ha cumplido los 18 años no desaparece de forma automática. Es por ello que se debe armonizar la arbitrariedad de la norma con la realidad, el deber ser con el ser.

Por último, resulta, cuanto menos, llamativa la intervención del defensor oficial durante la investigación preliminar toda vez que en cada una de las veces que asistió a Martin, él se declaró culpable del homicidio. En este sentido, si bien el Tribunal Europeo no emitió opinión al respecto, cabe resaltar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que debe proporcionarse a quienes sean acusados penalmente un patrocinio letrado competente y efectivo.<sup>(8)</sup>

(8) CIDH, Informe 41/2004, Caso 12.417, *Whitley Myrie*, Jamaica, párr. 5.



# Derecho a enterrar familiares fallecidos

## Terrorismo

TEDH, *SABANCHIYEVA y OTROS c. RUSIA*  
6 de SEPTIEMBRE de 2013

por **AGUSTÍN MOGNI**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

Entre el 13 y el 14 de octubre de 2005, rebeldes opositores al Estado ruso decidieron tomar por la fuerza diferentes edificios públicos. En respuesta, las autoridades estatales reprimieron con violencia, provocando la muerte de decenas de ellos. En atención a estos hechos, el Estado abrió una causa penal para investigar lo acaecido. A partir de ésta, determinó que los fallecidos eran parte de una organización terrorista creada en 1999.

Mientras tanto, los familiares de los nombrados solicitaron a las autoridades judiciales y a los fiscales que impulsaban la causa la restitución de los cadáveres para que pudieran ser enterrados. Ésto fue denegado en reiteradas oportunidades.

El 22 de junio de 2006, el Estado, sin notificar fehacientemente a los familiares, incineró y enterró en lugares desconocidos los cadáveres de los noventa y cinco presuntos terroristas.

.....

(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 el presente caso,<sup>(2)</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante, el Tribunal— ha tomado conocimiento sobre la denuncia de cincuenta ciudadanos rusos que demandaron a la Federación Rusa alegando que no se habían identificado, según procedimientos establecidos, los cuerpos de sus familiares fallecidos. A su vez, afirmaron que la decisión de no devolver los cuerpos a las familias se encuadraba dentro de un marco de ilegalidad contrario a los artículos 3º, 8º y 9º; y a los artículos 13 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —en adelante, el Convenio—.

Todos los recursos intentados por los demandantes ante los tribunales nacionales fueron denegados. Solamente dos casos fueron admitidos por el Tribunal Constitucional de la Federación Rusa. Su conclusión fue que en ambos pleitos no era inconstitucional la norma vigente sobre la inhumación de terroristas, dado que esta legislación estaba justificada por la idiosincrasia nacional; además de poseer un objetivo legítimo, según lo ha estipulado el legislador federal.

Es dable destacar de este fallo el voto disidente del juez Kononov, quien calificó de incompatible la mencionada normativa con la Constitución rusa; pues estas leyes, "... prohibiendo la devolución de los cuerpos a sus familiares y el aseguramiento de su entierro anónimo, son, a nuestro parecer, absolutamente inmorales y reflejan la más incivilizada, bárbara y primitiva opinión de previas generaciones...".

Posteriormente, luego de la insistencia de algunos demandantes y de la reforma del Código Penal ruso, el Tribunal Supremo de la República de Kabardino-Balkariya revisó algunas sentencias de los tribunales nacionales y dictó otras favorables a los demandantes, solicitando una nueva investigación acorde al marco regulatorio vigente. Pero, a pesar de ello, en reiteradas ocasiones, el Estado privó a los familiares del acceso a las actuaciones.

Respecto de la conservación e identificación de los cuerpos, los demandantes alegaron que los restos permanecieron en depósitos en pésimas condiciones, apilados uno arriba del otro, desprendiendo olor putrefacto debido a la falta de refrigeración. Una de las demandantes pudo acceder al depósito recién al noveno día de los sucesos, los cadáveres estaban desnudos, en plena faceta de descomposición y con gusanos en su

(2) TEDH, *Sabanchiyeva y otros c. Rusia* (Nº 38450/05), 2013.

interior. Esto fue corroborado y filmado por otros familiares para dejar constancia de ello.

Frente a esta situación, el Fiscal General y las autoridades estatales publicaron comunicados para desmentir a los demandantes. En éstos se afirmaba que los cuerpos se encontraban en dos vagones debidamente refrigerados y en condiciones aceptables, a disposición de los familiares para el reconocimiento correspondiente.

Según el Estado, las víctimas del 13 de octubre de 2005 fueron doce civiles, treinta y cinco autoridades pertenecientes al cuerpo de policías y ochenta y siete ciudadanos asociados con la célula terrorista. Los familiares de estos últimos son los que alegaron que se violaron los artículos 3º, 8º, 9º, 13 y 14 del Convenio, por lo que el 6 de noviembre de 2008 presentaron una denuncia contra la Federación Rusa.

Antes de empezar con el análisis, es necesario tener en cuenta ciertos elementos de la legislación rusa respecto del terrorismo para comprender mejor el caso. En este sentido, la Ley de Represión del Terrorismo establece que el entierro de terroristas muertos a causa de un atentado de esta índole no será revelado, y que sus cuerpos no serán entregados a ningún familiar. Conforme a ésta se encuentra la Ley de Entierro y Sepelio, que afirma que el entierro de personas acusadas de terrorismo y su confidencialidad queda a disposición del Gobierno de la Federación Rusa. Igualmente, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal ruso califican como terrorismo a toda actividad destinada a menoscabar la seguridad pública, que amenace a la población, o influya en la toma de decisiones contrarias a las autoridades. Afirma también que la investigación de esta acción queda en manos del Fiscal y del Tribunal exclusivamente, sin prever la intervención de terceros interesados en el hecho.

## 2 | Análisis

La Primera Sección del Tribunal realizó un análisis detallado acerca de los sucesos previamente descritos. Primero, analizó la excepción preliminar interpuesta por Rusia respecto de la demandante número diecinueve, en cuanto a si tenía legitimación para reclamar por el fallecimiento de su conviviente de más de tres años por no haber contraído matrimonio. La Corte

desestimó esta excepción asegurando que los tribunales nacionales no habían puesto en jaque el estatus de pareja de la denunciante, ya que era prueba suficiente del vínculo el hecho de que tuvieran un hijo en común.

En lo relativo al artículo 3° del Convenio, en donde se contempla la prohibición de la tortura, los demandantes alegaron que la lista de participantes en el proceso de identificación era incompleta. El Estado discrepó y afirmó que la identificación había sido voluntaria y bajo los procedimientos adecuados: en dos vagones térmicamente acondicionados para el almacenamiento de los cuerpos. El Tribunal analizó este punto remitiéndose a su jurisprudencia constante, al sostener que el artículo 3° consagra uno de los valores fundamentales del Convenio —del cual nadie puede ser privado bajo ninguna excusa, entre ellas—: la lucha contra el terrorismo. El mencionado principio sólo puede ser violado cuando el sufrimiento mental soportado por los demandantes, como resultado de los actos de las fuerzas de seguridad, pueda comprobarse.<sup>(3)</sup> En este caso, dado que no se halló la suficiente cantidad de pruebas a los fines de probar la existencia de sufrimiento por parte de los familiares, el Tribunal no encontró violación del artículo 3°. El TEDH arribó a esta conclusión al considerar la posibilidad de un retardo esperable por parte de las autoridades en resolver la situación de los cuerpos a causa de que los sucesos del 13 y 14 de octubre de 2005 fueron extraordinarios.

Los demandantes alegaron que se había violado el artículo 8° —dada la ilegalidad y desproporción de la decisión de las autoridades de denegar la devolución de los cuerpos— basándose en el incumplimiento de los fallos de los tribunales nacionales y en la vaguedad de la legislación acerca de las “actividades” o “acciones” terroristas. Contrariamente, el Estado alegó haber actuado conforme a las leyes de procedimiento en este tipo de casos. El Tribunal retomó su jurisprudencia y afirmó que un considerable retraso en la entrega de los cuerpos a los familiares podía ser interpretado como una injerencia en la vida privada y familiar de los supervivientes.<sup>(4)</sup> Tras considerar que sí la había habido, pasó a analizar si fue justificada a partir de la observación de las siguientes características: conformidad con la ley, objetivo legítimo y necesidad en una sociedad democrática. De acuerdo con la primera, el Tribunal estableció que el procedimiento se

(3) TEDH, *Selcuk y Asker c. Turquía*, 24 de abril de 1998.

(4) TEDH, *Pretty c. the United Kingdom* (N° 2346/02).

llevó acorde a la legislación vigente en Rusia. En cuanto a la segunda, sostuvo que los entierros no notificados perseguían un interés de seguridad pública, para la protección de ciertos derechos y garantías. Respecto de la tercera, el Tribunal concluyó que la medida adoptada es necesaria para una sociedad democrática cuando perseguir un interés legítimo responde a una “necesidad social imperiosa” y, en el caso específico, es proporcional al objetivo buscado. La medida, según tiene dicho el TEDH, ha de ser idónea y resolutive; debe descartar medios que puedan ser más lesivos. En este caso en particular, el Tribunal sostuvo que, a pesar de ser una norma acorde al fin perseguido, las autoridades debieron enfocar sus esfuerzos en disminuir al mínimo posible el daño psicológico que provoca una situación límite como la sucedida. Asimismo, manifestó que el Estado no llevó a cabo la evaluación pertinente, caso por caso, para obrar de la forma correspondiente con los fallecidos. Tampoco contempló los deseos de los familiares. Por ello, el Tribunal reiteró que las autoridades debieron buscar una medida previa auxiliar que causara menos daño a las víctimas, y que garantizara el mismo objetivo.

Así las cosas, el TEDH sostuvo que las autoridades fracasaron porque no prestaron la debida consideración al principio de proporcionalidad. Puesto que no lograron un equilibrio justo entre los derechos a la protección de la vida privada y familiar de los demandantes, por un lado, y los objetivos legítimos de seguridad pública, por el otro. La Federación Rusa sobrepasó cualquier margen aceptable de apreciación en este sentido. Por estos razonamientos, el TEDH declaró la violación al artículo 8° del Convenio por parte del Estado.

En lo que respecta a la falta de un recurso eficaz, el Tribunal consideró que Rusia violó el artículo 13 del Convenio, interpretado a la luz del previamente analizado artículo 8°, debido a que los demandantes no gozaron de la efectiva posibilidad de apelar el fallo del Tribunal Constitucional, ya que no se les proporcionó copia de la resolución ni fueron notificados adecuadamente.

En cuanto al resto de los agravios, el Tribunal consideró que, interpretado a la luz del artículo 3° del Convenio, no hubo violación al artículo 9° puesto que no había causa suficiente para analizarlos separadamente. Además, respecto de la violación al artículo 14 —Prohibición de la Discriminación—, alegada por los demandantes, que consideraban que la legislación rusa

estaba dirigida a los seguidores de la fe islámica, el Tribunal interpretó que no se había efectuado una distinción de trato religiosa o étnica.

En lo que a las reparaciones se refiere, el Tribunal ordenó la devolución de los restos a los familiares, así como también dispuso la divulgación del lugar donde se encuentran enterrados. Asimismo, determinó una suma pecuniaria y la sentencia misma como reparación suficiente para el daño sufrido por las víctimas.

### 3 | Consideraciones finales

En el caso expuesto, el Tribunal se limitó a analizar el hecho en particular, sin profundizar acerca de si la legislación rusa está acorde al Convenio Europeo de Derechos Humanos; paso que hubiera sido importante dar tanto para su jurisprudencia como para la Federación Rusa, ya que éste es el único Estado con un marco normativo de estas características, contrario a los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción. El Estado, al no negar ciertos hechos, reconoce la falta de estructura para sucesos de esta envergadura pero no propone una medida alternativa al conflicto. Falla por aplicar una solución de gran lesividad para los familiares de presuntos terroristas, según las autoridades.

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos sentó jurisprudencia en el "Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname". Afirmó que el impedimento de recuperación de los restos en manos de autoridades estatales es considerado un trato inhumano contrario al artículo 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya que la incertidumbre acerca del paradero de los cuerpos de familiares, y la imposibilidad de honrarlos de acuerdo a sus criterios religiosos, genera un daño psicológico irreversible que puede repercutir en complicaciones físicas severas.

En un sentido similar y en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas estimó que el rechazo, tanto a brindar información a los familiares como a la devolución de los restos, se considera un trato inhumano violatorio del artículo 7° del mencionado Pacto.<sup>(5)</sup>

(5) ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 985/2001: *Aliboeva v. Tajikistán*.

En definitiva, a pesar del consenso en el Derecho Internacional respecto de la interpretación de la denegación de la entrega de los restos de una persona como una violación al derecho Convenio Europeo, el Tribunal no condenó a Rusia por ser el único país en la comunidad europea poseedor de una legislación con estas características.

En mi opinión, el Tribunal podría haber ahondado más en el contexto del hecho analizado para llegar a una interpretación profunda acerca esta violación de los derechos estipulados en el Convenio; y que, al mismo tiempo, contemple todo un marco regulatorio que niega los derechos de estas personas y sus familiares —que no tienen por qué padecer el accionar de aquéllos—.

---



# Convencionalidad de la pena de prisión perpetua

TEDH, *VINTER* y *OTROS* c. *REINO UNIDO*,  
9 de JULIO de 2013

por **GUSTAVO MARTÍN IGLESIAS**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

Analizaré un importante fallo de un tribunal internacional de derechos humanos referido al conflicto que se presenta entre las penas de prisión materialmente perpetuas, o perpetuas irreducibles sin posibilidad de libertad condicional, y la prohibición que deriva de instrumentos internacionales —y debe ser considerada asimismo como *ius cogens*—, de imponer castigos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>(2)</sup>

Se entiende por pena de prisión materialmente perpetua, o perpetua irreducible, aquella que implica que una persona sea mantenida en encierro de por vida, sin posibilidad alguna de lograr su libertad hasta el día de su muerte.

La Corte Europea de Derechos Humanos, reunida en pleno como Gran Sala dictó sentencia el 9 de julio de 2013 en el asunto *Vinter* y otros c. *Reino Unido*.<sup>(3)</sup>

.....

(1) Defensor Público Oficial ante los Tribunales Orales en lo Criminal de la Capital Federal, actualmente a cargo del Programa para la Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación.

(2) CORTE IDH, “Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 11 de marzo de 2005, párrs. 58 y 59.

(3) TEDH, *Vinter* y otros c. *Reino Unido* [GC], (nos. 66069/09, 130/10 y 3896/10), 9 de julio 2013.



En esta decisión, que confirmó el rechazo de la demanda presentada contra el Reino Unido por tres condenados a prisión perpetua acusados de gravísimos crímenes en Inglaterra y Gales, se reiteraron y ampliaron ciertos estándares genéricos sobre la pena de prisión perpetua y su validez ante los principios derivados del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que a continuación se traducen:

“C. Evaluación de la Gran Cámara

(...) 1. Grave desproporcionalidad

(...) 102. La Cámara había afirmado que una sentencia gravemente desproporcionada viola el art. 3º del Convenio.<sup>(4)</sup> Las partes aceptaron esa proposición en sus presentaciones ante la cámara y continuaron haciéndolo así en las efectuadas ante la Gran Cámara. Esta Gran Cámara aprueba y sostiene las conclusiones de la Cámara. También acuerda con la Cámara en que solamente en raras y excepcionales ocasiones que ese criterio de grave desproporción podría ser satisfecho (...).

2. Penas de prisión perpetua

(...) 103. No obstante que los peticionarios no han tratado de argumentar que sus sentencias perpetuas sean gravemente desproporcionadas, es necesario examinar, como lo hizo la Cámara, si tales sentencias de condena de por vida están en contradicción con el art. 3º del Convenio por otras causas. Los principios generales que rigen tal examen son los siguientes.

104. Está bien establecido por la jurisprudencia de la Corte que la elección por un Estado de un régimen específico de justicia criminal, incluidos la revisión de las penas y las modalidades de soltura, está en principio fuera del ámbito de supervisión que la Corte debe asumir en el nivel europeo, en tanto no resulte que tal sistema contravenga los principios afirmados por el Convenio (ver *Kafkaris*, citado más arriba, párr. 99).<sup>(5)</sup>

---

(4) [Europeo de Derechos Humanos, que dice: ‘Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes’].

(5) TEDH, *Kafkaris c. Chipre* [GC] (Nº 21906/04), 2008.

105. Adicionalmente, como la Corte de Apelaciones observó en R v. Oakes (ver parágrafo 50 arriba), cuestiones relacionadas con el carácter justo y proporcionado de la pena están sujetas a un debate racional y a una disputa civilizada. Por ello, los Estados Contratantes deben tener autorizado un margen de apreciación en la decisión sobre el adecuado monto de las penas de prisión para los diferentes crímenes. Como la Corte ha establecido, no es su rol decidir cual es el término adecuado de detención aplicable a un delito en particular o de pronunciarse sobre el adecuado tiempo de encierro o el monto de otra pena que debe ser cumplida por una persona luego de ser condenada por un tribunal competente (...).

106. Por las mismas razones, los Estados Contratantes deben ser libres de imponer penas perpetuas a delincuentes adultos por crímenes especialmente serios como asesinatos: la imposición de esa clase de pena a un criminal adulto no está en sí prohibido por ni es incompatible con el art. 3° o algún otro artículo del Convenio (ver Kafkaris, precitado, párr. 97). Ello es particularmente así cuando esta clase de pena no es obligatoria sino fue impuesta por un juez imparcial luego de que él o ella hubiese considerado todas las circunstancias atenuantes o agravantes presentes en un determinado caso.

107. No obstante, como la Corte decidió asimismo en Kafkaris, la imposición de una pena de prisión perpetua irreducible a un adulto podría autorizar ser cuestionada bajo el amparo del art. 3° (ibíd.) Hay dos aspectos particulares, pero conexos, de ese principio que la Corte estima necesario enfatizar y reafirmar.

108. Primero, una sentencia de prisión perpetua no será considerada irreducible por el mero hecho de que en la práctica deba ser cumplida en su totalidad. No existe un agravio acorde al art. 3° si una pena perpetua es reducible de *iure* o de *facto* (ver Kafkaris, citado arriba, párr. 98).

A ese respecto, la Corte quiere enfatizar que no podría admitirse un reclamo acorde al art. 3° si, por ejemplo, un prisionero de por vida tiene el derecho bajo la ley doméstica de que se evalúe

su soltura, pero le ha sido denegada en base a que él o ella continúa planteando un riesgo a la sociedad. Ello porque los Estados tienen el deber de acuerdo a la convención de tomar medidas para la protección del público del crimen violento y la convención no prohíbe a los Estados de sujetar a una persona condenada por un crimen grave a una pena indeterminada que autorice el mantener la detención del autor cuando ello sea necesario para la protección del público (ver, *mutatis mutandis*, T. v. Reino Unido, párr. 97, y V v. Reino Unido, párr. 98, precitados). De hecho, prevenir que un criminal reincida es una de las 'funciones esenciales' de una condena de prisión (Mastromatteo v. Italia [GC], N° 37.703/97, párr. 72, CEDH 2002-VIII; Maiorano y otros v. Italia, N° 28.634/06, párr. 108, del 15 de diciembre de 2009, y *mutatis mutandis*, Choreftakis y Choreftaki v. Grecia, N° 46.846/08, párr. 45, del 17 de enero de 2012). Ello es particularmente así para aquellos condenados por homicidio u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que tales prisioneros hubiesen cumplido ya un largo período de encierro no desmerece la obligación positiva de los Estados de proteger al público; los Estados pueden satisfacer tal obligación manteniendo detenidos a tales condenados a prisión perpetua en tanto ellos sigan siendo peligrosos (ver, por ejemplo, Maiorano and Others, citado arriba).

109. En segundo lugar, para determinar si una sentencia de por vida en un caso dado puede ser vislumbrada como irreducible, la Corte ha procurado verificar cuando es posible sostener que un prisionero tiene alguna perspectiva de soltura. Cuando la ley nacional acuerda la posibilidad de revisar la prisión perpetua en vista a su conmutación, remisión [en el sentido de perdón o indulto], extinción o a la libertad condicional del prisionero, ello es suficiente para satisfacer el art. 3° (ver Kafkaris, citado arriba, párr. 98).

110. Existen muchas razones por las que, para que una pena perpetua continúe siendo compatible con el art. 3° [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], debe haber una perspectiva de soltura y una posibilidad de revisión.

111. Es axiomático que un prisionero no debe estar detenido sin que existan motivos legítimos de orden penológico para esa detención. Como fue reconocido por la Cámara de Apelaciones en Bieber y la Cámara en su sentencia en el presente caso, esos fundamentos pueden incluir castigo, disuasión, protección del público y rehabilitación. Muchos de esos fundamentos estarán presentes al momento en que la pena perpetua es impuesta. No obstante, el balance entre tales justificativos para la detención no es necesariamente inmutable y pueden cambiar durante la ejecución de la sentencia. La que podría ser la justificación primordial de la detención al inicio de la pena podría no serlo luego de un prolongado período de ejecución de ella. Solamente llevando a cabo un re examen sobre los justificativos para mantener la detención en un determinado punto de la ejecución de la pena que tales factores o cambios pueden ser correctamente evaluados.

112. Más aún, si un prisionero como este es encarcelado sin alguna perspectiva de soltura y sin la posibilidad de que su pena perpetua sea revisada, hay un riesgo de que nunca pueda expiar su ofensa: lo que sea que el prisionero haga en prisión, y no obstante lo excepcionales que sean sus progresos en vista a la rehabilitación, su castigo permanecerá inmutable e irreversible. En todo caso, el castigo será aún mayor con el tiempo: cuanto más viva, más larga la condena. Así, aún cuando una condena perpetua puede ser el condigno castigo al momento de su imposición, con el paso del tiempo se convierte —parafraseando a los *Lord Justice Laws* en el caso *Wellington*— en una pobre garantía de un castigo justo y proporcionado (ver párrafo 54 arriba).

113. Adicionalmente, como la Corte Constitucional Federal Alemana reconoció en el caso de Prisión Perpetua (ver párrafo 69 arriba), ella será incompatible con la provisión sobre dignidad humana de la Ley Fundamental, cuando por el contrario el Estado prive a una persona de su libertad sin como mínimo proveerle una chance de recuperarla algún día. Fue tal comprobación la que guió a la Corte Constitucional a sostener que las autoridades penitenciarias tenían el deber de esforzarse por la

rehabilitación de un prisionero condenado de por vida y que esa rehabilitación era exigida constitucionalmente en cualquier comunidad que hubiese establecido a la dignidad humana como su basamento. De hecho, la Corte Constitucional dejó en claro en el subsiguiente caso de Criminal de Guerra que ese principio se aplica para todos los prisioneros de por vida, cualquiera fuera la naturaleza de sus crímenes, y que la liberación de aquellos que estuviesen enfermos o cerca de su muerte no es suficiente (ver párrafo 70 arriba).

Similares consideraciones deben aplicarse bajo el sistema de la Convención, cuya real esencia, como la Corte ha establecido reiteradamente, es el respeto por la dignidad humana (ver, entre otros, *Pretty v. Reino Unido*, N° 2346/02, párr. 65, ECHR 2002-III; y *V.C. v. Eslovaquia*, N° 18.968, párr. 105, ECHR 2011 (extractos).

114. De hecho, hoy existe claro soporte en el derecho europeo e internacional para el principio de que todos los prisioneros, incluyendo a quienes cumplan penas a perpetuidad, deben tener la posibilidad de rehabilitarse y la perspectiva de liberación si esa enmienda se logra.

115. La Corte ya ha tenido ocasión de señalar que, en tanto el castigo permanece como una de las finalidades del encarcelamiento, las políticas penales en Europa ponen hoy el acento en el objetivo de la rehabilitación, particularmente en vista a la finalización de las penas largas de prisión (ver, por ejemplo, *Dickson v. Reino Unido* [GC], N° 44.362/04, párr. 75, ECHR 2007-V; y *Boulois v. Luxemburgo* [GC] N° 37.575, párr. 83, ECHR 2012, y las demás referencias allí efectuadas). Entre los instrumentos legales del Consejo de Europa, ello está claramente expresado en la Regla 6 de las Reglas Penitenciarias Europeas que dispone que toda detención debe ser gestionada de manera de facilitar la reintegración en la sociedad libre de las personas privadas de su libertad, y la Regla 102.1 que prevé que el régimen carcelario de los detenidos condenados debe estar concebido de manera que les permita guiarse hacia una vida responsable y exenta de crímenes (ver párrafo 77 arriba).

116. Los instrumentos pertinentes del Consejo de Europa detallados en los párrafos 60-64 y 76 arriba demuestran además, primero, que el imperativo de rehabilitación es aplicable asimismo a los condenados a prisión de por vida, y segundo, que, ante una eventual rehabilitación, los condenados a prisión perpetua deben gozar también de la perspectiva de una liberación condicional.

La Regla 103 de las Reglas Penitenciarias Europeas prevé que, en la implementación de un régimen para los detenidos condenados, deberán establecerse planes individuales de ejecución de la pena y que deberán incluir, especialmente, la estrategia a seguir para su liberación. Esos planes se extienden específicamente a los condenados a prisión perpetua, en virtud de la Regla 103.8 (ver párr. 77 arriba).

La resolución 76(2) del Comité de Ministros recomienda que los casos de todos los prisioneros —incluyendo los sentenciados a penas perpetuas— sean examinados en la primera oportunidad posible para determinar si puede o no concedérseles una libertad condicional. Esta resolución recomienda además que la revisión de las sentencias perpetuas debería efectuarse luego de entre ocho y catorce años de detención, y debería repetirse a intervalos regulares (ver párr. 60 arriba).

(...) La recomendación 2003(23) sobre la Gestión de la Administración Penitenciaria de las Condenas a Cadena Perpetua y otros Internamientos de Larga Duración enfatiza que los condenados a penas perpetuas deben beneficiarse de una preparación constructiva para su liberación, incluyendo, a ese fin, la posibilidad de progresar en el ámbito del sistema carcelario. Esa recomendación sostiene expresamente que los condenados a perpetuidad deben acceder a la posibilidad de beneficiarse de una liberación condicional (ver, en particular, los párrafos 2, 8 y 34 de la recomendación y el párr. 131 del reporte adjunto, que han sido reproducidos en el párrafo 61 más arriba).

(...) La recomendación 2003(22), concerniente a la libertad condicional, deja también en claro que la libertad condicional debe ser posible para todos los prisioneros y que los condenados a penas perpetuas no deben ser privados de la expectativa de

liberación (ver párr. 4(a) de la recomendación y párr. 131 de la exposición de motivos, reproducidos en el párr. 62 más arriba).

(...) El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura ha expresado similar punto de vista, en su último informe sobre Suiza (ver párr. 64 arriba).

(...) 117. Este compromiso tanto para la rehabilitación de los sentenciados a penas perpetuas como para su eventual liberación es también reflejado en la práctica en los Estados Contratantes. Ello se demuestra en la jurisprudencia de las cortes constitucionales de Alemania e Italia sobre rehabilitación y penas perpetuas (reproducida en los párrafos 69-71 y 72 arriba) y otros instrumentos de derecho comparado evaluados en esta Corte. Ellos demuestran que una larga mayoría de Estados Contratantes o no imponen jamás una pena de prisión perpetua o, si lo hacen, proveen de ciertos mecanismos particulares, integrados a la legislación en materia de individualización de la pena, que garantizan el re examen de las penas perpetuas luego de un plazo fijado, en general luego de veinticinco años de prisión (párrafo 68 arriba).

118. El mismo compromiso sobre la rehabilitación de los condenados a penas perpetuas y de la posibilidad de una eventual liberación condicional puede ser encontrado en la legislación internacional.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos instruyen a las autoridades penitenciarias para usar todos los recursos disponibles para garantizar a los delincuentes un retorno a la sociedad (reglas 58 a 61, 65 y 66, citadas en el párr. 78 arriba). De otras reglas surge también la referencia expresa a la rehabilitación (párr. 79 arriba).

Finalmente, la Corte toma nota de las disposiciones pertinentes del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el que son partes 121 estados, incluyendo a la mayoría de los miembros del Consejo de Europa, y que prevé en su art. 110, párr. 3 la revisión de las penas perpetuas luego de veinticinco años, con posteriores revisiones periódicas. La importancia del art. 110 (3) es

subrayada por el hecho de que el art. 110(4) y (5) del Estatuto y las Reglas 223 y 224 del Reglamento de procedimiento y prueba de la CPI detallan garantías procedimentales y sustantivas que deben regir ese re examen. Los criterios para la reducción incluyen, entre otros, cuando la conducta de la persona detenida demuestra una auténtica disociación de su crimen y también sus posibilidades de resocialización (ver Regla 223(a) y (b), citadas en el párr. 65 arriba).

(...) Conclusión general respecto de las penas perpetuas.

119. Por las razones antes apuntadas, la Corte considera, que, en el contexto de una pena perpetua, el art. 3° [del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, que establece que 'Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes'] debe ser interpretado como requiriendo la reducción de la pena, en el sentido de una revisión que permita a las autoridades domésticas considerar si ciertos cambios en la vida del prisionero son significativos, y que los progresos en vista a la rehabilitación que ha hecho en el curso de la pena, pueden implicar que la continuidad de la detención ya no pueda seguir siendo justificada sobre bases penológicas legítimas.

120. No obstante, la Corte quiere poner énfasis en que, teniendo en vista el margen de apreciación que debe ser acordado a los Estados Contratantes en las materias de justicia criminal y juzgamiento (ver parágrafos 104 y 105 arriba), no es su tarea prescribir la forma (ejecutiva o judicial) en que esa revisión debe ser efectuada. Dicho eso, la Corte observa además que la información sobre la ley comparada e internacional presentada ante ella exhibe un claro soporte para la creación de un mecanismo específico que garantice una revisión en un plazo no mayor a veinticinco años luego de la imposición de una pena perpetua, con revisiones periódicas subsiguientes (ver parágrafos 117 y 118 arriba).

121. Sigue de esa conclusión que, donde la ley doméstica no prevea la posibilidad de aquella revisión, una sentencia perpetua no se ajustará a los estándares del art. 3° del Convenio [Europeo de Derechos Humanos].



(...) 122. Pese a que el requisito de revisión es un evento futuro necesariamente subsiguiente al dictado de la sentencia, un prisionero condenado a prisión perpetua no debe ser obligado a esperar y cumplir un número indeterminado de años de su condena antes de ser autorizado a reclamar que las condiciones legales de su pena no se ajustan a los requerimientos del art. 3 en esta interpretación. Ello sería contrario tanto contra la certeza legal y a los principios generales sobre el estatus de las víctimas en el sentido de tal término en el art. 34 de la Convención.

(...) Adicionalmente, en los casos en que la pena, al ser impuesta, es irreducible de acuerdo a la ley doméstica, puede apreciarse como caprichoso esperar que el prisionero trabaje en favor de su propia rehabilitación sin conocer cuanto, en una fecha indeterminada y futura, un mecanismo podría ser introducido para autorizarlo, sobre la base de tal rehabilitación, para que sea considerada su soltura. Un condenado a pena perpetua tiene que conocer, al momento del fallo, qué es lo que deberá hacer para recuperar su libertad y bajo qué condiciones, incluyendo cuándo la revisión de su pena tendrá lugar o podrá ser requerida. Consecuentemente, allí donde la ley doméstica no prevea algún mecanismo o posibilidad de revisión de una pena perpetua, la incompatibilidad con el art. 3 [del Convenio Europeo] sobre tal motivo surgirá ya al momento de la imposición de la sentencia de prisión perpetua y no en una posterior etapa del encierro".<sup>(6)</sup>

(6) Recientemente, en Londres, el Tribunal de Apelaciones dictó una sentencia en el caso "R v McLoughlin" (*Court of Appeal, Criminal Division, EWCA Crim 188 del 18/02/2014*) que en los medios de prensa fue vista como un enfrentamiento a lo decidido en *Vinter* por el TEDH. No obstante, su lectura permite advertir que el punto de diferendo reside en la interpretación sobre las facultades de soltura del Secretario de Estado que para los jueces ingleses, aunque excepcionales, son más amplias de lo que apreciaran los magistrados del tribunal internacional al analizar la ley local, y no se limitan a supuestos de enfermedad terminal o grave discapacidad. No fue necesario pronunciarse sobre plazos o sobre una evolución favorable en el tratamiento penitenciario y la amplitud de la revisión, por la cercanía temporal de las condenas impuestas por homicidio a quienes registraban ya otras previas por el mismo delito. Uno de los penados cometió el nuevo delito en una salida transitoria en julio de 2013, y el segundo, dentro del ámbito carcelario y contra otro recluso, en febrero de 2013. La decisión no es definitiva, puede ser recurrida ante la Corte Suprema y se esperan otros fallos en casos análogos, pendientes de tratamiento.

## 2 | Análisis del caso

El análisis de la sentencia dictada en el asunto *Vinter y otros c. Reino Unido* por la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos tiene importancia pese a que, si bien se trata de un tribunal internacional de derechos humanos que carece de jurisdicción sobre la República Argentina, tanto en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como en las de la CSJN se ha utilizado como fundamento lo resuelto por el TEDH.<sup>(7)</sup>

Ello como derivación de una tendencia creciente a transformar el basamento de sus sentencias, que no incluyen así solamente la recta aplicación de los textos convencionales, en una interpretación amplia que hasta podría usar el denominado método histórico con los trabajos preparatorios, cuando es hoy común la cita de precedentes de los superiores tribunales o cortes supremas de los países miembros, y de otros organismos internacionales de derechos humanos, como la Corte Europea de Derechos Humanos.

Además, el peso de los precedentes en general ha mutado como consecuencia de la doctrina del “control de convencionalidad”, en virtud de la cual los magistrados al tratar sobre la compatibilidad de las normas de derecho interno y la Convención Americana sobre Derechos Humanos “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.<sup>(8)</sup>

La factibilidad de invocar decisiones de otros órganos de aplicación de tratados internacionales de derechos humanos reposa, como es notorio, en la similitud que los diferentes instrumentos contienen en la afirmación de determinadas garantías.

.....

(7) Véase, por ejemplo, CORTE IDH, “Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) del 30 de enero de 2014, párr. 62; y CSJN, “Benitez, Aníbal Leonel s/lesiones graves”, Fallos: 329:5556, consids. 13/15.

(8) CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 26 de septiembre de 2006, párr. 124; “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 24 de noviembre de 2010, párr. 176; y “Caso Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31 de agosto de 2012, párr. 302. Un amplio desarrollo se encuentra en los párrafos 59 a 90 de la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia dictada en el “caso Gelman vs. Uruguay” del 20 de marzo de 2013.

En el caso que nos toca, el art. 3° del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge la “Prohibición de la tortura”, establece que “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” y tiene un texto análogo al de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>(9)</sup>

Situados así en el contexto que destaca la importancia del fallo en comentario, debo indicar ahora que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos expresó, en lo que aquí interesa, cuatro estándares relacionados con la prisión a perpetuidad:

1. Que, aunque no se trata en sí misma de una pena prohibida, para ser compatible con la prohibición de imponer tratos crueles, inhumanos o degradantes del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Estado debe garantizar que una sentencia de condena a encierro perpetuo debe poder ser reevaluada en tanto el mantenimiento de la detención no pueda justificarse debidamente por razones de política criminal.
2. Que si bien el análisis de esta situación de grave desproporcionalidad entre el mantener a la persona en situación de encierro puede merecer diferentes mecanismos en los países, siempre debe garantizarse el derecho a la expectativa de libertad, y que la decisión no quede basada en la libre discrecionalidad de la autoridad o limitada a supuestos de liberación por piedad o compasión, sino reglada y previsible.
3. Que el derecho a poner en cuestión un determinado orden jurídico, a efectos de verificar si existe el mecanismo de revisión antes indicado, nace ya al momento de ser sentenciado.
4. Que el plazo mínimo a partir del cual ese derecho puede reclamarse por el penado, que puede variar entre los diferentes países, puede ser razonablemente establecido en veinticinco años, acorde entre otros instrumentos normativos, al Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional.<sup>(10)</sup>

El Tribunal Europeo no ha afirmado, en consonancia con sus precedentes, que el simple hecho de imponer una pena de prisión perpetua implique una afectación al derecho a no ser sometido a un castigo cruel, inhumano

---

(9) “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...) 6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5 CADH).

(10) Este tratado, ratificado entre nosotros por ley 25.390, con el complemento de la ley 26.200, autoriza a castigar con prisión perpetua y contiene disposiciones expresas sobre libertad condicional en todos los casos a partir de 25 años.

o degradante, dado que admite que en ciertos casos pueden existir motivos suficientes para mantener en encierro a aquella persona acusada de graves delitos, como el homicidio.

Pero si entendió que debe ser admitido, frente a la finalidad de reinserción propia de toda pena, que el condenado pueda demostrar que aquellas razones que al sentenciar justificaron una sanción de tal rigor —sean ellas de castigo, retribución o prevención—, han desaparecido a partir de cierto momento del cumplimiento de la pena de encierro.

Se afirmó así una “esperanza de libertad” como derecho inherente al ser humano, en respeto de una expectativa de enmienda, que merece una protección fuerte con un mecanismo claro, legítimo y no sujeto a la discrecionalidad o arbitrariedad de la autoridad concedente. Además, con una periodicidad razonable para impedir que razones formales impidan la correcta evaluación de los progresos en el tratamiento penitenciario y las posibilidades de reinserción.

No es necesario que exista un procedimiento judicial de libertad condicional, tal como lo conocemos aquí, o juntas penitenciarias o decisiones de los administradores de prisiones, sino que se llegue a admitir que la liberación quede sujeta a indultos, perdones o remisiones de pena en tanto no se limite esto a un poder graciable, sino que se prevea como un derecho exigible por el condenado ante una autoridad legítima.<sup>(11)</sup>

En el sistema inglés analizado en el fallo del TEDH las posibilidades de libertad remanentes para un condenado a pena de prisión perpetua irreducible se limitaban a supuestos de muerte inminente o grave impedimento físico o mental, pero no hacían referencia a progresos en la evolución del comportamiento del interno en el ámbito de encierro ni a la mejora en las perspectivas de libertad que aventaran el siempre invocado temor al peligro social.

Como antes se dijo, tal análisis teórico sobre el sistema de justicia en el Reino Unido puso en evidencia su falta de ajuste al precepto que veda la imposición de castigos crueles, inhumanos o degradantes.

(11) La sentencia cita a su vez al Tribunal Constitucional Federal Alemán, Sentencia BVerfGE 45, 187 del 21/6/1977 que indicó que “el instituto del indulto —por sí solo— no es suficiente para satisfacer las exigencias constitucionales”. Véase SCHWABE, JÜRGEN (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Oficina Uruguay, 2009, p. 55.

### 3 | Consideraciones finales

Si bien en el orden internacional esta modalidad de castigo apareció sustituyendo a la pena de muerte como forma de eliminación definitiva del autor de graves delitos, en nuestro país, donde la pena capital estaba prácticamente erradicada —salvo los supuestos del denominado Código de Justicia Militar hoy derogado—, surgió en un contexto de incremento de las sanciones penales y reducción de beneficios penitenciarios.

La reforma introducida al texto vigente del Código Penal por la ley 25.892 es uno de los resultados de la acción política desplegada por el movimiento de opinión liderado por Juan Carlos Blumberg, e implicó un endurecimiento mayúsculo en el tiempo necesario para obtener la libertad condicional en caso de condenados a penas de prisión o reclusión perpetua, ya que se pasó de 20 a 35 años.

Además, excluyó de la posibilidad de la soltura anticipada a una determinada categoría de condenados vinculados a la comisión de ciertos delitos agravados por el resultado de muerte de quien fuera víctima.

Debo decir que, *de iure*, el derecho a obtener la libertad condicional ha sido vedado a determinados condenados a prisión perpetua por el art. 14 vigente del Código Penal.<sup>(12)</sup>

.....

(12) Las previsiones legales sobre la libertad condicional se reproducen a continuación: "El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido treinta y cinco (35) años de condena, el condenado a reclusión o a prisión por más de tres (3) años que hubiere cumplido los dos tercios, y el condenado a reclusión o prisión, por tres (3) años o menos, que hubiere cumplido un (1) año de reclusión u ocho (8) meses de prisión, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrán obtener la libertad por resolución judicial, previo informe de la dirección del establecimiento e informe de peritos que pronostique en forma individualizada y favorable su reinserción social, bajo las siguientes condiciones: 1) Residir en el lugar que determine el auto de soltura; 2) Observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de consumir bebidas alcohólicas o utilizar sustancias estupefacientes; 3) Adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4) No cometer nuevos delitos; 5) Someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes; 6) Someterse a tratamiento médico, psiquiátrico o psicológico, que acrediten su necesidad y eficacia de acuerdo al consejo de peritos. Estas condiciones, a las que el juez podrá añadir cualquiera de las reglas de conducta contempladas en el art. 27 *bis*, regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y hasta diez (10) años más en las perpetuas, a contar desde el día del otorgamiento de la libertad condicional. (Artículo sustituido por art. 1 de la ley 25.892 BO 26/05/2004) (art.13 CP). La libertad condicional no se concederá a los reincidentes. Tampoco se concederá en los

Asimismo, se privó a tales personas de ciertos derechos —como las salidas transitorias— cuando se modificó la ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, al agregársele el capítulo II *bis*: Excepciones a las modalidades básicas de la ejecución.<sup>(13)</sup>

De esta manera, se ha creado una categoría de condenados que carecen, desde el punto de vista de los textos legales, de una expectativa legítima a obtener algún día su libertad.<sup>(14)</sup>

Cierto es que se ha elaborado un anteproyecto de reforma del Código Penal, pero aún no ha avanzado siquiera hasta tener estado parlamentario, ni es claro que sus propuestas sobre eliminación de las penas perpetuas sean aceptadas.

La otra vertiente de análisis es si *de facto* existe algún mecanismo para la revisión futura de la situación de encierro.

.....

casos previstos en los arts. 80 inc. 7, 124, 142 *bis*, anteúltimo párrafo, 165 y 170, anteúltimo párrafo. (Artículo sustituido por art. 2 de la Ley 25.892 BO 26/5/2004) (art. 14 CP)".

(13) Capítulo incorporado la Ley 25.948 (BO 12/11/2004), cuyo único artículo dispone: "No podrán otorgarse los beneficios comprendidos en el período de prueba a los condenados por los siguientes delitos: 1) Homicidio agravado previsto en el art. 80, inc. 7, del Código Penal; 2) Delitos contra la integridad sexual de los que resultare la muerte de la víctima, previstos en el artículo 124 del Código Penal; 3) Privación ilegal de la libertad coactiva, si se causare intencionalmente la muerte de la persona ofendida, previsto en el art. 142 *bis*, anteúltimo párrafo, del Código Penal".

(14) En el caso "Giménez Ibáñez, Antonio Fidel s/libertad condicional", los ministros de la CSJN Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Luis Lorenzetti opinaron *obiter dicta*, que era acertado el alegato que afirmaba que "la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18 constitucional" (CSJN, Fallos: 329:2440, consid. 4).

Al Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi, no se la había escapado la trascendencia de esa decisión, tal como lo expresara en sus dictámenes en los casos "Chueke, Daniel Isaac y otros s/homicidio agravado por el vínculo..." [punto XIII] (expte. C. 2641. XXXIX, —no publicado en la colección oficial de Fallos, pero accesible en la búsqueda de sumarios de jurisprudencia—), y en "Leguizamón, Abel Alberto s/causa n° 4335" [punto VII], (Expte. L. 533. XLI, en el que no se dictó sentencia definitiva, véase [en línea] [http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2007/righi/L\\_abel\\_l\\_533\\_l\\_xli.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictámenes/2007/righi/L_abel_l_533_l_xli.pdf)). Allí advierte la contradicción entre la pena realmente perpetua y la finalidad resocializadora de las penas privativas de la libertad, a que antes se hiciera referencia. En "Calafell, Roque Esteban s/extradición" (Fallos: 334:1659) el voto en disidencia de los Dres. Maqueda y Zaffaroni reproduce la doctrina de "Giménez Ibáñez", pero la mayoría no siguió su opinión.

Como pudo advertirse, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y los tribunales y órganos encargados de su interpretación se enfrentan a una disimilitud de sistemas legales y procesales, lo que conduce a la necesidad de observar como, en la práctica, se resuelven incidencias comunes a todo sistema de punición, como lo son las cuestiones sobre libertad condicional, anticipada, bajo palabra, o como se la establezca en cada jurisdicción interna.

En ciertas comunidades la liberación anticipada de un penado reposa en un sistema claramente previsto por el cuerpo legislativo y con una decisión judicial; en otras, la facultad está en manos de órganos ejecutivos, juntas de libertad condicional, o funcionarios públicos de diferente jerarquía.

Ello hace prudente observar si, en ciertos países, el mecanismo de conmutar o indultar penas es una práctica habitual para reemplazar al inexistente derecho procesal a reclamar a un juez la soltura anticipada cuando es factible analizar si, *de facto*, dicha modalidad permite resolver el problema derivado de un encierro realmente perpetuo.

En lo que tiene que ver con la República Argentina, la Constitución Nacional dispone que el presidente “puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente...”(art. 99, inc. 5°).

La instrumentación del indulto es a través de un decreto firmado por quien es titular del Poder Ejecutivo, con lo que me avoqué al análisis de los decretos publicados en el Boletín Oficial de la República Argentina en su página web y que incluyeran las voces “indulto” y “conmutación”, de lo que resultó que en los últimos períodos no aparece ningún decreto que responda a tales voces.<sup>(15)</sup>

.....

(15) En la continuación de la búsqueda, pude determinar que el último decreto registrado de conmutación de pena es el 1334/2003 y fue firmado por el entonces presidente Néstor Kirchner. Se publicó en el Boletín Oficial del 31/12/2003. Anteriormente, fueron publicados en el Boletín Oficial los decretos 1228/2003 y 1230/2003 (22/05/2003) y los suscribió el entonces presidente Eduardo Duhalde. El primero concedió el indulto al militar Mohamed Alí Seineldin y otros imputados por los alzamientos ocurridos años atrás, en tanto que el segundo indultó a Enrique Haroldo Gorriarán Merlo y otras personas vinculadas al ataque al cuartel militar de La Tablada, como resultado de una gestión que llevó adelante, entre otros, la CIDH. El decreto 1229/2003 publicado ese mismo día afectó exclusivamente a Enrique Haroldo Gorriarán Merlo respecto de otro proceso. La consulta digital efectuada podría arrojar un error (y para aventarlo la reproduje con similar resultado en [infoleg.gov.ar](http://infoleg.gov.ar)), cuya evidencia es que no existe una prác-

Es decir, la atribución conferida por la Constitución Nacional al titular del Poder Ejecutivo para conmutar o indultar penas respecto de delitos de jurisdicción federal o local de la Capital Federal, no implica que *de facto* exista una posibilidad de modificar una sanción firme impuesta por el Poder Judicial.

Si a ello sumamos que las modificaciones en la ley penal para llegar a autorizar una condena de prisión perpetua sin libertad condicional son producto del gobierno en curso, es evidente que no debe esperarse se concedan excepciones a un mecanismo de sanciones draconiano creado *ex profeso*.

La voluntad del legislador argentino tenía la carga de ajustarse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto por respetar el principio de *pacta sunt servanda* como el propio texto de la Constitución Nacional.<sup>(16)</sup>

Debo afirmar que el tratamiento aplicado a una persona condenada a la pena de prisión perpetua, sin posibilidad de libertad condicional, constituye una forma de castigo cruel a tenor del art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que para afirmarlo no es necesario aguardar a que el condenado cumpla efectivamente treinta y cinco años de encierro, para habilitarlo a discutirlo, puesto que la falta de esperanza la tiene hoy.

Corresponde aventar así la eventual racionalización de los jueces, que omiten enfrentar la verdad de la situación, con la afirmación de que se

.....

tica habitual de indultar o conmutar sentencias de condenas dictadas en el ámbito federal o de la Ciudad de Buenos Aires.

(16) Corresponde recordar que ésta en su art. 75, inc. 22 CN establece que La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.



ajustan a la ley y que es propio de ésta decidir que una persona pueda ser condenada a estar presa hasta el momento de su muerte.

Quiero recordar ahora las palabras de Piero Calamandrei, quien enseñaba que

“reducir la función del juez a una simple actividad de hacer silogismos significa empobrecerla, hacerla estéril, disecarla. La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez.

El peligro mayor que amenaza a los jueces en una democracia, y en general a todos los funcionarios públicos, es el peligro del hábito, de la indiferencia burocrática, de la irresponsabilidad anónima. Para el burócrata los hombres dejan de ser personas vivas y se transforman en números, cédulas y fascículos: en un *expediente* como se dice en el lenguaje de las oficinas, esto es, en una carpeta bajo cuya cubierta están agrupados numerosos folios protocolizados, y en medio de ellos, un hombre disecado. Para el burócrata, los afanes del hombre vivo que está en espera, no significan nada; ve aquel enorme cúmulo de papeles sobre su escritorio y sólo trata de encontrar un medio para pasarlo al escritorio de otro burócrata, su vecino de oficina, y descargar sobre él el fastidio de aquel engorro.

¡Ay si esta indiferencia burocrática penetra entre los jueces!  
¡Ay de ellos si se acostumbran al llamado punzante de su responsabilidad!

Quien reflexiona sobre el peso de los dolores humanos que está encomendado a la conciencia de los jueces se pregunta cómo ellos, con tan terrible tarea, pueden dormir con tranquilidad. Sin embargo, el sistema de legalidad entendido en forma demasiado escolástica, con el ingenioso mecanismo del silogismo judicial, parece hecho a propósito para privar al juez del sentido de su terrible responsabilidad y para ayudarlo a dormir sin angustias.

En la plaza se encuentra un ahorcado, condenado a muerte por el juez. La sentencia ha sido ejecutada, pero esta sentencia era injusta; el ahorcado era inocente.

¿Quién es responsable de haber asesinado a ese inocente? ¿El legislador que ha establecido en la ley la pena de muerte en abstracto, o el juez que la ha aplicado en concreto?

Pero tanto el legislador como el juez encuentran la forma de salvar su alma con el pretexto del silogismo.

El legislador dice: No tengo la culpa de su muerte; puedo dormir tranquilo porque la sentencia es un silogismo del cual sólo he construido la premisa mayor, una inocua fórmula hipotética general y abstracta, que amenazaba a todos, pero no afectaba a ninguno. Quien lo ha asesinado ha sido el juez, ya que ha sido él quien ha extraído de las premisas inocuas la conclusión mortífera, la *lex specialis* que ha ordenado la muerte del inocente.

Pero el juez dice a su vez: No tengo la culpa de esa muerte y puedo dormir tranquilo, ya que la sentencia es un silogismo del cual no he hecho otra cosa que extraer la conclusión de la premisa impuesta por el legislador. Ha sido el legislador quien lo ha asesinado, con su ley, que era ya una *sententia generalis*, en la cual también estaba comprendida la condena de aquel inocente.

*Lex specialis, sententia generalis*; así el legislador y el juez se atribuyen recíprocamente responsabilidad y pueden dormir tranquilos uno y otro, mientras el inocente se mece en la horca".<sup>(17)</sup>

Se trata de aventar la durísima crítica de Giorgio Agamben, quien escribió que

"La realidad es que, como los juristas saben perfectamente, el derecho no tiende en última instancia al establecimiento de la justicia. Tampoco al de la verdad. Tiende exclusivamente a la celebración del juicio, con independencia de la verdad o de la justicia. Es algo que queda probado más allá de toda duda por la fuerza

---

(17) CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y Democracia*, Héctor Fix Zamudio (trad.), Bs. As., EJEA, 1960, pp. 80/82.

**de cosa juzgada** que se aplica también a una sentencia injusta. La producción de la *res judicata*, merced a la cual lo verdadero y lo justo son sustituidos por la sentencia, vale como verdad aún a costa de su falsedad e injusticia, es el fin último del derecho. En esta criatura híbrida, de la que no es posible decir si es hecho o norma, el derecho se aquieta: no le es posible ir más allá”.<sup>(18)</sup>

Desde la filosofía jurídica, ha sostenido el teórico italiano Luigi Ferrajoli que una norma es vigente —legal— cuando “guarda relación con la forma de los actos normativos, es una cuestión de subsunción o de correspondencia de las formas de los actos productivos de normas con las previstas por las normas formales sobre su formación...”, en tanto que la norma será válida —o su equivalente que es la legitimidad o constitucionalidad— si se guarda “coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción”. En síntesis, y de acorde a lo transcripto, Ferrajoli aboga por el paradigma de un Estado constitucional de derecho en el cual se deba obediencia a la ley que reúna el doble requisito de legalidad y legitimidad.

“... la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución... En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes ...”.<sup>(19)</sup>

Es imprescindible analizar la situación en su contexto global, ya que la ley penal ha establecido un régimen de ejecución penal particularmente riguroso solamente para cierto grupo de delitos graves, claramente para atender al reclamo de la opinión pública sobre inseguridad.

Lo que ocurre es que en lugar de potenciar los medios materiales y humanos para luchar contra la impunidad, se ha preferido castigar con especial

(18) AGAMBEN, GIORGIO, *Lo que queda de Auschwitz*, Valencia, Pre-Textos, pp. 16/17.

(19) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 21/26.

severidad a aquellos condenados por ese conjunto de delitos que tipifican los textos vigentes del art. 14 del Código Penal y 56 bis de la ley 24.660.

Philippe Braud explica en *Violencias Políticas* que

“el chivo expiatorio se convierte en la persona que se designa como responsable de actos reprobables o perjudiciales. Esta imputación, más o menos arbitraria, es en cierto modo una manera de poner fin a la búsqueda de las causas reales; es un sustituto de la causalidad científica.

(...) Resulta siempre insoportable para las víctimas de alguna agresión no poder identificar a un responsable de su desgracia; no solo para obtener reparación sino también, sencillamente, para comprender lo que les ha sucedido. Es preciso salir de la inseguridad generada por la incertidumbre y, mediante una explicación plausible, estar en situación de poder controlar mejor los riesgos”.

Más adelante dice que “La investigación sobre las causas de un desastre no tiene tan sólo objetivos racionales, sino que obedece también a imperativos psicológicos: dar la sensación de que se domina la situación, ofrecer un exutorio a los descontentos. La ira, generada por el sufrimiento, exige objetivos accesibles y plausibles”.

Braud sostiene que el mecanismo de imputación que describe pone en marcha “la reactivación de esquemas de hostilidad latentes, de tipo racista, homófobo, anticapitalista o anticlerical”.

“Esta propensión a designar grupos ya denigrados como responsables de males de origen todavía incierto tiene sus consecuencias negativas más notables cuando reina un clima de intensa violencia simbólica”.

Siguiendo las ideas de René Girard, avanza en su análisis y dice que se trata de acusaciones estereotipadas que “se hacen eco de la crispación de los individuos angustiados porque han visto como se diluyen sus certezas y se disuelven las reglas que les servían de referencia”.

Los criterios de selección obedecen “siempre a lógicas imperiosas. Las víctimas han de estar fuera del grupo (...) Por el contrario, la designación

del chivo expiatorio restaura fronteras destruidas y restablece la existencia de un foso identitario infranqueable entre ellos y nosotros”.

Luego expresa que

“La doble exigencia de distancia y proximidad explica por qué se las suele elegir en el seno de la sociedad, pero entre las minorías (religiosas, étnicas, nacionales), o entre individuos aparte, situados bien en lo más bajo de la escala social (marginados, mendigos, vagabundos), o bien, por el contrario, en la cumbre de ésta (monarca, hidalguelo de pueblo). Estos criterios ponen de manifiesto la profunda ambivalencia de los perseguidores con respecto a su víctima. Es preciso que su delito haya sido extremo para que el castigo parezca justo y ejemplar. Es también preciso que la amenaza haya sido terrible para que la victoria conseguida tenga algún valor. La reafirmación del orden simbólico burlado perdería eficacia si la víctima no estuviera también dotada de una misteriosa superpotencia (...) Se da por supuesto que la despiadada severidad del castigo reafirmará esplendorosamente que existen normas que no se pueden transgredir”.<sup>(20)</sup>

Como dije en el inicio, el fallo que motivó este comentario se adentra en la discusión de un problema actual y grave de nuestro propio sistema de enjuiciamiento criminal, y puede servir de guía razonable dada la analogía entre los instrumentos de derechos humanos que vedan un trato cruel, inhumano o degradante, para evaluar la solución correcta.

No es admisible, en mi opinión, que se difiera una solución jurídica eficaz para un problema serio cuando es claramente palpable, tanto para el condenado como para su familia, la crueldad que implica decir a un ser humano que, cualquiera sea su conducta futura, sus estudios, trabajo y progreso en la prisión, jamás recuperará su libertad.

Por el contrario, el endurecimiento en la respuesta penal tiene un matiz claramente simbólico que no debe ser aceptado en una sociedad democrática.

---

(20) BRAUD, PHILIPPE, *Violencias Políticas*, Madrid, Alianza, pp. 211/217.

# Derecho a la educación universitaria

## Restricciones

TEDH, *ALTINAY c. TURQUÍA*,  
9 de JULIO de 2013

por **MARISOL DORREGO**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

El peticionario habría iniciado sus estudios secundarios en el año 1995 en un liceo especializado en ciencias de la comunicación. En ese momento, los resultados del examen BAC (*baccalauréat*, examen rendido por los bachilleres franceses para entrar en la universidad) de los alumnos de liceos especializados en ciencias de la comunicación permitía ingresar en cualquier universidad con esa misma especialización y abría la posibilidad de, una vez recibido, ocupar cargos de responsabilidad en los medios. A su vez, podía entrar en programas de licenciatura universitaria de una duración de cuatro años. En el año 1998 se introdujo una reforma que modificó los términos de ingreso a las facultades de ciencias de la comunicación tendiente a favorecer a los egresados de bachillerato general en detrimento de los liceos especializados. A su vez, dicha normativa orientaba a los egresados de dichos liceos a estudios terciarios con una especialización técnica de dos años en escuelas profesionales superiores (*écoles* .....

(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".

*professionnelles supérieures*) los cuales no expedían títulos que le habilitasen para, eventualmente, conseguir un cargo de responsabilidad en los medios. El peticionario pretende dejar de estudiar en el liceo especializado y pide el pase a un bachiller general. Esto no estaba autorizado por la legislación. El 20 de septiembre de 1999 el peticionario interpone un recurso de anulación ante el Consejo de Estado basándose en el principio de igualdad entre los titulares de diferentes *baccalauréats* y denuncia la ausencia de cualquier período transitorio o cláusula de retroactividad. El procurador del Consejo de Estado aconsejó a la Cámara interviniente anular las cláusulas concernientes a la aplicación de la ley sosteniendo que la aplicación inmediata luego de su publicación y la ausencia de un período transitorio habría afectado desfavorablemente a los egresados de liceos especializados, quienes habrían decidido su orientación antes de la implementación de dichas medidas. La 8ª Cámara del Consejo de Estado rechazó el recurso ya que consideró que el nuevo sistema tomaba en cuenta el cambio de las condiciones económicas y sociales de la sociedad, y que la aplicación inmediata de la ley servía a promover un trato igualitario. A partir del año 2000, cuando el peticionario ya habría finalizado sus estudios secundarios hacía más de un año, se incorpora una modificación tendiente a permitir el pase de un liceo especializado a un bachiller bajo ciertas condiciones. El peticionario se queja de una violación al art. 14 del Convenio y al art. 2º del Protocolo 1 (no discriminación). El Tribunal estima que el peticionario sufrió una diferencia de trato en el ejercicio de su derecho de acceso a la enseñanza superior garantizado por el art. 2º del Protocolo N° 1.<sup>(2)</sup>

## 2 | Análisis del Tribunal (Segunda Sección)

El Tribunal nota, primeramente, que los resultados del peticionario de sus exámenes de egreso del secundario equivalían a aquellos de los candidatos de liceos de enseñanza general.<sup>(3)</sup> Estima que se produjo una diferencia de trato en el ejercicio de su derecho al acceso a la enseñanza superior pero que se debía analizar si el nuevo sistema impuesto perseguía un fin legítimo y si existía una proporcionalidad razonable entre los medios em-

(2) TEDH, *Altinay c. Turquía*, 37222/04, 9 de julio de 2013.

(3) TEDH, *Altinay c. Turquía*, cit., p. 37.

pleados y el fin perseguido.<sup>(4)</sup> El Tribunal estima que los Estados miembros, al reglamentar el acceso a las universidades o estudios superiores, disponen de un margen de apreciación considerable en cuanto a las cualidades de los candidatos a fin de seleccionar aquellos que son susceptibles de proseguir sus estudios. Sin embargo, el sistema de selección instaurado no puede desnaturalizar el derecho a la instrucción del art. 2 del Protocolo 1 ni evaluar a los candidatos en condiciones contrarias a la igualdad y la equidad, o atentaría contra el art. 14 de la Convención.<sup>(5)</sup> En los liceos profesionales de comunicación, la enseñanza de materias consideradas fundamentales como la matemática, las ciencias duras (física, química, biología) y las ciencias sociales (filosofía, literatura, historia, geografía) habían disminuido en su carga horaria progresivamente hasta desaparecer en los últimos años del secundario. El Tribunal considera que este hecho podría dificultar el objetivo de formarse profesionalmente tal como lo considera la recomendación (98)3 del Comité de Ministros.<sup>(6)</sup> Considera que el sistema de selección que valore la enseñanza impartida por los liceos generales persigue un fin legítimo para mejorar el nivel de los estudios universitarios.<sup>(7)</sup>

A fin de verificar si la diferencia de trato en la aplicación de los promedios en cuestión era desproporcionada o no, el Tribunal evalúa los efectos de la medida.<sup>(8)</sup> Considera en particular la ausencia de medidas transitorias y el hecho de que, un año después de haber finalizado sus estudios secundarios, el Consejo de enseñanza superior habilitó la posibilidad de pasar, en ciertas condiciones, de un liceo profesional a un liceo de enseñanza general. El Consejo habría reconocido la ausencia de medidas transitorias que habrían tenido consecuencias desfavorables para los egresados de liceos profesionales.<sup>(9)</sup> El Tribunal toma en cuenta la constatación del Consejo de Estado de las consecuencias perjudiciales de la ausencia de medidas transitorias en el contexto de la nueva legislación relativa al

(4) *Ibid.*, pp. 39/40.

(5) *Ibid.*, p. 41.

(6) *Ibid.*, p. 44; y CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ DE LOS MINISTROS, "Recommandation (98) 3", [en línea] <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=530671&SecMode=1&DocId=459712&Usage=2>

(7) TEDH, *Altınay c. Turquía*, cit., p. 46.

(8) *Ibid.*, p. 47.

(9) *Ibid.*, p. 51 *in fine*.



acceso a la universidad respecto al tratamiento igualitario de los candidatos a la universidad y a una mejoría del nivel de los estudios universitarios.<sup>(10)</sup>

El Tribunal deduce que el peticionario obró con buena fe al afirmar que habría elegido asistir a un liceo profesional de comunicación para seguir sus estudios universitarios a fin de ser periodista. Observa que las modificaciones a las reglas de acceso a la universidad, que tendría por objeto deprecia los estudios de liceos profesionales de comunicación respecto a la preparación para ser periodista, habrían efectivamente privado al peticionario de la posibilidad de integrar una facultad de ciencias de la comunicación.<sup>(11)</sup>

Por una parte, el pedido del peticionario de pasar a un liceo de enseñanza general habría sido formalmente rechazado cuando la posibilidad de tal pase estaría prevista por la legislación como medida correctiva, pero no se habría puesto en práctica sino hasta el año siguiente a la aplicación del nuevo sistema.<sup>(12)</sup>

El Tribunal concluye que las nuevas medidas tomadas no podían ser previsible para el peticionario y que la ausencia de toda medida correctiva respecto de las modificaciones del nuevo sistema de acceso a la enseñanza superior habrían sido contrarias al artículo de la Convención junto al art. 2º del Protocolo 1 de la Convención.<sup>(13)</sup>

### 3 | Consideraciones finales

En el caso *Mürsel Eren c. Turquía*, de febrero de 2006,<sup>(14)</sup> sobre un candidato que debía rendir examen para entrar a la universidad y el rechazo de sus resultados (en el sentido de que se hallaban aprobados pero por mal desempeño en el mismo examen el año anterior se habrían rechazado por considerar sospechosos los resultados). En dicho caso, también contra Turquía, se analiza la razonabilidad de la medida tomada por el Consejo de la

(10) *Ibid.*, p. 53.

(11) *Ibid.*, pp. 55/56.

(12) *Ibid.*, p. 58.

(13) *Ibid.*, p. 60.

(14) TEDH, *Mürsel Eren c. Turquía*, N° 60856/00, ECHR 2006-II.

Universidad y las autoridades administrativas. En el presente caso, no se trata de racionalidad de una medida que se considera arbitraria sino de la implementación de un nuevo sistema de ingreso en las facultades de ciencias de la comunicación. Se analiza la proporcionalidad de los medios empleados con el fin legítimo perseguido por el Estado de nivelar a los candidatos de bachilleratos y de liceos profesionales. En *Leyla Şahin c. Turkey*<sup>(15)</sup> ya se habría expedido el Tribunal acerca de la necesidad de garantizar el acceso a instituciones de educación superior conforme al art. 2° del Protocolo 1. En el caso de *Altinay*, el Estado persigue un fin legítimo y establece una reglamentación del derecho a la educación tendiente a nivelar a todos los egresados de bachilleres con orientación general y liceos profesionales. En lo que falla dicha reglamentación es en no prever que, sin un régimen intermedio, la reglamentación se implementaría en detrimento de estudiantes que hubiesen hecho su elección del secundario a asistir basándose en el régimen anterior. De ello se puede inferir que la legislación no habría tomado en cuenta su situación y habría impedido el acceso del peticionante a estudios superiores.

---

.....  
(15) TEDH, *Leyla Sahin c. Turquía* [GC], N° 44774/98, ECHR 2005-XI.



# Violencia de género

## Derecho a la vida privada

TEDH, *B. c. MOLDAVIA*,  
16 de JULIO de 2013

por **SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ**<sup>(1)</sup>

### I | Introducción

La Señora O. B. (en adelante, la demandante), M. V. B. y M. I. B. (en adelante, hijos), una madre y sus dos hijos, ciudadanos moldavos nacidos en 1959, 1987 y 1990, respectivamente, y residentes de Chişinău, es víctima de golpes e injurias reiteradamente. Tras divorciarse de su esposo, siguieron viviendo juntos. Se queja de que el Estado moldavo no la haya protegido del comportamiento violento de su ex marido, del cual sus dos hijos han sido testigos. En particular, protesta porque los tribunales rechazaron en mayo de 2009 el ordenamiento de la expulsión temporaria de su ex marido del apartamento familiar.<sup>(2)</sup>

.....

(1) Abogada. Experta en Género y Derechos Humanos de las Mujeres. Coordinadora de la Oficina Regional Suramérica del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). Con la colaboración de Ferrán Civil Bellmunt, politólogo del Instituto de Ciencias Políticas de Grenoble, Francia.

(2) El caso comentado puede encontrarse en: [en línea] <http://www.coe.int/t/dghl/standard-setting/convention-violence/caselaw/CASE%20OF%20B.%20v.%20THE%20REPUBLIC%20OF%20MOLDOVA.pdf>

## 2 | Hechos probados antes de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Moldavia

El caso es llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o TEDH), el cual encuentra probados los siguientes hechos:

- 1998: inicio de la vida en común en un apartamento (con el marido —V. B.— y los hijos).
- 2007: después de ser sistemáticamente insultada y golpeada, la demandante se divorcia de V. B. aunque siguen viviendo juntos.
- Septiembre de 2007 - enero de 2008: los golpes siguen, confirmados por siete informes médicos hechos a la demanda del *Centrudistrictpolice* en la ciudad de residencia. Se especificaba en cada informe que los daños físicos eran debidos a los maltratos por parte de V. B.
- Abril de 2007 - abril de 2008: las cortes adoptaron seis decisiones administrativas al respeto. La primera con intento de solución amigable; otra no fue hasta el final por expiración del plazo. En los otros cuatro casos se emitieron multas (de 8,65€ a 18€) que V. B. pagó.
- Fecha desconocida: se inició un procedimiento criminal por tentativa de violación; la demandante retiró su denuncia.
- Desde 2007: V. B. está fichado como *familytrouble-maker*.

## 3 | Denuncias realizadas en el ámbito interno

- Fecha desconocida de 2008: la demandante inició una acción civil para obtener la expulsión de V. B. del domicilio alegando su comportamiento violento. V. B. pidió que se dividieran las habitaciones entre él y los otros miembros de la familia.
- 23 de junio de 2008: el Tribunal del distrito dio razón a la demandante y no accedió a la demanda de V. B. La corte justificó su decisión por la actitud violenta de V. B. y por haber insultado a la demandante delante de sus hijos, como lo demuestran los informes médicos y las previas decisiones administrativas.

- 30 de octubre de 2008: el tribunal de apelación mantuvo la decisión de la corte de primera instancia. Escuchó a los dos hijos, quienes confirmaron la actitud del padre y pidieron su expulsión del hogar.
- 20 de mayo de 2009: la Corte Suprema de Justicia revocó la decisión del tribunal de apelación y formuló una nueva decisión rechazando lo solicitado por la demandante y aceptando lo solicitado por V. B.; declarando erróneas las decisiones anteriores que concluyan en el maltrato sistemático de la demandante por V. B. El fallo nota que uno de los procedimientos, en el cual se acusa a V. B. de maltratar físicamente a la demandante, se interrumpió después de que las dos partes hayan concluido un acuerdo y que otra decisión también se suspendió por culpa del vencimiento del plazo para emitir la multa. En otra decisión se estipuló que la demandante provocó la violencia de V. B. Por fin, las tres decisiones restantes son, según el Tribunal Supremo de Justicia, insuficientes para demostrar el carácter repetido de la violencia en contra de la demandante. Además, V. B. no sufre de ninguna dependencia al alcohol o a las drogas y la asociación de propietarios no reconoció a V. B. como alguien que crea problemas. También se estipula que V. B. propuso a la demandante vender el apartamento y poder comprar dos por separado, cosa que la demandante rechazó. La Corte suprema decidió que V. B. podía seguir viviendo en el piso con la demandante y sus hijos en una de las habitaciones, sin cambiar nada en cuanto a los espacios comunes. La decisión era definitiva.

## 4 | Eventos posteriores a la decisión de la Corte Suprema

- Enero de 2009 y febrero de 2010: la demandante recibe tratamiento contra la tuberculosis y el certificado medico requiere, entre otras cosas, que la demandante evite el estrés.  
V. B. siguió actuando con violencia en contra de la demandante.
- 19 de agosto de 2010: V. B. recibió una multa administrativa de 25,5€, por insultar a la demandante.
- 23 de agosto de 2011: V. B. fue multado por violencia en contra de la demandante.
- Según un informe médico del 23 de agosto de 2011: la demandante declaró que el día 21 de agosto de 2011 V. B. intentó violarla. El doctor encontró heridas en su cuerpo y varios hematomas.
- 1 de septiembre de 2011: la demandante pidió una orden de protección del Tribunal para ella y sus hijos. En esta demanda describió los últimos eventos y alegó el riesgo de futuras violencias, como la inaptitud y la falta de voluntad por parte de las autoridades en asegurar la seguridad física y psicológica de sus hijos y de ella misma. Invocando la ley moldava numero 45 (1 de marzo de 2007,

“*The Domestic Violence (Combat and Protection) Act 2007*”), pidió la evicción temporaria de V. B. del alojamiento, y la prohibición para V. B. de acercarse a menos de 200 metros de la demandante y de sus hijos (no contactarles y no visitar su lugar de trabajo ni de estudios).

- 2 de septiembre de 2011: el Tribunal decidió adoptar una orden de protección de estas características pero solo con respeto a la demandante (no se demostró violencia física o psicológica en contra de los hijos), tampoco se adoptó la expulsión del hogar en reconocimiento de la decisión de la Corte Suprema de Justicia.
- La demandante presentó un recurso ante el Tribunal de Apelación, alegando que la decisión de las autoridades de mantener el derecho de V. B. de vivir en el apartamento con ella, la ponía en riesgo de futuros maltratos. Además, añadió que la orden de alejamiento de 200 metros combinada con la estancia de V. B. en el apartamento no tenía ningún sentido y no prevenía futuros maltratos, ni la protegía contra maltrato inhumano o degradante causado por una persona privada, obligación expresada por la Convención. También añadió que según lo demostraba una carta de la Asistencia Social del municipio de residencia, el apartamento tenía tres habitaciones y sólo una estaba conectado al sistema de calefacción.
- 2 de noviembre de 2011: el Tribunal de Apelación rechaza la demanda de la demandante por las mismas razones que la decisión en primera instancia. La decisión era definitiva.

## 5 | Artículo 3° de la Convención

### 5.1 | Excepciones preliminares

#### 5.1.1. La demandante

La demandante alegó que las autoridades no habían hecho lo suficiente para protegerla contra la conducta de V. B., tratamiento contrario al art. 3° de la Convención. Señaló que las cortes y tribunales nacionales, a pesar de confirmar el maltrato en varias decisiones, tomaron sanciones insignificantes sin ningún efecto en el comportamiento posterior de V. B., quien atacó a la demandante incluso después de que se le haya notificado al Gobierno la presente solicitud ante el TEDH.

El Gobierno se mantuvo en la sentencia emitida por su Corte Suprema de Justicia. La demandante opinó que, a pesar de que haber dado marcha atrás en su denuncia por tentativa de violación —por miedo a que se di-

vulgara su vida privada— las autoridades a la vista de los hechos tenían que haber examinado el caso por decisión propia. La ley moldava permite desahuciar a una persona que con su comportamiento hace imposible la vida en común con otros inquilinos; la justicia moldava no dio ninguna razón para no hacer uso de esta legislación.

### 5.1.2. El Gobierno

El Gobierno informó que la demandante no solamente dio marcha atrás en el procedimiento de denuncia por la tentativa de violación sino que tampoco presentó ante la Corte un video que evidenciara esta tentativa, filmación que la demandante pretendía tener en su poder.

Al contrario que en otros casos presentados ante el TEDH, en este no existía riesgo inminente. Igualmente, las autoridades tomaron medidas informando a la policía local, al interesado y verificando regularmente el comportamiento de este mismo. El Gobierno declaró que las acciones ante la jurisdicción civil no tenían como objetivo evitar posteriores maltratos sino simplemente obtener la parte del hogar de V. B., como lo señaló la Corte Suprema de Justicia, además de que según ellos el dossier no permitía establecer la ruptura de las normas de vida en común.

## 5.2 | Análisis de la decisión de fondo del TEDH

### 5.2.1. Principios generales

El maltrato debe ser de un cierto grado para entrar en el ámbito de acción del art. 3°. El grado mínimo es relativo y tiene que ser determinado en cada caso particular. El Estado tiene la obligación positiva, por aplicación de los arts. 1° y 3° de la Convención, de asegurar protección a cualquier persona contra todo maltrato, incluso cuando el origen es una persona privada. Esta obligación incluye la protección efectiva de una o varias personas y la toma de medidas graduales para prevenir el maltrato del que las autoridades conocen la existencia. “La convención no tiene vocación de prevenir derechos teóricos o ilusorios sino derechos efectivos; el TEDH tiene que asegurarse de que la obligación de un Estado de proteger los derechos de las personas de su jurisdicción se cumpla adecuadamente”.

El art. 3° también obliga a una investigación **efectiva** en presuntos casos de maltrato, incluso si este proviene de personas privadas. El TEDH define



esta efectividad como el establecimiento de los hechos, la identificación y el castigo de los responsables.

Siguiendo el principio de protección, con el objetivo de prevenir actos criminales, puede ser necesaria y justificada la intromisión en la vida privada.

### 5.2.2. Aplicación al caso

Visto los informes médicos, en los que el doctor anotó varias contusiones, y la explicación dada por la demandante con respecto a la tentativa de violación, el TEDH declaró aplicable al caso el art. 3º de la Convención.

Según la Corte, las autoridades disponían de legislación suficiente para tomar medidas en contra de personas acusadas de violencia doméstica. Está claro que las autoridades tenían conocimiento del comportamiento de V. B. y tomaron medidas al respecto pero no las necesarias para poner fin a tales actuaciones. Además, con respecto a la obligación de investigación efectiva, las autoridades hubieran tenido que seguir el procedimiento iniciado y anulado por la demandante, ya que se justificaba por su interés público y el carácter serio de los hechos comunicados a las autoridades.

El TEDH considera que, cuando la demandante pidió medidas de protección, posteriormente a la decisión de la Corte Suprema de Justicia, entre ellas el desalojo de V. B. del piso compartido, las autoridades hubieran tenido que tomar en cuenta los dos ataques que se sumaron al caso y no seguir únicamente las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia.

Además, el TEDH acoge el argumento de la demandante en el cual exponía que al permitir a V. B. seguir viviendo en el espacio compartido, se anulaba la eficacia de las demás medidas tomadas por las autoridades. De modo que no se acordaba protección a la demandante contra el riesgo de futuros malos tratos.

Por otro lado, el TEDH considera que la demandante, contrariamente a lo sostenido por el Estado, no inició la acción para obtener la parte del departamento de V. B. sino que, en su misma demanda, explicitó que no era ese el motivo del procedimiento.

El TEDH ha concluido que las autoridades no cumplieron con la obligación, resultante del art. 3º de la Convención, de proteger a la demandante

de actos de malos tratos. En consecuencia, declara que se había violado el art. 3º y rechaza el argumento del Gobierno en el cual decía que la demandante no había agotado los recursos nacionales en este caso.

## 6 | Artículo 8º de la Convención

### 6.1 | Excepciones preliminares

#### 6.1.1. La demandante

En virtud del art. 8º de la Convención, la demandante se quejó de que las autoridades no cumplieron con su obligación de protegerla de las interferencias de V. B. en su vida privada. Es más, las diferentes decisiones de las autoridades la forzaban a vivir con la persona que la maltrataba o, simplemente, a huir de su propia casa.

#### 6.1.2. El Gobierno

El Gobierno, por su parte, consideraba que las autoridades habían tomado medidas razonables en respuesta a las quejas de la demandante. Estas medidas, en las cuales se incluyó la identificación y seguimiento de V. B. como *family trouble-maker*, se evaluaron como suficientes. El Gobierno también sostuvo que era imposible para las autoridades seguir la investigación del caso de tentativa de violación ya que la demandante había retirado su denuncia. Añadiendo que todos los procedimientos ulteriores no eran para obtener más protección sino para recuperar la parte del apartamento que correspondía a V. B.

### 6.2 | Análisis de la decisión de fondo del TEDH

#### 6.2.1. Principios generales

El TEDH recuerda que la finalidad principal del art. 8º es proteger a los individuos contra la acción arbitraria del Estado, pero que de él también emanan obligaciones acerca del respeto de la vida privada y la adopción de medidas en “la esfera de las relaciones individuales entre ellos mismos”.

Con respeto a la vida privada y familiar, el TEDH declaró previamente y en varios contextos, que este artículo incluye a “la integridad física y psicológica”, añadiendo que existe una vulnerabilidad particular de las víctimas de violencia doméstica, y la necesidad de una “implicación activa” en su protección ya ha sido subrayada en varios instrumentos internacionales.

### 6.2.2. Aplicación al caso

El TEDH considera que, a la vista de los hechos probados, la integridad física y moral ha sido afectada y que las autoridades estando al tanto de esto —teniendo en cuenta los numerosos elementos a su disposición— debían cumplir con las obligaciones que derivan del art. 8º. El TEDH recuerda que el Tribunal de primer grado se expidió después de la Corte Superior de Justicia, refiriéndose a la decisión de esta última sin tener en cuenta los actos de violencia posteriores y confirmando el derecho de V. B. de no ser expulsado de su domicilio.

Tomando en cuenta estos elementos, el TEDH considera que las “autoridades domésticas no cumplieron correctamente con sus obligaciones positivas al amparo del art. 8º de la Convención. Han fallado en el balance de derechos, afectando y forzando efectivamente a la demandante a seguir arriesgándose a ser sujeto de violencia o a marcharse de casa”.

## 7 | Consideraciones finales

Tras declarar admisible el caso y establecer que los hechos probados del mismo constituyen violación de los arts. 3º y 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH condenó al Estado a indemnizar a la demandante con la cantidad de 15.000 euros por daños no materiales y 3000 euros en concepto de costas y gastos.

Al reflexionar sobre el alcance de la reparación, observamos que la misma se queda en el caso concreto, a diferencia de lo que ocurre en el sistema universal y en el sistema interamericano, en los cuales a través de casos individuales dirimidos ante sus órganos de protección se han llegado a acordar medidas respecto de situaciones estructurales de violencia contra las mujeres. Un ejemplo de alto impacto, fue la ley “María da Penha”, adoptada en Brasil tras la condena de dicho país por la Comisión Inte-

americana de Derechos Humanos; o las medidas adoptadas en México para hacer lugar a los requerimientos de la sentencia “González y otras (Campo Algodonero) vs. México”.

Vale decir que el caso analizado no es el único en el que la República de Moldova ha sido condenada por el TEDH. Así, debe destacarse también el caso “Eremia”,<sup>(3)</sup> en el cual el Estado fue condenado en un supuesto de hecho similar, por violación del art. 3º y del art. 8º CEDH, como también del art. 14 —no discriminación— en relación con el art. 3º. Y es que la violencia y la discriminación contra las mujeres son las dos caras de una misma moneda, que conduce a violaciones graves, múltiples y muchas veces impunes de los derechos de las mujeres.

El caso bajo análisis supone un importante precedente en términos de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en un supuesto típico de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar.

Desde una perspectiva de género y de derechos humanos de las mujeres,<sup>(4)</sup> la relevancia de los estándares que el caso asienta pasa, en primer lugar, por el hecho de conectar la violencia contra las mujeres con el derecho humano a no ser sometidas a tortura ni tratos crueles o degradantes (art. 3º CEDH) y el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8º CEDH).

De esta manera, queda nuevamente evidenciado que el CEDH es una herramienta llamada a proteger de manera sensible y con perspectiva de género los derechos humanos de las mujeres, al igual que otros instrumentos internacionales de tipo general como, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de San José de Costa Rica. También se pone de manifiesto que las situaciones de violencia contra las mujeres involucran violaciones múltiples de derechos humanos.

En segundo término, el TEDH confirma que cuando la violencia contra las mujeres tiene lugar a manos de particulares —con harta frecuencia, como en

.....

(3) La decisión recaída está disponible en el siguiente enlace: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-119968>

(4) Para un marco conceptual sobre la cuestión, ver GARCÍA MUÑOZ, SOLEDAD, “Derechos humanos de las mujeres en África y en América Latina: claves conceptuales y normativas”, en *Cuadernos Solidarios, 4: Buenas Prácticas en Derechos Humanos de las Mujeres: África y América Latina*, Universidad Autónoma de Madrid, España, 2009, pp. 15/54.

el caso, sus parejas— el Estado tiene el deber positivo de activar eficazmente sus instituciones a fin de proteger los derechos de las personas en riesgo.

Para ello debe contar, en primera instancia, con leyes adecuadas, lo cual no es por sí mismo garantía de aplicación. Vemos en el caso analizado como el Estado, a pesar de contar con las herramientas legales necesarias para proteger a la Señora B. y su núcleo familiar omite hacerlo, exponiéndola a riesgos graves para su integridad física y mental.

Resulta especialmente preocupante que la falta de adecuada protección se consume con una decisión del máximo órgano jurisdiccional del país, que en lugar de dar buen ejemplo a las instancias judiciales inferiores, decide en contrario a la normativa y estándares internacionales de derechos humanos.

Sirva esta reflexión para hacer énfasis en la necesidad de que los órganos judiciales de los países aumenten sus capacidades —y sensibilidades— en temas de género y derechos humanos de las mujeres, tomando en cuenta los estándares internacionales cada vez más profusos en la materia. Ello no solo es recomendable, sino obligatorio desde el punto de vista de la responsabilidad internacional de los Estados, comprometida libre y soberanamente al ratificar los tratados internacionales de derechos humanos.

---

# Principio de legalidad

## Irretroactividad de la ley penal

TEDH, *MAKTOUF y DAMJANOVIĆ c. BOSNIA y HERZEGOVINA*,  
18 de JULIO de 2013

por **LAURA BELLOQUI**<sup>(1)</sup>

### I | Procedimiento

#### I.I |

El caso se originó en dos demandas interpuestas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos contra Bosnia y Herzegovina por un ciudadano iraquí, el señor Abduladhim Maktouf, y un ciudadano de Bosnia y Herzegovina, el señor Goran Damjanović, en virtud del art. 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.<sup>(2)</sup>

Los demandantes alegaron que en los procedimientos penales en los cuales el Tribunal del Estado<sup>(3)</sup> los había condenado y sentenciado en

.....  
(1) Fiscal ante los Juzgados Nacionales en lo Correccional de la Capital Federal. Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (Facultad de Derecho, UBA).

(2) TEDH, *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina* [GC] (n° 2312/08 y 34.179/08), 18 de julio de 2013.

(3) El Tribunal de Bosnia y Herzegovina fue creado mediante la Ley el Tribunal del Estado de 2000 de la Oficina del Alto Representante. Dentro del Tribunal funcionaban salas compuestas por jueces internacionales y nacionales dedicadas al enjuiciamiento de crímenes de guerra. La creación de estas salas fue un elemento vital de la estrategia de conclusión iniciada en 2002 por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia —creado

aplicación del Código Penal de Bosnia y Herzegovina de 2003, por crímenes de guerra contra civiles cometidos durante la guerra de 1992-95,<sup>(4)</sup> se había vulnerado el principio de irretroactividad de las penas reconocido en el art. 7° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerando también las prescripciones del art. 14 y del art. 1° del Protocolo N° 12. El señor Maktouf también alegó la violación del art. 6° § 1 del Convenio.

## 1.2 | La situación de Abduladhim Maktouf

Los hechos que se le adjudicaban al señor Maktouf tuvieron lugar el 19 de octubre de 1993, cuando deliberadamente ayudó a un tercero a secuestrar a dos civiles para intercambiarlos por miembros de las fuerzas del ARBH que habían sido capturados por el HVO; los civiles fueron liberados unos días después.

.....

como una institución temporal por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en respuesta a las atrocidades que tuvieron lugar en el territorio de la antigua República Federal de Yugoslavia— para asegurar que sus objetivos se alcanzasen adecuadamente, en el momento oportuno y en coordinación con los ordenamientos jurídicos internos de la antigua Yugoslavia. Esta estrategia fue respaldada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas —resolución 827 del 25/05/1993— y las autoridades de Bosnia y Herzegovina, las cuales aprobaron los cambios normativos necesarios y llegaron a acuerdos con el Alto Representante —un administrador internacional designado de conformidad con los Acuerdos de Dayton—. El período de transición finalizó el 31 de diciembre de 2012.

(4) Después de su declaración de independencia de la antigua República Federativa Socialista de Yugoslavia (RFSY), una guerra brutal azotó Bosnia y Herzegovina. Más de 100.000 personas murieron y más de 2.000.000 fueron desplazadas como resultado de la “limpieza étnica” o de la violencia generalizada. Se cometieron numerosos crímenes durante la guerra, incluyendo los perpetrados por los demandantes. Las siguientes fuerzas locales fueron los principales actores del conflicto: el **ARBH** —*Armija Republike Bosne i Hercegovine*— (el Ejército de la República de Bosnia y Herzegovina, mayoritariamente formado por bosníacos —así fueron conocidos los musulmanes hasta la guerra de 1992/95; este término no debe confundirse con el de “bosnios” que se utiliza para denominar a los ciudadanos de Bosnia y Herzegovina sin tener en cuenta su origen étnico—, leales a las autoridades centrales en Sarajevo); el **HVO** —*Hrvatsko vijeće obrane*— (el Consejo de Defensa Croata, mayoritariamente formado por croatas), y el **VRS** —*Vojska Republike Srpske*— (el Ejército de la República Srpska, mayoritariamente formado por serbios). El conflicto finalizó en diciembre de 1995, cuando el Acuerdo Marco General para la Paz (“los Acuerdos de Dayton”) entró en vigor. De conformidad con este Acuerdo, Bosnia y Herzegovina se compone de dos Entidades: la Federación de Bosnia y Herzegovina y la República Srpska.

La sentencia que valoró tales hechos —dictada el 01/07/2005 por una Sala de Primera Instancia del Tribunal del Estado— lo declaró culpable de un crimen de guerra por ayuda y complicidad en el secuestro de rehenes y lo condenó a cinco años de prisión de acuerdo con el art. 173 § 1, considerado conjuntamente con el art. 31, del Código Penal de 2003.

El 24 de noviembre de 2005 una Sala de Apelaciones del Tribunal del Estado anuló esa sentencia y programó una nueva vista. Finalmente, el 4 de abril de 2006, la Sala de Apelaciones —compuesta por dos jueces internacionales y uno nacional— condenó a Maktouf por el mismo crimen y le impuso la misma pena de conformidad con el Código Penal de 2003.

El demandante recurrió ante el Tribunal Constitucional, el cual examinó el caso el 20 de marzo de 2007 y no declaró ninguna violación de los arts. 5°, 6° y 7° del Convenio.<sup>(5)</sup>

Para decidir de este modo valoró, en primer lugar, que los jueces internacionales que integraron el Panel que emitió la sentencia cuestionada

.....

(5) Con la opinión discrepante del Juez Mato Tadić, quien consideró que la referencia al art. 7 § 2 el Convenio Europeo es irrelevante en este caso puesto que la principal función de esta norma era proveer una base legal para la persecución penal de las violaciones de las convenciones de Ginebra antes de que se crearan órganos internacionales para enjuiciar estos casos, por ejemplo los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, así como proveer una base legal para casos ante los tribunales nacionales cuando la legislación nacional no tipifique como delitos estas conductas. Sin embargo, explicó que este caso no encuadra en esa problemática ya que el delito en cuestión estaba previsto en la legislación nacional, tanto en el momento de comisión del hecho como durante el desarrollo del juicio y, por tanto, todos los mecanismo del derecho penal y las garantías y los derechos constitucionales deben ser coherentemente aplicados, incluyendo las garantías previstas en el Convenio Europeo. Consideró también que la amplia referencia a un tribunal internacional es completamente innecesaria, así como la referencia a su jurisdicción, porque la cuestión aquí es simplemente si un tribunal nacional ha llevado un proceso de conformidad con la legislación nacional. Así, el presente caso nada tiene que ver con un caso transferido a un tribunal internacional. El profesor Antonio Cassese, de la Universidad de Florencia, nombrado Presidente del Tribunal Penal Internacional de la Haya, concluyó en que uno de los principios del derecho internacional consiste en que si un mismo delito se prevé en dos preceptos sucesivos en el tiempo y uno de ellos impone una pena más leve, la pena debe ser determinada de acuerdo con el principio de favor *libertatis*. Este principio es recogido expresamente en el art. 7° § 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece que no puede imponerse una pena más elevada de aquella prevista en el momento en el que se cometió el delito. En consecuencia, el Tribunal del Estado debe aplicar siempre la pena más favorable en los casos en que haya una diferencia en cuanto a la duración de la pena entre la antigua y la nueva legislación penal.



fueron nombrados mediante un procedimiento que cumplió con los estándares exigidos por el derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6° del Convenio Europeo. Consideró también que la razón subyacente a su nombramiento fue la necesidad de establecer y fortalecer los tribunales nacionales durante el período de transición, así como dar apoyo a los esfuerzos de estos tribunales en la determinación de las oportunas responsabilidades por la grave violación de derechos humanos y la comisión de delitos motivados por el origen étnico. Su nombramiento, por tanto, persiguió el fin de asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces y de la administración de justicia.

En segundo término, el agravio del demandante se vincula con la aplicación del art. 7° del Convenio Europeo, en razón de haber sido condenado de acuerdo con las prescripciones del Código Penal de 2003 pese a que al momento en que había perpetrado el delito estaba en vigor el Código Penal de 1976, que establecía una sanción más leve ante la comisión de crímenes de guerra. Ante este planteo, el Tribunal Constitucional sostuvo que el art. 7° § 1 del Convenio Europeo se limita a aquellos casos en los que el acusado es declarado culpable y condenado por la comisión de delitos cometidos de acuerdo con el "derecho nacional o internacional", mas no prohíbe la aplicación retroactiva de las leyes ni incluye el principio *non bis in idem*. Refiere también la interpretación asignada al art. 7° del Convenio Europeo por parte del Tribunal Europeo, que sostiene que una condena fundamentada en una aplicación retroactiva del derecho nacional no constituye una violación de dicha norma cuando la condena se basa en una conducta que en el momento de realizarse era considerada un delito de conformidad con el derecho internacional.<sup>(6)</sup> La responsabilidad penal individual por actos contrarios a la Convención de Ginebra o a las correspondientes leyes nacionales está relacionada con la protección de los derechos humanos, puesto que, junto a los tratados que los protegen, hacen referencia al derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la prohibición de la esclavitud y de la tortura, a la prohibición de la discriminación, etc. Así, la ausencia de

.....

(6) Al respecto, señala el Tribunal Constitucional que los Juicios por Crímenes de Guerra de Nuremberg y Tokio, acontecidos en 1945 y 1946 después de la Segunda Guerra Mundial, enjuiciaron actos que solamente fueron considerados delitos con posterioridad a su realización por la Convención de Ginebra, definidos como actos que constituyeron crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad, crímenes de genocidio, etc.

protección de las víctimas, esto es, las inadecuadas sanciones para los delincuentes, no es compatible con el principio de justicia y del estado de derecho incluidos en el art. 7° del Convenio Europeo, cuyo párr. 2° permite una excepción a la regla establecida en el 1°, según lo postulado por el Tribunal Constitucional.

En base a tales consideraciones, el Tribunal Constitucional concluyó en que la aplicación del Código Penal de 2003 por parte del Tribunal del Estado, en el presente caso, no constituía una violación del art. 7° § 1 del Convenio Europeo.

### 1.3 | La situación de Goran Damjanović

Al señor Damjanović se le imputaba haber desempeñado un papel importante en el maltrato de bosníacos capturados en Sarajevo, por haber participado el 2 de junio de 1992 en un incidente que duró entre una y tres horas en el que se utilizaron rifles, porras, botellas, se dieron patadas y golpes; las víctimas fueron luego trasladadas a un campo de internamiento.

El 17 de octubre de 2005, la Sala de Cuestiones Preliminares del Tribunal del Estado decidió ocuparse de este caso que estaba siendo juzgado por el Tribunal Cantonal de Sarajevo, habida cuenta de su especial delicadeza (el caso incluía tortura a un número importante de víctimas) y las mejores instalaciones existentes en el Tribunal del Estado para la protección de los testigos (existía un mayor riesgo de intimidación en el nivel territorial de la Entidad).

El 18 de junio de 2007, la Sala de Primera Instancia del Tribunal del Estado lo consideró culpable de un crimen de guerra por haber cometido torturas y lo condenó a once años de prisión de acuerdo con el art. 173 § 1 del Código Penal de 2003. Una sala de Apelaciones del Tribunal del Estado ratificó esta sentencia el 19 de noviembre de 2007.

El 20 de febrero de 2008, el señor Damjanović presentó un recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional, el cual fue desestimado por extemporáneo.

## 2 | Normas penales aplicables y prácticas internas en casos de crímenes de guerra

### 2.1 | El Código Penal de 1976<sup>(7)</sup>

Los crímenes de guerra eran sancionados en este Código mediante pena de prisión de 5 a 15 años o, en los casos más graves, era aplicable la pena de muerte, en cuyo lugar podía imponerse pena de 20 años de prisión.<sup>(8)</sup> Los cooperadores y cómplices de crímenes de guerra (como el señor Maktouf) merecían el mismo castigo que los autores, pero su pena podía reducirse a un año de prisión.<sup>(9)</sup>

.....

(7) Vigente en todo el país durante la guerra en Bosnia y Herzegovina. Continuó en vigor en la Federación de Bosnia y Herzegovina hasta 1998 —reemplazado por el Código Penal de la Federación de Bosnia y Herzegovina— y en la República Srpska hasta 2000 —cuando entró en vigor el Código Penal de la República Srpska—.

(8) Artículo 37 § 2: “La pena de muerte podrá ser impuesta solamente para los delitos más graves cuando así lo prevea la ley”.

Artículo 38 § 1 y 2: “La pena de prisión no podrá ser inferior a 15 días ni superior a 15 años. El tribunal podrá imponer una pena de prisión de 20 años de duración para aquellos delitos que estén sujetos a pena de muerte”.

Artículo 142 § 1: “Cualquiera que viole las normas de derecho internacional en vigor en tiempos de guerra, conflicto armado u ocupación, ordene o cometa (...) tortura, (...) secuestre, (...) será condenado como mínimo a una pena de prisión de cinco años o a pena de muerte”.

(9) Artículo 24 § 1: “Cualquiera que intencionalmente ayude a otro en la comisión de un delito será castigado como si él lo hubiese cometido, pero la pena podrá también ser reducida”.

Artículo 42: “El tribunal podrá imponer una pena por debajo del límite establecido en la ley o imponer una pena más leve:

- a) cuando la propia ley establezca que la pena puede ser reducida [como es el caso del art. 24 § 1 de este Código];
- b) cuando encuentre que existan tales circunstancias atenuantes que indiquen que la finalidad de la pena puede ser alcanzada con una sanción más leve”.

Artículo 43 § 1: “Cuando concurren las condiciones para la reducción de la pena establecidas en el art. 42 de este Código, el tribunal reducirá la pena teniendo en cuenta los siguientes límites:

- a) en el caso que se prevea una pena de prisión de tres o más años, ésta podrá ser reducida a una pena de prisión de un año ...”.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de los Acuerdos de Dayton el 15 de diciembre de 1995, Bosnia y Herzegovina y sus entidades deben garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades reconocidos en el Convenio y sus Protocolos (incluyendo el Protocolo 6° sobre la abolición de la pena de muerte) y en otros tratados internacionales sobre derechos humanos listados en los Acuerdos (incluyendo el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte). En consecuencia, las autoridades nacionales interpretaron estos preceptos en el sentido de que nadie puede ser condenado a la pena de muerte o ejecutado en tiempos de paz, incluso por delitos cometidos durante la guerra de 1992-1995.<sup>(10)</sup>

## 2.2 | El Código Penal de 2003<sup>(11)</sup>

El art. 3° establece que no podrá castigarse mediante pena de prisión o imponer ninguna otra sanción penal a una persona por la realización de un acto que, en el momento de los hechos, no fuese considerado un delito de acuerdo con el derecho nacional o internacional y respecto del cual no se previera ninguna sanción por la ley.

De acuerdo con el art. 4°, debe aplicarse al infractor el derecho en vigor en el momento de cometerse el delito. Si el derecho ha cambiado después de cometer el delito, se le debe aplicar el derecho más favorable. El art. 4°<sup>(12)</sup> determina que los preceptos de los arts. 3° y 4° del Código Penal no deben impedir el juzgamiento y la condena de ninguna persona por sus actos u omisiones que, en el momento de llevarse a cabo, fueran considerados delito de acuerdo con los principios generales del derecho internacional.

(10) Véase la decisión de la Sala de Derechos Humanos CH/97/69, de 12 de junio de 1998 en el caso *Herak*, y la decisión del Tribunal Supremo de la Federación de Bosnia y Herzegovina Kž-58/99, de 16 de marzo de 1999 en un caso de genocidio, reduciendo una pena de prisión de 40 años a una de 20 años.

(11) De conformidad con sus poderes de emergencia ("los poderes de Bonn"), la Oficina del Alto Representante impuso el Código Penal de 2003, que entró en vigor el 01/03/2003, y fue posteriormente aprobado por la Asamblea Parlamentaria de Bosnia y Herzegovina.

(12) Añadido en 2005, siguiendo los lineamientos del art. 7° § 2 del Convenio.

Los crímenes de guerra, de acuerdo con este Código, son castigados con pena de prisión de 10 a 20 años o, en los casos más graves, con una pena de prisión de larga duración de 20 a 45 años.<sup>(13)</sup> Los cooperadores y cómplices de crímenes de guerra (como el señor Maktouf) serán castigados como si ellos los hubiesen cometido, pero su pena puede ser reducida a cinco años de prisión.<sup>(14)</sup>

## 2.3 | Jurisprudencia

En el caso se valoró que, mientras los tribunales de las Entidades generalmente aplicaban el Código Penal de 1976, el Tribunal del Estado sostuvo que el Código Penal de 2003 era siempre más favorable; sin embargo, en marzo de 2009<sup>(15)</sup> empezó a considerar en cada caso cuál era el Código más favorable al infractor. Desde entonces, las salas de apelaciones del Tribunal del Estado han aplicado el Código Penal de 1976 a los crímenes de guerra menos graves<sup>(16)</sup> y el Código Penal de 2003 a los crímenes de

(13) Artículo 42 § 1 y 2: "La pena de prisión no podrá ser inferior a 30 días ni superior a 20 años. Para los delitos más graves cometidos intencionalmente, puede imponerse excepcionalmente una pena de prisión de 20 a 45 años (pena de prisión de larga duración)".

Artículo 173 § 1: "Cualquiera que viole las normas de derecho internacional en vigor en tiempos de guerra, conflicto armado u ocupación, ordene o cometa (...) tortura, (...) secuestre, (...) será condenado como mínimo a una pena de prisión de diez años o a pena de prisión de larga duración".

(14) Artículo 31 § 1: "Cualquiera que intencionadamente ayude a otro en la comisión de un delito será castigado como si él lo hubiese cometido, pero la pena podrá también ser reducida".

Artículo 49: "El tribunal podrá imponer una pena por debajo del límite establecido en la ley o imponer una pena más leve:

- a) cuando la propia ley establezca que la pena puede ser reducida [como es el caso del art. 31 § 1 de este Código];
- b) cuando encuentre que existan tales circunstancias atenuantes que indiquen que la finalidad de la pena puede ser alcanzada con una sanción más leve".

Artículo 50 § 1: "Cuando concurren las condiciones para la reducción de la pena establecidas en el art. 49 de este Código, el tribunal reducirá la pena teniendo en cuenta los siguientes límites:

- a) en el caso que se prevea una pena de prisión de diez o más años, esta podrá ser reducida a una pena de prisión de cinco años ...".

(15) Decisión X-KRŽ-06/299, de 25/03/2009 en el caso *Kurtović*.

(16) Decisiones X-KRŽ-09/847 de 14/06/2011 en el caso *Novalić*; X-KRŽ-07/330 de 16/06/2011 en el caso *Mihaljević*; S1 1 K 002590 11 Krž4, de 01/02/2012 en el caso *S.L.*; S1 1 K 005159 11 Kžk de 18/04/2012 en el caso *Aškraba*; y S1 1 K 003429 12 Kžk de 27/06/2012 en el caso *Osmić*.

guerra más graves que eran susceptibles de castigarse con la pena de muerte de acuerdo con el Código Penal de 1976.<sup>(17)</sup>

## 3 | Fundamentos de derecho

### 3.1 | Violación del art. 6° § 1 del Convenio<sup>(18)</sup>

El señor Maktouf alegó que el tribunal que lo había enjuiciado careció de independencia porque dos de sus miembros habían sido nombrados por la Oficina del Alto Representante por el período renovable de dos años.

El Tribunal estimó que la alegación se hallaba mal fundada. En primer lugar, señaló que no se había cuestionado la independencia del juez nacional del tribunal que había enjuiciado el caso. Respecto de los jueces internacionales, no existía ninguna razón que hiciera dudar de su independencia respecto a los órganos políticos de Bosnia y Herzegovina y de las partes en el caso. Su nombramiento se orientaba a reforzar la independencia de las salas para crímenes de guerra del Tribunal del Estado, en virtud del sesgo étnico y del resentimiento que aún persistía en la mayoría de la población en el período de posguerra, y restaurar la confianza pública en el poder judicial nacional.

El nombramiento de los jueces internacionales había tenido lugar en base a una recomendación de las máximas figuras judiciales de Bosnia y Herzegovina. Al igual que los jueces nacionales, una vez nombrados, los jueces internacionales tenían que realizar una declaración solemne ante el Alto Consejo Fiscal y Judicial de Bosnia y Herzegovina, y debían ejercer sus funciones judiciales de acuerdo con el derecho nacional y respetar los estándares profesionales establecidos por el Tribunal del Estado y la mecánica de las comisiones de servicio internacionales.

Ante tal situación, el Tribunal no encontró ninguna razón para cuestionar la decisión en este caso del Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina

(17) Decisiones X-KRŽ-06/431 de 11/09/2009 en el caso *Kapić*; y X-KRŽ-07/394 de 06/04/2010 en el caso *Đukić*. Esta postura del TEDH ha variado después de este caso, como se verá más abajo.

(18) Artículo 6 § 1: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente (...) por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella".

en la que determinó que el Tribunal del Estado era independiente de acuerdo con el art. 6 § 1 del Convenio.

## 3.2 | Violación del art. 7 del Convenio<sup>(19)</sup>

De acuerdo con las prescripciones de esta norma, los dos demandantes alegaron que se les había impuesto una pena más severa que aquella aplicable en el momento de la comisión de los delitos.

### 3.2.1. Sobre la admisibilidad

El Tribunal consideró admisible la demanda del señor Damjanović, pese a que el demandante no había presentado en debido tiempo recurso de apelación ante el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, de modo de agotar la vía recursiva interna. Fundamentó su conclusión en la circunstancia de que el correspondiente recurso de apelación no ofrecía expectativas de éxito respecto a la alegación sobre la violación del art. 7° del Convenio, ya que el 30 de marzo de 2007 el Tribunal Constitucional había declarado en el caso *Maktouf*—luego citado en el caso *Damjanović*— que no hubo violación del art. 7° del Convenio en casi idénticas circunstancias y que, desde entonces, aplicó el mismo razonamiento en numerosos casos; en apoyo a esta conclusión, se señaló que el Gobierno no proporcionó ninguna decisión que declarase la violación del art. 7° en un caso similar.

### 3.2.2. Los argumentos de las partes sobre el fondo

#### 3.2.2.1. Los demandantes

El Código Penal de 2003, mucho más severo que el Código de 1976 en cuanto a las penas mínimas por crímenes de guerra, no debería haberse aplicado en sus casos.

Alegaron también que es incorrecto el argumento del Gobierno basado en los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civi-  
.....

(19) Artículo 7°: “1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

lizadas” de acuerdo con el art. 7° § 2 del Convenio, puesto que sus condenas fueron impuestas exclusivamente sobre la base del derecho nacional.

Los demandantes sostuvieron que los Estados no deben cambiar sus leyes después de realizarse un acto para castigar a sus ejecutores, sin importar cómo sea de controvertido aquél. Al respecto, rechazaron la cita del caso *S.W. c. Reino Unido* formulada por el Gobierno y la tercera parte interviniente, ya que ese caso trataba el desarrollo gradual del derecho penal a través de la jurisprudencia para tener en cuenta los cambios sociales acontecidos a lo largo de los años, y no se refería a la aprobación de legislación nueva que prevé penas más elevadas para determinados delitos, como sucede en el presente caso.

### 3.2.2.2. El Gobierno

El Código Penal de 2003 era más favorable a los demandantes que el Código Penal de 1976, porque no preveía la pena de muerte tal como había opinado el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina en el presente caso.

Incluso en el supuesto de que el Código Penal de 2003 no fuera considerado más favorable para los demandantes, estaba justificada su aplicación en este caso porque, en primer lugar, el art. 7° § 2 del Convenio prevé una excepción al principio de la irretroactividad de los delitos y las penas reconocido en el art. 7° § 1 del Convenio. Es decir, si una conducta estaba tipificada como delito en el momento de su realización tanto por los “principios generales del derecho reconocidos por la naciones civilizadas”<sup>(20)</sup> como por el derecho nacional, puede imponerse una pena más elevada que aquella prevista por el derecho nacional: el principio de irretroactividad de las penas no es aplicable.

En segundo lugar, en interés de la justicia, la rigidez del principio de irretroactividad debe ser mitigada en ciertos momentos históricos, de tal manera que aquel no sea contrario al principio de equidad.

El Gobierno consideró que los tribunales siempre debieron haber aplicado el Código Penal de 2003 en casos sobre crímenes de guerra.<sup>(21)</sup>

(20) Los actos realizados por los demandantes eran considerados, precisamente, delito de acuerdo con esos principios.

(21) Las salas de primera instancia siempre aplicaron el Código Penal de 2003. Las salas de apelaciones aplicaron el Código Penal de 2003 en todos los casos relativos a crímenes contra la humanidad y genocidio. Con respecto a los crímenes de guerra, las salas de apelaciones aplicaron el Código Penal de 1976 en cinco casos y el Código Penal de 2003 en dieciséis casos.



### 3.2.2.3. La tercera parte interviniente

La Oficina del Alto Representante alegó que los actos cometidos por los demandantes eran considerados delito de acuerdo con “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” y, por tanto, el principio de irretroactividad de las penas no era aplicable en este caso. Pese a que se aplicó aquí el Código Penal de 2003, las penas impuestas se ciñeron a los parámetros tanto del Código Penal de 1976 como del Código Penal de 2003.

### 3.2.3. La opinión del Tribunal

En primer lugar, consignó el alcance de la protección derivada del art. 7°:

“no se reduce únicamente a la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal desfavorable para el acusado: también incluye, en general, el principio de que solamente la ley puede definir un delito y establecer una pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y el principio de que el derecho penal no puede ser interpretado en detrimento del acusado, por ejemplo, a través de la analogía. De esto se deduce que un delito debe estar definido con claridad por la ley”.<sup>(22)</sup>

Sentado ello, el Tribunal puntualizó que la definición de crímenes de guerra estipulada en el art. 142 § 1 del Código Penal de 1976, que era aplicable en el momento en el que se cometieron los actos, era la misma que la del Código Penal de 2003, que fue aplicado retroactivamente en este caso. Además, los demandantes no cuestionaron que sus actos constituían delitos tipificados y que su conocimiento era accesible y previsible en el momento en el que fueron cometidos. La tipicidad o previsión por parte de la ley de las condenas impuestas a los demandantes no era, por tanto, una cuestión problemática en el presente caso. Sin embargo, los dos Códigos Penales prevén penas diferentes ante la comisión de crímenes de guerra.

De acuerdo con el Código Penal de 1976, los crímenes de guerra eran castigados con la pena de prisión de 5 a 15 años o, en los casos más graves, con la pena de muerte (arts. 142 § 1, 37 § 2 y 38 § 1). También podía imponerse una pena de 20 años de prisión en sustitución de la pena de muerte

(22) TEDH, *Kononov c. Letonia* [GC] (n.º. 36376/04), 17 de mayo de 2010, § 185.

(art. 38 § 2), mientras que los cooperadores y los cómplices de crímenes de guerra, como el señor Maktouf, debían ser castigados como si ellos mismos hubiesen cometido el delito, pero su pena podía ser reducida a un año de prisión (arts. 42, 24 § 1 y 43 § 1).

El Código Penal de 2003 prevé pena de prisión de 10 a 20 años ante la comisión de crímenes de guerra o, en los casos más graves, la pena de prisión de larga duración de 20 a 45 años (arts. 173 § 1, 42 §§ 1 y 2), mientras que los cooperadores y los cómplices de crímenes de guerra, como el señor Maktouf, deben ser castigados como si ellos mismos hubiesen cometido el delito, pero su pena puede reducirse a cinco años de prisión (arts. 49, 31 § 1 y 50 § 1). El Tribunal del Estado, después de señalar que su pena debía reducirse lo máximo posible, condenó al señor Maktouf a la pena de cinco años de prisión, la más leve de acuerdo con el Código Penal de 2003. En contraposición, de acuerdo con el Código Penal de 1976, el señor Maktouf podía haber sido condenado a un año de prisión. Por su parte, Damjanović fue condenado a 11 años de prisión, levemente por encima del mínimo de diez años, mientras que de acuerdo con el Código Penal de 1976 solo hubiese sido posible condenarlo a cinco años de prisión.

Al confrontar las penas previstas por ambos ordenamientos, el Tribunal advirtió que únicamente los casos más graves de crímenes de guerra eran castigados con la pena de muerte en el Código Penal de 1976; los delitos por los cuales fueron condenados los demandantes no pertenecían a esta categoría porque ninguno de los dos fue condenado por la pérdida de vidas humanas. En consecuencia, sin ninguna duda el Código Penal de 1976 era el más favorable.

Por otra parte, las penas aplicadas a los demandantes se encuentran tanto dentro de los parámetros del Código Penal de 1976 como del Código Penal de 2003. No puede afirmarse con certeza que ambos demandantes hubiesen sido condenados a penas más leves en caso de haberse aplicado el Código Penal de 1976. Sin embargo, lo determinante es que los demandantes **podrían** haber sido condenados a penas más leves si se hubiese aplicado el Código Penal de 1976 en sus respectivos casos. Además, las salas de apelaciones del Tribunal del Estado han optado por aplicar el Código Penal de 1976 en lugar del Código Penal de 2003, especialmente con la finalidad de aplicar las penas más favorables. En consecuencia, al existir una posibilidad real de que la aplicación retroactiva del Código

Penal de 2003 a los demandantes haya podido ser desfavorable para la determinación de sus penas, no puede afirmarse que hayan gozado de garantías efectivas a su alcance, que hubiesen podido evitar la imposición de una pena más elevada, violándose, por tanto, el art. 7° el Convenio.

Se rechazó también la cita de los casos *Karmo; S.W.*; y *Streletz, Kessler y Krenz* formulada por el Gobierno, ya que las circunstancias eran significativamente diferentes.<sup>(23)</sup>

Carece de coherencia, a la luz de los *travaux préparatoires*, el argumento del Gobierno de que el principio de irretroactividad de los delitos y las penas no es aplicable cuando era considerado un delito en el momento de acuerdo con “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” en el sentido del art. 7° § 2. Ello pues de esos trabajos se deduce que el art. 7° § 1 contiene una norma general (la irretroactividad de los delitos y las penas) y el art. 7° § 2 es únicamente una clarificación contextual del ámbito de aplicación de esta norma, que se incluyó para asegurar que no hubiera dudas sobre la validez de la persecución de los delitos que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial. Está claro, entonces, que los redactores del Convenio no tuvieron la intención de establecer ninguna excepción general al principio de irretroactividad, amén de que el Tribunal reiteró en muchos casos que los dos párrafos del art. 7° están interconectados y que deben interpretarse de manera concordante.<sup>(24)</sup>

Descarta el argumento del Gobierno que sostiene que la obligación de castigar adecuadamente los crímenes de guerra de acuerdo con el derecho internacional humanitario conlleva que no se aplique el principio de irretroactividad, ya que ese principio está reconocido también en las Convenciones de

(23) Mientras que los demandantes de este caso fueron condenados a penas de prisión relativamente cortas, el demandante en *Karmo* fue condenado a la pena de muerte. Además, en *Karmo* se decidía si era contrario al art. 7 conmutar la pena de muerte por la cadena perpetua teniendo en cuenta que la pena de muerte fue abolida en 1998. El Tribunal consideró que no y rechazó la queja relativa al art. 7 por estar manifiestamente mal fundada. El caso *S. W.* se refiere a la cuestión del desarrollo a lo largo del tiempo del derecho penal a través de la interpretación de los jueces, mientras que *Streletz, Kessler y Krenz* se refieren a la incoherencia de la práctica del Estado con su derecho escrito o no escrito, ya que los actos de los demandantes constituían delitos tipificados en el momento de los hechos, respetándose la accesibilidad y la previsibilidad del derecho penal vigente en la República Democrática de Alemania, pero los preceptos penales en cuestión no habían sido aplicados en la práctica durante un largo período antes del cambio de régimen en 1990.

(24) TEDH, *Tess c. Letonia*, cit., y *Kononov c. Letonia*, cit., § 186.

Ginebra y en sus Protocolos Adicionales. Además, como las penas impuestas a los demandantes se encontraban dentro de los parámetros tanto del Código Penal de 1976 como del Código Penal de 2003, el argumento del Gobierno acerca de que los demandantes no hubieran sido adecuadamente castigados de acuerdo al Código Penal de 1976 es claramente infundado.

Finalmente, el Tribunal recalcó estar de acuerdo, en general, con el Gobierno en que los Estados son libres de decidir su propia política criminal, sin perjuicio de lo cual deben cumplir con los requisitos del art. 7° del Convenio al hacerlo.

En definitiva, el Tribunal consideró que en los casos de los demandantes se había vulnerado el art. 7° del Convenio, puesto que debieron haberseles aplicado las penas previstas en el Código Penal de 1976, lo cual no debe interpretarse en el sentido de que debían imponérseles penas más leves.

### 3.3 | Sobre la discriminación sufrida por los demandantes

Los demandantes alegan que el hecho de que sus casos fueran enjuiciados por el Tribunal del Estado y no por los tribunales de las Entidades, como muchos otros casos sobre crímenes de guerra, implicó una violación del art. 14 del Convenio<sup>(25)</sup> y/o del art. 1° del Protocolo 12.<sup>(26)</sup>

El Tribunal rechazó este punto por considerar la queja de los demandantes manifiestamente mal fundada. Para ello indicó que, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal, el concepto de discriminación implica un trato desigual, sin una justificación objetiva y razonable, entre dos personas en situaciones similares.

.....

(25) Art. 14: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

(26) Art. 1° del Protocolo 12: “1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1”.

En este caso, dado el elevado número de casos sobre crímenes de guerra a enjuiciar en el período de posguerra en Bosnia y Herzegovina, era inevitable que la carga fuera compartida entre el Tribunal del Estado y los tribunales de las Entidades. En caso contrario, el Estado demandado no estaría en condiciones de cumplir a tiempo y adecuadamente con la obligación impuesta por el Convenio de enjuiciar a los responsables por violaciones graves del derecho internacional humanitario.

Si bien el Tribunal reconoció que los tribunales de las Entidades habían impuesto en general penas más leves que el Tribunal del Estado en el momento de los hechos, sostuvo que esta diferencia de trato no se basó en circunstancias personales y, por lo tanto, no implicó un trato discriminatorio. La competencia del Tribunal del Estado o de un tribunal de una Entidad era decidida, caso por caso, por el Tribunal del Estado, atendiendo a criterios objetivos y razonables.<sup>(27)</sup>

### 3.4 | Sobre la aplicación del art. 41 del Convenio<sup>(28)</sup>

#### 3.4.1. Daño material

El Tribunal rechazó, por falta de motivación, la alegación del señor Maktouf acerca de que no pudo mantener en funcionamiento su empresa debido al proceso al que fue sometido y al cumplimiento de la condena, estimando haber sufrido un daño material que ascendía a 500.000€.

(27) De conformidad con el Reglamento para el enjuiciamiento de los casos sobre crímenes de guerra del 28 de diciembre de 2004, los siguientes, como norma general, eran de competencia del Tribunal del Estado: a) casos de genocidio, exterminio, múltiples asesinatos, violación y otros actos graves de violencia sexual como parte de un sistema organizado (por ejemplo, en campos de internamiento), esclavitud, tortura, persecuciones a escala masiva y sistemática, detenciones masivas en campos de internamiento; b) casos contra anteriores o actuales oficiales militares, anteriores o actuales líderes políticos, anteriores o actuales miembros de la judicatura, anteriores o actuales jefes de policía, comandantes de campos de internamiento, personas con una pasada o presente reputación, múltiples violadores; c) casos con testigos directos e indirectos; d) si existe un riesgo de intimidar a los testigos; y e) casos relativos a delinquentes en un territorio en el que se sienten simpatías hacia ellos o donde las autoridades tienen un interés en no perseguir sus actos. Todos los otros crímenes de guerra eran, como regla general, competencia de los tribunales de las Entidades. Los criterios de competencia aprobados en diciembre de 2008 por las autoridades mediante la Estrategia para los crímenes de guerra del ámbito nacional fueron casi idénticos a estos.

(28) Art. 41: "Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa".

### 3.4.2. Daño moral

El señor Maktouf reclamaba 100.000 euros en concepto de daño moral y el señor Damjanović reclamaba una satisfacción por daño moral, aunque sin especificar la cantidad que en su opinión sería equitativa.

El Tribunal consideró que, al no existir ninguna certeza de que se les hubiesen impuesto a los demandantes penas más leves en caso de haberse aplicado el Código Penal de 1976, la declaración de violación constituye en sí misma una satisfacción equitativa por los daños morales sufridos por los demandantes.

## 4 | El alcance de la protección del art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

### 4.I |

En el caso *Maktouf-Damjanović*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos confirmó la significación que venía asignando al art. 7º del Convenio Europeo, elemento central del estado de derecho, el cual ocupa, indudablemente, un lugar prominente en el sistema de protección establecido en el Convenio, hasta el punto de que no es posible su derogación en casos de guerra o de otro peligro público de acuerdo con las prescripciones del art. 15.

El TEDH reiteró en este caso el alcance reconocido al art. 7º,<sup>(29)</sup> en el sentido de que no debe circunscribirse a la prohibición de la aplicación retroactiva del derecho penal desfavorable para el acusado, sino que

“también incluye, en general, el principio de que solamente la ley puede definir un delito y establecer una pena (*nullum crimen*,

.....  
 (29) TEDH, *Kononov c. Letonia*, cit., donde se consideró que la persecución penal de Kononov —y su posterior condena en virtud de los crímenes de guerra cometidos en 1944— eran suficientemente accesibles y previsibles para el demandante, puesto que las leyes y costumbres internacionales de la guerra bastaban en sí, en esa época, para fundar su responsabilidad penal individual, en razón de lo cual se descartó que hubiera existido una violación del art. 7.1 del Convenio y se declaró que no correspondía examinar la condena en virtud del art. 7.2.

*nulla poena sine lege*) y el principio de que el derecho penal no puede ser interpretado en detrimento del acusado, por ejemplo, a través de la analogía. De esto se deduce que un delito debe estar definido con claridad por la ley. Este requisito se cumple cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente, y si es necesario con la ayuda de la interpretación de los tribunales y tras haber solicitado asesoramiento letrado adecuado, qué acciones y omisiones le acarrearán responsabilidad penal y a qué pena se enfrenta por ese motivo” (apart. 66).

Al respecto, el concepto de “ley” abarcado por dicha norma alude tanto al derecho escrito como no escrito e implica que deben existir ciertos requisitos cualitativos, especialmente con respecto a la accesibilidad y la previsibilidad de la legislación nacional o internacional, para lo cual debe observarse el desarrollo a lo largo del tiempo del derecho penal a través de la jurisprudencia.<sup>(30)</sup>

En este caso, no fue materia de conflicto el hecho de que los actos llevados a cabo por los denunciantes constituían delitos tipificados —tanto por el Código Penal de 1976 como por el Código Penal de 2003— y que su conocimiento era accesible y previsible en el momento en que fueron cometidos. No se alegó violación alguna con respecto a la legalidad de los delitos y de las penas previstas en consecuencia. En este punto, las circunstancias del caso son similares a aquellas comprobadas en *Streletz, Kessler y Krenz*, citado por el gobierno de Bosnia y Herzegovina en el curso de su argumentación.<sup>(31)</sup>

Sin embargo, la afectación del art. 7° del Convenio aducida en este último caso se refería a que los preceptos penales aplicables no habían sido

(30) “El art. 7° del Convenio no puede interpretarse como una prohibición de la clarificación a lo largo del tiempo de las normas de responsabilidad penal a través de la interpretación de los jueces caso por caso, siempre que este desarrollo a lo largo del tiempo resulte coherente con la esencia del delito y pueda ser razonablemente predecible”. TEDH, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania* [GC] (n° 34.044/96, 35.532/97 y 44.801/98), 22 de mayo de 2001, § 50; *K. H. W. c. Alemania* [GC] (n° 37.201/97), TEDH 2001-II, § 85, —extractos—; *Jorgic c. Alemania* (n° 74.613/01), de 12 de julio de 2007, § 101/109; y *Korbely c. Hungría* [GC] (n° 91.74/02), de 19 de septiembre de 2008, § 69/71.

(31) TEDH, *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, cit.

utilizados en la práctica durante un largo lapso en la República Democrática de Alemania, antes del cambio de régimen en 1990. Por el contrario, en el caso *Maktouf-Damjanović*, el planteo vinculado con la afectación del art. 7° se vinculaba con las diferentes penas con que ambos ordenamientos penales sancionaban las conductas que se les reprochaban a los demandantes, y la aplicación retroactiva de aquella que consideraron más gravosa, por ejemplo la que surge del texto de los arts. 31 § 1, 42 § 1 y § 2, 49, 50 § 1 y 173 § 1 del Código Penal de 2003. Como se advierte, ambos casos abordaron problemáticas diversas y, por ende, demandaron razonamientos particulares que no permitían arribar a una conclusión asimilable, como pretendía el gobierno.

Si bien el TEDH incluía en la protección del art. 7° a la prohibición de la aplicación retroactiva de leyes penales más severas,<sup>(32)</sup> no fue hasta 2009 que reconoció que el art. 7°.1 del Convenio amparaba también el derecho del acusado de que se le aplique la ley penal más favorable (principio de *lex mitior*). Así en *Scoppola v. Italia*,<sup>(33)</sup> el TEDH consideró que “al prohibir la imposición de ‘una pena más severa (...) que la aplicable al momento de cometer los hechos’, el párrafo 1° *in fine* del art. 7° no excluye la posibilidad de garantizar al acusado el beneficio de una condena más benigna, de acuerdo con las prescripciones de la legislación posterior al delito”. Una postura contraria conduciría a desestimar cualquier legislación favorable al imputado, previa a la condena y que haya entrado en vigor con posterioridad al hecho, y a continuar aplicando penas que el Estado —y la comunidad que este representa— en la actualidad consideran excesivas. “El Tribunal advierte que la obligación de aplicar, entre varias leyes penales, aquella cuyas previsiones sean más favorables al acusado es una aclaración de las reglas de la sucesión de leyes penales, lo cual está en consonancia con otro elemento esencial del art. 7°, vale decir, la previsibilidad de las penas”. En conclusión, el art. 7°.1 del Convenio garantiza no sólo el principio de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, sino que, implícitamente, incluye el principio de la retroactividad —o ultraactividad— de la ley penal más benigna.

(32) En relación con la aplicación retroactiva de penas, *Welch c. Reino Unido*, 9 de febrero de 1995, serie A n° 307, apart. 36; *Jamil c. Francia*, 8 de junio de 1995, apartado 35, Serie A, n° 317-B; *Ecer y Zeyrek c. Turquía* (n° 29.295/95 y 29.363/95), apart. 36, TEDH 2001-II, y *Mihai Toma c. Rumania* (n° 1051-06), aparts. 26/31, 24 de enero de 2012.

(33) TEDH, *Scoppola c. Italia* (no. 2) [GC] (n° 10249/03), 17 de septiembre de 2009.



## 4.2 |

En *Maktouf-Damjanović* el TEDH aborda también el alcance que corresponde asignar al segundo apartado del art. 7° del Convenio.

En sus argumentaciones, tanto el Gobierno como la Oficina del Alto Representante —tercera parte interviniente— alegaron que, incluso en el supuesto de que el Código Penal de 2003 no fuera considerado más favorable para los demandantes, estaba justificada su aplicación en este caso porque el art. 7° § 2 del Convenio prevé una excepción al principio de la irretroactividad de los delitos y las penas reconocido en el art. 7° § 1 del Convenio (el Gobierno cita a *Naletilić c. Croacia*). En otras palabras, si una conducta estaba tipificada como delito en el momento de su realización tanto por “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” como por el derecho nacional, se puede imponer una pena más elevada que aquella prevista por el derecho nacional. En consecuencia, el principio de irretroactividad de las penas no era aplicable y, en opinión del Gobierno, cualquier pena podía ser impuesta a los demandantes (aparts. 62 y 64).

Sin embargo, el TEDH desechó este argumento por considerar que no era coherente con los trabajos preparatorios del Convenio, de los cuales se deduce que el art. 7° § 1 contiene una norma general —la irretroactividad de los delitos y de las penas— y que el art. 7° § 2 es únicamente una clarificación contextual del ámbito de aplicación de esta norma, aclaración que se incluyó para asegurar que no hubiera dudas sobre la validez de la persecución de los delitos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial. El Tribunal concluyó en que los redactores del Convenio no habían tenido la intención de establecer ninguna excepción general al principio de irretroactividad.

Esta interpretación acerca del modo en que interactúan los aparts. 1° y 2° del art. 7° del Convenio resulta bastante novedosa, a la luz de los precedentes del Tribunal.

En efecto, a partir del año 2010 el TEDH sostuvo en firme este criterio de interpretación, en el caso *Kononov c. Letonia*. Allí se juzgaban hechos cometidos en 1944 calificados como “crímenes de guerra” en base a los Convenios de Ginebra de 1949, el Reglamento de la Haya de 1907 y las leyes y costumbres de la guerra, puesto que el Código Penal de 1926 de

la entonces República Socialista Soviética de Letonia no contenía ninguna referencia a las leyes y costumbres internacionales de la guerra. En razón de ello, el demandante —un ciudadano letón luego nacionalizado ruso— alegó que se había hecho una aplicación retroactiva en su contra del Código Penal de 1961 —en base al cual se lo había condenado—, puesto que la legislación local vigente en 1944 no contemplaba este tipo de delitos y el art. 7° § 2 no abarcaba hechos como los que se le imputaban, en razón de que habían sido ejecutados contra civiles que habían tomado parte en las hostilidades o eran considerados “combatientes”, lo cual obstaba a su calificación como crímenes de guerra. Sin perjuicio de ello, el TEDH consideró que los dos apartados del art. 7 están interconectados y deben interpretarse de manera concordante.<sup>(34)</sup>

“El Tribunal considera útil recordar que se deduce de los trabajos preparatorios del Convenio que el párrafo segundo del art. 7° tiene por objeto aclarar que este artículo no afecta a las leyes que, en las circunstancias totalmente excepcionales del fin de la Segunda Guerra mundial, fueron aprobadas para reprimir, entre otras cosas, los crímenes de guerra; por lo tanto, no aprecia ninguna condena jurídica o moral de estas leyes (X. contra Bélgica, núm. 268/57, decisión de la Comisión de 20 de julio de 1957, Anuario 1, p. 241). En cualquier caso, el Tribunal señala además que la definición de crímenes de guerra que figura en el art. 6° b) del Estatuto del TMI de Nuremberg fue visto como la expresión codificada de las leyes y costumbres internacionales de guerra tal como eran interpretadas en 1939...” (párr. 186).

A fin de dilucidar si se había aplicado retroactivamente en el caso la ley penal, consideró esencial determinar si con respecto a los delitos adjudicados a Kononov había operado la prescripción para la época en que fue juzgado. Al respecto, descartó la aplicación del Código Penal de 1926 —vigente en 1944— puesto que los plazos de prescripción se referían a los delitos incluidos en dicho ordenamiento y, como ya se dijo, los crímenes

(34) TEDH, *Tess c. Letonia*, cit. La denuncia fue declarada inadmisibile por considerarla prematura. Interesa la conclusión de que “... el segundo párrafo [del art. 7° del Convenio Europeo] no constituye una cláusula de derogación excepcional al principio general contenido en el primero. Los dos párrafos constituyen un sistema único y deben ser objeto de una interpretación armónica”.

de guerra no estaban previstos en su articulado. Por otra parte, ninguna norma en el ámbito del derecho internacional autorizaba en esa época la prescripción ante este tipo de delitos, lo cual tampoco sucedió posteriormente, razón por la cual los delitos no habían prescripto. Así, el Tribunal circunscribió el análisis en función del art. 7°.1 del Convenio y concluyó en que la calificación como crímenes de guerra —en base al derecho internacional en vigor en la época de la comisión de los actos en litigio— había sido lo suficientemente accesible y previsible para el demandante, en tanto la responsabilidad penal de un simple soldado (guardia fronteriza) estaba definida con suficiente accesibilidad y previsibilidad por, en particular, la obligación de respetar los instrumentos internacionales de los derechos humanos, incluso si estos no permitían inferir la responsabilidad penal individual del demandante. “Incluso un simple soldado no podría rendirse total y ciegamente a órdenes que violaban de manera flagrante no sólo los principios jurídicos propios de su país, sino también los derechos humanos internacionales y, sobre todo, el derecho a la vida, que es el valor supremo en la escala de los derechos humanos”.<sup>(35)</sup> Así, concluyó en que la condena de Kononov no supuso la violación del art. 7°.1 del Convenio, descartando la necesidad de examinar la condena en virtud del art. 7°. 2.

Hasta ese momento, los precedentes del TEDH con respecto a la interpretación del art. 7°.2 del Convenio habían sido generalmente contrarios a la sostenida en *Maktouf-Damjanović* y en *Kononov*, puesto que se consideraba que el apartado 2° constituía una excepción al primer párrafo en lo atinente al juzgamiento y castigo en virtud de actos que, al momento de su comisión, eran delitos de acuerdo a los principios generales de la ley.

Así, en la situación planteada en *Naletilić c. Croacia*, el demandante (un ciudadano croata) sostuvo que, si hubiera permanecido en Croacia, donde se habían iniciado procesos penales en su contra, estaría expuesto a una condena máxima de 20 años de prisión por crímenes contra la humanidad, mientras que al ser extraditado al Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY), en función de las Convenciones de Ginebra y las leyes y costumbres de la guerra, podía ser condenado a prisión perpetua. El Tribunal decidió que, aún asumiendo que fuera aplicable al caso el art. 7° del Convenio, la previsión específica a tener en cuenta era la del párr. 2° y no la segunda parte del párr. 1°, como invocaba el demandante, en razón de lo cual

(35) TEDH, *Kononov c. Letonia*, cit., ap. 236.

la demanda fue declarada inadmisibile. Se colige de ello que si una conducta estaba tipificada como delito en el momento de su realización tanto por los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” como por el derecho nacional, podía imponerse una pena más elevada que la prevista en las leyes locales, sin afectación del principio de irretroactividad de las leyes penales más severas, previsto en el art. 7°.1 del Convenio.

Siguiendo esa línea, el TEDH también había considerado aplicable el art. 7°. 2. en el caso de un ciudadano estonio —August Kolk— y un ciudadano ruso —Petr Kislyiy— quienes, en 1949 habían participado en la deportación de población civil desde la entonces República Socialista Soviética de Estonia hacia lugares remotos de la Unión Soviética. En función de esa conducta, ambos fueron condenados por haber cometido crímenes contra la humanidad tipificados en el Código Criminal de Estonia a partir de la modificación incorporada en 1994 a dicho Código, vigente desde 1992. De acuerdo a la demanda, tal delito no estaba previsto en el Código Penal ruso de 1946 —en vigor en el territorio de Estonia al momento de los hechos— como tampoco en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg de 1945, puesto que no se trataba de delitos contra la humanidad cometidos **antes o durante la guerra**,<sup>(36)</sup> por lo que consideró que se le había aplicado retroactivamente la ley penal. Sin embargo, el Tribunal consideró que la validez universal de los principios relativos a los crímenes contra la humanidad estipulados por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg fue confirmada por la resolución 95 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 y luego por la Comisión de Legislación Internacional de Naciones Unidas en 1950, de acuerdo a lo cual la responsabilidad por tales crímenes no puede limitarse a los nacionales de determinados países y exclusivamente a los actos cometidos en el marco temporal específico de la Segunda Guerra Mundial.<sup>(37)</sup>

(36) “... Los siguientes actos, o cualquiera de ellos, son crímenes que recaen bajo la competencia del Tribunal por los cuales habrá responsabilidad personal: (...) (c) Crímenes contra la humanidad: a saber, asesinato, exterminación, esclavización, deportación, y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, o persecuciones basadas en cuestiones políticas, raciales o religiosas, en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o vinculados con ellos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron. Aquellos que lideren, organicen, inciten o acepten participar en la formulación o ejecución de un plan común o conspiración para cometer los delitos anteriormente mencionados, serán responsables de todos los actos realizados por quienes ejecuten dicho plan” (art. 6°, Estatuto del Tribunal de Nuremberg).

(37) En este punto, el Tribunal valoró que el art. 1° (b) de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad prohibía cualquier

“El Tribunal reitera que el art. 7° § 2 del Convenio expresamente prevé que este artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona por cualquier acto u omisión que, al momento de su comisión, fuera delito de acuerdo a los principios generales de la ley reconocidos por las naciones civilizadas. Esto es así en el caso de los crímenes contra la humanidad, respecto de los cuales la imprescriptibilidad fue establecida como regla por el Estatuto del Tribunal Internacional de Nuremberg (ver *Papon v. France* (n° 2) (dec.), n° 54.210/00, TEDH 2001-XII, y *Touvier v. France*, no. 29.420/95, decisión de la Comisión del 13 de enero de 1997, Decisiones e Informes 88-B, p. 161)”.<sup>(38)</sup>

En conclusión, podía considerarse crimen contra la humanidad a aquel previsto como tal en el derecho internacional al momento de los hechos de acuerdo a la excepción introducida en el apart. 2° del art. 7° del Convenio. Tal previsión permitía la consecuente condena en función de la pena establecida en una ley posterior al hecho, en tanto el autor pudiera prever suficientemente en esa época que su conducta podía encuadrar en este tipo de crímenes.

## 5 | Los juicios seguidos a los autores y partícipes de graves violaciones de los derechos humanos en Bosnia y Herzegovina

El análisis realizado por el TEDH en *Maktouf-Damjanović* se basó en la consideración de que los delitos que se le adjudicaban a ambos constituían crímenes de guerra, de acuerdo a las prescripciones tanto del Código Penal de 1976 como del Código Penal de 2003, amén de su inclusión en esa categoría desde el punto de vista del derecho internacional.

Sin embargo, se suscitan otras inquietudes ante la valoración de graves violaciones del derecho internacional humanitario que también entran

.....  
limitación con respecto a la fecha de su comisión y a la circunstancia de si habían sido cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz.

(38) TEDH, *Kolk y Kislyiy c. Estonia* (dec.), n° 23.052/04 y 24.018/04, ECHR 2006-I.

en la órbita de competencia del Tribunal del Estado de Bosnia y Herzegovina, bajo la clasificación de **crímenes contra la humanidad**, los cuales fueron incorporados al derecho nacional de ese país en 2003. En razón de ello, el Tribunal del Estado y los tribunales de las entidades cuentan exclusivamente con el Código Penal de 2003 para aplicar en estos casos.

En un informe emitido en 2011 (“Impartiendo justicia en Bosnia y Herzegovina”), la OSCE —Organization for Security and Cooperation in Europe— advirtió esta situación particular: “Otra categoría de casos en los que la aplicación del Código [de 1976] es problemática son aquéllos en los que la conducta del acusado se encuadra mejor en los conceptos de crímenes contra la humanidad o en la teoría de la responsabilidad por la cadena de mando, cuya tipicidad está únicamente prevista en el Código [de 2003]”.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en sus “Observaciones finales” sobre Bosnia y Herzegovina en 2012 (CCPR/C/BIH/CO/1), expresó dudas similares (en § 7):

“El Comité está también preocupado por la falta de esfuerzos en armonizar la jurisprudencia sobre crímenes de guerra entre las Entidades, así como por el hecho de que en el nivel de las Entidades los tribunales utilizan el obsoleto código penal de la antigua República Federal Socialista de Yugoslavia (RFSY) que no define, inter alia, los crímenes contra la humanidad, la responsabilidad por la cadena de mando, la esclavitud sexual o el embarazo forzado. El Comité está preocupado porque este hecho puede afectar a la coherencia en la aplicación de las penas entre las distintas Entidades (arts. 2° y 14). El Estado parte debe también continuar con la adecuada atención psicológica a las víctimas de violencia sexual, especialmente durante el juicio. Además, el Estado parte debe asegurar que los jueces de todas las Entidades se esfuercen seriamente en armonizar la jurisprudencia sobre crímenes de guerra y que las acusaciones por los mismos no se basen en el obsoleto código penal de la antigua RFSY puesto que éste no reconoce ciertos delitos como por ejemplo los crímenes contra la humanidad”.

La Comisión de Venecia, en su Opinión sobre la seguridad jurídica y la independencia del poder judicial en Bosnia y Herzegovina —648/2011,

aprobada el 18 de junio de 2012—, señaló que la existencia de diferentes ordenamientos jurídicos y la fragmentación del poder judicial hacían difícil que Bosnia y Herzegovina cumpliera con los requerimientos, *inter alia*, relativos a la coherencia de su legislación y jurisprudencia.

Esta circunstancia fue plasmada en la decisión adoptada en el caso *Šimšić c. Bosnia y Herzegovina*.<sup>(39)</sup> El 7 de agosto de 2007, una Sala de Apelaciones del Tribunal del Estado condenó a Boban Šimšić a la pena de 14 años de prisión, por el delito de persecución de bosníacos por razones políticas, nacionales, étnicas, culturales y religiosas mediante la comisión de asesinatos, encarcelaciones, torturas, desapariciones forzadas y ayuda e instigación a cometer delitos sexuales, considerado un crimen contra la humanidad según el art. 172 § 1 (h) en consonancia con los párrafos (a), (e), (f), (g) e (i) del Código Penal de 2003, en virtud de hechos cometidos en 1992. Pese a que los delitos contra la humanidad no estaban contemplados en la legislación penal nacional, resulta evidente que los actos perpetrados por Šimšić eran crímenes contra la humanidad según el derecho internacional en el momento de su comisión: eran actos cometidos dentro del contexto de un amplio y sistemático ataque dirigido a la población civil y el demandante estaba al tanto de este ataque.<sup>(40)</sup> En consecuencia, constituían delitos definidos con suficiente accesibilidad y previsibilidad, en razón de lo cual no se había violado el art. 7 del Convenio Europeo y la demanda se declaró inadmisibile.

La falta de previsión de los crímenes contra la humanidad en el Código Penal de 1976 —vigente durante la guerra de Bosnia y Herzegovina— plantea una evidente diferencia con *Maktouf-Damjanović*—donde se juzgaban crímenes de guerra— e introduce el cuestionamiento en relación

(39) TEDH, *Šimšić c. Bosnia y Herzegovina* (dec.), n° 51.552/10, 10 de abril de 2012.

(40) La circunstancia contraria se presentaba en el caso *Korbely c. Hungría* (TEDH [GC] (n° 9174/02), 19 de septiembre de 2008), donde se estableció que los homicidios múltiples que se le imputaban en función del derecho internacional no constituían crímenes contra la humanidad, puesto que sus víctimas no encuadraban en la categoría de “no combatientes” protegida por el art. 3 § 1 de la Convención de Ginebra, como tampoco hay constancia alguna de que el líder de los insurgentes —una de las víctimas del caso— haya expresado su intención de rendirse de acuerdo a los estándares del derecho internacional comúnmente aceptados en esa época. Por ello, el TEDH concluyó en que no era previsible que los actos del demandante constituyeran un crimen contra la humanidad según el derecho internacional, como resultado de lo cual se constató una violación del art. 7° del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

con la “coherencia” demandada por los organismos internacionales. En efecto, las condenas en virtud de crímenes contra la humanidad podrían alcanzar los 45 años de acuerdo con el Código Penal de Bosnia y Herzegovina de 2003, mientras que los condenados por crímenes de guerra y genocidio quedarían bajo el régimen más benigno del Código Penal de 1976. Desde el punto de vista del derecho internacional, al dictar sentencia no existe una jerarquía entre crímenes atroces; sin embargo, la legislación y la jurisprudencia consecuente en Bosnia y Herzegovina demarcan una clara diferencia entre ambas categorías de delitos, alejándose del objetivo de armonización esperado. Más aún, la disparidad manifiesta entre una sentencia de hasta 45 años por el asesinato de un ser humano en tiempo de paz y otra mucho más indulgente para la misma conducta considerada un crimen de guerra o genocidio envía un mensaje claro a la sociedad, a saber, que los crímenes cometidos durante un conflicto son menos graves y más perdonables entonces que aquellos cometidos en tiempos normales.<sup>(41)</sup>

Pareciera que esta no es la conclusión propiciada desde *Maktouf-Damjanović*, ya que el TEDH claramente circunscribió la aplicación del Código Penal de 1976 a los casos en los cuales no había pérdida de vidas humanas (ver párr. 69), tal como sucedía en el caso de los demandantes, mientras que reservó la aplicación del Código Penal de 2003 para los crímenes más graves.<sup>(42)</sup>

Sin embargo, el 22 de octubre de 2013, el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina ordenó al Tribunal del Estado que dictara en forma urgente una nueva decisión en los casos de diez personas condenadas por crímenes de guerra y genocidio por aplicación del Código Penal de 1976, bajo el argumento de que esas condenas se habían dictado en violación del art. 7.1 del Convenio Europeo, citando para ello la opinión del TEDH en el caso *Maktouf-Damjanović*. No obstante ello, debe apuntarse que la mayoría de esos condenados —seis— eran serbios bosnios condenados por el genocidio de musulmanes durante la guerra de 1992-1995, a penas que oscilaban entre los 28 y los 33 años de prisión. La condena a 33 años

(41) DE SANCTIS, FRANCESCO, “The Impact of the ECtHR’s Judgment in *Maktouf-Damjanović* on Accountability and Punishment for War Crimes in Bosnia-Herzegovina”, [en línea] <http://www.ejiltalk.org/author/fdesanctis/>.

(42) TEDH, *Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina*, cit.



de prisión por genocidio impuesta a uno de ellos, Milenko Trifunović, se basaba en su responsabilidad en la muerte de más de mil personas, circunstancia que, evidentemente, dista de los hechos imputados a Maktouf y Damjanović, en razón de lo cual no puede aplicarse automáticamente la doctrina sentada por el TEDH en ese caso.

Como fundamento de su decisión, el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina valoró que, de acuerdo a las previsiones del Código Penal SFRY de 1976, en los hechos más graves podía aplicarse pena de 20 años de prisión o la pena de muerte, no obstante lo cual esta última era, tanto en la teoría como en la práctica, de imposible aplicación. Por su parte, el Código Penal de 2003 prevé para los hechos más graves penas de larga duración de hasta 45 años de prisión. En base a esta comparación, resolvió que la ley penal más benigna estaba representada en las prescripciones del Código Penal SFRY de 1976, sin importar la gravedad del delito imputado.<sup>(43)</sup> A una conclusión similar arribó el 23 de enero de 2014 en el caso de Novak Đukić, quien había sido condenado en 2010 a 25 años de prisión en virtud de crímenes de guerra cometidos en 1995 contra civiles.

Al respecto, se ha opinado que

“si bien es cierto que no hay un criterio definitivo e incontrovertible para medir la adecuación y proporcionalidad de una determinada sentencia, el análisis practicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja sobre el castigo aplicable a crímenes bajo el derecho internacional en la legislación interna muestra que ‘casi sistemáticamente la legislación nacional prevé las leyes penales más severas [pena de muerte o prisión perpetua] ante la comisión del delito de genocidio y de crímenes contra la humanidad’ y ese mismo baremo es aplicable a los ‘crímenes que han causado muertes’. En este sentido, la aplicación del Código Penal SFRY, al penar a los autores de múltiples y graves violaciones de los derechos humanos con condenas que no exceden los 20 años, no le permite al Tribunal de Bosnia y Herzegovina imponer penas proporcionales a la gravedad de estos crímenes. Entonces, la aplicación retroactiva del Código Penal

(43) Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, decisión, *Trifunović*, AP 4100/09, 22/10/2013, pág. 47.

de 2003 satisface las obligaciones impuestas al Estado por el *jus cogens*, para sancionar adecuadamente a los autores de las más serias instancias de los crímenes internacionales".<sup>(44)</sup>

Si bien en *Maktouf-Damjanović* el TEDH fue sumamente prudente al no abordar cómo debía resolverse la aplicación del principio de legalidad en el caso de los crímenes de guerra más graves —el caso no demandaba un pronunciamiento al respecto—, no carece de lógica la solución recientemente decidida por el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, ya que la pena de muerte quedó abolida a partir de la firma de los Acuerdos de Dayton en 1995, en virtud de lo cual, al analizar las penas establecidas por el Código Penal SFRY de 1976, debe prescindirse de su consideración como tal. Sin embargo, esta conclusión redundante en perjuicio de la coherencia y la armonía de la legislación y la jurisprudencia que se le demanda a Bosnia y Herzegovina actualmente, dado que no logra superar la inconsistencia que implica la desproporción entre las penas aplicables en caso de los crímenes de guerra más graves y los delitos de lesa humanidad.

La situación de la justicia nacional ha sido recientemente analizada por el Parlamento Europeo, que emitió la siguiente opinión:<sup>(45)</sup>

"... 16. Manifiesta su honda preocupación por la ineficacia del sistema judicial y la imposibilidad cada vez mayor de ejecutar las sentencias judiciales; insta a frenar los ataques políticos contra el poder judicial y a abordar la fragmentación de las responsabilidades presupuestarias en el poder judicial;

17. Elogia el Diálogo Estructurado sobre Justicia, que ha permitido obtener resultados concretos mediante la aplicación de una serie de recomendaciones; celebra el progreso logrado en la reducción del número de casos judiciales pendientes; reitera, en consonancia con las recomendaciones del Diálogo Estructurado,

(44) Presentación del *amicus curiae* ante el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, en el caso AP 4606/13 (17/03/2014) relativo a la apelación presentada por Željko Ivanović con respecto a la condena impuesta por el Tribunal del Estado (17/06/2013) a 24 años de prisión de larga duración, en virtud del delito de genocidio previsto en el Código Penal de 2003, por haber participado en el encarcelamiento y asesinato de aproximadamente mil bosníacos.

(45) Resolución del Parlamento Europeo, (06/02/2014), sobre el Informe de 2013 relativo a los progresos realizados por Bosnia y Herzegovina (2013/2884 (RSP)).

su llamamiento a llevar a cabo reformas estructurales e institucionales del sistema judicial abordando, por ejemplo, las cuestiones relativas a la armonización de los cuatro sistemas jurídicos distintos que coexisten en Bosnia y Herzegovina, incluido el establecimiento de un Tribunal Supremo a nivel estatal, de conformidad con las recomendaciones incluidas en el dictamen de la Comisión de Venecia;

18. Celebra que también se haya reducido el número de causas pendientes por crímenes de guerra y que se haya progresado en el enjuiciamiento de crímenes de guerra con violencia sexual; celebra el nombramiento de 13 nuevos fiscales en la Fiscalía del Estado, que se ocuparán principalmente de incoar procesos por crímenes de guerra; pide que se intensifique la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes, incluyendo una adecuada protección de los testigos, la aprobación de un programa a nivel estatal para mejorar la situación de las víctimas, incluidos los supervivientes de crímenes de guerra con violencia sexual y tortura, y medidas para mejorar los recursos necesarios a todos los niveles;

19. Toma nota de la sentencia 'Maktouf y Damjanović contra Bosnia y Herzegovina' del TEDH y sus implicancias, que conllevaron un cambio en la jurisprudencia para otros recursos pendientes ante el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina, en particular para los cargos de genocidio, con la consecuencia de que fueron liberados diez acusados condenados a largas penas de prisión; reitera que hacer justicia en relación con los crímenes de guerra es algo fundamental para las víctimas y sus familias, y que antes de proceder a tales excarcelaciones debería estudiarse cuidadosamente la cuestión; subraya la importancia de que las autoridades nacionales adopten todas las medidas necesarias para asegurar, siempre que sea necesario, la detención ininterrumpida de los condenados que esperan que vuelva a abrirse su caso, siempre que dicha detención sea compatible con las resoluciones del TEDH, u otras medidas de seguridad ...".

Sin duda la resolución del TEDH en *Maktouf-Damjanović* ha representado un paso importante en el proceso de fortalecimiento de la justicia en Bosnia y Herzegovina, asignando una interpretación concreta

al alcance del principio de la irretroactividad de las leyes penales más severas, derivado del principio de legalidad contenido en el art. 7° del Convenio. Sin embargo, resta aún avanzar en el camino de la unidad y la pacificación nacional y en la conformación de instituciones de justicia independiente y dispuestas a asumir esa tarea, en el marco del respeto de la diversidad y de las necesidades particulares de la población a la cual debe este esfuerzo.

*Maktouf-Damjanović* brindó, en efecto, una contundente doctrina sobre el principio de legalidad y, en ese sentido, representó un avance en el aseguramiento de los principios postulados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A la vez, inspiró al planteo de nuevos interrogantes que nos invitan a la reflexión sobre la coherencia que debe asignarse al sistema de protección propiciado por el derecho internacional humanitario.

---

