

ISSN 2314-1603

Derechos Humanos

AÑO III NÚMERO 7

Director: Sebastián Alejandro Rey



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO III - NÚMERO 7

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° 7 - Edición: septiembre 2014 - Impresión: octubre 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

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

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

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación ni la de sus directores.

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

Sebastián Alejandro Rey

Director

Ana Oberlin

Fernando Valsangiacomo Blanco

Juan Pablo Vismara

Secretarios de Redacción

Ariel Bernal - María Laura Iseas

Jorge Murillo - Iñaki Regueiro de 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

Dossier Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos p. I

La proyección de la experiencia argentina en derechos humanos: liderazgo, responsabilidad y oportunidades
por FEDERICO VILLEGAS BELTRÁN p. 3

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos y el mecanismo de denuncia ante el Consejo
por MARIO CORIOLANO p. 9

La labor de quienes integran el Comité de Derechos Humanos
por FABIÁN SALMIOLI p. 27

El Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. Órgano de Tratado del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas
por ENRIQUE ANDRÉS FONT p. 43

Migraciones y derechos humanos. El rol del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de Naciones Unidas.
por PABLO CERIANI CERNADAS p. 83

Protección contra las desapariciones forzadas. Notas sobre el origen de la Convención Internacional y su órgano de control y seguimiento
por LUCIANO A. HAZAN p. 103

Jurisprudencia anotada p. II7

Garantías del debido proceso en procedimientos administrativos. Plazo razonable CSJN, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c/ BCRA s/ resol. 178/93”, 19 de noviembre de 2013
por LUCÍA MAGALÍ ROZENBERG p. II9

ÍNDICE

Personería jurídica de las comunidades indígenas. Procesos de consulta. CSJN, “Confederación Indígena del Neuquén c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, 10 de diciembre de 2013 por SILVINA RAMÍREZ.....	p. 145
Arresto domiciliario. Crímenes de lesa humanidad. CSJN, “Tomassi, Julio Alberto s/ recurso extraordinario” y “Caggiano Tedesco, Carlos Humberto s/ causa N° 14.569”, 4 de febrero de 2014 por RODOLFO N. YANZÓN.....	p. 157
Suspensión del juicio a prueba. Improcedencia en casos de violencia familiar. CJ Tucumán, “L. A. G. s/ suspensión del juicio a prueba”, 27 de noviembre de 2013 por MONTSERRAT GIMÉNEZ DE TOMÁS.....	p. 167
Trata de personas. Valoración probatoria. CJ Tucumán, “Iñigo, David Gustavo y otros s/ Privación ilegítima de la libertad y Corrupción”, 17 de diciembre de 2013 por ZAIDA GATTI.....	p. 183
Pena de prisión efectiva. Incumplimiento del deber de asistencia alimentaria. Tutela judicial efectiva. TSJ Córdoba, “A., H. R. s/ infracción ley 13.944 de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar s/ recurso de casación”, 30/12/2013 por MARIEL F. MOLINA DE JUAN.....	p. 195
Conflicto armado interno. Desplazamiento forzado. Obligación especial de protección. Derecho a la propiedad privada. Corte IDH, “Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Caicara (Operación Génesis) vs. Colombia” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20 de noviembre de 2013, Serie C N° 270 por ALEJANDRA I. LANNUTTI.....	p. 213
Deber de investigar. Debida diligencia. Corte IDH, “Caso Gutiérrez y familia vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C N° 271 por PAULA LITVACHKY, GABRIELA KLETZEL Y ANDRÉS LÓPEZ.....	p. 223

ÍNDICE

Derecho de buscar y recibir asilo. Principio de no devolución. Garantías judiciales y protección judicial. Corte IDH, “Caso familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C n° 272 por MARCOS EZEQUIEL FILARDI.....	p. 241
Desaparición forzada de personas. Deber de debida diligencia. Admisibilidad y competencia del tribunal. Corte IDH, “Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú”. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C N° 274 por GLORIA CANO LEGUA.....	p. 263
Retroactividad de la ley procesal penal. Juzgamiento a través de fueros especiales. Derecho al recurso. Corte IDH, “Caso Liakat Ali Alibux vs. República de Surinam” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C N° 276 por DIEGO MARTÍNEZ.....	p. 273
Prisión preventiva. Cultura judicial. CIDH, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 30 de diciembre de 2013 por RAMIRO GUAL y SEBASTIÁN PACILIO.....	p. 289
Derecho a la vida familiar de las parejas de mismo sexo. TEDH, <i>Vallianatos otros c. Grecia</i> [GC], 7 de noviembre de 2013 por GEOFFREY WILLEMS.....	p. 319
Derecho a la intimidad. Derechos de los niños y adolescentes. TEDH, <i>Söderman c. Suecia</i> [GC], 12 de noviembre de 2013 por MARISA HERRERA.....	p. 329
Salud mental y deber de realizar el servicio militar. TEDH, <i>De Placi c. Italia</i> , 21 de enero de 2014 por MARINA MENDEZ ERREGUERENA.....	p. 355
Derecho a la seguridad social. TEDH, <i>Mottola y otros c. Italia</i> , 4 de febrero de 2014 por WALTER F. CARNOTA.....	p. 365

Entrevistas **p. 377**

Entrevista a Sévane Garibian (Doctora en Derecho. Profesora-investigadora de las Universidades de Ginebra y Neuchâtel, Suiza) p. 378

Entrevista a Rainer Huhle (Miembro del Comité de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas de la Organización de las Naciones Unidas) p. 386

Fuentes citadas **p. 397**

Índice temático **p. 403**

Publicaciones digitales

Jurisprudencia anotada

Derechos a la salud de las personas con discapacidad. Tutela judicial efectiva
CSJN, “L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social
de la provincia - subsidio de salud s/ amparo”, 10 de diciembre de 2013
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ID: DACF150044

Notificación personal de la condena. Derecho al recurso
CSJN, “Mastrangioli, Carlos Obdulio s/ causa n° 98.591”, 17 de diciembre de 2013
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ ID: DACF150055

Irretroactividad de la ley penal. Ley penal más benigna
CSJN, “Granillo Ocampo, Raúl Enrique y otros s/ recurso de queja”,
4 de febrero de 2014
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ ID: DACF150056

Discriminación por orientación sexual. Procedencia de la prisión domiciliaria.
Control de Convencionalidad y Constitucionalidad
TSJ Córdoba, Sala Penal, “M., M. R. s/ adulteración de instrumento
público, etc. - Recurso de casación”, 25 de febrero de 2014
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ID: DACF150045

Derecho a la integridad personal. Prohibición de la tortura. Solución amistosa
Corte IDH, “Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos”
(Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C N° 273
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ID: DACF150046

Terrorismo. Derecho a la libertad personal. Garantías judiciales. Reparaciones
Corte IDH, “Caso J. vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas),
Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C N° 275
por JULIA BEN ISHAI ID: DACF150017

Derecho a la vida privada familiar. Derecho de rectificación
TEDH, *Putistin c. Ucrania*, 21 de noviembre de 2013
por MARINA CHERTCOFF ID: DACF150011

PUBLICACIONES DIGITALES

Derecho a cambiar de nombre. Derecho a la vida privada y familiar
TEDH, *Henry Kismoun c. Francia*, 5 de diciembre de 2013
por MARISOL DORREGO ID: DACF150014

Publicidad de los procesos
TEDH, *Nikolova y Vandova c. Bulgaria*, 17 de diciembre de 2013
por MARINA CHERTCOFF ID: DACF150012

Derecho a la alimentación en prisión. Libertad religiosa
TEDH, *Vartic c. Rumania* (N° 2), 17 de diciembre de 2013
por JULIA BEN ISHAI ID: DACF150007

Derecho al nombre. Derecho a la igualdad
TEDH, *Cusan y Fazzo c. Italia*, 7 de enero de 2014
por MARISOL DORREGO ID: DACF150015

Derecho a la seguridad social. Derecho a la igualdad y no discriminación
TEDH, *Montoya c. Francia*, 23 de enero de 2014
por KATIA ROSENBLAT ID: DACF150049

Derecho a la vida. Deber de prevenir e investigar su violación
TEDH, *Oruk c. Turquía*, 4 de febrero de 2014
por JULIA BEN ISHAI ID: DACF150029

Libertad de expresión. Detención de periodistas en manifestaciones
TEDH, *Pentikäinen c. Finlandia*, 4 de febrero de 2014
por KATIA ROSENBLAT ID: DACF150049

Derecho a la vida privada. Filiación y pruebas de paternidad
TEDH, *Ostace c. Rumania*, 25 de febrero de 2014
por CRISTIAN RAGUCCI ID: DACF150041

Derecho a contar con un abogado
ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1795/2008,
Anatolevich Zhirnov c. Rusia, 5 de noviembre de 2013
por MARISOL DORREGO ID: DACF150030

Legitimación procesal
ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1879/2009,
A. W. P. c. Dinamarca, 25 de noviembre de 2013
por KATIA ROSENBLAT ID: DACF150050

Penas de muerte. Garantías del debido proceso

Onu, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1910/2009,

Zhuk c. Bielorrusia, 2 de diciembre de 2013

por PABLO A. GONZÁLEZ ID: DACF150057

Derechos políticos

ONU, Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad,

Comunicación 4/2011, *Zsolt y otros c. Hungría*, 20 de septiembre de 2013

por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ID: DACF150047

Confesiones forzadas. Deber de investigar denuncias de tortura

ONU, Comité contra la Tortura, Comunicación 441/2010,

Evloev c. Kazajistán, 17 de diciembre de 2013

por MARISOL DORREGO ID: DACF150031

Reseñas bibliográficas

El alcance de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el plano de las observaciones generales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el control de convencionalidad de Susana Albanese

por CARLOS PISONI ID: DACF150040

Derecho a la salud y justicia constitucional de Víctor Bazán

por MIGUEL ROBLEDO ID: DACF150043

El caso Penitenciarías de Mendoza y el Sistema Interamericano

de Pablo Gabriel Salinas

por FERNANDO GASTÓN PEÑALOZA ID: DACF150039

La trata de mujeres con fines de explotación sexual

de Agustina Iglesias Skulj

por CRISTIAN MANUEL ENCINAS ID: DACF150032

Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones de Rolando E. Gialdino

por ANNABELLA SANDRI FUENTES ID: DACF150037

Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional de Antonio A. Cançado Trindade

por NATALIA M. LUTERSTEIN ID: DACF150025

Dossier

La proyección de la experiencia argentina en derechos humanos: liderazgo, responsabilidad y oportunidades

por **FEDERICO VILLEGAS BELTRÁN**⁽¹⁾

El derecho internacional de los derechos humanos es un conjunto de normas que diariamente aumenta la esfera de protección de nuestros derechos. Ahora bien, ¿cómo se construye un espacio de esta naturaleza? Los trabajos que hoy presenta Infojus son un ejemplo de esa tarea casi silenciosa que expertos argentinos y de otras regiones del mundo realizan como parte de un sistema de mecanismos de protección que las Naciones Unidas crearon para desarrollar progresivamente los derechos humanos en todo el mundo.

Los especialistas que escriben en este número tienen una trayectoria en el país en la defensa de los derechos humanos y es ella la que les permite aprovechar la oportunidad de proyectar la rica experiencia argentina en organismos internacionales donde se elaboran estándares que luego tendrán un impacto universal. Representan la nueva generación de defensores de derechos humanos de la Argentina, resignificando la lucha del movimiento de derechos humanos durante el terrorismo de Estado —lo mejor que supo construir el tejido social de los argentinos—, para abordar los nuevos desafíos y la nueva agenda de derechos humanos a nivel internacional.

.....

(1) Director General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Correo electrónico: dighu@cancilleria.gob.ar

Muchas veces se critica el sistema de protección de la ONU por considerarlo de escaso impacto, ineficiente, retórico, politizado. Son válidas muchas críticas y siempre bienvenidas para que las instituciones reflexionen y mejoren. Sin embargo, la valoración de este sistema universal depende del cristal con que se mire.

El Estado-nación que hoy conocemos surge en 1648 con la Paz de Westfalia. Hasta 1948, cuando se adopta la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que un gobernante decidía hacer con los individuos sometidos a su jurisdicción en su espacio territorial no era un tema de otros Estados, era un tema de soberanía, de asuntos internos. En ese contexto surgió y se desarrolló el derecho internacional que por supuesto hasta hoy nos rige como Estados soberanos. Sin embargo, luego del Holocausto —paradigma del Estado convertido en delincuente—, el derecho internacional de los derechos humanos irrumpe en la concepción tradicional del derecho internacional centrado en la defensa del Estado. Es, básicamente, otra categoría de pensamiento, otra forma de ver el Estado, el interés nacional, y los individuos sometidos a su jurisdicción: las personas tienen derechos reconocidos y protegidos internacionalmente más allá de ser nacionales de uno u otro Estado. Es así que, a partir de 1948, se comenzó a construir una nueva rama del derecho que hoy cuenta con casi cincuenta mecanismos convencionales y no convencionales de protección entre los que pueden contarse los relatores especiales, los órganos que supervisan tratados, los grupos de trabajo que examinan patrones de violaciones de derechos humanos y los expertos temáticos y sobre determinados países. Los expertos que hoy escriben en este número son protagonistas de esa nueva rama del derecho, de ese nuevo espacio de protección para la humanidad que, en términos históricos, representa hasta el momento tan solo la punta del iceberg. En derechos humanos siempre está todo por hacerse y es necesario ver el vaso medio vacío para avanzar en nuevas fronteras.

Más allá de las bondades del sistema universal de derechos humanos, lo cierto es que el grado de adhesión de los Estados al sistema es dispar y todavía deja mucho que desear. Cuatro ejemplos bastan para ilustrar esta afirmación.

En primer lugar, aquellos países que utilizan su poder militar o económico para hacer valer sus intereses nacionales afectando directamente la vigencia de los derechos humanos en otros países, raramente se someten a

las obligaciones internacionales de derechos humanos o a un mecanismo democrático y equitativo para tomar decisiones que impactan en la paz y seguridad de la humanidad. Las dificultades en la aplicación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el funcionamiento del Consejo de Seguridad o el desarrollo del concepto de Responsabilidad de Proteger son quizás los ejemplos más representativos en este sentido.

En segundo término figura un grupo importante de países desarrollados que desconocen la noción misma de derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos que deben ser protegidos internacionalmente. Es decir que la educación o la salud para estos países no son derechos que el Estado debe garantizar sino que cada persona se educa o puede curarse si su proyecto de vida —y las leyes del mercado— se lo permiten. Se trata de una diferencia filosófica acerca del rol del Estado y una forma diferente de organizar una sociedad que también repercuten en la capacidad del sistema universal de lograr consensos.

Un tercer ejemplo es el grado en que la cultura y la religión todavía siguen siendo un obstáculo —¿excusa?— para reconocer algunos derechos básicos. De los 196 Estados miembros de la ONU, 73 mantienen leyes en vigencia que criminalizan la homosexualidad, y 5 de estos aplican la pena de muerte para los culpables de “sodomía”. En el otro extremo, la Argentina está a la vanguardia en materia de respeto a la orientación sexual, con legislaciones de avanzada como el matrimonio igualitario o la identidad de género. ¿Podemos realmente afirmar que una disparidad semejante en la forma en que se aproximan distintos países a este tema es producto de la diferencia entre “valores tradicionales”? ¿No será acaso producto de la incapacidad de la comunidad internacional de generar un consenso para erradicar la violencia contra las personas por su orientación sexual, reconociendo que existe la necesidad de un nuevo gesto de respeto al ser humano?

Por último, a pesar de que prácticamente todos los países del mundo han tenido un pasado reciente o remoto de abusos por parte del Estado —dentro de sus propias fronteras o actuando como potencias coloniales en otras latitudes—, es muy dispar la forma en que asumen ese pasado en función de su contexto histórico-político y el grado de apertura de sus sociedades para el debate. Por ello existe tanta diversidad en las experiencias nacionales en materia de memoria, verdad, justicia y reparación por

violaciones masivas de derechos humanos. Basta ver todavía los debates en los países de América del Sur sobre las violaciones de derechos humanos de las dictaduras, en el CARICOM sobre las reparaciones por el tráfico de esclavos, en la Unión Africana sobre la prevención de genocidio, o en la propia Europa preocupada por el rebrote de la xenofobia, el racismo y la reivindicación del nazismo.

No obstante lo dicho, y a pesar de ese desarrollo dispar y heterogéneo del derecho internacional de los derechos humanos, estamos en un mundo mejor del que teníamos en 1948. Tenemos un espacio de concertación donde podemos dar los debates necesarios para generar nuevos consensos que permitan a la humanidad respetarse más y mejor... a sí misma.

¿Cómo se inserta la Argentina hoy en esta evolución? La respuesta es sencilla: desde un lugar de privilegio. Pasado el umbral de las tres décadas desde el retorno de la democracia, la Argentina se encuentra en un proceso de fortalecimiento de diferentes aspectos de su política de derechos humanos, que es observado con atención por la comunidad internacional y regional. Las políticas de inclusión social centradas en el respeto a los derechos económicos y sociales, la integración de los migrantes al desarrollo nacional desde una perspectiva de los derechos humanos sin importar su condición migratoria, las recientes e innovadoras leyes aprobadas mayoritariamente en el Congreso —como la de Identidad de Género, Muerte Digna, Matrimonio Igualitario o Salud Mental—, y políticas públicas trascendentales que dieron lugar a cambios culturales en materia de lucha contra la discriminación, son algunas de las contribuciones concretas de la Argentina al derecho internacional de los derechos humanos en un mundo que aún continúa debatiendo muchos de estos temas sin alcanzar un consenso.

El pilar fundamental para la construcción de una agenda tan progresista en derechos humanos en la Argentina ha sido la erradicación de la impunidad de los crímenes contra la humanidad perpetrados durante el terrorismo de Estado. Este proceso comenzó a través de una acción sin precedentes en el mundo que fue aclamada por la comunidad internacional y el movimiento de derechos humanos: a partir de 2005, más de 20 años después de la recuperación de la democracia, fueron reabiertas cientos de causas judiciales en todo el país. Miles de procesados, centenares de condenados en distintos grados de participación y, por supuesto, también

personas absueltas, son el resultado de esos juicios por causas de delitos de lesa humanidad.

Este cambio trascendental, luego de largos años de impunidad, encuentra su fundamento en la madurez alcanzada por el pueblo argentino y sus instituciones, en el trabajo incansable realizado por el movimiento de derechos humanos en su legítima búsqueda de justicia, y en la determinación política de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner. La suma de estos factores permitió que, por primera vez desde la recuperación de la democracia y en respuesta a un nuevo contrato social, los tres poderes del Estado removieran todos los obstáculos legales existentes con el fin de identificar y sancionar a los responsables de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Y estos pasos fueron dados en el marco de juicios ordinarios, aplicando el derecho penal común y el derecho internacional de los derechos humanos —con rango constitucional en la Argentina— y con pleno respeto del debido proceso.

Esta nueva etapa de la lucha contra la impunidad le ha otorgado a nuestro país, a nivel internacional, una legitimidad y un liderazgo renovado, posicionándolo a la vanguardia de importantes iniciativas. Somos protagonistas de las principales estrategias y espacios mundiales en materia de prevención del genocidio, propusimos en la ONU desarrollos normativos esenciales como el derecho a la verdad, la lucha contra la desaparición forzada de personas y el uso de la genética forense en el campo de los derechos humanos. Y cambiamos el paradigma en la enseñanza, educación y memoria del Holocausto: pasamos de estudiarlo como un hecho histórico del siglo XX en el marco de la Segunda Guerra Mundial a considerarlo y utilizarlo como una plataforma esencial para la enseñanza misma de los derechos humanos, los valores democráticos y la comprensión de nuestra propia trágica historia reciente.

Esta valiosa experiencia nos llevó también —como dijera recientemente el Asesor Especial del Secretario General de la ONU para la Prevención de Genocidio, Adama Dieng, cuando visitó la “Casa de la Identidad”— a que la Argentina sea hoy considerada como un “laboratorio” del desarrollo progresivo de derechos humanos a nivel mundial. En reconocimiento a este aporte, en 2011 comenzó a funcionar en nuestro país el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del Mercosur, estableciendo por primera vez un marco institucional para el intercambio de

buenas prácticas en la materia a nivel regional. Asimismo, desde 2012 se instaló también en Buenos Aires el Centro Internacional para la Promoción de los Derechos Humanos bajo el auspicio de la Unesco, el primero en el mundo en su tipo. Ambos tendrán su sede en el Espacio para la Memoria y la Promoción de los Derechos Humanos, que funciona en la ex-ESMA.

En síntesis, la trágica historia de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos en la Argentina tiene hoy como contrapartida el reconocimiento y un activo rol del país a nivel internacional en distintos temas de derechos humanos, tanto en materia de memoria, verdad, justicia y reparación como en avances significativos a nivel mundial en inclusión social, políticas migratorias, y lucha contra la discriminación. Estos avances permiten construir una política de Estado en derechos humanos, estableciendo un claro puente entre el pasado y el futuro de la Argentina.

Hoy Infojus nos muestra cómo la experiencia argentina —nuestra gente, nuestra creatividad jurídica, nuestra evolución histórica y la renovación de nuestro contrato social democrático— puede impactar positivamente ampliando la protección de los derechos humanos a nivel universal. Es la forma de contribuir con nuestra experiencia a que el mundo también renueve su contrato social como humanidad. Lo hizo cuando dejó de tolerar y justificar la esclavitud o la tortura. Lo puede hacer también para erradicar la impunidad en crímenes de lesa humanidad o la violencia contra las personas por su orientación sexual. Y allí estamos, como país, siendo protagonistas y líderes en la generación de ese nuevo esfuerzo de la humanidad por un mundo más justo e igualitario.

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos y el mecanismo de denuncia ante el Consejo⁽¹⁾

por **MARIO CORIOLANO**⁽²⁾

I | Origen, funciones, miembros y metodología

La resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, creó el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos —Ex Subcomisión—, en el marco del proyecto “Consejo de Derechos Humanos: construcción institucional”.

Dicho Comité se creó para actuar como laboratorio de ideas, grupo de reflexión del Consejo de Derechos Humanos y para trabajar bajo su dirección.

.....

(1) Agradezco la colaboración en la redacción de este documento de la Dra. María Eugenia Iribarne.

(2) Presidente del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Defensor del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLP). Profesor Ordinario Adjunto (UNLP). Fue Vicepresidente del Subcomité Internacional para la Prevención de la Tortura de la ONU (2008-2012). Correo electrónico:

El objetivo y función del Comité es proporcionar al Consejo de Derechos Humanos conocimientos especializados, basados en investigaciones y estudios. Los conocimientos serán brindados solo cuando el Consejo los solicite, y estarán estrictamente relacionados con las cuestiones temáticas que se vinculen con el mandato del Consejo de Derechos Humanos, a saber, la promoción y protección de todos los derechos humanos de las personas. El Comité Asesor no podrá adoptar resoluciones ni decisiones. El Comité podrá formular, dentro del ámbito establecido por el Consejo, y para que este las examine y luego apruebe, sugerencias para mejorar su eficiencia procedimental, así como propuestas para nuevos estudios.⁽³⁾

Además, conforme a las modalidades que decida el Consejo, se insta al Comité Asesor a que interactúe con los Estados, las instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales, y otras entidades de la sociedad civil. Los Estados miembros, organismos especializados, organismos intergubernamentales, instituciones nacionales de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales tendrán derecho a participar de la labor del Comité Asesor sobre las bases de las disposiciones de la resolución 1196/31 del ECOSOC y de las prácticas observadas por la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo.

El Comité Asesor se reúne dos veces al año, durante una semana, en los meses de febrero y agosto. La primera sesión se llevó a cabo en agosto de 2008.

El Comité Asesor de Derechos Humanos está integrado por 18 miembros expertos independientes⁽⁴⁾ con diferente experiencia profesional, quienes representan a distintas regiones del mundo. Son 5 miembros por el continente africano, 5 por Asia, 2 por Europa oriental, 3 por América Latina y el Caribe, y 3 por Europa Occidental y otros Estados. Los miembros son propuestos por los Gobiernos de cada Estado y elegidos posteriormente por

(3) Art. 77, resolución 5/1 del Consejo Asesor de Derechos Humanos.

(4) Saeed Mohamed Al Faihani (Barehein); Laurence Boisson de Chazournes (Francia); Mario Luis Coriolano (Argentina) —actualmente, presidente del Comité—; Hoda Elsadda (Egipto); Latif Hüseyinov (Azerbaiyán); Alfred Ntunduguru KaroKora (Uganda Mikhail Lebedev - Federación Rusa); Kaoru Obata (Japón); Obiora Chinedu Okafor (Nigeria); Katharina Pabel (Austria); Anantonia Reyes Prado (Guatemala); Cecilia Rachel V, Quisumbing (Filipinas); Dheerujall Seetulsingh (Mauricio); Ahmer Bilal Soofi (Pakistán); Imeru Tamrat Yigezu (Etiopía); Yishan Zhang (China); Jean Ziegler (Suiza); Karla Hananía de Varela (El Salvador).

el Consejo de Derechos Humanos. Los elegidos ejercen su función a título personal por un periodo de tres años, pudiendo ser reelegidos una sola vez. Son requisitos para ser miembro del Comité Asesor la competencia y experiencia reconocida en el ámbito de los derechos humanos, la gran integridad moral, independencia e imparcialidad. Es importante destacar que se respeta el principio de no acumulación simultánea de funciones en el campo de los derechos humanos.

Conforme el art. 103 de las Reglas de Procedimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y el art. 5° de las Reglas de Procedimiento del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, en su primera reunión de la 12° sesión —24 de enero de 2014—, el Comité eligió al presidente del órgano, que es quien escribe estas líneas, y a los vice presidentes: Laurence Boisson de Chazournes, Latif Huseynov, Deerujlall Seetulsingh, y Ahmer Bilal Soofi.

El Comité suele formar grupos de trabajo, a los fines de producir sus estudios e investigaciones. Dichos grupos presentan un informe preliminar ante el Comité y, luego, un informe de situación.

Es importante como metodología de trabajo la comunicación constante y permanente con las partes interesadas, mencionadas previamente.

Es el presidente del Comité Asesor quien en septiembre debe presentar el informe anual ante el Consejo de Derechos Humanos; informe al que le sigue un diálogo entre los Estados y las organizaciones no gubernamentales en estatus consultivo.

2 | Cuestiones temáticas. Camino recorrido

Desde su creación, y desde las primeras sesiones en el año 2008, el Comité ha encomendado al Consejo de Derechos Humanos el estudio e investigación de diversas temáticas.

Entre los temas permanentes, de constante preocupación y trabajo, se encuentra la promoción de un órgano democrático y equitativo. La resolución HRC 08.05 dispone que el Comité Asesor otorgue especial tratamiento a la cuestión en sus sucesivas sesiones de órgano.

Además, la integración de la perspectiva de género se encuentra presente en las sesiones del Comité, por lo que se le solicita al Consejo informes e investigaciones sobre los derechos humanos de las mujeres y de las niñas.

Asimismo, las Personas con Discapacidad (PCD) es otro punto recurrente en las sesiones del Comité Asesor.

En cada sesión, el Comité Asesor escucha actualizaciones, nuevos desarrollos y da seguimiento a los tres ejes temáticos anteriormente mencionados.

A continuación se hará una breve reseña de lo que fueron los mandatos del Comité Asesor, para luego hacer hincapié en los mandatos actuales.

- a. El Comité presentó un proyecto de declaración al Consejo de Derechos Humanos en el año 2010. Dicho proyecto sirvió de base para la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en materia de derechos humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2011.⁽⁵⁾ En el proyecto, como también en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se reconoce la importancia fundamental de la educación y la formación en materia de derechos humanos para su promoción, protección y realización efectiva. Se declara como punto fundamental que toda persona tiene derecho a buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, y que debe tener acceso a la educación y la formación en derechos humanos.⁽⁶⁾
- b. El Comité Asesor de Derechos Humanos preparó un estudio sobre mejoras prácticas de las personas desaparecidas (A/HRC/16/70).⁽⁷⁾

A través de la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 65/215, dicho órgano y el Consejo aceptaron las consideraciones efectuadas por el Comité Asesor mediante la presentación de un proyecto para eliminar la discriminación a las personas enfermas de lepra, como así también a sus familiares. El Comité presentó una guía con principios y guías para conseguir la eliminación de toda forma de discriminación a las personas con lepra y a sus familias, en septiembre del año 2009.

(5) ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, AG resolución 66/137 "Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos", 16/02/2012, [en línea] <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/07/PDF/N1146707.pdf?OpenElement>

(6) Art. 1, inc.1, AG resolución 66/137, cit.

(7) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Report by the Human Rights Council Advisory Committee on best practices in the matter of missing persons", 16° sesión, 21/02/2011, [en línea], <http://www.refworld.org/docid/4d8b43002.html>

- c. El Comité presentó un documento al Consejo de Derechos Humanos en septiembre del año 2012 para colaborar en el proceso de elaboración de un proyecto de declaración sobre los derechos humanos y la solidaridad. En su quinta sesión, el Comité Asesor creó un grupo de trabajo. El documento⁽⁸⁾ que presentaron está dedicado a intercambiar puntos de vista en relación a la solidaridad internacional, el impacto en relación a la existencia de un derecho humano a la solidaridad internacional, el papel de la solidaridad internacional en el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y la realización del derecho al desarrollo internacional (A/HRC/21/66). El informe presentado define el derecho a la solidaridad como un derecho humano; todos los pueblos tienen ese derecho humano adquirido, pero también tienen la obligación de contribuir con él. El concepto de solidaridad internacional no se limita a la asistencia, cooperación o caridad, sino que consiste en un concepto más amplio que incluye la sostenibilidad de las relaciones internacionales, la coexistencia pacífica de todos los miembros de la comunidad internacional. A su vez, en el informe se plasmó que la solidaridad internacional como derecho humano debe basarse en el respeto de la dignidad y el valor de la persona humana, y que requiere de la eliminación inmediata y definitiva de todas las formas de desigualdad y de explotación de pueblos e individuos, del colonialismo, racismo, de la discriminación contra los pueblos indígenas, minorías, niños y niñas, personas con discapacidad, mujeres, y de toda otra política e ideología contrarias a los principios y propósitos de la Carta de Naciones Unidas.
- d. El Comité Asesor, dentro de su labor en materia de derecho a la alimentación, elaboró numerosos estudios sobre la discriminación en el contexto del derecho a la alimentación (A/HRC/16/40). Allí se estableció que las desigualdades existentes entre las regiones del mundo y la vulnerabilidad de los miembros más pobres de los países en desarrollo, seguirán profundizándose como resultado de tres crisis concomitantes: crisis alimentaria, económica y ambiental.⁽⁹⁾ Además, presentó estudios sobre los medios para seguir promoviendo los derechos de los campesinos y de las personas que trabajan en las zonas rurales (A/HRC/19/75), sobre la relación entre la malnutrición grave y las enfermedades de la infancia (A/HRC/19/73), sobre los pobres en el medio urbano y el derecho a la alimentación (A/HRC/22/61) y, por último, sobre la mujer perteneciente al mundo rural y el derecho a la alimentación (A/HRC/22/72). Sobre este último punto se remarcó que las mujeres de las zonas rurales tienen los menores niveles de escolarización del mundo y las mayores tasas de

(8) ONU, COMITÉ ASESOR DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Proyecto de documento final sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional", 9º periodo de sesiones, 6 al 10 de agosto de 2011, [en línea] <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/147/71/PDF/G1214771.pdf?OpenElement>

(9) ONU, COMITÉ ASESOR DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "La discriminación en el contexto del derecho a la alimentación", 4º periodo de sesiones, 25 al 29 de enero de 2010, [en línea] A/HRC/AC/4/2 www.derechoalimentacion.org

analfabetismo. El acceso de las mujeres al control y dominio de la tierra es fundamental para reforzar su seguridad y medio de vida.⁽¹⁰⁾

- e. El Comité Asesor presentó un proyecto de declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz en junio de 2012 —por mandato establecido a través de la resolución 14/3 del Consejo—, tras lo cual el Consejo de Derechos Humanos estableció un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de trabajar en un proyecto de declaración basado en el proyecto del Comité. La resolución del Consejo estableció que todas las personas habitantes del planeta tienen derecho sagrado a vivir en paz y preservar ese derecho. La implementación y promoción del derecho a la paz es una obligación permanente de los Estados. En el 2011 se presentó un informe preliminar del grupo de trabajo conformado sobre la materia. La primera sesión de dicho grupo de trabajo se llevó a cabo en febrero de 2013; la próxima será el 30 de junio del corriente año.
- f. Mediante resolución 16/3, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Comité Asesor que prepare un estudio para mejorar la comprensión y apreciación de los valores tradicionales de la dignidad y la libertad para contribuir a la promoción y protección de los derechos humanos. El Comité concluyó su estudio sobre la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y lo presentó en el 22º periodo de sesiones del Consejo (A/HRC/22/71).⁽¹¹⁾ En el informe se vislumbra el estudio del Comité sobre la forma en la que una mejor comprensión y apreciación de los valores tradicionales de dignidad, responsabilidad y libertad podrían contribuir en la promoción y protección de los derechos humanos. Asimismo, se reconoce la importancia de salvaguardar los valores tradicionales —dignidad, libertad y responsabilidad— para vincularlos con los derechos humanos y así reforzar el respeto y las observancias universales de los mismos. Con el fin de asegurar que una mejor comprensión y apreciación de los valores tradicionales contribuya a la promoción y protección de los derechos humanos, se deben respetar las características distintivas de las diferentes religiones y culturas, con la condición de que sean compatibles con las normas internacionales de los derechos humanos. En el informe se menciona también que existe una relación compleja entre los valores tradicionales y los derechos humanos; ello, en virtud de que cierto valores tradicionales han contribuido a justificar la subordinación de las mujeres alrededor del mundo y de las minorías, tanto en países orientales como occidentales. Se destaca la necesidad de un trabajo constante en el respeto de

(10) *Ibid.*, pp. 10/12.

(11) ONU, COMITÉ ASESOR DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Estudio del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre la promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales mediante un mejor entendimiento de los valores tradicionales de la humanidad", 22º periodo de sesiones, 06/12/2012, [en línea] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session10/A.HRC.22.71_sp.pdf

los valores tradicionales y, al mismo tiempo, la necesidad de abolir o corregir aquellos valores tradicionales que atenten contra los derechos humanos.

- g. El Comité elaboró un estudio sobre la toma de rehenes a manos de terroristas a los efectos de promover la concientización sobre la cuestión, prestando importante atención a su repercusión en el campo de los derechos humanos y a la función que, en el conflicto, posee la cooperación regional e internacional (A/HRC/24/47).⁽¹²⁾ En su informe, el Comité Asesor hizo hincapié en el incremento del fenómeno de toma de rehenes a manos de terroristas, grupos armados, y traficantes de droga, lo que se ha tornado un aspecto cotidiano en diversas partes del mundo, como América Latina y África septentrional. Aseveró que los Estados deben aumentar su cooperación para afrontar el terrorismo. Debe tenerse en cuenta la adopción de los instrumentos y métodos más amplios. Asimismo, el Comité recomendó afrontar la toma de rehenes a manos de terroristas de una manera holística, y sugirió se refuercen los intercambios internacionales con los Estados y la sociedad civil para la adopción de medidas eficaces, y enfoques enriquecedores.⁽¹³⁾

3 | Mandatos actuales

Actualmente, para el año 2014, el Comité Asesor tiene el mandato de trabajar, investigar y presentar informes sobre nuevas cuestiones sometidas a su consideración. Como mencionamos al principio del presente trabajo, mantiene tanto el interés en las temáticas las referidas a la promoción de un órgano democrático y equitativo, y la perspectiva de género e integración, como la preocupación sobre las personas con discapacidad.

Veamos más de cerca los cargos actuales con los que cuenta el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos. El camino es largo, pero muchos fueron los avances. Las temáticas abordadas surgen de inquietudes y de una preocupación mundial, ante las cuales los organismos internacionales no pueden permanecer ajenos. Es importante tener en cuenta que, en septiembre de 2014, en su calidad de presidente del Comité Asesor, quien escribe estas líneas presentó el informe anual ante el Consejo,

.....

(12) ONU, COMITÉ ASESOR DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Derechos humanos y cuestiones relacionadas con la toma de rehenes por terroristas. Proyecto de informe final preparado por Wolfgang Stefan Heinz en nombre del grupo de redacción del Comité Asesor", 10 período de sesiones, 18 al 22 de febrero de 2013, [en línea] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/Session10/A-HRC-AC-10-2_sp.pdf

(13) Para más información, ver: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=13009&LangID=E>

desarrollando el avance y el estado de los informes sobre las cuestiones sometidas a su cargo. La resolución 22/16 del Consejo de Derechos Humanos encargó al Comité Asesor la elaboración de un informe de investigación sobre mejores prácticas, y acerca de los principales problemas y conflictos encontrados en la protección y promoción de los derechos humanos de las personas en situaciones posteriores a desastres y conflictos, centrándose en la inclusión de los derechos humanos en las actividades de rescate, recuperación y reconstrucción. El Consejo toma conocimiento de que millones de personas alrededor del mundo encuentran afectadas sus libertades fundamentales y sus derechos humanos, tanto por las crisis humanitarias, conflictos armados y desastres naturales, como por los desastres a manos de los hombres. Se busca que, en su atención, prevalezcan los derechos a la vida, a la salud, a la alimentación, a la vivienda y al ambiente sano. En este contexto, el Comité Asesor decidió —en su 11° periodo de sesiones, celebrado en agosto de 2013— nombrar a un grupo de redacción que se encargue de la preparación de este informe, antes del 26° periodo de sesiones del Consejo (celebrado en junio de 2014).

La resolución también solicita al Comité que, en su preparación del informe, recabe opiniones y aportes de las partes interesadas —como Estados miembros de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y regionales que trabajan en situaciones posteriores a desastres, y conflictos y representantes de la sociedad civil—. Además, en lo que concierne a la elaboración de la investigación y del informe, el Comité debe tomar en cuenta el trabajo realizado por los distintos organismos de las Naciones Unidas.⁽¹⁴⁾ El informe se presentó en la sesión de junio de 2014 del Consejo de Derechos Humanos y se elaborará un informe final en 2015.⁽¹⁵⁾

A raíz del mandato otorgado por la resolución 13/23⁽¹⁶⁾ del Consejo de Derechos Humanos, el Comité Asesor debe preparar un estudio focalizado

(14) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Promotion and protection of human rights in post-disaster and postconflict situations", 22° periodo de sesiones, 10/03/2013, [en línea] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/A-HRC-RES-22-16_en.pdf

(15) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, resolución 22/16, [en línea] <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/AdvisoryCommittee/Pages/HRCACIndex.aspx>

(16) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos", 39° sesión, 27/03/2008, [en línea] http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_7_3.pdf

en cómo fortalecer la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos. El informe debe contener un estudio pormenorizado de las formas y significados del fortalecimiento de la cooperación internacional en materia de derechos humanos, y debe incluir la identificación de las áreas en donde pueda lograrse un mayor progreso. Cabe enfatizar que el mandato surge de la referida resolución del Consejo —que se basa en observaciones que concluyen que el fortalecimiento de la cooperación internacional es esencial para concretar plenamente los propósitos de las Naciones Unidas, incluidas la promoción y la protección efectivas de todos los derechos humanos—. Es decir, la protección y promoción de los derechos humanos se deben basar en el principio de cooperación y en un diálogo genuino entre los Estados, en beneficio de todas las personas. En tal sentido, señaló también que el informe periódico universal constituye un mecanismo basado en la cooperación y diálogo constructivo entre las partes para mejorar el estado de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Reafirmó que el diálogo entre las distintas religiones, culturas y sociedades en materia de derechos humanos contribuye al fortalecimiento de la cooperación internacional. En junio del corriente año se presentó un informe sobre los progresos realizados en la preparación del estudio.

En su resolución 23/9, el Consejo de Derechos Humanos tomó nota del informe resumido acerca de la mesa redonda⁽¹⁷⁾ del Consejo de Derechos Humanos —celebrada en el 22° reunión del Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/23/26)— sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos.

La mesa redonda se celebró en Ginebra, el 13 de marzo de 2013. La Alta Comisionada, en su discurso de apertura, destacó que la corrupción es un enorme obstáculo para el ejercicio de todos los derechos humanos. Aseveró que el dinero que se sustrae mediante la corrupción es suficiente para alimentar a la población hambrienta multiplicada por 80. Continuó expresando que la corrupción impide el acceso de las personas a la justicia, debilita los gobiernos e instituciones, fomenta la impunidad y atenta contra un estado de derecho.

.....

(17) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos", 23° periodo de sesiones, [en línea] <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/COSP/session5/G1313231s.pdf>

En ese primer informe —consecuencia de la mesa redonda— se establece el impacto devastador que tiene la corrupción sobre el desarrollo político, económico y social de los Estados, señalando que afecta la democracia y acentúa la desigualdad. Por la corrupción, los Estados pierden los recursos que deberían destinarse a las mejoras en las condiciones de vida de sus habitantes; la corrupción atenta contra los derechos fundamentales e instituciones democráticas. En el informe preliminar se afirma que la corrupción es un acto de poder que implica una alta discrecionalidad para actuar por encima de los derechos y libertades de las personas, al tiempo que se llega a la conclusión de que cuando la corrupción es extendida y profunda, los Estados de ningún modo pueden cumplir con sus obligaciones de promoción y protección de los derechos humanos.

Se afirma que la corrupción tiene un impacto desproporcionado para las personas pertenecientes a grupos expuestos a riesgos especiales —como las minorías, los pueblos indígenas, los trabajadores migrantes, los discapacitados, las personas con VIH/SIDA, los refugiados, los reclusos y las personas afectadas por la pobreza—, y para las mujeres y los niños.

Por último se dijo que, en un sistema de estado de derecho, la transparencia y exigencia de responsabilidades son esenciales para prevenir y erradicar la corrupción. Cuando no existen la democracia ni el estado de derecho, hay más corrupción, pues no se detectan, investigan, ni persiguen tales actos. Así pues, en una democracia se valoran y protegen la transparencia, la prensa libre, los mecanismos de supervisión y denuncia independientes, la existencia de un Poder Judicial y procesos judiciales independientes e imparciales; y se dispone de mucha más información sobre las actividades del Estado y todos sus agentes y funcionarios. Solo en estas condiciones puede prevenirse y erradicarse la corrupción en los Estados.

En la resolución 23/9, el Consejo solicitó al Comité Asesor que presente un informe de investigación al Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos, y que formule recomendaciones sobre cómo el Consejo y sus órganos subsidiarios deberían examinar esta cuestión. Para ello toma como base el documento emanado de la citada mesa redonda, sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos. La resolución del Consejo remarca que el accionar de

la Convención contra la corrupción es el instrumento más importante y universal que existe sobre la materia. La corrupción disminuye la confianza pública en los gobiernos y debilita la habilidad de los mismos respecto de la protección de los derechos humanos; un sistema corrupto perpetúa la discriminación y la desigualdad en las sociedades. Asimismo, manifiesta la preocupación acerca del aumento del impacto negativo de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos de las personas y sostiene que constituye un gran impedimento para conseguir cumplir los objetivos de Desarrollo del Milenio. Concretamente, solicita al Comité Asesor que analice las diferentes posturas y problemáticas de los Estados miembros que luchan con el tema de la corrupción, como así también la visión de los organismos internacionales y regionales referidos a la materia. Por último, le pide al Comité Asesor que tome en cuenta lo pertinente a los informes y trabajos realizados por los diferentes organismos de las Naciones Unidas vinculados con el tema de la corrupción, y su impacto negativo en el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales.⁽¹⁸⁾

En su 11º periodo de sesiones, celebrado en agosto de 2013, el Comité Asesor constituyó un grupo de redacción que preparó los cuestionarios para recabar las opiniones y aportes de los Estados miembros, las organizaciones internacionales y regionales competentes que se ocupan de la cuestión de la corrupción —en particular, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, la Academia Internacional contra la Corrupción y la Oficina del Alto Comisionado—, así como de las instituciones nacionales de derechos humanos, la sociedad civil y las instituciones académicas pertinentes. El grupo de redacción del Comité Asesor tiene la tarea de redactar un informe preliminar de investigación para la 12º sesión del Comité Asesor.

Mediante resolución 24/1, adoptada en septiembre de 2013, el Consejo de Derechos Humanos tomó nota de las propuestas del Comité Asesor en agosto del año anterior y encargó al Comité efectuar un estudio sobre las posibilidades de utilización del deporte y el ideal olímpico para promover los derechos humanos y reforzar su respeto universal, postulando a los Principios consagrados en la Carta Olímpica como buen ejemplo de lo deportivo. El Consejo remarca el potencial del deporte como idioma

.....

(18) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights", 20/06/2013, [en línea] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/A-HRC-RES-23-9_en.pdf

universal que contribuye a educar a las personas en los valores del respeto, la diversidad, la tolerancia y la equidad, y como medio de lucha contra la discriminación. Asimismo, afirma que el deporte y los grandes eventos deportivos pueden educar a los jóvenes del mundo y promover su inclusión por medio de una práctica sin discriminación y desarrollado en consonancia con el espíritu olímpico —el que requiere solidaridad y respeto extremo entre las personas—. El Comité Asesor formó un grupo de trabajo, donde personas especializadas en la cuestión presentaron un informe preeliminar sobre la temática para su análisis y consideración en septiembre de 2014.

En septiembre del año 2013, el Consejo aprobó la resolución 24/2, donde adoptó las propuestas efectuadas por el Comité Asesor en agosto 2012. En la misma encargó al Comité la elaboración de un informe de investigación sobre el papel de la administración local en la promoción y protección de los derechos humanos y sobre la perspectiva respecto de los mismos de la administración local y los servicios públicos, con miras a compilar las mejores prácticas y las principales dificultades. La resolución también solicita al Comité que, en el proceso de preparación del informe, recabe las opiniones y aportes de los Estados miembros, las organizaciones internacionales y regionales competentes, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y los procedimientos especiales pertinentes, así como de las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales.

Con vistas a dar cumplimiento a estos objetivos, en septiembre de 2014, el Comité Asesor decidió nombrar a un grupo de redacción para que se encargue de la preparación de este informe.

Por medio de la resolución 24/14 el Consejo encomendó al Comité la preparación de un informe basado en el estudio e investigación, que contenga recomendaciones sobre la creación de un mecanismo para evaluar las diferentes repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos y para promover a la rendición de cuentas. Además el Consejo, por medio de la resolución, rechaza que los distintos países determinen libremente su sistema político, económico y social. La resolución del Consejo destaca que las medidas coercitivas unilaterales son contrarias al derecho internacional, al derecho internacional humanitario, a la Carta y todas aquellas normas que prevén

las relaciones pacíficas entre los Estados. Además, reconoce que las medidas coercitivas unilaterales prolongadas pueden dar lugar a problemas sociales y humanitarios en los Estados contra las que van dirigidas y, como señalamos, insta a que los Estados rindan cuentas. El informe sobre los progresos efectuados deberá presentarse en marzo de 2015. La resolución pide a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas la preparación y organización de un taller sobre el impacto de la aplicación de medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos por parte de las poblaciones afectadas, haciendo especial énfasis en el impacto socioeconómico en mujeres, niños y niñas en los Estados dirigidos. Se prevé que se preparen actas acerca del desarrollo del taller y que las mismas sean adjuntadas al informe de septiembre del corriente año. La resolución también solicita al Comité que, para la preparación de su informe, recaude las opiniones y aportes de los Estados miembros, de los procedimientos especiales pertinentes, de las instituciones nacionales de derechos humanos y de las organizaciones no gubernamentales involucradas con el tema de las medidas coercitivas unilaterales.

Por último, mediante resolución 24/33⁽¹⁹⁾ aprobada en septiembre de 2013, el Consejo de Derechos Humanos instó al Comité Asesor a la presentación de un informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas que viven con albinismo. El Consejo de Derechos Humanos destacó la necesidad de adoptar medidas eficaces tanto para combatir y eliminar las agresiones a personas con albinismo como para proteger y salvaguardar su derecho a la vida y a la seguridad, así como su derecho a no ser sometidas a torturas ni malos tratos. Particularmente, se encomienda la investigación sobre esta temática por los hechos recientemente ocurridos en el continente africano, donde decenas de personas fueron perseguidas de manera indiscriminada y asesinadas cruelmente por ser albinos, hechos fundados en creencias de índole supersticiosa, tales como que las personas con la referida condición genética traen buena suerte, lo que ha conducido a que se añadan partes de sus cuerpos de un albino a pócimas de la suerte. Trayendo como consecuencia la persecución indiscriminada de aquellas personas con esa condición. El albinismo es una condición

(19) ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, resolución 24/33: "Cooperación técnica para la prevención de las agresiones a las personas con albinismo", 24° periodo de sesiones, 08/10/2013, [en línea] http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/AdvisoryCom/A_HRC_RES_24_33_SPA.pdf

genética que ocurre en todas partes del mundo, sin importar la etnia. No obstante, fue objeto de creencias erróneas y peligrosas que condujeron a su discriminación y estigmatización, e incluso a ataques mortales, especialmente a mujeres y niños. El Consejo de Derechos Humanos está considerando sacar una nueva resolución para que la Asamblea General de las Naciones Unidas designe al día 13 de junio, como el Día Internacional sobre la Concientización del Albinismo. Sobre la cuestión, se formó un grupo de trabajo para que prepare el informe para presentarse en marzo de 2015.

4 | Seguridad ciudadana y derechos humanos

Quiero poner de relieve que durante la primera sesión, celebrada en febrero de 2013, y mediante la presentación de un informe, hice de la inquietud de investigar sobre “Seguridad ciudadana y derechos humanos”, una nueva propuesta”.

Allí expuse que el término ciudadanos y democracia no deja afuera a la problemática de los inmigrantes, ni a la de los países en donde no rigen formas de gobierno en los que, a través de los sistemas electorales, el pueblo elige a sus gobernantes. La realidad mundial, caracterizada por sus altos niveles de violencia social e institucional, requiere de un nuevo modo de pensamiento y enfoque de los derechos humanos como una de las formas para romper el círculo vicioso de violencias.

La violencia social y sus causas estructurales y culturales agudizan la tensión entre inclusión y exclusión social, y reclaman políticas públicas activas para la prevención con carácter integral. La violencia institucional vinculada con la seguridad ciudadana tiene que ver con fuerzas corruptas y violentas —la brutalidad policial—, sobre todo hacia los sectores más vulnerables —jóvenes, pobres—, lo que redundará en una sobrecriminalización y desprotección. Del mismo modo, las políticas e instituciones judiciales y penitenciarias desembocan en un aumento de violencia institucional, en altos niveles de impunidad frente a los abusos de poder mencionados, en hacinamiento de presos sin condena firme, en plazos jurídicos desproporcionados y en nulos índices de readaptación social. En el marco de estos niveles de corrupción y violencia institucional, la

tortura aparece como generalizada y sistematizada. Se debe revisar el binomio de prevención del delito y justicia penal, que está generando confusiones conceptuales de impacto genérico en los actores que deben liderar el diseño, la implementación y evaluación de las políticas públicas involucradas en los planos locales, regionales y del sistema universal.

Asimismo, en la presentación remarqué la existencia de una retroalimentación entre violencia social e institucional, y reclamé el estudio de un modelo alternativo con perspectiva de derechos humanos que reemplace al actual. Este modelo integral debe recorrer diferentes experiencias constitutivas de buenas prácticas, como programas de ciudades justas y seguras que impulsen que los gobiernos locales tengan mayor competencia y responsabilidad en la temática. En tal sentido, constituye un valioso antecedente la investigación el informe realizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que puso énfasis en los derechos civiles y políticos. Toda vez que en la actualidad tanto numerosas normas internacionales como muchas recomendaciones de los órganos de tratados son incumplidas, y teniendo en cuenta que las políticas públicas y el funcionamiento de las instituciones involucradas han descuidado y —por qué no— despreciado a los derechos humanos, la seguridad ciudadana se torna un punto de preocupación fundamental.⁽²⁰⁾

5 | Mecanismo de denuncia ante el Consejo de Derechos Humanos

El procedimiento de denuncia del Consejo de Derechos Humanos surge de la resolución 5/1 del Consejo del 18 de junio de 2007. Se basa en el anterior procedimiento 1503 de la Comisión de Derechos Humanos, que se modificó para asegurar que el procedimiento de denuncia sea imparcial y objetivo. El procedimiento de denuncia aborda los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales

.....

(20) ONU, COMITÉ ASESOR DEL CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Annex IV B. Research Proposals: concept papers", en *Report of the Advisory Committee on its twelfth session, 26/03/2014*, [en línea] <http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0>

que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia. Es el único procedimiento de denuncia universal que abarca todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas. Es un procedimiento confidencial.

Cualquier persona, grupo de personas u organización no gubernamental puede presentar una denuncia contra cualquier Estado miembro de Naciones Unidas. Para ser admisible, la denuncia debe contener ciertos requisitos:

- Se presentará por escrito en uno de los 6 idiomas oficiales de las Naciones Unidas.
- Contendrá una descripción detallada sobre los hechos, con nombres de las víctimas si los supiere, fechas y lugares.
- No podrá ser un caso del que se esté ocupando un procedimiento especial, un organismo creado a través de un tratado, u otro procedimiento de denuncia de las Naciones Unidas o regional.
- Deberán haberse agotado los recursos en la jurisdicción interna, salvo que aquellos recursos sean ineficaces.

Dos grupos de trabajo —el de las “Comunicaciones” y el de las “Situaciones”— son responsables de examinar las comunicaciones escritas y notificar al Consejo acerca de los cuadros persistentes de violaciones a los derechos humanos que resulten manifiestas y fehacientemente probadas.

El Grupo de Comunicaciones está integrado por 5 miembros asignados por el Comité Asesor de entre sus propios miembros, y tiene un periodo de 3 años renovables por un periodo más. El grupo se reúne en dos sesiones al año, donde se estudia el mérito de la comunicación y si esta revela una violación manifiesta y fehaciente a los derechos humanos.⁽²¹⁾

.....
CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ohchr.org%2FDocuments%2FHRCBodies%2FHRCouncil%2FAdvisoryCom%2FSession12%2FA-HRC-AC-12-2_en.doc&ei=d_YWVLz5Kli6ogTdsYDwBg&usg=AFQjCNFtrhJQhaMeMIXqOi6mWdjUVmgLDw&bvm=bv.75097201.d.cWc&cad=rja

(21) Actualmente el Grupo de Comunicaciones está integrado por el Sr. Mario Coriolano (Argentina); el Sr. Latif Huseynov (Azerbaijan); la Sra. Katharina Pabel (Austria); la Sra. Cecilia Quisimbing (Filipinas), y el Sr. Dheerujall Seetulsingh (Mauritania).

En 2014, el Grupo de Comunicaciones celebró dos sesiones: del 28 de abril al 2 de mayo, y del 18 al 22 de agosto.

El presidente del Grupo de Comunicaciones, junto con la Secretaría, lleva a cabo un examen inicial. Al Estado miembro solo se le transmiten aquellas denuncias que pasaron la admisibilidad.

Aquellas comunicaciones que el Grupo de Comunicaciones considera admisibles son enviadas a los Estados para que realicen los alegatos respecto de las violaciones a los derechos humanos. Durante su periodo de sesiones, el grupo podrá desestimar una comunicación, mantener una comunicación en examen y pedirle al Estado información adicional, y transmitir la queja al Grupo de Situaciones.⁽²²⁾

El Grupo de Trabajos de Situaciones se compone de 5 miembros nombrados por grupos regionales de entre los Estados miembros del Consejo y tiene un periodo de un año. Se reúne dos veces al año a fin de examinar las comunicaciones que le sean transmitidas por el Grupo de Comunicaciones, incluidas las situaciones de las que ya se ocupa el Consejo. Además, presenta al Consejo un informe sobre los cuadros persistentes sobre violaciones manifiestas y fehacientemente probadas a los derechos humanos, y hace recomendaciones al Consejo sobre las acciones a tomar.⁽²³⁾

El Consejo de Derechos Humanos examina los informes del Grupo de Trabajo sobre las Situaciones de manera confidencial y puede tomar varias decisiones: que se deje de examinar la situación cuando no se justifique su examen, que se mantenga la situación en estudio y se le solicite al Estado que otorgue información adicional, que se mantenga la situación en estudio y se designe a un experto independiente para que siga la situación e informe al Consejo, que se deje de examinar el asunto en virtud del procedimiento de denuncia confidencial para proceder a su examen público.

(22) Para más información, ver <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ComplaintProcedure/Pages/WGCommunications.aspx>

(23) En el 2014 el grupo de situaciones se compone por: Sra. Marta Pérez Maurás (Chile); Sr. Luc Joseph Okio (Congo); Sr. Thomas Hajnoczi (Austria); Sr. Zamir Akram (Pakistán); Sra. María Ciobanu (Rumania).

6 | Colofón

La última sesión del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos se llevó a cabo en Ginebra, desde el 11 al 15 de agosto del 2014.⁽²⁴⁾

Dado que el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos puede proponerle a este sugerencias y propuestas de nuevos estudios dentro del ámbito de trabajo establecido por el Consejo, y en virtud de tal potestad, le transmitió al Consejo cinco propuestas temáticas para su consideración y aprobación de investigación: acceso a la justicia y la lucha contra la corrupción; el gobierno local y los derechos humanos; la globalización, los derechos humanos y la juventud; los derechos humanos y la acción humanitaria; y una ley ejemplar sobre el acceso a igualdad de oportunidades y no discriminación.

En su 21° periodo de sesiones el Consejo tomó nota de estas propuestas de investigación. Vemos que dos de las sugerencias efectuadas por el Comité Asesor, referidas al gobierno local y los derechos humanos, y a la lucha contra la corrupción, fueron sensiblemente adoptadas por el Consejo, quien le dio mandato al Comité para que investigue acerca de las referidas temáticas y presente los informes finales en las correspondientes sesiones.

(24) Para más información, ver [en línea] www.ohchr.org/EN/HRbodies/HRC/advisorycommittee

La labor de quienes integran el Comité de Derechos Humanos⁽¹⁾

por **FABIÁN SALVIOLI**⁽²⁾

I | Introducción

Formo parte del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas desde el año 2009; fui reelecto para un segundo periodo, el cual estoy transitando y finaliza en diciembre de 2016. Dentro del mismo he desempeñado las funciones de Vicepresidente (2011/2012) y Relator de Seguimiento de las Observaciones Finales (2013/2014). El presente artículo intenta reflejar algunos aspectos de la experiencia recogida en estos años de labor y los desafíos que presenta la tarea en un órgano de dichas características.

El Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas es el órgano de monitoreo creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP), que tiene como función la supervisión de la aplicación de dicho instrumento y sus dos Protocolos Adicionales, respecto de los Estados que sean partes en los mismos.⁽³⁾ Se

.....

(1) Las expresiones del presente artículo se manifiestan a título estrictamente personal y de ninguna manera involucran la opinión de las instituciones de las que el autor forma parte.

(2) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (*cum laude*). Catedrático de Derecho Internacional Público. Director del Instituto y la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Asamblea General del *Institut International des Droits de l'Homme*, Strasbourg. Miembro del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (2009/2016).

(3) El PIDCP posee 168 Estados partes; su Primer Protocolo Facultativo tiene 115 Estados que ratificaron o adhirieron al mismo, y el Segundo Protocolo Facultativo cuenta con 81 Estados Partes. Los datos son al 01/08/2014, conforme el siguiente sitio electrónico oficial de la Organización de las Naciones Unidas: [en línea] <http://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

compone de 18 personas expertas en el campo de los derechos humanos, pertenecientes a las diferentes regiones del mundo bajo la fórmula de “distribución geográfica equitativa”, quienes desempeñan sus tareas a título estrictamente independiente y personal. La elección de sus integrantes se realiza por medio de la Asamblea de Estados partes en virtud de las propuestas de candidaturas que los mismos hayan presentado, y el mandato para cada período es de cuatro años.

Como particularidad respecto de los otros órganos de tratados, la labor del Comité de Derechos Humanos requiere una multiplicidad de conocimientos por el marco jurídico que le da el instrumento convencional que lo crea. En efecto, en cuanto a los derechos recogidos, el contenido del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos remite en gran medida a los derechos y libertades recogidos en los arts. 3° a 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aunque existen algunas diferencias si se tiene en cuenta un análisis comparativo. Así, el Pacto ha tenido una redacción con mayor precisión jurídica que la Declaración Universal, y contiene un listado de derechos y garantías algo más completo.⁽⁴⁾ Por ejemplo, el Pacto recepta en su art. 1° el principio de libre determinación de los pueblos, el cual no fuera mencionado en la Declaración Universal; no es casual si se tiene en cuenta que en 1960 comienza la llamada “Década de la descolonización en Naciones Unidas”, motivada por la decisión firme de la Organización de finalizar con todas las situaciones de dominación colonial.⁽⁵⁾ Igualmente, el Pacto compromete a sus Estados partes a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos establecidos en él,⁽⁶⁾ y más adelante, fija expresamente la obligación de garantizar por igual los derechos a hombres y mujeres.⁽⁷⁾

(4) BUERGENTHAL, THOMAS; GROSSMAN, CLAUDIO y NIKKEN, PEDRO, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Editorial jurídica Venezolana, 1990, p. 28.

(5) La Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó en 1960 la resolución 1514 que es conocida como la “Carta Magna de la Descolonización”; en ella se proclama el principio de libre determinación de los pueblos. Piénsese entonces que en 1966, al momento de la aprobación del Pacto, ya formaban parte de las Naciones Unidas varios Estados que habían nacido hacía poco tiempo a la vida independiente; la fuerza de los mismos en el seno de la entidad hizo colocar en un lugar de privilegio el derecho de los pueblos a la libre determinación dentro del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(6) Art. 2° PIDCP.

(7) Art. 3° PIDCP.

En consonancia con la Declaración Universal, el Pacto protege el derecho a la vida, aunque el Convenio adopta disposiciones que restringen la pena de muerte y establece normas que impiden la ampliación de dicha pena capital a delitos por los cuales no estaba contemplada en las legislaciones internas al momento de la ratificación o adhesión.⁽⁸⁾ También el Pacto tutela la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la interdicción de la esclavitud; los derechos a la libertad y a la seguridad; al trato humano durante la privación de libertad; el derecho a la no expulsión de personas extranjeras que se encuentran legalmente en un Estado del cual no son nacionales; el derecho a la justicia y a las garantías del debido proceso; las garantías de legalidad, irretroactividad y tipicidad de la norma penal; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada, familiar, domicilio o correspondencia y el derecho a la honra; la libertad de pensamiento y de religión; la libertad de expresión; la prohibición de la propaganda a favor de la guerra y del odio nacional, racial o religioso; los derechos de reunión y asociación; la protección de la familia; los derechos políticos; la igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación.⁽⁹⁾

Los derechos que efectivamente el Pacto agrega a los contemplados en la primera parte de la Declaración Universal —además de la libre determinación de los pueblos— son la prohibición de la prisión por deudas, el derecho de todo niño o niña a la nacionalidad y a recibir las medidas de protección por su condición, así como el derecho al desarrollo de la propia vida cultural, la práctica de su religión y el empleo de su idioma para integrantes de minorías étnicas, religiosas o idiomáticas.⁽¹⁰⁾

El derecho a la vida experimentó un marco protectorio mayor con la adopción del Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el primer tratado de índole universal que tiene por objeto la abolición de la pena de muerte.⁽¹¹⁾

.....

(8) Art. 6° PIDCP.

(9) Arts. 7°/10, 12/23, 25 y 26 PIDCP.

(10) Arts. 11, 24 y 27 PIDCP.

(11) El Protocolo prevé la posibilidad para los Estados Partes de realizar una declaración al momento de la ratificación o adhesión por la cual se permita excepcionalmente la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra y por un delito sumamente grave de carácter militar.

En consecuencia, no es factible trabajar eficazmente en el Comité de Derechos Humanos si, además de un manejo general de derecho internacional —y particularmente de los principios propios del derecho internacional de los derechos humanos—, no se cuenta con conocimientos que permitan comprender dimensiones y análisis de género, perspectiva de pueblos indígenas, protección específica de la niñez y adolescencia, las particularidades de fenómenos tales como la tortura, determinadas violaciones a derechos civiles y políticos que constituyan por su modalidad crímenes contra la humanidad, etc. Asimismo, la mirada de derechos económicos, sociales y culturales ingresa al Pacto por la vía de la aplicación de los artículos 2.1 y 26, disposiciones en las que se recogen los principios de no discriminación y el derecho a la igualdad.

Ello exige de los hombres y las mujeres que integran el Comité una actualización permanente y un intercambio constante de información con el resto de órganos convencionales dentro de Naciones Unidas y otras instituciones regionales como la Comisión y la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo, la Comisión y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, etc.

Los avances doctrinarios en materia del derecho internacional de los derechos humanos resultan igualmente imprescindibles para hacer frente al riesgo de no evolucionar como cuerpo frente a concepciones y enfoques jurídicos de avanzada en la materia.

2 | La participación de integrantes del Comité en el examen de informes periódicos

El Comité de Derechos Humanos posee cuatro funciones de supervisión del Pacto y sus Protocolos: el examen de los informes periódicos que presentan los Estados parte; el estudio y resolución de las denuncias o comunicaciones individuales —para los Estados que han ratificado el Pacto y el primer Protocolo Facultativo adicional al mismo—; la tramitación y decisión respecto de denuncias entre Estados partes en el Pacto que a su vez hayan realizado una declaración expresa de aceptación de dicha competencia del Comité;⁽¹²⁾ y la elaboración de **Observaciones Generales** (o comentarios

.....

(12) Art. 41 PIDCP.

generales) en donde a través de un documento escrito se precisa el alcance de alguno de los derechos o de los compromisos de los Estados en términos generales, como guía para la acción que los mismos deben llevar adelante para dar efecto útil y debido a las disposiciones del Pacto.

En relación a la primera de dichas competencias, el mecanismo de tutela que fija el instrumento convencional está dado por la obligación para los Estados partes de presentar periódicamente informes al Comité de Derechos Humanos, en donde conste información sobre las medidas legislativas o de otro carácter que fueron tomadas por los mismos para cumplir con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos contenidos en el Pacto Internacional; este procedimiento es compulsivo y automático, es decir, obligatorio para todos los Estados parte, no necesitándose el cumplimiento de ningún requisito adicional o manifestación expresa del Estado para su puesta en marcha.⁽¹³⁾

El proceso de examen de un informe de Estado es largo en el tiempo y de cierta complejidad; el Comité realiza una división interna de trabajo, creando un grupo reducido comandado por un relator o relatora entre sus integrantes que, por una parte, estudia la documentación recibida del Estado y asimismo analiza información de otras fuentes como la producida en el marco del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en otros comités de la Organización, en entidades regionales cuasi jurisdiccionales o judiciales de tutela de los derechos humanos, en organismos especializados que desarrollan su tareas dentro de las Naciones Unidas, y naturalmente en organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales que presentan los llamados “informes sombra”.

El grupo de trabajo (*task force*) prepara, partir de toda la información consignada, una **lista de cuestiones** que se envía al Estado para que las responda. En ella se reflejan los motivos principales de preocupación del Comité y el Estado tiene un plazo para entregar sus respuestas escritas. Recibidas las mismas, en las que suele brindarse información de diferentes instituciones de los Estados, se programa una **audiencia pública formal** dentro de un período de sesiones posterior del Comité de Derechos Humanos (suele ser dos o tres sesiones luego de recibidas las respuestas); en

.....

(13) Un estudio excelente y detallado del sistema puede consultarse en: MUTZEMBERG, PATRICK, *Agir pour la mise en oeuvre des droits civils et politiques. L'apport du Comité des droits de l'homme*, París, L'Harmattan, 2014.

dicha audiencia todas las personas que integran el Comité —y no solamente quienes forman parte de la *task force*— plantean libremente al Estado examinado una serie de preguntas y le solicitan precisiones respecto de los temas de interés vinculados al respeto y garantía de los derechos civiles y políticos en el país, teniendo debidamente en cuenta toda la información señalada anteriormente.

Llevar adelante la tarea de relatoría o integrante de alguno de los grupos para un país implica estudiar de manera profunda no solamente la historia de dicho Estado, su cultura, sistema político y económico, etc., sino también poder procesar la información que se recibe de las distintas fuentes para transformarlas en temas de interés a abordar bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Quienes forman parte del Comité se inscriben voluntariamente para hacer dichos trabajos y sus nombres permanecen confidenciales (en otros comités se difunden los nombres de las personas a cargo de relatorías y grupos de trabajos sobre países); en mi caso particular, en cinco años y medio de experiencia, y hasta la fecha, he sido relator para el examen de 14 Estados e integré 29 grupos de trabajo sobre países, aunque he participado en la discusión pública con todos los Estados examinados durante mi mandato, a excepción naturalmente de la República Argentina ya que, por reglamento, una persona de la nacionalidad del país bajo análisis no debe intervenir en la misma.

En las audiencias con el Estado, luego de una breve presentación general de la representación gubernamental sobre los puntos principales del informe y de las respuestas a la lista de cuestiones, el Comité comienza sus preguntas e intervenciones por el seguimiento de las recomendaciones fijadas en el examen previo al que el Estado hubiera sido sometido, naturalmente cuando no se trata de la primera ocasión en que se lo examina. Es destacable, asimismo, tener en cuenta que en la primera parte de la audiencia se le pide al Estado —siempre que este haya ratificado el primer Protocolo Facultativo y haya sido objeto de resoluciones del Comité en aplicación del mismo— información respecto al cumplimiento de las decisiones del Comité en comunicaciones individuales.

Hoy los Estados muestran una real preocupación por acudir preparados de la mejor manera a las audiencias públicas; las delegaciones gubernamentales suelen ser heterogéneas, con personas expertas en diferentes temáticas. El debate es de gran dinamismo, y quienes integran el Comité

repreguntan, contradicen y plantean seguimientos surgidos de la propia discusión con el Estado. Luego de la finalización del encuentro, los gobiernos pueden presentar información adicional para que el Comité la tenga en cuenta al momento de la adopción de sus observaciones finales.

En las audiencias suele quedar demostrado que la preparación de quienes integran el Comité es efectivamente notable, y se da cuenta de un gran conocimiento y manejo de información, lo cual obviamente resulta imprescindible toda vez que se trata de una instancia pública y se desacreditaría el trabajo si no se demostrara un riguroso estudio y análisis de las diferentes fuentes. Probablemente, el desafío más grande en dicha etapa para las mujeres y hombres que forman parte del Comité consista en la posibilidad de contrargumentar y hacer preguntas de seguimiento luego de las respuestas del Estado, ya que suele haber muy poco tiempo para ello y la dinámica de debate implica escoger algunos puntos, repreguntar sin repetir y en ocasiones rebatir los argumentos expuestos si ellos no resultan satisfactorios; puede darse como ejemplo la diversidad de delitos en diferentes partes del mundo que están sancionados con pena de muerte y los criterios que existen en cada sociedad para considerar a determinados crímenes como “los más graves delitos”, o cuando se argumentan razones religiosas o culturales para justificar determinadas prácticas que el Comité cuestiona por su posible incompatibilidad con las disposiciones del Pacto.

Existen, por supuesto, espacios de encuentro con las Organizaciones No Gubernamentales. Estos se desarrollan dentro de la sesión y al inicio de la misma, más específicamente, media jornada antes de que comience el diálogo con el primer Estado que se va a examinar. Allí cada entidad tiene algunos minutos para centralizar sus preocupaciones, que complementan a la información entregada con anterioridad por escrito bajo la forma de “informes sombra”. A ello se agregan los llamados “*launch briefings*” informales, donde en un espacio más amplio las ONG se exhiben frente a quienes integran los Comités. En estos últimos encuentros no se cuenta con servicios de interpretación y generalmente se desarrollan en idioma inglés (mayoritariamente), o francés dependiendo el país.

La adopción del informe final de parte del Comité luego de las sesiones de audiencias públicas con el Estado se hace bajo sesión privada, en la cual se acuerda la aprobación de un documento que resume la información

proporcionada por el Estado, los avances constatados o “aspectos positivos”, los motivos de inquietud para el Comité y las recomendaciones específicas respecto de cada punto sobre los que este expresa preocupación. El Comité ha adoptado la práctica de identificar un grupo de **recomendaciones prioritarias** a las que el Estado debe brindar respuesta dentro del plazo de un año; asimismo, en el documento se fija la fecha de la presentación del próximo informe (generalmente en un término medio de cuatro o cinco años). Una vez aprobadas, las observaciones finales se dan a publicidad al final de la sesión.

El Comité cuenta con una relatoría especial en su interior que realiza el seguimiento de las decisiones tomadas por el mismo en el resultado del examen de los informes periódicos de los Estados; actualmente —es decir, en el periodo 2013/2014— me encuentro a cargo de la titularidad de dicha relatoría por elección de mis colegas.

La tarea de seguimiento es muy ardua, ya que deben examinarse los informes de cumplimiento que entregan los Estados y contrastarlos con información que proviene de ONG y otras fuentes, para calificar sobre esa base el grado de cumplimiento de cada recomendación desde “totalmente satisfactoria” hasta “falta de cooperación” o “toma de medidas contrarias a la decisión del Comité”. El relator presenta dos veces al año un informe sobre seguimiento de las observaciones finales para su discusión, aprobación e inclusión en el Informe Anual que el Comité presenta anualmente ante la Asamblea General de Naciones Unidas. La audiencia de presentación del informe de la relatoría suele ser seguida con interés por los Estados, ya que se hará un pronunciamiento público —que luego queda documentado— respecto del cumplimiento particular de las decisiones del Comité por parte de los Estados.

Suele suceder que algunos Estados se retrasen considerablemente en la presentación de informes, e incluso que habiendo ratificado el Pacto no presenten su informe inicial a pesar de los reiterados recordatorios que el Comité realiza;⁽¹⁴⁾ ello ha generado la discusión respecto de qué medidas

(14) A título de ejemplo, el Informe Anual 2011 del Comité señalaba los siguientes retrasos para la presentación del informe inicial: Guinea Ecuatorial (22 años), Somalia (20 años), Granada (19 años), Costa de Marfil (17 años), Seychelles (17 años), Dominica (16 años), Mozambique (16 años), Cabo Verde (16 años), Malawi (16 años), Haití (14 años), Belice (13 años), Sierra Leona (13 años), República Sudafricana (11 años), Burkina Faso (11 años), Gambia (10 años),

pueden ser tomadas por el órgano de tutela frente a dicha situación, ya que la letra del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica claramente que el Comité recibirá los informes para su examen, los estudiará y transmitirá a los Estados partes sus propios informes y los comentarios generales que estime oportunos.⁽¹⁵⁾

En el año 2001 el Comité decidió que podía discrecionalmente examinar la situación de los derechos contemplados en el Pacto dentro de un Estado en ausencia de informe, e incluso en caso de que en la audiencia no se cuente con la presencia de una delegación gubernamental; ahora bien, la audiencia de examen de dicha situación tenía carácter privado y se adoptaban conclusiones finales provisionarias y confidenciales que se transmitían al Estado analizado, pudiendo volverse públicas posteriormente si el Comité lo consideraba conveniente, fundamentalmente teniendo en cuenta la no presentación de información de parte del Estado en el tiempo señalado por el Comité.

En julio de 2002 se aplicó por primera vez este procedimiento respecto de Gambia,⁽¹⁶⁾ que no presentó informe ni tampoco presentó delegación en la audiencia privada para el tratamiento y examen de parte del Comité respecto del estado de los derechos civiles y políticos en dicho país.

En agosto de 2003 un nuevo paso fue dado cuando el Comité de Derechos Humanos decidió enmendar su Reglamento y posibilitar que las conclusiones provisionales confidenciales devengan finales y públicas en la sesión subsiguiente a la adopción de aquellas, cuando el Comité así lo decida.

.....

Bangladesh (9 años), Eritrea (8 años), Djibuti (7 años), Timor Oriental (6 años), Suazilandia (6 años), Liberia (5 años), y Mauritania (5 años). Asimismo, los Estados señalados a continuación tenían el siguiente retraso para la presentación del segundo informe: Gambia (26 años); San Vicente y las Granadinas (19 años); Níger (17 años); Burundi (14 años); Malta (14 años); Nepal (13 años); Nigeria (11 años); Lesotho (9 años); Zimbawe (9 años), Camboya (9 años); Kirguistán (7 años). los Estados señalados a continuación tenían el siguiente retraso para la presentación del tercer informe: Afganistán (17 años); Guinea (16 años); Bolivia (11 años); Líbano (11 años); Guyana (8 años); Congo (8 años); Gabón (7 años); República Popular Democrática de Corea (7 años); Viet Nam (6 años); Malí (6 años). Los Estados señalados a continuación tenían el siguiente retraso para la presentación del cuarto informe: Chipre (9 años); Egipto (6 años); República Bolivariana de Venezuela (6 años). Los siguientes Estados tenían el siguiente retraso para la presentación del quinto informe: Rumania (13 años); Irak (11 años); Senegal (11 años); Bielorrusia (9 años); Uruguay (8 años); Trinidad y Tobago (7 años).

(15) Art. 40 incs. 2° y 4° PIDCP.

(16) En la 75° sesión.

Los Estados a los que se les inició este procedimiento particular han sido cerca de una veintena hasta el momento,⁽¹⁷⁾ con reacciones diversas de los mismos (algunos ofrecieron y presentaron informes, otros se presentaron a la audiencia aunque no enviaran informes, otros mantuvieron su postura renuente pero con posterioridad a la recepción de las observaciones provisionales se comprometieron a presentar informes prontamente; y otros continúan negando su cooperación con el Comité e incumpliendo las obligaciones convencionales y de buena fe que les impone el art. 40 del Pacto).

Si bien la confidencialidad de la audiencia y de las observaciones finales provisionales ha sido una característica lógica e inevitable a la época en que el Comité modificó su reglamento, tal como fuera señalado —dejando sentada su competencia de revisión aun en caso que el Estado no presentara informe—, diez años después devino indispensable la revisión de los efectos negativos del carácter confidencial del examen.

En efecto, tal y como estaba consagrado el sistema en su conjunto presentaba una evidente ventaja para aquellos Estados que precisamente no cumplían su obligación, que se beneficiaban de un procedimiento confidencial, y de la posibilidad incluso de responder a las observaciones provisionales confidenciales; asimismo, el paso del tiempo entre las observaciones provisionales y la conversión de estas en definitivas y públicas quitaban impacto y fuerza al trabajo realizado por el Comité. Por el contrario, aquellos Estados que cumplían a rajatabla con sus obligaciones, presentando el informe, contestando detalladamente la lista de cuestiones y presentando una delegación a la audiencia, son examinados públicamente y en presencia de ONG; amén de la adopción de observaciones finales que se publican al final de la misma sesión, no solamente en el sitio web del Comité sino a través de una conferencia de prensa.

Era inevitable la necesidad de volver a reformar el reglamento para no continuar esa discriminación en beneficio de quienes precisamente incumplen sus obligaciones; así, como vicepresidente del Comité presenté un proyecto de reforma de la regla para abolir la confidencialidad, el cual recibió el apoyo decidido de las ONG, aunque dentro del Comité

.....

(17) Gambia, Suriname, Guinea Ecuatorial, República Centro Africana, Kenia, Barbados, Nicaragua, San Vicente y las Granadinas, San Marino, Rwanda, Grenada, Seychelles, Dominica, Cabo Verde, Mozambique, Haití, Costa de Marfil, Belice y Sierra Leona.

no existía en principio unanimidad por la posible reacción de los Estados frente a una posición tan tajante fuera de la letra del Pacto. Felizmente, las resistencias se fueron venciendo, y en la histórica sesión celebrada en octubre de 2011⁽¹⁸⁾ el Comité aprobó por consenso el nuevo art. 70 del Reglamento, por lo que a partir del año 2012 los exámenes de todos los Estados bajo el art. 40 del Pacto (hayan o no presentado informes; acuda o no una delegación a la audiencia), se celebran bajo audiencias públicas y se adoptan observaciones finales definitivas y de carácter público.

3 | La participación de integrantes del Comité en los casos individuales

Las peticiones individuales tienen base en el primer Protocolo Facultativo, y constituyen un mecanismo **cuasi jurisdiccional** por el cual el Comité resuelve si ha existido una o más violaciones al Pacto en perjuicio de una o varias víctimas; en caso de que así sea, el Comité determina reparaciones y brinda un plazo al Estado para que el mismo tome las medidas pertinentes. Desde el año 2001 el Comité de Derechos Humanos posee una relatoría específica sobre las **decisiones finales** adoptadas en comunicaciones individuales, la cual realiza un seguimiento de los dictámenes aprobados a través de contactos periódicos con los gobiernos. En cada período de sesiones del Comité, el relator o relatora brinda un informe sobre las apelaciones a los gobiernos y las respuestas recibidas.

El Primer Protocolo Facultativo adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la posibilidad para una persona que se considere víctima de una o más violaciones a cualquiera de los derechos establecidos en el pacto de elevar una comunicación individual ante el Comité de Derechos Humanos una vez que se hayan agotado los recursos internos, y siempre que el mismo asunto no se encuentre pendiente de resolución en otra instancia internacional.⁽¹⁹⁾

.....
(18) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Reunión 2852, 103ª sesión, Ginebra, 28/10/2011.

(19) La petición puede ser realizada por la víctima o su representante; en algunas circunstancias puede acudir ante el Comité o un familiar (en sentido amplio) de la víctima o quien represente a dicho familiar si la víctima no puede por sí misma acudir al Comité o brindar su consentimiento. Los recursos que deben agotarse a nivel interno son aquellos efectivos y eficaces para remediar la violación y siempre que los mismos se encuentren disponibles y accesibles en el plano doméstico. Finalmente, el Comité no considera como "otra instancia

El trámite, una vez que se presenta una petición, comienza por el registro de la misma en la Secretaría; luego, se transmite al Estado y se recibe la respuesta, frente a lo cual la parte peticionaria realiza comentarios posteriores que se entregan nuevamente al Estado para que refleje sus propios puntos de vista.

El procedimiento entero es escrito y confidencial, siendo público solamente el dictamen del Comité resolviendo el asunto. A nivel interno, en cada sesión, la Secretaría otorga una lista de los casos que van a estar listos para ser resueltos en la sesión siguiente y en reunión privada, quienes deseen en el Comité, se inscriben para recibir algunos dossiers para officiar de relator o relatora del asunto. Dicha persona, con la asistencia de la Secretaría, prepara el proyecto de dictamen, que se discutirá privadamente en una sesión previa del Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones Individuales, el que se reúne una semana antes del inicio de la sesión. Los proyectos pasan luego para que el plenario los decida definitivamente.

He participado en 12 de las 17 reuniones de Grupos de Trabajo que tuvieron lugar desde mi incorporación al Comité, y me ha tocado presidirlo en dos oportunidades, la última en marzo de 2014.

Para quien integra el Comité, la posibilidad de influir realmente y discutir a profundidad la valoración de hechos y aplicación del derecho en una comunicación individual se da en el marco del Grupo de Trabajo, ya que una vez en plenario es muy complejo llevar adelante debates amplios.

En poco más de 30 asuntos resueltos me encontré en la necesidad de plantear opiniones separadas concurrentes, parcial o totalmente disidentes. Muchas de ellas se han referido a la necesidad de que el Comité detalle con mayor claridad sus reparaciones, que solían ser expresadas de manera general y abstracta (por ejemplo, en el caso Dumont, el Comité omitió señalar que debía modificarse a título de garantía de no repetición la normativa que consideraba incompatible con el Pacto).⁽²⁰⁾ En otras oportunidades he insistido contra la opinión mayoritaria del Comité, en

.....
internacional” a los efectos de impedir el trámite de peticiones individuales, a quejas que se lleven adelante en el marco de procedimientos extra convencionales de la Organización de las Naciones Unidas.

(20) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1467/2006, *Dumont c. Canadá*.

que no puede considerarse bajo ningún motivo compatible con el Pacto que tribunales militares puedan juzgar civiles.⁽²¹⁾ También considero que el Comité no ha interpretado y aplicado de manera correcta el art. 2° del Pacto, y que debe reexaminarse, en consecuencia, el criterio histórico.⁽²²⁾

Uno de los aspectos que más me ha generado interés en desarrollar en la jurisprudencia del Comité es la aplicación del art. 6° (derecho a la vida) a los casos de desaparición forzada de personas, ya que el Comité asimilaba erróneamente que solo podía aplicarse aquella disposición en caso de comprobación de la muerte de la víctima, lo cual reducía las obligaciones del Estado bajo el art. 6° —especialmente en la dimensión de garantía—;⁽²³⁾ aquella opinión disidente —sostenida en otros dictámenes similares— ha sido felizmente aceptada y convertida hoy en jurisprudencia del Comité.

El caso Cifuentes Elgueta contra Chile me ha obligado a realizar un enfático voto disidente respecto de la naturaleza y validez de la declaración realizada por el Estado en ocasión de la adhesión al Protocolo Facultativo, teniendo en cuenta cuáles deben ser los criterios de interpretación que deben guiar al Comité en ejercicio de su competencia; los marcos precisos de interpretación y aplicación de instrumentos jurídicos internacionales por parte del Comité de Derechos Humanos y el encuadramiento jurídico de los hechos de desaparición forzada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁽²⁴⁾

Algunas otras posiciones expresadas por separado en mis votos particulares se han referido a la necesidad de que el Comité se apoye complementariamente para la mejor resolución de las comunicaciones individuales en diversas fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, entre ellas, dictámenes de otros órganos de tratados de Naciones Unidas⁽²⁵⁾ a la importancia de integrar mejor los conceptos de interdependencia e

(21) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1640/2007, *El Abani c. Libia*; también Comunicación 1813/2008, *Akwanga c. Camerún*.

(22) Así lo he planteado por primera vez en mi voto disidente del caso *Weeramansa c. Sri Lanka* (Comunicación 1406/2005).

(23) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1780/2008, *Aouabdia c. Argelia*.

(24) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1536/2006, *Cifuentes Elgueta c. Chile*.

(25) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1535/2006, *Shchetka c. Ucrania*.

indivisibilidad de los derechos humanos;⁽²⁶⁾ la aplicación de criterios más adecuados en materia de admisibilidad, trámite y valoración de pruebas;⁽²⁷⁾ la determinación de la violación del derecho a la vida derivado de la inobservancia de las garantías judiciales en casos de pena de muerte, aunque la misma no se hubiera ejecutado;⁽²⁸⁾ la incompatibilidad de disposiciones de amnistía para graves violaciones a los derechos humanos y la necesidad de adecuar las mismas al Pacto y no aplicarlas.⁽²⁹⁾

La insistencia reiterada respecto de la necesidad de mejorar la política de reparaciones ha motivado que el Comité me encargue un estudio al respecto de la práctica hasta el momento, con propuestas en el capítulo final. El trabajo fue realizado y presentado en el *retrait* especial que el Comité celebró en La Haya el 25 de abril de 2013. La Mesa Directiva del Comité encargó su traducción para la discusión en el marco de los métodos de trabajo dentro de la sesión ordinaria, y el debate se encuentra en trámite.⁽³⁰⁾

Debe indicarse que, independientemente del debate en curso, se observa una mejora en las disposiciones de reparaciones de acuerdo a la jurisprudencia de los dos últimos años del Comité en casos individuales. No obstante, la aprobación del documento referido sigue siendo importante, ya que en el mismo se establecen criterios y directrices a seguir a efectos de profundizar el avance en la política de reparaciones.

4 | La tarea de adopción de una observación general

Las observaciones generales son dictámenes en los que el Comité aclara el alcance de algunas de las disposiciones del Pacto o de sus Protocolos. Lejos de ser un ejercicio académico, revisten la mayor importancia; de hecho, se utilizan a lo largo de todo el proceso de estudio de informes, ya sea para

(26) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1799/2008, *Georgopoulos c. Grecia*.

(27) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1588/2007, *Benaziza c. Argelia*.

(28) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1545/2007, *Gunan c. Kyrgystán*.

(29) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1811/2008, *Chihoub c. Argelia*; Comunicación 1781/2008, *Djebrouni c. Argelia*.

(30) Informe del Relator Fabián Salvioli CCPR/C/109/R.3 "Reparaciones en el marco de la función de comunicaciones individuales del Comité de Derechos Humanos".

plantear aspectos en la lista de cuestiones frente a normativas o prácticas contrarias a los derechos establecidos en el Pacto, o de parte de las personas que integran el Comité para el diálogo interactivo que se lleva adelante en la audiencia pública con el Estado en cuestión. También en algunos casos —aunque con menos frecuencia— las observaciones generales se utilizan en el cuerpo de los dictámenes sobre asuntos individuales.

El proceso de adopción de una observación general comienza por la identificación de un tema y la propuesta del mismo de parte de la Mesa Directiva del Comité al plenario del mismo, juntamente con la propuesta de un o una integrante para que lleve a su cargo la relatoría. Se realizan consultas con Estados, organismos especializados y organizaciones no gubernamentales y luego de ello la persona encargada de la relatoría presenta un proyecto que se discute en primera lectura de manera pública y bajo sesión plenaria, párrafo por párrafo.

El proyecto aprobado en primera lectura (con corchetes o paréntesis en aquellas partes en que no hubo consenso) se distribuye a los Estados Partes para que formulen comentarios y observaciones; también pueden hacerlo ONG y otras entidades, hasta que se realiza la aprobación en segunda —y definitiva— lectura por el plenario del Comité.

En la primera sesión que participé, en marzo de 2009, se aprobó formalmente el Comentario General 33, aunque naturalmente no tuve posibilidad real de participar de un proceso que llevaba dos años de trabajo previo. Luego se decidió realizar un nuevo Comentario General —el 34— sobre libertad de expresión, encomendado al entonces integrante del Comité Michael O’Flaherty. Allí mis participaciones se refirieron generalmente a la necesidad de reflejar el mayor *standard* posible frente a los intentos de algunos Estados de hacer valer leyes de “difamación religiosa” o de “memoria histórica” como compatibles con el art. 19 del Pacto.⁽³¹⁾

En el período 2013/2014 se encomendó al profesor Gerald Neuman la realización del proyecto de observación general 35 sobre el derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 9º). El mismo se encuentra en trámite y se espera sea aprobado en el mes de octubre. Mis posiciones en

(31) El Comentario General 34 fue aprobado formalmente en la sesión correspondiente al mes de julio de 2012 celebrada en Ginebra.

los debates se centran en no reducir estándares de tutela del derecho a la libertad personal y la prohibición de la detención arbitraria, especialmente en el marco internacional actual en que se han producido numerosas reformas legislativas que flexibilizan garantías en el marco de la llamada “lucha contra el terrorismo”. Otro tema de máxima preocupación en lo que a mí respecta es el relativo a prácticas de “detención secreta” que son, a mi entender, formas contemporáneas de desaparición forzada de personas y que no deben admitirse bajo ninguna circunstancia.

5 | Algunas consideraciones finales

Formar parte de un órgano como el Comité de Derechos Humanos implica un gran trabajo y una enorme responsabilidad, al mismo tiempo que brinda la posibilidad de aprender numerosas facetas de la realidad política, religiosa, económica, cultural y social de Estados de los cinco continentes.

También representa una oportunidad de oro para quienes se dedican al derecho Internacional de los Derechos Humanos por el altísimo nivel jurídico que tienen quienes conforman el Comité.

Pero especialmente, para quienes trabajan en derechos humanos y sienten un compromiso con los mismos fuera de toda coyuntura, servir en el Comité da la oportunidad de llegar a los Estados y —en el marco de las funciones asignadas— cooperar para intentar que las mujeres y los hombres puedan disfrutar más y mejor de los derechos que les pertenecen. Y ello es un privilegio indescriptible.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura de Naciones Unidas

Órgano de Tratado del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas

por **ENRIQUE ANDRÉS FONT**⁽¹⁾

I | Introducción

Salvo para las personas realmente especializadas en la temática, el sistema universal o los sistemas regionales de Derechos Humanos no son más que conocidos superficialmente. Desde que integro el Subcomité para la Prevención de la Tortura (en adelante, SPT), he ido corroborando esto. Incluso personas cuya actividad profesional o responsabilidades políticas

.....

(1) Abogado (UNR). Magíster en Criminología (*London School of Economics*). Profesor en la UNR y en posgrados de varias universidades nacionales. Miembro del Subcomité de Prevención de la Tortura de Naciones Unidas. Responsable de Implementación del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas (Secretaría de Derechos Humanos de la Nación).

hacen que a diario estén en contacto con cuestiones de derechos humanos —como funcionarios judiciales, autoridades de gobierno o militantes—, tienen un conocimiento más bien superficial y genérico de estos sistemas. El SPT, siendo el órgano de un tratado de reciente adopción en el sistema universal y con un mandato particularmente novedoso (tal es así que se lo caracteriza como “nuevo órgano de tratado”), es de hecho poco conocido en el marco de un sistema que ya de por sí se conoce de manera superficial. Además, el prefijo “sub” aumenta la confusión. El SPT es uno de los órganos de tratado del sistema y no es subalterno a otro órgano de tratado como el prefijo —que tiene toda una historia— sugiere.

Es por ello que la idea de los editores de este volumen de dar a conocer los órganos de tratado en los que el Estado argentino ha postulado miembros resulta muy oportuna; tanto para difundir la participación de expertos/as argentinos/as en el sistema universal de derechos humanos como para dar a conocer, a la vez, el propio sistema y algunos de sus componentes sin limitar esta difusión a un público de especialistas.

Teniendo esto en cuenta es que consideré apropiado contribuir a esta compilación con un texto pensado para la curiosidad de lectores/as no necesariamente especializados/as en los sistemas de derechos humanos ni en la prevención de la tortura. Decidí organizarlo respondiendo a algunas de las preguntas más frecuentes que me han hecho sobre el SPT, como “¿qué es eso del SPT?”, “¿qué hacen cuando visitan un país?”, “¿qué instituciones visitan?”. Para hacer más amena su lectura, la idea fue responder esas preguntas como uno respondería conversando, a través de un relato, contando anécdotas o dando ejemplos; simplificando las cuestiones complejas, evitando la jerga técnica, las citas y las notas a pie de página, y manteniendo incluso cierto desorden, cierto ir y venir de un tema a otro. Para esto le pedí a una amiga y compañera de la Cátedra de Criminología de la UNR que me entrevistara. En base a la transcripción de esa entrevista —de más de dos horas—, y recurriendo lo menos posibles a fuentes documentales o citas, es que preparé este artículo que, aclaro, no es la entrevista en sí.⁽²⁾ De hecho, de la entrevista fui seleccionando sólo las respuestas

.....

(2) Agradezco a Eugenia Cozzi, de la Cátedra de Criminología y Control Social de la UNR por su colaboración en el diseño y realización de la entrevista en base a la premisa acordada “Todo lo que Ud. siempre quiso saber sobre el SPT y no se atrevió a preguntar”.

que puedo aportar a partir de integrar el SPT —siempre limitado por la obligación de confidencialidad que nos rige—, ya que considero son las más alineadas con el criterio de esta compilación y las que, habitualmente, no están disponibles en otros textos.

Para lectores especializados o para aquellas personas interesadas en profundizar las cuestiones aquí presentadas —que lejos están de agotar las múltiples facetas del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (en adelante, Protocolo Facultativo o PF) y del trabajo del SPT—, existen dos fuentes extremadamente ricas y accesibles, con documentos, informes, artículos y libros.⁽³⁾ Visitar y explorar ambas páginas es algo que recomiendo y un complemento ineludible para este texto, el que, como indiqué más arriba, aporta aspectos vinculados a mi aún breve experiencia como integrante del SPT.

2 | ¿Qué es el SPT?

El SPT es un órgano internacional cuyo objetivo es prevenir la tortura y otras formas de malos tratos en todos los lugares de detención, esto es, en aquellos espacios en los que haya o pueda haber personas privadas de libertad. Está integrado por 25 expertos/as independientes e imparciales con diferente formación profesional: abogados —en mi caso criminólogo— médicos, especialistas en inspección, todos/as con experiencia en diversos aspectos en el campo de los derechos humanos.

El Subcomité fue establecido mediante un tratado internacional: el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Inició su labor en febrero de 2007, y hasta fines de 2010 funcionó con diez miembros. Luego, al ampliarse el número de Estados que ratificaron el PF, se aumentó a veinticinco miembros, que es la integración actual. Esto lo convierte en el órgano de tratado de derechos humanos más numeroso. Estados de todas las regiones del mundo reconocen el Protocolo Facultativo y, por tanto, la competencia del Subcomité.

(3) Ver la página web del SPT, www.ohchr.org, y la de la Asociación para la Prevención de la Tortura, www.apr.ch

3 | ¿Qué hace el SPT?

El SPT lleva a cabo visitas a lugares donde haya o pueda haber personas privadas de libertad, tales como dependencias policiales, prisiones —incluso militares—, centros de reclusión o alojamiento para personas en prisión preventiva, internamiento de inmigrantes o centros de justicia juvenil, e instituciones de salud mental y de atención social, entre otros.

El SPT examina el trato recibido por las personas reclusas en ellos y las condiciones de detención y recomienda al gobierno del país una serie de medidas para mejorar el trato de las personas privadas de libertad y, sobre todo, para lograr el objetivo de erradicar y prevenir la tortura y los malos tratos.

El SPT trabaja de manera colaborativa con los Estados partes. Los asiste y asesora para el establecimiento, la constitución y el funcionamiento de órganos nacionales para la prevención de la tortura. Todo esto constituye uno de los elementos más innovadores del Protocolo Facultativo. Estos órganos nacionales, que a la vez son parte del sistema universal, son llamados “Mecanismos Nacionales de Prevención” (en adelante, MNP). A su vez, el SPT tiene una vinculación directa con los MNP existentes y los asiste para reforzar su rol para la prevención de la tortura en el Estado parte al que pertenecen. La finalidad de estos mecanismos nacionales de prevención es asegurar la supervisión continua de todos los lugares de detención o reclusión del país en que se encuentran.

4 | ¿Qué cosas no puede hacer el SPT?

El SPT no proporciona asesoramiento jurídico ni asistencia en las causas judiciales.

El SPT no proporciona asistencia financiera.

El SPT no puede transmitir mensajes ni correspondencia a familiares y amigos de las personas privadas de libertad.

El SPT no puede proporcionar seguridad dentro ni fuera de los lugares de detención.

5 | ¿Cómo desempeña su labor el SPT?

El SPT visita los lugares de detención para obtener información de primera mano sobre el trato que reciben las personas privadas de libertad y las condiciones de reclusión.

En las visitas, el SPT tiene la facultad de mantener entrevistas privadas con las personas privadas de libertad sin la presencia de testigos ni de terceros. El SPT también se entrevista con funcionarios del gobierno, personal de las instituciones visitadas, abogados, médicos, funcionarios de las administraciones de justicia, de los ministerios públicos de la acusación y la defensa, entre otros. En algunas situaciones está facultado para recomendar cambios inmediatos.

La labor del SPT está regida por una estricta confidencialidad, establecida de manera expresa en el Protocolo Facultativo. El SPT mantiene la reserva de los nombres de las personas entrevistadas y no da detalles que permitan identificarlos. La información obtenida en las entrevistas es utilizada por el SPT como base para formular al gobierno del Estado parte recomendaciones, con el fin de prevenir la tortura y los malos tratos.

6 | ¿Qué tiene de distintivo el Protocolo Facultativo respecto de otros tratados?

Es, como su nombre lo indica, un instrumento adicional a la Convención Contra la Tortura. Llevó casi tres décadas de cabildeo, discusión y construcción de consensos políticos para que se materializara como tal. El largo proceso para su adopción, que se inició en el marco de las negociaciones para el establecimiento de la Convención Contra la Tortura en la década del 70 y fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2002, se originó en el convencimiento de que los instrumentos y órganos existentes vinculados a la prohibición absoluta de la tortura y su erradicación no eran suficientes. Por eso, al SPT se lo concibe como un mecanismo integrado a los instrumentos existentes. Busca complementar el abordaje más bien reactivo, centrado en casos, dependiente de denuncias y territorialmente distante, con otro abordaje sistémico, preventivo y cooperativo que opere en los territorios de los Estados partes, lo que

resulta novedoso para el sistema de Naciones Unidas (en adelante, NU). De hecho, es considerado el primero de una serie de tratados llamados de “nueva generación”.

En primer lugar, hace énfasis en lo vinculado a la prevención de la tortura y los malos tratos. No es un enfoque de caso por caso ni reactivo luego de ocurrida la violación. Más bien propone un enfoque holístico, sistémico y sobre todo, proactivo. Esto se hace para evitar que las violaciones ocurran o para minimizar las chances de que ocurran, operando sobre las condiciones que las hacen posible. El SPT —pero también los MNP— más que indicar si un Estado parte cumple o no los estándares o los ha violado en determinado caso, debe colaborar en la construcción de estrategias políticas a nivel de los Estados partes, de acciones y políticas concretas que eliminen y minimicen las condiciones que hacen posible la tortura.

La segunda cuestión novedosa, aunque no exclusiva del Protocolo Facultativo, es que este énfasis en la prevención es algo que debe construirse de manera colaborativa con los Estados partes. El PF promueve la construcción de una relación cooperativa y sostenida en el tiempo, de un diálogo entre el SPT, el Estado parte y el MNP, para asistir a los Estados en la realización de acciones y políticas tendientes a prevenir la tortura y los malos tratos. Lo que se busca es una relación de cooperación proactiva, en lugar de la condena o la renuncia reactiva y basada en el caso individual ya ocurrido.

La tercera característica novedosa del PF es que crea un sistema que complementa esfuerzos a nivel nacional e internacional. Ello en tanto, además de establecer el SPT, obliga a los Estados partes a establecer otro órgano del tratado a nivel nacional, pero que es parte del sistema universal. El MNP, que tiene toda una historia en la construcción de consensos tendientes a la adopción del PF, es a la vez una obligación del Estados partes, en tanto es un ente nacional que debe crearse por leyes nacionales, que pueden establecer o designar uno o más entes nuevos o asignar esa función a uno o más entes ya existentes a nivel nacional. Pero ese órgano nacional, a su vez, integra el sistema universal y está en un vínculo directo con el SPT.

Y ambos órganos (el SPT y el MNP) tienen junto al Estado parte el mandato de trabajar de manera cooperativa para prevenir la tortura y los

malos tratos. De hecho, el mandato del SPT y de los MNP tienen muchos puntos en común a nivel internacional el primero y nacional el segundo. La nueva visión busca garantizar a nivel nacional la materialización efectiva de los estándares internacionales, combinando esfuerzos del Estado, el SPT y el MNP.

La cuarta característica, estrechamente vinculada a la anterior, es que el PF establece una relación triangular entre los entes que crea (el SPT y el MNP) y el Estado parte que ha ratificado el tratado. Genera así una serie de potestades y obligaciones mutuas de los tres entes entre sí. Por ejemplo, el SPT y los MNP deben y están facultados para visitar de manera regular y no anunciada los lugares de detención y el Estado parte debe colaborar para que esas visitas se lleven adelante sin obstrucciones. El SPT y el MNP deben hacer recomendaciones con un énfasis en la prevención a los Estados partes y estos deben tomar en cuenta esas recomendaciones. El SPT y el MNP deben establecer una relación de trabajo cooperativa y poder tener contacto directo entre sí; y el Estado parte está obligado a sostener al MNP y facilitar el contacto directo, y de ser necesario confidencial, entre el MNP y el SPT y viceversa.

Para ilustrarlo mejor se lo puede entender no solo en el lenguaje propio del campo internacional de los derechos humanos, sino también en términos de política pública. Y en términos de política pública tiene una fuerte resonancia en relación con las discusiones sobre abordajes integrales, proactivos y preventivos en el campo de la prevención del delito. Después de todo, la tortura y los malos tratos en los lugares de detención, además de ser violación de derechos humanos, son una forma de victimización, de criminalidad, que las agencias del Estado y su personal pueden cometer por acción u omisión. En el ámbito de la prevención del delito, se lo puede entender como un abordaje multiagencial, intersectorial o transversal, interjurisdiccional y de construcción cooperativa y multiactoral.

Entre estas características o cuestiones innovadoras establecidas en el Protocolo Facultativo, que se van materializando y desplegando a través del trabajo creativo del SPT y de los MNPs, hay una que merece particular atención: la obligación y a la vez la facultad de visita periódica como un dispositivo preventivo. Se trata de las visitas regulares no anunciadas, que no requieren de autorización expresa de los Estados partes ni de

las instituciones visitadas, como mecanismo de prevención y protección. Esto permite no solo visitar *in situ* los lugares de detención y tomar conocimiento de primera mano de lo que allí sucede, sino, y aquí entiendo lo más innovador, tomar contacto directo, no mediado y confidencial con las víctimas o potenciales víctimas de la tortura, ya sea que se encuentren o hayan estado privadas de libertad en lo que el PF define como lugar de detención. Es muy novedoso para un órgano de tratado que su trabajo se desarrolle no sólo en una sede internacional sino predominantemente en el territorio de los Estados partes, en contacto directo con las víctimas o potenciales víctimas, con las organizaciones de la sociedad civil y con las autoridades de gobierno; y que de manera rutinaria pueda tener un conocimiento directo, no mediado, en el territorio, con las víctimas en los lugares donde la victimización sucede o puede potencialmente suceder.

7 | ¿Cómo son estas visitas que realiza el SPT?

Podemos decir que hoy el SPT lleva adelante cuatro tipos de visitas, incluso combinadas entre sí: **visitas regulares**, **visita de asesoramiento del PF**, **visita de asesoramiento a MNP**, **visita de seguimiento**.

Dos de estas visitas están claramente descritas en el PFCCT. Las otras dos son una creación jurisprudencial, esto es, que surgen de la práctica del SPT y de la interpretación que éste hace, como órgano de tratado del Protocolo. Esta construcción de jurisprudencia es muy significativa en la práctica del SPT como un órgano de tratado de reciente puesta en funcionamiento y como órgano de un tratado de "nueva generación" que tiene que crear permanentemente sus prácticas a partir de la experiencia acumulada, la reflexión interna y la interpretación del PF.

¿Dónde encontrar esta jurisprudencia del SPT? En tanto el SPT no trabaja sobre casos, produce jurisprudencia a través de sus informes y recomendaciones a los Estados partes y a los MNP en los documentos públicos. Por ejemplo, los Informes Anuales o las Directrices Guía y *Self Assesment* que indican cómo deben ser y funcionar los MNP o que avanzan en la conceptualización de prevención.

7.1 | La visita regular

Parte de una idea de que lograr visitas periódicas no anunciadas a los lugares de detención es, en sí misma, una forma de prevención. Y se la concibe como tal ya que abre el lugar de detención a una mirada externa, con capacidad para tomar conocimiento de la situación de malos tratos o tortura o de las condiciones que las hacen posibles. Permite mantener un contacto directo y confidencial con las personas privadas de libertad, en sentido amplio, que son víctimas, potenciales víctimas y/o testigos de la victimización. Y como su característica es que son periódicas y no anunciadas, generan una situación de supervisión o monitoreo que dificulta llevar adelante, ocultar o negar prácticas como la tortura y los malos tratos. En clave más criminológica, funcionan como una manera de disuadir, ante el riesgo cierto de detección de la victimización, la comisión de malos tratos o tortura por parte de los potenciales perpetradores.

Esto sin dudas es así. Pero choca con una realidad que es que, aunque estén previstas en el PF, las chances y posibilidades materiales de que el SPT mantenga una periodicidad en las visitas está sujeta a una serie de limitaciones muy significativas. Desde el 2007, considerando los cuatro tipos de visitas, el SPT realizó 28: veinte visitas regulares, cinco visitas de asesoramiento a MNP, dos visitas de seguimiento, y una visita de asesoramiento de Protocolo Facultativo. Las chances de volver a visitar un país dentro de este formato podría repetirse una vez cada doce años, o más, sobre todo si se mantiene estable el número de ratificaciones que en los últimos dos años, por ejemplo, ha crecido de 63 a 71 Estados partes. Mientras tanto, el número de integrantes del SPT se mantiene en veinticinco y la estructura de apoyo de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU (esto es, la Secretaría del SPT) tiene un número acotado de integrantes con distintas formas de contratación, algunas de extrema flexibilidad. A tal punto esto es una limitante que es frecuente que, para las visitas regulares, se recurra a la participación voluntaria de integrantes de otras áreas de la OACDHNU. En la práctica del SPT, con los distintos modos de visita aquí descriptos, sólo en el caso de cuatro Estados partes el SPT ha realizado una segunda visita.

O sea que en la realidad del SPT, lo que constituye el impacto preventivo de la visita es que no requiere de acuerdo del Estado parte para llevarla

adelante, y que son visitas muy exhaustivas, en términos de identificar tortura, malos tratos y condiciones que los posibilitan.

Actualmente, a fin de año se publica la nómina de los países que van a ser visitados durante el año siguiente, aunque los lugares de detención a visitar se mantienen en confidencialidad hasta el momento de visitarlos. A partir de la experiencia del SPT, hemos comprobado que al hacer público el plan de visitas, en el momento de realizarlas surge de las entrevistas con las personas privadas de libertad los cambios que comienzan a ser llevados adelante por el Estado al saber que va a ser visitado. Se clausuran celdas de aislamiento o castigo, se quitan elementos de fijación utilizados para tortura, se libera a personas cuya pena estaba cumplida pero seguían privadas de libertad, comienzan a separarse adultos de menores de edad, etc. Esto no quiere decir que así se logre encubrir la tortura y los malos tratos o se prevenga su reiteración, pero lo cito a modo de ejemplo de que, ya con el anuncio de la visita, se producen reacciones en los Estados partes y por las autoridades responsables de los lugares de detención.

Dada esta limitación material para lograr una regularidad en las visitas que en sí misma produzcan un impacto preventivo, el PF establece el sistema tripartito con los MNP y los MLP. Los MNP, en tanto integrantes del sistema de prevención en el ámbito nacional, sí están en condiciones de realizar visitas periódicas y no anunciadas propiamente dichas. Y por eso el establecimiento, implementación y puesta en funcionamiento en los Estados partes de los MNP —y la asistencia y supervisión de los mismos por el SPT—, constituye una estrategia central para el Subcomité. El MNP es, en el sistema universal, la “contraparte” del SPT que está en condiciones de asegurar la visita periódica y no anunciada a los lugares de detención. Puede ir cinco veces en una semana al mismo lugar de detención de manera no anunciada si lo considera necesario. Incluso, la proximidad territorial le permite mantener un contacto regular —incluso, cara a cara—, con las personas privadas de libertad, con las organizaciones de la sociedad civil y los gobiernos. Esto permite, por ejemplo, monitorear el cumplimiento de las recomendaciones (del MNP y del SPT), evitar las represalias y asistir de forma colaborativa a los gobiernos, entre otras cosas.

Sobre este tipo de visita, que podríamos decir que es el más “tradicional” en el PF, el SPT ya ha hecho algunas innovaciones o construcciones jurisprudenciales. Si se hace una lectura restrictiva del PF respecto de este

tipo de visita, podría entenderse que sería suficiente para el SPT visitar los lugares de detención de un Estado parte, constatar las situaciones y condiciones referidas a torturas y malos tratos, y luego producir un informe y hacer recomendaciones al Estado parte. Si, en cambio, la visita se interpreta en un sentido más amplio y en concordancia con el mandato del PF —esto es, énfasis en la prevención y construcción colaborativa con el Estado Parte de acciones y estrategias para materializar la prohibición contra la tortura y los malos tratos—, la visita resulta ser algo más que ir a los lugares de detención y tomar contacto con las personas privadas de libertad. Cobra en ese sentido una dimensión mucho más política, en tanto se ocupa de establecer vínculos con el Estado, con las víctimas y/o con la sociedad civil para desarrollar acciones, estrategias y colaborar en el establecimiento de políticas públicas de prevención de la tortura.

Quiero dar algunos ejemplos sobre esta dimensión política de una visita. Ningún Estado parte va a reconocer fácilmente que en sus instituciones se tortura. Tampoco la sistematicidad y extensión de dicha victimización. Entonces, el primer impacto político de una visita es lograr hallazgos que muestren la existencia y extensión de la tortura, la forma en que ocurre, quiénes son las víctimas y quiénes los victimarios, y cuáles son las instituciones que generan impunidad. Puede que, en muchos casos, los hallazgos no “descubran” nada nuevo sino que, por ejemplo, vengan a confirmar lo que víctimas y organizaciones de la sociedad civil ya vienen denunciando, reforzando así la lucha que llevan adelante. Este viene a ser algo así como un primer impacto político de una visita, en tanto dificulta la negación y promueve el reconocimiento público de la existencia y extensión de la tortura y los malos tratos, a la vez que permite establecer quiénes son sus responsables en sentido amplio.

En algunos casos puede ocurrir, por ejemplo, que las más altas autoridades de un gobierno no conozcan fehacientemente —o busquen desconocer— la situación o la extensión de la tortura y los malos tratos en la capilaridad de las instituciones de privación de libertad, policiales, o de salud mental. De hecho, la dinámica de las instituciones permite o facilita este desconocimiento —con o sin comillas— por parte de ministros o presidentes. Pero cuando al concluir una visita la delegación del SPT presenta y comparte con estas autoridades del gobierno los hallazgos obtenidos, ese desconocimiento ya no resulta posible. Y si se insiste en ello, ya se trataría de un caso de negación, lo que nos lleva al supuesto anterior.

En concreto, podemos decir que una visita regular que produzca hallazgos significativos hace que la tortura pierda la posibilidad de, por buena o mala fe, “permanecer negada”. Incluso en casos en los que la existencia de la tortura ya sea un fenómeno expuesto y denunciado por organizaciones de la sociedad civil, defensores públicos y fiscales comprometidos, los hallazgos de un actor externo de las características descritas más arriba, plantean un antes o después en términos de reconocimiento *versus* negación, fortaleciendo y corroborando los hallazgos y denuncia de otros actores. Puesto en otros términos, una vez que el SPT hizo una visita y presentó su informe, se estrecha el margen posible de la negación o desconocimiento de la tortura y los malos tratos.

Para que esto ocurra, la visita tiene una dinámica que garantiza hallazgos que sean lo suficientemente sólidos, fundados y consistentes para que no puedan ser controvertidos por el Estado parte. Esto conlleva no incluir en un informe todo lo que se ha ido detectando sino solamente aquello que, para el SPT, resulta indiscutiblemente acreditado, aquella evidencia que permite identificar patrones de prácticas o condiciones de posibilidad de la tortura. A su vez, esto permite que en las conversaciones posteriores con el Estado parte, el diálogo y la negociación se concentren en las recomendaciones y medidas de prevención y se evite una discusión sobre los hallazgos obtenidos durante la visita.

El otro componente propiamente político de una visita es el de aprovecharla como una oportunidad para poder construir un vínculo con el Estado parte y con la sociedad civil, con el objetivo de cumplir con el mandato del PF de un abordaje colaborativo para la prevención. Aprovechar lo que ocurre durante la visita y tras su conclusión en las interacciones, sobre todo con el Estado y con la sociedad civil, pero también con las víctimas o potenciales víctimas de la tortura.

Es por esto que las visitas regulares comienzan con reuniones de trabajo con autoridades del gobierno del Estado parte del más alto rango, y terminan con una reunión en la que se presentan a dichas autoridades de gobierno los hallazgos preliminares obtenidos durante la visita. También se exploran posibles alternativas de abordaje preventivo. En esta etapa, la delegación a cargo de la visita no realiza recomendaciones propiamente dichas sino que se limita a presentar los principales hallazgos. Dicha información sólo se comparte con el Estado parte, por la obligación de

confidencialidad respecto del informe al Estado parte establecida en el PF, salvo que el Estado invite a otros actores a participar de dicha reunión.

La visita regular, entonces, tiene este plus, este componente adicional que es la oportunidad de construir vínculos cooperativos con el Estado parte y la sociedad civil. Y también la oportunidad de identificar y explorar alternativas, medidas de corto mediano y largo plazo, coyunturales o estructurales, para que las recomendaciones que en el Informe el SPT haga al Estado parte sean precisas, viables, y tengan chances de materializarse. De hecho, una de las múltiples variables que el SPT tiene en cuenta para decidir qué Estado parte visitar es el impacto político que puede tener la visita para la prevención de la tortura. Por ejemplo, si el proceso legislativo de establecimiento del MNP se encuentra obstaculizado, o se ha establecido el MNP pero el Estado no avanza en su adecuada implementación, el impacto de una visita sobre estas situaciones es una variable que se considera, entre varias, a la hora de determinar los Estados a visitar, y la visita puede diseñarse para cumplir complementariamente objetivos de esta naturaleza.

En este sentido, en algunas visitas regulares a Estados partes que ya tienen un MNP en funcionamiento, el SPT ha dedicado parte de la visita a trabajar con el mecanismo, combinando así una visita regular con una de asesoramiento al MNP. A continuación, la forma en la que el SPT describe de manera resumida el desarrollo de una visita regular:

7.1.1. Antes de la visita

El SPT notifica por escrito al Estado parte la realización de la visita y el nombre de los miembros del SPT, los miembros de la Secretaría del SPT y de la OACNUDH que conformarán la delegación. En esa misma notificación se solicita información oficial requerida para la planificación y realización de la visita. Y también, la determinación de un funcionario de gobierno como punto focal o contacto con quien coordinar actividades durante la visita.

7.1.2. Durante la visita

La delegación del SPT desarrolla la visita de acuerdo con el principio de cooperación y mantiene una estricta confidencialidad respecto de su trabajo y los hallazgos. La delegación se reúne con altos funcionarios del gobierno; por lo general, ministros y viceministros de Relaciones Exteriores, Justicia y Seguridad, y otras autoridades responsables de las instituciones policiales, de los sistemas penitenciarios, de salud mental y/o militares.

La realización de estas reuniones se establece antes y durante la visita, a través del punto focal designado por el Estado parte.

Si ya hay uno o varios MNP o MLP establecidos la delegación, también mantiene reuniones con los mismos sobre aspectos de su funcionamiento y su situación. En algunas visitas regulares a países en los que existían MNP establecidos, la delegación realizó actividades propias de una visita de asesoramiento (ver más abajo), combinando así ambos tipos de visita.

En los casos en los que el MNP está en proceso de establecimiento o el SPT ha detectado problemas en su funcionamiento, la delegación lleva adelante reuniones con las autoridades responsables, como el Congreso, para facilitar los consensos necesarios para la aprobación de leyes de creación del MNP, o el Ministro de Economía, si existen restricciones presupuestarias. El SPT entiende que el desarrollo de los MNP es un proceso continuo que requiere de seguimiento y apoyo permanente por parte del Subcomité.

También se mantienen reuniones con altos funcionarios judiciales, como ministros de la Corte Suprema, y con los responsables de los Ministerios Públicos de la Acusación y de la Defensa y de los Institutos Médicos Legales encargados de constatar malos tratos o torturas.

Así como también se reúne con organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil, organizaciones de víctimas, con expertos, informantes clave, y cualquier otra persona o institución que pueda aportar información relevante en relación al mandato del SPT, la delegación visita diversos lugares de detención y mantiene entrevistas confidenciales con las personas privadas de libertad, sus familiares —si fueran días de visita—, y otras personas que trabajan o visitan los lugares de detención. En cualquier caso, la prioridad de la visita son las entrevistas confidenciales con las personas privadas de libertad, siendo el otro tipo de entrevistas solamente complementarias y no necesariamente se realizan en todas las instituciones visitadas.

7.1.3. Al final de la visita

La delegación del SPT mantiene una reunión final con altas autoridades del gobierno con competencias relevantes para el mandato del SPT. En esta reunión el SPT presenta los principales hallazgos y realiza observaciones

preliminares, preservando siempre la confidencialidad respecto de las personas entrevistadas. En esta reunión, además, la delegación busca establecer una discusión confidencial con el gobierno sobre los principales aspectos de la visita y los hallazgos respecto de la situación de las personas privadas de libertad en los lugares de detención visitados, aspectos de políticas públicas o legales vinculados con el mandato del SPT identificados, y la situación del MNP respecto de las obligaciones del Estado parte referidas a su establecimiento y funcionamiento. La reunión es también una oportunidad para que la delegación aborde cuestiones o situaciones que requieren una inmediata acción por parte del Estado, u otras cuestiones legales o institucionales que requieren atención para reforzar las salvaguardas contra la tortura y los malos tratos de las personas privadas de libertad. Es una oportunidad también para que el Estado responda de manera preliminar las cuestiones planteadas por la delegación, y una oportunidad para explorar la factibilidad o dificultad de posibles recomendaciones. Complementariamente a estas reuniones, la delegación busca mantener una reunión con el o la presidente del país, cuando ello resulta posible.

Finalmente, el SPT distribuye un comunicado de prensa escrito, indicando que se ha realizado una visita en el país, con la lista de los miembros del SPT y de apoyo que integraron la delegación. En este comunicado se indican los lugares visitados y las reuniones mantenidas, salvo aquellas que han sido confidenciales.

7.1.4. Con posterioridad a la visita y antes de la aprobación del reporte o informe de la visita

La delegación prepara un informe confidencial y este luego es sometido a revisión y aprobación por todo el SPT. Una vez adoptado, es comunicado a través de la Misión Permanente en Ginebra del Estado parte. Se le requiere al Estado parte que responda las recomendaciones realizadas en el Informe y a cualquier otro requerimiento de información adicional realizado, de acuerdo a un cronograma incluido en la nota de comunicación que se envía junto con el Informe. Este Informe se mantiene confidencial hasta que el Estado parte requiera su publicación, conjuntamente con los comentarios que el Estado parte desee realizar. Con posterioridad a la visita y durante el intercambio que se produce a partir de la transmisión del Informe, el SPT busca profundizar una relación de trabajo cooperativo y productivo con el Estado parte.

7.2 | Las visitas de asesoramiento a MNP

Las llamadas visitas del MNP, establecidas por el artículo 11(b) del PF, son más breves e involucran a una delegación menos numerosa. Durante las mismas, la delegación no hace visitas a lugares de detención sino que acompaña al MNP en sus visitas, observa la metodología de trabajo, analiza la manera en la que se obtiene y se sistematiza la información, dialoga e intercambia experiencias con los integrantes del MNP y realiza asesoramiento o recomendaciones, al Mecanismo y/o al Estado, para fortalecer el trabajo del MNP. Estas visitas son, además, una oportunidad inmejorable para profundizar el conocimiento mutuo y los vínculos cooperativos entre el SPT y los MNP.

Estas visitas le permiten al SPT focalizar en los aspectos legales y el marco de trabajo del MNP y establecer un contacto directo con el MNP y quienes lo integran. También durante este tipo de visitas se realizan reuniones con otras instituciones de gobierno y con individuos y organizaciones de la sociedad civil para recibir mayor información sobre el funcionamiento del MNP y sobre su trabajo y sus prácticas.

Se realizan visitas a lugares de detención acompañando al MNP y se observa el desarrollo de las mismas. Y a partir de las observaciones realizadas se promueve un discusión sobre las visitas entre la delegación y MNP, y se busca brindar asistencia al MNP respecto de la metodología de la visita y de las entrevistas, sobre la realización de los informes y recomendaciones, sobre su seguimiento, sobre el establecimiento y desarrollo de relaciones de cooperación con las autoridades de gobierno.

En definitiva, lo que se busca con la visita es fortalecer al MNP y, consecuentemente, fortalecer la prevención de la tortura y los malos tratos. También intensificar la protección de las personas privadas de libertad en lugares de detención. Es por eso que las **visitas de mecanismo** —como informalmente se las llama en el SPT— están muy orientadas a abordar cuestiones contextuales y específicas en cada caso, con la finalidad de impactar sobre el trabajo del MNP. En estas visitas el SPT busca promover el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al Estado parte respecto de los MNP, y alinear el diseño y las prácticas del MNP con lo establecido en el PF.

En el desarrollo de estas visitas, el SPT recurre a una serie de documentos públicos, cuya lectura recomiendo, como la “Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención”,⁽⁴⁾ “El enfoque del concepto de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”,⁽⁵⁾ y la “Herramienta Analítica de Autoevaluación para MNP”, entre otros. Con posterioridad a la visita, el SPT elabora dos “Informes de visita”. Un informe es para el MNP y otro para el Estado parte. Ambos son confidenciales, salvo que el MNP y el Estado, respectivamente, decidan solicitar la publicación del informe que les fuera remitido. Estos dos informes constituyen la base para desarrollar un dialogo cooperativo permanente tanto con el Estado parte como con el MNP.

7.3 | Las visitas de seguimiento

Las visitas de seguimiento, como su nombre lo indica, se realizan con posterioridad a una visita regular para evaluar de primera mano los desarrollos posteriores a la visita y, predominantemente, para hacer un seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones realizadas así como para colaborar con el Estado en su implementación.

Tal como consta en los documentos públicos del SPT, durante estas visitas la delegación se reúne con autoridades del Estado parte, con el MNP, y con representantes de la sociedad civil. Se vuelven a visitar algunos de los lugares de detención visitados para observar *in situ* la implementación de las medidas de prevención recomendadas y el impacto de las mismas,

(4) SPT, “Directrices relativas a los mecanismos nacionales de prevención”, 12º periodo de sesiones, Ginebra, 15 al 19 de noviembre de 2010, CAT/OP/12/5, [en línea] http://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CBsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww2.ohchr.org%2Fenglish%2Fbodies%2Fcat%2Fopcat%2Fdocs%2FSPT_Guidelines_NPM_sp.doc&ei=Wi00VJCiDPDksATtuoHYAQ&usq=AFQjCNFzZtbZUNGVbIN9TVQVwShI7QR8bQ&bvm=bv.76943099,d.cWc

(5) SPT, “El enfoque del concepto de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes”, 12º periodo de sesiones, Ginebra, 15 al 19 de noviembre de 2010, CAT/OP/12/16, [en línea] http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/opcat/docs/CAT.OP.12.6_sp.doc

prestando particular atención a detectar si han ocurrido represalias con posterioridad a la visita regular.

Luego de la visita se prepara un Informe, que es transmitido al Estado parte y, junto con el Informe de la visita regular y los intercambios anteriores, es un elemento central en el diálogo entre el SPT y el Estado. Al igual que con los demás informes, éste también es confidencial hasta que el Estado Parte solicite su publicación.

7.4 | Las visitas de asesoramiento de Protocolo Facultativo

Más recientemente, y a partir de enfatizar el mandato colaborativo del SPT para la construcción de vínculos con el Estado Parte, el SPT estableció una nueva modalidad de visita, llamada “visita de asesoramiento de Protocolo Facultativo”. Son visitas de no más de un par de días, con una delegación de no más de dos miembros, para establecer reuniones con altos funcionarios del gobierno, en contextos donde una visita regular o de mecanismo no aparecen como las opciones más adecuada. Este es el caso, por ejemplo, de un país que ha ratificado recientemente el PF y resulta útil una visita breve para incidir en los pasos iniciales requeridos, como es la ley que designa al MNP. A la fecha se ha realizado solo una visita de esta naturaleza ya que se trata de una innovación reciente del SPT.

El SPT define este tipo de visita como aquella diseñada “para asistir a los Estado Parte en la implementación plena de sus obligaciones establecidas en el PF. Se trata de visitas breves, dirigidas a reuniones con funcionarios de gobierno del más alto nivel, de los Ministerios relevante, así como también con referentes de organizaciones de la sociedad civil y de otras entidades”.

Combinando todos estos tipos de visitas, en 2014 el SPT ha planificado ocho visitas a Estados partes, algunas de las cuales ya se han concretado, siendo hasta la fecha el programa más ambicioso de visitas. En el año anterior, por ejemplo, se planificaron seis visitas, una de las cuales debió ser postergada. El tipo de visitas también resulta condicionado por el hecho de que el PF es un tratado muy reciente. En este sentido, en los primeros años de funcionamiento del SPT las visitas eran predominantemente regulares

ya que las de seguimiento no eran factibles aún, ni tampoco las de mecanismo. A la vez, como no eran tantos los Estados que habían ratificado el PF, se hicieron visitas de seguimiento con una frecuencia comparativamente mayor que en los últimos años. Por lo que todo lo vinculado a las visitas es una cuestión profundamente dinámica y que requiere un intenso análisis, reflexión, evaluación e innovación para el SPT, en el marco de lo establecido por el PF.

8 | ¿Qué otros criterios se tienen en cuenta para seleccionar los Estados a visitar?

Van variando, pero en general se busca, por ejemplo, mantener un equilibrio regional. El SPT tiene un funcionamiento interno donde algunas cuestiones son abordadas por regiones con integrantes del SPT divididos en Grupos de Trabajo Regionales, y con puntos focales, o sea, integrantes responsables del seguimiento de varios países en cada Grupo Regional y un/a coordinador/a por Grupo Regional. Las regiones en que el SPT organiza internamente el trabajo son África, Américas, Asia-Pacífico y Europa, aunque esta distribución no coincide necesariamente con un criterio puramente geográfico ni cuenta con un número idéntico de Estados signatarios. En este momento los Estados por Grupo Regional son: 13 en África, 14 en las Américas, 8 en Asia Pacífico y 37 en Europa. Teniendo en cuenta esta distribución, se trata de mantener un relativo equilibrio también en la distribución de las visitas y el tipo de visitas a realizar, aunque se trata de un criterio más entre otros tantos. Y es que no todos los países que ratificaron el protocolo facultativo tienen ya MNP designados ni todos los que designaron mecanismos ya los tienen funcionando. Por ejemplo, en las Américas, de catorce países que ratificaron, doce tienen ya MNP designados, pero varios aún están en distintos momentos del proceso de implementación. Por todo esto, la realidad entre grupos regionales y al interior de los grupos es profundamente diversa.

Si bien las visitas se planifican en el SPT con un año de anticipación, la existencia de situaciones críticas es un criterio que el SPT tiene en cuenta. También, como ya mencioné, está la evaluación del impacto de la visita o de su oportunidad en relación al mandato del énfasis en la prevención.

Tratamos también, dentro de lo posible, de no superponer las visitas del SPT con la de otros órganos del sistema universal o de los sistemas regionales de derechos humanos, para trabajar de manera más sistémica. Por ejemplo, si el Relator contra la Tortura de Naciones Unidas tiene planificada una visita o ha realizado una visita, es probable que en esa región el SPT priorice un país que no fue visitado aún o que no fue visitado recientemente. En el contexto del sistema europeo, se intenta coordinar tanto como sea posible y no superponer visitas con el Comité para la Prevención de la Tortura. Básicamente, lo que busca el SPT es complementar esfuerzos entre los distintos órganos y sistemas.

9 | ¿Existen limitaciones al programa de visitas?

La limitación más significativa que tiene el SPT a la hora de planificar el número factible de visitas a realizar está dado por los requerimientos de las propias visitas y la escala o capacidad operativa de la Secretaría del SPT, que es quien da apoyo a las actividades del Subcomité. Cada visita implica una carga de trabajo muy significativa para el SPT y para su Secretaría.

Por ejemplo, una visita regular requiere de entre diez y catorce días de disponibilidad de la delegación. Involucra entre tres a cinco integrantes del Subcomité, cuatro a seis integrantes de la Secretaría o de otras áreas la Oficina de la Alta Comisionada (incluyendo a uno o dos responsables de la seguridad de la delegación), además del personal de apoyo de las oficinas en terreno, como intérpretes —a veces de diversas lenguas—, vehículos y choferes. Conlleva compilar información de fuentes diversas y producir un informe muy detallado sobre el país a visitar. Se requieren, por regulaciones de Naciones Unidas, evaluaciones sobre riesgos/seguridad para el desarrollo de la visita. Es necesario organizar toda la logística de la visita de manera coordinada con oficinas en terreno del sistema de Naciones Unidas, las que a veces ni siquiera tienen base en el país a visitar. También es necesario establecer los contactos con la Misión Permanente y con el Estado parte para coordinar la visita, informar sobre su modalidad, obtener credenciales de ingreso irrestricto y no anunciado a los lugares de detención para toda la delegación, información adicional, visas para la delegación, establecer agendas de reuniones con el gobierno, la sociedad

civil e informantes clave. Identificar y georreferenciar la totalidad de los lugares de detención a visitar o que potencialmente podrían visitarse y obtener información sobre los mismos. Conformar delegaciones con un idioma común. Y una larga lista de cuestiones adicionales. Luego de la visita hay que producir los informes (cuestión que inicialmente está a cargo de la delegación pero que luego es analizada y adoptada por el SPT en su conjunto), sostener el intercambio con el Estado Parte, y realizar un seguimiento de las recomendaciones.

Asimismo, es tan novedosa la dinámica que crea el PF, y la que fue desarrollando el SPT, que en algún sentido el sistema de Naciones Unidas tiene que desarrollarse y fortalecerse para posibilitar el cumplimiento del Tratado. Para decirlo en pocas palabras, es aún una novedad para el sistema que un órgano de tratado tenga 25 miembros que constantemente se están moviendo por el mundo, visitando países, ingresando de manera no anunciada a una amplia diversidad de lugares de detención, tomando contacto con los Estados partes, y estableciendo relaciones cooperativas con los mismos. Es realmente una dinámica no habitual de los órganos de tratado y que requiere aún de muchos ajustes dentro del sistema de Naciones Unidas, en un momento en el que Naciones Unidas no pasa por su mejor etapa en términos de recursos y se encuentra en una revisión de sus prácticas, y en el que expandirse e innovar, en la dirección que propone el PF, plantea desafíos importantes. La escala del propio SPT, y de la Secretaría que le brinda apoyo —esto es, la cantidad y la composición del personal—, son hoy la principal variable, incluso tanto o más significativa que la presupuestaria, a la hora de determinar el número factible de visitas a realizar. Y de ahí la necesidad del SPT de innovar, a partir del mandato del PF, sobre el tipo de visitas a realizar para complementar las visitas regulares, con otras que requieren menor preparación, menos tiempo y menos integrantes y personal de apoyo involucrado, como son las visitas de seguimiento, de mecanismo o de asesoramiento, o incluso la combinación de una visita de mecanismo en el contexto de una visita regular, de manera de cumplir así tanto con el mandato de regularidad de las visitas y de construcción de vínculos cooperativos con un énfasis en la prevención y con el establecimiento y el fortalecimiento de los MNP.

Ante esta situación, de manera complementaria a las visitas oficiales, el SPT aprovecha invitaciones a integrantes del SPT de los Estados partes, organizaciones de la sociedad civil, del propio sistema de Naciones Unidas,

o la participación en seminarios y otras actividades para realizar seguimiento o incidir sobre el cumplimiento de las recomendaciones, trabajar con los MNP o con organizaciones de la sociedad civil. Esto permite ampliar de manera coordinada por el propio órgano de tratado el esquema de las visitas propiamente dichas. Así, el SPT promueve un abordaje colaborativo con los Estados, gobiernos, MNPs y organizaciones de la sociedad civil, dando cumplimiento al mandato del PF de manera creativa ante las limitaciones existentes para aumentar significativamente la cantidad de visitas.

10 | ¿Qué entiende el SPT por énfasis en la prevención?

En primer lugar es conveniente reproducir en su totalidad el documento público respectivo: “El enfoque del concepto de prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura en el marco del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”.

I. Introducción

1. No cabe duda de que los Estados partes en el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (‘el Protocolo Facultativo’) tienen la obligación jurídica de ‘prevenir’ la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El artículo 2, párrafo 1, de la Convención, en la cual también tienen que ser partes todos los Estados que sean partes en el Protocolo Facultativo, dispone que ‘todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción’. El artículo 16, párrafo 1, de la Convención extiende esta obligación al disponer que ‘todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura...’. Como explicó el Comité contra la Tortura en su Observación general N° 2, ‘el párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado a tomar medidas para reforzar la prohibición de la tortura’.⁽⁶⁾ Aunque la obligación de prevenir la tortura y los malos tratos refuerza la prohibición de la tortura, también es una obligación en sí misma y, al no tomar las medidas preventivas adecuadas que estuvieran en su poder, un Estado resultaría internacionalmente responsable por los casos de tortura que se produjeran, en circunstancias en que, de haberlo hecho, el Estado no habría sido considerado responsable.

2. Refiriéndose al artículo 2 de la Convención, la Corte Internacional de Justicia observó que 'el contenido del deber de prevenir varía de un instrumento a otro, según la redacción de las disposiciones pertinentes y según la naturaleza de los actos que se deben prevenir'.^(b) El Comité ha dicho que la obligación de prevenir 'tiene gran alcance'^(c) y ha indicado que el contenido de esa obligación no es estático puesto que 'el concepto y las recomendaciones del Comité respecto de las medidas eficaces están en continua evolución'^(d) y, por lo tanto, no se limitan a las medidas previstas en los artículos 3 a 16.^(e)

3. El Subcomité para la Prevención de la Tortura considera que, como sugieren estas observaciones, no es posible enunciar taxativamente lo que la obligación de prevenir la tortura y los malos tratos supone en abstracto. Por supuesto, se puede y es importante determinar en qué medida un Estado ha cumplido los compromisos jurídicos contraídos en los instrumentos internacionales que tienen un efecto preventivo. Pero aunque es necesario, rara vez será suficiente cumplir la obligación preventiva: es tanto la práctica del Estado como el contenido de sus medidas legislativas, administrativas, judiciales y de otra índole lo que define su determinación de prevenir. Además, la prevención de la tortura y de los malos tratos va más allá del cumplimiento de los compromisos jurídicos. En este sentido, la prevención de la tortura y los malos tratos abarca, o debería abarcar, el mayor número posible de los elementos que en una situación dada pueden contribuir a disminuir la probabilidad o el riesgo de tortura o de malos tratos. Tal enfoque no sólo requiere que se cumplan las obligaciones y normas internacionales pertinentes en la forma y en el fondo, sino también que se preste atención a todos los demás factores relacionados con la experiencia y el trato de las personas privadas de su libertad y que, por su naturaleza, pueden ser propios de cada contexto.

4. Por esta razón, el Protocolo Facultativo procura reforzar la protección de las personas privadas de su libertad, no imponiendo nuevas obligaciones sustantivas de prevención sino contribuyendo a la prevención de la tortura al establecer, a nivel internacional y nacional, un sistema preventivo de visitas periódicas y de preparación de informes y recomendaciones sobre la base de éstas. El objetivo de esos informes y recomendaciones no es sólo lograr el cumplimiento de las obligaciones y normas internacionales, sino también ofrecer asesoramiento y

(a) CAT/C/GC/2, párr. 2.

(b) *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Merits, Judgment of 26th February 2007, párr. 429.

(c) CAT/C/GC/2, párr. 3.

(d) *Ibid.*, párr. 4.

(e) *Ibid.*, párr. 1.

sugerencias prácticas sobre la forma de reducir la probabilidad o el riesgo de tortura o malos tratos, firmemente ancladas en las circunstancias y los hechos observados durante las visitas. En consecuencia, el SPT considera que la mejor manera de contribuir a la prevención consiste en ver cómo cumplir lo mejor posible el mandato que le confiere el Protocolo Facultativo y no en formular sus opiniones sobre qué se entiende o no por prevención como concepto abstracto o como obligación jurídica. Sin embargo, hay una serie de principios básicos que orientan la forma en que el Subcomité encara su mandato de prevención y que considera útil explicitar.

II. Principios orientadores

5. Los principios orientadores son los siguientes:

a. En la prevalencia de la tortura y los malos tratos inciden una gran variedad de factores, como el nivel general de respeto de los derechos humanos y el estado de derecho o los niveles de pobreza, exclusión social, corrupción y discriminación. Si bien no constituye una garantía contra la tortura y los malos tratos, un nivel generalmente alto de respeto de los derechos humanos y el estado de derecho en una sociedad o comunidad ofrece las mejores posibilidades de prevenirlos efectivamente. Por ello, el Subcomité se interesa especialmente en la situación general del país en lo que respecta al disfrute de los derechos humanos y en la forma en que repercute en la situación de las personas privadas de libertad.

b. En su labor, el Subcomité debe tener en cuenta los marcos normativos y de política más amplios relacionados con el tratamiento de las personas privadas de libertad y ponerse en contacto con las autoridades responsables. También debe ocuparse de cómo se ponen en práctica esos marcos a través de los distintos mecanismos institucionales establecidos a tal efecto, su gobernanza y administración y su funcionamiento concreto. Debe adoptarse, pues, un enfoque holístico de la situación basado en la experiencia adquirida en las visitas a lugares de detención concretos, pero no limitado a ella.

c. La prevención supone asegurar que se reconozca y se aplique en la práctica una amplia variedad de salvaguardias de procedimiento que protejan a las personas privadas de libertad. Estas salvaguardias se aplican a todas las etapas de la detención, desde el arresto inicial a la puesta en libertad final. En vista de que su propósito es reducir la posibilidad de tortura o malos tratos, esas salvaguardias son importantes independientemente de que se haya probado la existencia de tortura o malos tratos.

d. Las condiciones de detención no sólo plantean cuestiones de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sino que, en algunas

circunstancias, pueden constituir un medio de tortura si se usan de un modo que quede encuadrado en las disposiciones del artículo 1 de la Convención. Por lo tanto, las recomendaciones relativas a las condiciones de detención tienen una función crítica en la prevención y se refieren a una amplia variedad de cuestiones; entre ellas, las condiciones físicas, el espacio de que disponen los detenidos y las razones que lo determinan, y la existencia de una serie de instalaciones y servicios y la posibilidad de acceder a ellos.

e. Las visitas a los Estados partes y a lugares de detención deben prepararse cuidadosamente teniendo en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los marcos jurídicos y administrativos generales, los derechos sustantivos, y las garantías procesales y de procedimiento relacionadas con la detención y el contexto práctico en que se aplican. La forma en que se realizan las visitas, las cuestiones en que se centran y las recomendaciones que resultan de ellas pueden variar según esos factores y de acuerdo con la situación concreta a fin de lograr el objetivo principal, que es maximizar el potencial de prevención de la visita y sus efectos preventivos.

f. Los informes y recomendaciones serán tanto más eficaces cuanto estén basados en un análisis riguroso y bien fundamentado en los hechos. En los informes sobre las visitas, las recomendaciones del Subcomité tienen que ajustarse específicamente a las situaciones a que se refieren a fin de ofrecer toda la orientación práctica posible. Al formular sus recomendaciones, el Subcomité tiene presente que el número de factores que, de estudiarse, podrían tener un efecto preventivo es muy amplio. Sin embargo, considera que conviene centrarse en lo que, a la luz de la visita al Estado parte y de su experiencia general, parece ser más urgente, pertinente y viable.

g. La existencia de mecanismos internos eficientes de supervisión, incluidos los mecanismos de denuncia, constituye una parte esencial del aparato de prevención. Estos mecanismos asumen diversas formas y funcionan en muchos niveles. Algunos son mecanismos internos de los organismos de que se trata, otros son mecanismos de fiscalización externa dependientes del gobierno y otros son mecanismos de fiscalización totalmente independientes, como los mecanismos nacionales de prevención que deben establecerse de conformidad con las disposiciones del Protocolo Facultativo.

h. Resulta más fácil prevenir la tortura y los malos tratos si el sistema de detención está abierto a examen. Los mecanismos nacionales de prevención, junto con las instituciones nacionales de derechos humanos y las oficinas de los defensores públicos son fundamentales para asegurar que tenga lugar ese examen. La sociedad civil apoya y complementa esta función y contribuye considerablemente a asegurar

la transparencia y la rendición de cuentas vigilando los lugares de detención, observando el tratamiento de los reclusos y proporcionando servicios para atender a sus necesidades. Complementa además este escrutinio la vigilancia judicial. Combinados, el mecanismo nacional de prevención, la sociedad civil y el aparato de vigilancia judicial proporcionan medios esenciales de prevención que se refuerzan mutuamente.

i. La tarea de prevención no admite exclusividad. Se trata de una actividad multifacética e interdisciplinaria que requiere gran variedad de conocimientos y experiencia, por ejemplo, en cuestiones jurídicas, médicas, educacionales, religiosas, políticas, de policía y del sistema penitenciario.

j. Aunque todos los detenidos constituyen un grupo vulnerable, algunos subgrupos lo son particularmente, por ejemplo las mujeres, los jóvenes, los miembros de minorías, los extranjeros, las personas con discapacidad, y las personas con enfermedades o formas de dependencia médicas o psicológicas agudas. Se necesitan especialistas en todos estos factores de vulnerabilidad para reducir las probabilidades de malos tratos.

En esta lógica de pensar la prevención como un fenómeno mucho más amplio, transversal, interinstitucional y multiagencial, se indica que el abordaje preventivo no se puede limitar a la realidad de la prisión o de las personas privadas de libertad. Por ejemplo, si se piensa en las condiciones que posibilitan la tortura, la impunidad es una de ellas. Entonces, terminar con la impunidad es una clara estrategia de prevención. Pero esto implica llevar la mirada a los procesos de detección, investigación y sanción de la tortura y, por ende, al rol que juegan —o no— las administraciones de justicia. Implica preguntarse, por ejemplo, si las tan mentadas reformas judiciales que se propagaron por América Latina impactaron en términos de detectar, visibilizar, reconocer y sancionar la tortura. Y en general, salvo casos aislados, la respuesta es que no, que no produjeron transformaciones significativas en este sentido. Entonces, esta conceptualización más abarcadora de prevención o una mirada más compleja de ese fenómeno particular de victimización que es la tortura, amplía el foco de intervención del SPT.

En una visita, además de realizar la tarea principal que es visitar los lugares de detención y tomar contacto directo con las personas privadas de libertad o que han pasado por esos lugares de detención, se hacen otras

cosas. Por ejemplo, se amplía el rango de actores institucionales con los que el SPT va a interactuar y sobre cuyas prácticas va a indagar, que no se limita a las autoridades responsables de gobernar los lugares de encierro, las instituciones policiales o las políticas de seguridad sino que también se le presta atención a lo que hacen o dejan de hacer los ministerios públicos de la acusación, la defensa pública y los jueces cuando, por ejemplo, un imputado manifiesta que fue torturado o maltratado.

Esto permite salir de una mirada restrictiva que entiende o cree que el PF o la prevención de la tortura se limitan a abordar la situación de las personas privadas de libertad en cárceles, una mirada que obviamente no es la del SPT.

El PF habla de lugares de detención en un sentido muy amplio y abarcador, esto es, lugares o espacios que pueden no presentarse como de detención pero que las personas que allí están no pueden abandonar por su propia voluntad, como por ejemplo los “centros de inmigrantes”. Allí suele alojarse a personas que, sin estar acusados de un delito, se encuentran en una situación de transgresión respecto de las leyes administrativas migratorias. En algunos lugares, estos centros son claramente espacios de detención, con estrictas medidas de seguridad, pero en otros contextos son más ambiguos o más laxos: simplemente alojan a las personas hasta que se resuelva su situación, tiempo hasta el que no pueden salir.

Cuando se “retiene” a una persona en un aeropuerto hasta “clarificar” su situación documental o migratoria, ¿se trata o no de hecho de competencia del SPT? Sí; en tanto haya personas que se encuentran imposibilitadas de abandonar esos lugares —o sea: privadas de su libertad—, esto es competencia del SPT. Cuando se conceptualiza así la competencia y el mandato del SPT, se logra un impacto en la manera en la que se planifica y lleva a cabo una visita. Obliga a pensar problemas o fenómenos específicos que propician la tortura. Doy otro ejemplo: si se conoce que en un país determinado existen protestas sociales, protestas campesinas, medioambientales, de estudiantes, de vendedores ambulantes, gremiales, y que estas protestas a menudo resultan reprimidas de manera muy violenta por la policía, con aprehensiones o detenciones breves pero en las que existen alegaciones de malos tratos y torturas

durante las mismas, este es sin duda un tema de competencia del SPT. Pero salvo que durante una visita ocurra una de estas protestas, difícilmente se encuentren a las víctimas privadas de libertad. No es el preso tradicional condenado o en prisión preventiva por un delito común. No se trata del mismo sector social, tradicionalmente sobrecriminalizado por las políticas de seguridad —varones jóvenes y de sectores populares— que, como resultado de esta sobre-criminalización, está encerrado por períodos largos en las prisiones y que, por ende, puede ser encontrado por uno en una visita a una cárcel o a una dependencia policial. Es infrecuente por ello encontrar a las víctimas o potenciales víctimas de tortura en contextos de protesta encerrados. La tortura y los malos tratos ocurren en el momento de la aprehensión, en la vía pública, durante el traslado en vehículos policiales, o en las horas en que la víctima queda arrestada en una dependencia policial antes de ser puesta en libertad, en la mayoría de los casos sin haber tomado contacto con un juez, un defensor o un fiscal, o sin haber sido examinado por un médico. Entonces, esa privación de libertad que se da en el espacio público, en un vehículo policial o en cualquier otro espacio físico, es un lugar de detención en los términos del PF.

Ahora bien, como decíamos, a estas víctimas no es frecuente encontrarlas en una cárcel, salvo que la criminalización de dichas protestas sea particularmente intensa. Entonces la manera de entrevistarlas es, por ejemplo, estableciendo contactos con organizaciones de derechos humanos, las organizaciones a las que podrían pertenecer las potenciales víctimas —campesinas, medioambientales, de diversidad sexual— y estableciendo reuniones en espacios que garanticen la confidencialidad durante la visita. También relevando causas judiciales. Y todo esto lo hemos hecho en algunas visitas.

Algo similar ocurre, por ejemplo, aprovechando las visitas a una prisión para tomar contacto y entrevistar a familiares de los presos que puedan estar esperando para entrar o salir de una visita. Son personas que por lo general aportan una información extremadamente valiosa sobre cuestiones que ellos mismos sufren, como por ejemplo tratos inhumanos o degradantes durante las requisas. O sobre formas de victimización de sus familiares que las propias víctimas, al ser entrevistadas, pueden no relatar por temor a represalias o por que la victimización ha sido naturalizada en el contexto carcelario.

Otro foco particularmente relevante en América Latina es el vínculo entre políticas de seguridad, populismo punitivo, y la tortura y los malos tratos. El SPT no tiene un mandato que le permita analizar una política criminal, cuya determinación es soberanía del Estado parte; no podemos decirle a un Estado: “¡su política criminal es punitiva y no nos gusta!”. Pero si encontramos que una determinada política criminal está produciendo un aumento significativo de las poblaciones penitenciarias, que se recurre a la utilización de dependencias policiales para privar de la libertad incluso a condenados, que se agravan las situaciones de hacinamiento, que se debilitan las condiciones de las salvaguardas mediante presiones a jueces, fiscales y defensores, que se obstaculiza el debido proceso o que derechos como la progresividad de la pena no se aplican por considerarse impopulares, que la prisión preventiva se vuelve la regla, se intensifica el autogobierno en los lugares de detención, aumenta la violencia y la corrupción, y que esto genera condiciones que en sí mismas pueden constituir un trato cruel, inhumano y degradante, constituir malos tratos o facilitar la tortura, obstaculizar su detección y su sanción, entonces ahí sí el SPT tiene competencia. Y puede hacer recomendaciones de política criminal con el objetivo de prevenir la tortura.

Entonces, si uno sistematiza los informes que ya son públicos en América Latina —hallazgos de tortura y malos tratos, condiciones materiales de detención, hacinamiento y sobrepoblación, servicios de salud, alimentación, contactos con el exterior, ausencia de reconocimientos médicos, sanciones arbitrarias, autogobierno, corrupción, problemas en los registros, restricciones a los beneficios penitenciarios, salvaguardas, rol de jueces, fiscales y defensores, situación particular de las mujeres, legislación, represalias, entre otras cuestiones— puede encontrar cosas en común, con especificidades y variaciones, vinculadas a los fenómenos del delito y su control; esto es, a las políticas de seguridad, a las políticas de prevención y control del delito, a las reformas policiales y penitenciarias, a repensar el resultado poco satisfactorio en términos de mejorar las salvaguardas y prevenir la tortura de las reformas de la administración de justicia penal que se han replicado en muchos países de la región.

Personalmente considero —y no soy el único— que, al menos en la región, el SPT debe complejizar aún más tanto el análisis como las recomendaciones en materia de política criminal en sentido amplio.

II | ¿Cómo hace el SPT para entrevistar a las personas privadas de libertad, para construir un vínculo de confianza y lograr la confidencialidad?

La visita a los lugares de detención, pero sobre todo el contacto directo, voluntario y confidencial con las personas privadas de libertad, con las que son, han sido o pueden ser víctimas, es central en el trabajo del SPT y de los MNP. Sin ese contacto directo las posibilidades de lograr hallazgos sería muy limitada e incluso sería muy limitada la posibilidad de comprender la especificidad del fenómeno de la tortura y los malos tratos.

Sin embargo, antes de avanzar con esta cuestión, conviene explicar con algo más de detalle el trabajo previo a una visita para contar con la mayor información posible, saber cuáles son los problemas específicos, qué lugares de detención priorizar y cuáles son las cuestiones que se vinculan a la tortura, como el control de la narcocriminalidad, situaciones vinculadas a migrantes, a protestas sociales, a grupos de diversidad social o a indígenas, entre otros.

Desde febrero de 2013, en el SPT hemos cambiado la antelación con que decidimos, planificamos y preparamos las visitas. Y hemos establecido que dentro de lo posible debemos tener dos sesiones previas a la visita para poder planificarla mejor. En la sesión de junio decidimos los países a visitar el año siguiente y qué tipo de visita haremos en cada uno. Eso se mantiene en confidencialidad. En la sesión de noviembre publicamos la lista de países y, posteriormente, las fechas en que se realizarán las visitas.

Esta nueva modalidad de trabajo nos está permitiendo una mejor planificación previa de las visitas. Porque ya desde junio sabemos qué Estados vamos a visitar y qué tipo de visita vamos a realizar en cada uno y es posible ir definiendo quiénes integramos cada delegación. Esto nos permite trabajar con mayor margen —en algunos casos, con hasta tres sesiones de antelación las visitas—, y con más detalle el “Informe o Resumen País” (que son confidenciales). Este resumen incluye la situación del país en términos de derechos humanos, situación de las personas privadas de libertad, lugares de detención y tortura, legislación, organización

institucional, actores de la sociedad civil. También si han sido visitados o existen recomendaciones o resoluciones de otros órganos de tratado, tanto de comités regionales, informes de relatores especiales —sobre todo del Relator Especial sobre la Tortura—, como sentencias, observaciones y compromisos asumidos en el Examen Periódico Universal.

Este mayor plazo nos permite establecer vínculos directos con organizaciones de la sociedad civil, con organizaciones de víctimas, con informantes clave, con académicos o investigadores universitarios. A su vez, permite que las organizaciones de la sociedad civil nos presenten informes, en algunos casos extremadamente completos, sustanciosos y detallados de la situación en el país. Nos permite, a través del análisis previo de esos informes, realizar consultas y averiguaciones adicionales, definir cuestiones vinculadas a la tortura con especificidad temática y regional dentro de un país o establecer vínculos con actores clave, pactar reuniones durante la visita, así como vincularnos con víctimas o personas a entrevistar que no están privados de libertad, actores a quienes no podríamos llegar si solamente nos limitáramos a visitar cárceles.

Ya he dado algunos ejemplos de esto antes pero puedo sumar alguno más: los malos tratos y torturas vinculadas a cuestiones de diversidad sexual o que impactan de manera diferencial por la condición LGBTI. Sin lugar a dudas, visitando lugares de detención, el SPT encuentra problemas específicos vinculados a diversidad sexual en cárceles. Pero en la gran mayoría de los casos también existen malos tratos o torturas vinculados a hostigamiento policial en la vía pública, como arrestos o detención arbitrarios no registrados y muy breves. Para tomar conocimiento de estas situaciones es esencial poder identificar a los grupos victimizados y, si las hubiera, a las organizaciones que eventualmente abordan estas temáticas, tanto como establecer contactos y pactar reuniones de manera previa ya que se trata de situaciones que muchas veces exceden a la de la privación de la libertad entendida en un sentido tradicional, en una cárcel o en una dependencia policial.

Obviamente, toda esta información previa que podemos recibir, o la que recibimos del propio Estado o de la sociedad civil durante la visita, va a ser sometida a corroboración. Obviamente, muchas veces no podemos corroborar toda la información recibida pero sí, en términos de hallazgos, podemos decir “recibimos tal y tal alegación de organizaciones de la

sociedad civil y durante nuestra visita a tal o cual institución dicha alegación resultó confirmada, a través de las entrevistas con las personas privadas de libertad y el análisis de tal o cual registro". El grado de información de que dispone la sociedad civil es muy diverso, y si en un país se niega el acceso a los lugares de detención a las organizaciones, el conocimiento que van a tener de los problemas en una cárcel va a ser más limitado.

Pero volviendo a la pregunta inicial sobre entrevistas a personas privadas de su libertad, más allá de toda esta información y contactos que son claves, lo que es central son las entrevistas confidenciales con las personas en los lugares de detención. No existe nada comparable en términos de información a los relatos de las propias víctimas, quienes sufren directamente las condiciones de detención y la vida en esos lugares, o de quienes, quizás no siendo víctimas, son, por el lugar en que se encuentran, testigos de la victimización de otras personas. Y por este contacto directo es que sobre cualquier otra cuestión, el SPT privilegia las visitas para lograr hallazgos válidos, fiables y consistentes, sin los cual es imposible realizar recomendaciones. Lo mismo es aplicable a los MNP y a los MLP.

Esto requiere una estrategia, una metodología de trabajo, experiencia, habilidad y creatividad por parte de quienes integramos una delegación para hacer posible el vínculo con las personas a entrevistar. Debe garantizarse, la mayoría de las veces en contextos muy complejos e inapropiados, la confidencialidad y las condiciones que minimicen el riesgo de represalias y construir un vínculo de confianza de manera muy rápida —para dar una idea, en una institución grande podemos llegar a estar un día o dos, pero en una más pequeña, una mañana o tan solo unas horas—. Para lograrlo, lo primero es ingresar solos a los lugares de detención, a celdas y/o pabellones, y que el personal de la institución se quede afuera y sin posibilidad de ver nuestros desplazamientos. Para ello, establecemos acuerdos y solicitamos la conformidad de las personas privadas de libertad para ingresar, para recorrer con ellos o solos los distintos espacios, para mantener entrevistas grupales y, sobre todo, individuales.

Esto requiere, en primer lugar, establecer un acuerdo con las autoridades del lugar de detención —quienes probablemente van a alegar que es riesgoso—, y explicarles que tenemos rutinas de trabajo, que la confidencialidad es prioritaria y que asumimos la responsabilidad respecto de las decisiones que como delegación tomamos.

Aunque tenemos rutinas y procedimientos de seguridad, lo más frecuente es que el responsable de seguridad de la OACNUDH y el jefe de la delegación o responsable del grupo ingresen primero, informen quiénes somos, de qué se trata la visita, lo que vamos a hacer, y se acuerde una forma de trabajo. Se explica que el contacto es confidencial, a tal punto que no necesitamos que las personas que entrevistemos siquiera nos digan su nombre si no lo desean, y que la entrevista es voluntaria. Cualquier persona puede negarse a hablar, y de ser entrevistada, decidir libremente qué relatar y qué no. Una vez establecidos estos acuerdos, identificamos los espacios disponibles y la modalidad en que vamos a llevar adelante las entrevistas, y entonces ingresa el resto de la delegación. Todo miembro de la delegación lleva un chaleco de Naciones Unidas y un equipo de comunicación que lo mantiene en contacto con el resto de los integrantes.

Lo que se busca es maximizar las posibilidades de entrevista individual. Y entrevistar a la mayor cantidad posible de personas, incluso como una estrategia para evitar que informantes —que siempre puede haber entre las personas privadas de libertad—, reporten a las autoridades quiénes fueron las personas entrevistadas. Frecuentemente, solemos plantear este problema con las propias personas privadas de libertad, y les solicitamos nos ayuden a lograr la mayor confidencialidad posible, tanto respecto del personal de la institución como respecto de potenciales informantes entre las personas privadas de libertad.

Obviamente, las características de las personas de las privadas de libertad cambian significativamente de lugar en lugar, y según el tipo de instituciones. No es lo mismo trabajar en lugares de detención con autogobierno y corrupción intensa que en lugares donde estos fenómenos no están tan presentes. A veces, la confidencialidad no es posible porque se trata de pabellones superpoblados sin lugares individuales, y si no existen espacios fuera del pabellón que queden fuera de la vista del personal de la institución, sacarlos del pabellón puede producir mayor vulnerabilidad a represalias. En esos casos, es común que uno de los integrantes de la delegación realice una conversación abierta y grupal, reuniendo a un grupo numeroso de internos, mientras los demás integrantes de la delegación realizan entrevistas individuales apartándose del grupo en distintos lugares del pabellón. Otra estrategia suele ser que, quienes realizamos las entrevistas, propongamos a quienes pueden ser interlocutores válidos en cada contexto, según criterios diversos como los que llevan más tiempo,

los que recién llegan, los que tienen sentencia o están en prisión preventiva, por ejemplo. Esta es una manera de minimizar la exposición de las personas privadas de libertad a las represalias por el solo hecho de haberse ofrecido a ser entrevistadas.

La experiencia de haber estado ya en dos visitas regulares —una a Nicaragua como jefe de la delegación, y otra a Perú, como responsable de uno de los dos grupos en que se dividió la delegación—, es que, conformando una delegación que reduzca las dificultades de comunicación por el idioma —en América Latina resulta factible conformar delegaciones sin necesidad de traductores, salvo para lugares de detención donde es necesario garantizar la presencia de intérpretes de lenguas indígenas—, con una buena preparación previa de la visita, adaptando adecuadamente la metodología en cada lugar de detención y dada la experiencia que tenemos los integrantes del SPT, en casi la totalidad de los casos se logra una interacción buena en las entrevistas y se producen hallazgos significativos y precisos a partir de ellas. Esto ocurre tanto en los lugares de detención como en las entrevistas pautadas fuera de estos espacios con víctimas de distintas formas de malos tratos, sus familiares, o de las organizaciones que los representan.

Hay otro elemento en la que creo que coincidimos todos los que hemos trabajado dentro y fuera de espacios de detención, con víctimas de malos tratos y tortura, o sectores sociales sobre-criminalizados: que existe también una gran habilidad y experiencia de estas personas para saber (o intuir) quién es quién, con quienes se puede hablar y con quienes no. Y allí se establece un vínculo que permite realizar exitosamente las entrevistas.

12 | ¿Utilizan algún instrumento estandarizado o cuestionario estructurado para las entrevistas?

No tenemos un instrumento de entrevista. Y diría que la mayoría de los que integramos el SPT no lo vemos como algo útil. Lo que sí tenemos, y en cada visita acordamos entre los integrantes de la delegación, son las dimensiones de la entrevista, las cuestiones que queremos cubrir y que están basadas en la información previa. Estas dimensiones se van corroborando o modificando al final de cada día de visita cuando la delegación

se reúne y comparte los hallazgos del día. Por ejemplo, cuando empiezan a aparecer alegaciones reiteradas y consistentes, esa información empieza a convertirse en un potencial hallazgo y la delegación lo va a integrar y va a indagar en las futuras entrevistas para ver si se va corroborando.

Es que no relevamos casos, sino que el objetivo es poder, a través de alegaciones consistentes, reiteradas y sistemáticas, identificar patrones de prácticas y vincularlos a cuestiones sistémicas que puedan, posteriormente, permitir recomendaciones dirigidas a la prevención de la tortura. Esto obliga a tener mucha flexibilidad en la manera que se llevan adelante las entrevistas. Y también a dividir, a veces hacia el interior de la delegación, el foco de las entrevistas. Por ejemplo, si una de las cuestiones a relevar es la atención de la salud de las personas en lugares de detención, hay que diseñar dimensiones específicas para esto que no van a ser necesariamente las mismas, aunque tengan puntos de contacto, si uno está analizando malos tratos policiales en el momento del arresto en una protesta. Y estas dimensiones, tanto las específicas como las más generales, se van afinando a partir de los hallazgos que vamos obteniendo.

Personalmente, soy muy crítico de la utilización de entrevistas estructuradas o, peor aún, del intento de realizar encuestas en los lugares de detención. La encuesta es un instrumento con grandes limitaciones pero que tiene sentido si uno busca entender un fenómeno de escala. Hace décadas ya que sabemos que, incluso en las encuestas de victimización sobre una ciudad, se sub-representan algunos delitos o victimizaciones, y que, por ejemplo, existen sesgos o distorsiones según el nivel socioeconómico de las personas entrevistadas y según tipo de victimización. Entonces, ¿qué sentido tiene realizarlas en lugares de detención donde estos sesgos y distorsiones resultan aún más pronunciados, o en los que un abordaje cualitativo no sólo es posible sino que es esencial para establecer empatía con la persona entrevistada, y para poder conversar sobre cuestiones que son traumáticas e incluso riesgosas de relatar?

La encuesta, ya lo sabemos, es un instrumento cómodo, expeditivo y "tercerizable" para quien conduce una investigación, que le sirve para dar una pátina de "cientificidad" a la información. Mi experiencia concreta, además, es que la encuesta o la entrevista estructurada es un dispositivo de distorsión, sobre todo porque sub-registra, o dicho más claramente, encubre la tortura. De hecho, actualmente estoy escribiendo sobre una experiencia

en la que tuve la oportunidad, como observador participante, de contrastar los resultados del cuestionario de una entrevista estructurada con otro de una entrevista abierta, basada en dimensiones pero jamás limitada a éstas, como la que realizamos en el SPT. Y yo mismo quedé sorprendido por el efecto de sub-registro o encubrimiento de la victimización en los lugares de detención. Lo que tuve la posibilidad de observar y corroborar fue que la entrevista estructurada —o el cuestionario de una encuesta— no solo dificulta que la persona entrevistada relate su propia victimización sino que, en tanto suelen estar diseñadas para relevar la victimización sufrida por el/la entrevistado/a en persona y en el lugar de detención que se está visitando, dificultan o impiden el relato de la victimización de otras personas ocurridas en otros lugares, la identificación de los perpetradores, los lugares donde la tortura ocurre y dónde se ocultan los objetos de tortura.

La metodología de trabajar con dimensiones y entrevistas no estructuradas resulta, además, la más apropiada para el SPT y para los MNP porque permite reunir y sistematizar información a partir de estilos de entrevistas y entrevistadores que pueden ser muy diversos. Es que en el SPT o en un MNP es esperable que, por la diversidad de experiencias, recorridos y formaciones profesionales, quienes integran estos órganos tengan también estilos diversos de realizar entrevistas, y se sientan más cómodos trabajando algunas dimensiones en lugar de otras, o tengan mayor o menor facilidad para entrevistar distintos grupos de víctimas o potenciales víctimas. Por eso se pueden realizar acuerdos sobre las dimensiones y su distribución entre entrevistadores si esto fuera necesario, y permitir cierta diversidad y flexibilidad en cómo se establece empatía y confianza en el marco de una entrevista y cómo se lleva adelante esta entrevista. Para conocer cuáles son los principales ejes partir de los cuales construimos las dimensiones principales, basta por ejemplo con analizar, por regiones, la manera en que están organizados los hallazgos en los informes de las visitas que se han hecho públicos, disponibles en la web del SPT.

Para ilustrar más aún este proceso, podemos decir que comenzamos con dimensiones generales que tienen que ver con el mandato del PF. Estas dimensiones, a su vez, se van afinando al vincularlas con una región o el país a visitar. Luego se van haciendo aún más específicas a medida que se avanza en la preparación del informe país, y mucho más concretas al comienzo de la visita, a partir de la información que vamos recibiendo de las organizaciones de la sociedad civil y de los funcionarios de gobierno que

vamos entrevistando. Por ejemplo, si una organización nos indica cierta modalidad de tortura en la detención o en los traslados, esa alegación se convierte una dimensión al momento de las entrevistas con las personas privadas de libertad y a la hora de analizar los registros documentales. Si un funcionario de gobierno nos indica que en tal penal están llevando adelante un programa nuevo de capacitación laboral para los detenidos, esto es algo sobre lo que vamos a indagar en mucho detalle para corroborar o no esto que también es tomado como una alegación. Y luego, en la discusión diaria, luego de las visitas a los lugares de detención, en la puesta en común del resultado de las observaciones y entrevistas, se van afinando aún más las dimensiones, las alegaciones cuya indagación debemos profundizar, y las cuestiones que van convirtiéndose en hallazgos.

Por eso son tan agotadoras las visitas regulares para una delegación. El día comienza con la planificación de las vistas, se realizan las visitas a los lugares de detención, y luego de concluir las se comparte la información, se reorganizan las entrevistas del día siguiente, y se mantiene o se innova sobre los lugares a visitar. A su vez, puede ocurrir que la saturación de información respecto de una cuestión nos permita ya dejar de indagarla porque ha sido ampliamente corroborada, o que modifiquemos el plan de instituciones a visitar y ya no visitemos algunas e incluyamos otras no planificadas. Uno puede llegar a un país habiendo decidido visitar once de sus dieciséis penales, con un criterio de representatividad territorial y de tipo de población criminalizada, y luego de la octava visita, se llega a la conclusión de que ya ha habido hallazgos muy sólidos sobre los penales pero que se ha encontrado cuestiones no identificadas previamente o bien oportunidades de acceso a información muy relevante en otros espacios de detención, como en las alcaidías judiciales, donde se encuentran personas recién detenidas con signos de tortura y malos tratos, y personas que han sido trasladadas por un comparendo judicial y que en ese espacio pueden hablar con menor riesgo de lo que les ocurre en el penal del que han sido trasladados, o con situaciones donde acaba de ocurrir la interacción con jueces, fiscales y defensores.

Al mismo tiempo, se mantiene la incidencia y los contactos con el gobierno, los que también pueden ir modificándose a partir de los hallazgos; se analizan y comparten las notas de campo y comienzan a prepararse los borradores de las observaciones preliminares para presentar al gobierno al final de la visita. En definitiva, todo esto no sería posible si la delegación llegara a una visita con una entrevista estructurada o una encuesta. Estaría todo el tiempo sub-registrando y en definitiva encubriendo la tortura y los malos tratos.

13 | ¿Cuál es tu estilo de entrevista?

En cada entrevista me presento y nuevamente explico, brevemente pero asegurándome que el entrevistado lo comprenda, qué es el SPT, qué estamos haciendo en el país, qué en ese lugar de detención en concreto, y qué vamos a hacer con la información. Aclaro que no trabajamos cada caso concreto y que la información la vamos a utilizar para construir un informe y para hacerle recomendaciones al Estado, y que vamos a incidir de manera colaborativa para impulsar acciones para prevenir la tortura. Luego le reitero que la entrevista es voluntaria, por lo que puede interrumpirla en cualquier momento, y que no está obligado a contar nada que no desee. Que es una entrevista confidencial y que ni siquiera necesito conocer el nombre de la persona que entrevisto. Que nos preocupan las represalias, por lo que explicamos qué es lo que podemos hacer, a quién contactar si ocurren, y la manera en la que garantizamos la confidencialidad, hasta evitando en los informes que puedan identificarse genéricamente lo que las personas entrevistadas nos han relatado de una institución en particular. Si bien hacemos esto conversando grupalmente con las personas privadas de libertad, al entrar a un lugar de detención lo vuelvo a repetir en cada entrevista. Y luego pido permiso para tomar algunas notas breves y me encargo de que la persona entrevistada pueda incluso ver qué es lo que anoto, por ejemplo, que a la entrevista la identifico con un número y no con el nombre, si es que me lo han dicho, a pesar de haber indicado que no necesito saberlo.

Luego voy haciendo preguntas para posibilitar un relato cronológico: cómo fue que fue detenido/a, en qué circunstancias, qué paso en el momento del arresto o detención, qué paso en el primer lugar al que llegó privado/a de libertad, si fue interrogado/a y por quién, si fue revisado/a por un médico, cómo fue el contacto con defensores, fiscales o jueces. Con esto busco posibilitar un relato de lo ocurrido en un lugar distinto al lugar en que esa persona se encuentra en ese momento, y poder hablar, de haber ocurrido, de los malos tratos o torturas cometidos por autoridades distintas a las responsables del lugar en que se encuentran. Es más factible que si el entrevistado está en un penal o en un instituto de adolescentes, cuente con más detalle los malos tratos recibidos o las prácticas frecuentes de la policía en tanto ya no se está bajo custodia policial.

En todos los momentos de la entrevista suelo preguntar no sólo por lo que le ocurrió y cómo fue el trato recibido por la persona entrevistada, sino qué vio de lo que le pasaba a otros. Por ejemplo, si cuenta que al llegar al lugar de detención lo trataron correctamente, pregunto: "¿Y esto siempre es así?"; "en el tiempo que estuviste allí, ¿viste la misma forma de 'trato correcto' con todos los detenidos o diferencias entre unos y otros?"; "cuando decís que el trato fue correcto, ¿a qué te referís concretamente, o que sería un trato incorrecto?". La idea es que la entrevista avance así, cronológicamente, hasta llegar a hablar del lugar en el que en ese momento el entrevistado se encuentra, comenzando con preguntas sobre cómo fueron las cosas cuando ingresó, cosa que puede ser reciente o haber ocurrido hace muchos años. Y en cada instancia, la idea es hacer preguntas vinculadas a las dimensiones relevantes para cada fase de la privación de la libertad. Obviamente, si este orden cronológico resulta alterado por el relato de la persona entrevistada, sigo el relato, y en algún otro momento busco, a veces, retomar las "fases" que han ido quedando pendientes, pero siempre dejando que el relato fluya. Y si hago estas preguntas, es para profundizar cuestiones de las dimensiones que uno tiene siempre presentes y que aparecen de forma no necesariamente ordenada en un relato.

Por otra parte, es sabido que distintas formas de violencia o malos tratos pueden ser naturalizados. O en un contexto donde las golpizas son frecuentes, es poco probable que la persona entrevistada le de relevancia a cuestiones como el abuso verbal o las amenazas. Preguntar sobre la convivencia cotidiana permite, por ejemplo, que surjan relatos vinculados a la corrupción o al autogobierno, que pueden estar muy naturalizados. O preguntas sobre la diferencia de trato entre un funcionario penitenciario u otro, posibilita el relato de los malos tratos recibidos por parte de unos y no de otros. Preguntar cómo está de salud y si ha sufrido alguna enfermedad permite indagar sobre el acceso a la salud de la persona entrevistada o de otros. Por ejemplo, qué ocurre ante emergencias de salud que haya presenciado.

En general, las situaciones de violencia son tan frecuentes, la victimización tan seria, y la poca atención que la víctima recibe tan extendida que una vez que se va estableciendo un vínculo de confianza y empatía en la entrevista, y que se garantiza la confidencialidad, cuando la persona entrevistada va advirtiendo que quien lo entrevista tiene mucho conocimiento de lo que ocurre, se da una situación donde esta persona puede relatar algo que, en algún sentido, necesita contar y que va a ser tenido en cuenta.

Cuando en los relatos aparecen los malos tratos sufridos por las personas entrevistadas o por otros, lo habitual es profundizar en la modalidad, en la dinámica, en los lugares y, si es posible, en quiénes son los perpetradores. No es infrecuente que incluso nos identifiquen los lugares donde ocurren estas violaciones y donde se esconden los instrumentos utilizados. Esto nos ha permitido luego, haciendo una inspección de oficinas, cuartos de interrogatorios y otras dependencias, encontrar los objetos de tortura, siempre haciendo que ese hallazgo parezca casual, esto es, resultado de una inspección rutinaria y no dirigido por la información que recibimos en las entrevistas. En los casos donde vemos o nos han relatado que el riesgo de represalias es serio, ni siquiera realizamos preguntas a las autoridades del lugar sobre los objetos hallados, ya que nos basta haberlos encontrado para que las alegaciones recibidas sean consideradas como veraces y consistentes. A su turno, ese hallazgo de elementos de tortura luego se incluye en las observaciones preliminares y en el Informe, sin necesidad de exponer a represalias a los entrevistados o a represalias colectivas a todo un pabellón, por ejemplo.

Evitar las represalias, las que desgraciadamente son frecuentes, es una prioridad durante las visitas. Y es un tema de gran preocupación en el sistema de Naciones Unidas. Lo es también en el caso del SPT, y es, en algún sentido, bastante singular. El sistema universal tiene experiencia de lidiar con los casos de represalias a los defensores de derechos humanos, o sea, a aquellos que llevan los casos a Naciones Unidas, ya que no es frecuente que las víctimas mismas —aunque a veces ocurre— lleguen a Ginebra. En el caso del SPT, que sistemáticamente visita países y toma contacto directo con las personas en los lugares de detención, la cuestión de las represalias tiene como singularidad que las personas son extremadamente más vulnerables y la prevención de las represalias es mucho más compleja. Por eso priorizamos internamente el desarrollo de una *expertise* para abordar esta cuestión. Y esto es una cuestión central que también impacta en la manera en la que conducimos las entrevistas.

Hasta aquí, entonces, algunos de los aspectos del trabajo del SPT y del Protocolo Facultativo. Como indiqué al principio, tanto en la página web del SPT como en la de la APT, existe una gran cantidad de documentos, informes, artículos y libros cuya lectura recomiendo aquellas personas interesadas en profundizar conocimientos ligados tanto al tratado como al funcionamiento de su órgano, el SPT.

Migraciones y derechos humanos

El rol del Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de Naciones Unidas. Desafíos y oportunidades en un escenario complejo

por **PABLO CERIANI CERNADAS**⁽¹⁾

I | Introducción. Migrantes, derechos en riesgo

La temática de las migraciones en la actualidad se encuentra en un lugar importante de la agenda pública de numerosos actores internacionales y de varios países en diferentes regiones. En el contexto de la Unión Europea (UE), Norte y Centroamérica, por ejemplo, los Estados, instituciones sociales y académicas, partidos políticos, medios de comunicación, así como diferentes organismos internacionales (ONU, OEA, Comisión y

(1) Abogado (UBA). Doctorando en Derechos Humanos (Universidad de Valencia). Magister en Migraciones Internacionales (Universidad Europea de Madrid). Coordinador del Programa de Migración y Asilo (Centro de Justicia y Derechos Humanos - UNLa). Integrante del Comité de Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Migrantes y sus Familiares (2014-2017). Profesor de Migraciones y Derechos Humanos en la Carrera de Abogacía (UBA), la Maestría en Derechos Humanos (UNLa), la Maestría en Políticas Migratorias Internacionales (UNTrEF), y la Maestría en Derechos Humanos y Democratización (UNSaM).

Parlamento de la UE, etc.), la cuestión migratoria ha ido ocupando un espacio cada vez más relevante, sin perjuicio de las diferentes tendencias, opiniones, intereses u objetivos de cada uno de ellos.

En este escenario, una de las notas características acerca de la situación de las personas migrantes, en la amplia mayoría de los países por los cuales transitan, buscan ingresar o residen, es la amplitud, diversidad y complejidad —sino, gravedad— de los abusos a sus derechos humanos de los cuales son objeto. La vulneración de derechos humanos a los y las migrantes y sus familiares ha llegado a un punto, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, que algunos han recurrido a conceptos como *apartheid*⁽²⁾ o a un estado de sitio permanente.⁽³⁾

En efecto, estamos ante un tema en el cual, en las últimas dos décadas, se han experimentado algunas de las prácticas, políticas y normativas más claramente regresivas en materia de derechos humanos. Las respuestas que muchos países han dado a un fenómeno estructural, complejo, multi-dimensional como la migración, no solo han sido considerablemente limitadas (en términos de invisibilizar esa complejidad), sino que también han estado marcadas por un enfoque restrictivo, discriminatorio, securitario, sino directamente criminalizador.

Como consecuencia de ello, algunos estándares mínimamente básicos en materia de derechos humanos no son aplicados cuando se trata de personas que son extranjeras o que no tienen un determinado permiso de ingreso o residencia en el territorio en el cual habitan o por el cual están transitando. A modo de ejemplo, la extensión de la privación de la libertad de migrantes en razón de su estatus migratorio (es decir, una mera infracción administrativa), muchas veces, sin siquiera un procedimiento reglado ni una orden de detención, simboliza esta tendencia regresiva. En algunos países, una garantía procesal desarrollada hace siglos, como es el *habeas corpus*, no es aplicable o es rechazada por tribunales de justicia cuando se trata de impugnar la detención de personas migrantes.

(2) BALIBAR, ÉTIENNE, *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?*, Madrid, Tecnos, 2003.

(3) LOCHAK, DANIELE, *Face aux migrants: état de droit ou état de siège?*, París, Textuel, 2007; CERIANI CERNADAS, PABLO, GÓMEZ SALAS, ANA y HERNÁNDEZ BOLOGNA, AGOSTINA, "¿Estado de derecho o estado de excepción? La detención de migrantes en Estados Unidos según el Informe de la CIDH", en *Revista Derechos Humanos*, año II, n° 2, Bs. As., Infojus, 2013, pp. 131/ 165.

Las deportaciones como respuesta prioritaria a la migración irregular, aun si ello supone la separación de familias o si la decisión se dicta en un procedimiento carente de garantías básicas, es otra cuestión que da cuenta de los problemas existentes para millones de personas que salen de su país debido a situaciones de violencia (social, institucional, doméstica, de género, étnica, etc.), pobreza, exclusión social, discriminación, etc. De igual manera, los y las migrantes se enfrentan a prácticas que de manera generalizada les deniegan el acceso a la justicia, a mecanismos de control en diferentes ámbitos de la vida cotidiana (hospitales, escuelas, transportes, lugares de trabajo), así como a restricciones a derechos sociales fundamentales como la salud o la educación.

La gravedad de estas situaciones es particularmente preocupante no solo por las afectaciones en sí a los derechos por parte de esas prácticas normativas o políticas. Asistimos también a la elaboración de una serie de argumentaciones que buscan, desde diferentes perspectivas, suscitar un trato distinto entre nacionales y extranjeros, así como entre distintas categorías de migrantes según su situación administrativa o tipo de residencia. Pero no se trata únicamente de promover un tratamiento diferenciado sino también de denegar a un grupo de personas el reconocimiento de derechos básicos.

En estrecha relación con esta cuestión está la creciente xenofobia en numerosos países de destino de migrantes. En algunos casos este problema ha llevado incluso a la creación y el crecimiento de partidos políticos cuyas plataformas están plagadas de análisis y propuestas de índole xenófoba. En otros, si bien no se ha llegado a situaciones de tal gravedad, la xenofobia está presente en diferentes sectores sociales, incluyendo los medios de comunicación, actores políticos y en servicios sociales.

Más recientemente, se ha ido haciendo cada vez más visible cómo en este contexto la situación de niños, niñas y adolescentes migrantes —así como la de los hijos e hijas de migrantes— es de particular vulnerabilidad. La acotadísima introducción de los derechos de la niñez en el campo de las políticas migratorias ha derivado en numerosas y graves afectaciones a esos derechos. Entre otros problemas, se ha señalado repetidamente cómo la detención y la deportación de niños y niñas migrantes constituye una respuesta totalmente desacertada al fenómeno de la niñez migrante, así como —claro está— contraria a obligaciones

y principios claves que emanan de la Convención sobre Derechos del Niño y los demás tratados internacionales.⁽⁴⁾

Para cerrar este brevísimo diagnóstico sobre los derechos de las personas migrantes en la actualidad, y sin agotar en modo alguno las problemáticas principales, es preciso hacer referencia a otra grave tendencia que se verifica año tras año en algunas regiones del mundo: el incremento del número de migrantes que fallecen, desaparecen, son secuestrados o asesinados en el tránsito. Las miles de personas fallecidas en aguas del Mediterráneo, el norte del Atlántico o del Caribe, así como en la frontera México-Estados Unidos dan trágicamente cuenta de ello.

Es en este escenario en el cual se debe evaluar el trabajo que hace, podría o debería hacer el Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, el Comité). Se trata, sin lugar a dudas, de una coyuntura muy particular, sumamente compleja. A ella se debe agregar que su tarea se enmarca en un tratado internacional que, a su vez, tiene sus dificultades propias. Como se verá, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, la Convención) presenta retos de distinta naturaleza.

Este artículo se centrará particularmente en estas cuestiones, es decir, en señalar y describir algunos de los desafíos más importantes que tiene el Comité en el actual escenario internacional. Para ello, en primer lugar, se examinarán algunos retos vinculados directamente a la Convención, tales como el acotado número de países que lo han ratificado, las regiones de los países que han hecho o no esa ratificación, así como algunas cuestiones relativas a los estándares que surgen de su texto, particularmente en relación con algunos derechos.

En segundo lugar, se analizarán una serie de dificultades que el Comité enfrenta, pero también de oportunidades que tiene, a fin de contribuir de

(4) Al respecto, ver la solicitud de Opinión Consultiva presentada por los Estados del Mercosur ante la Corte IDH. Ver también: COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *The Rights of all Children in the Context of International Migration, Discussion General Day Background Paper*, September 2012; CERIANI CERNADAS, PABLO (coord.), *Niñez detenida. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala*, Ciudad de México, Fontamara, 2013, [en línea] <http://ninezmigrante.blogspot.com.ar/2014/04/ninez-detenido-los-derechos-humanos-de.html>

manera más significativa no solo a reforzar su trabajo e impacto, sino más concretamente a una mayor protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familiares. Por ello, se comentarán algunas posibles iniciativas y estrategias que el Comité puede desarrollar o profundizar con la mira en alcanzar esos objetivos.

Por último, se realizarán unas reflexiones no solo sobre el trabajo del Comité sino también, de manera más general, sobre los mecanismos internacionales de derechos humanos, en el complejo escenario que caracteriza el tratamiento a los y las migrantes en la actualidad.

2 | Un primer desafío: el limitado apoyo a la Convención⁽⁵⁾

El trabajo del Comité tiene un obstáculo que lo diferencia de la mayoría de los demás mecanismos internacionales de derechos humanos. Se trata del reducido número de países que han ratificado la Convención. Un dato basta para ilustrar esta situación. Mientras que la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada en 1989, ha tenido 194 ratificaciones, el Tratado que recepta los derechos de las personas migrantes, adoptado un año después (1990), sólo ha recibido 47 ratificaciones por parte de los Estados.

Estos datos no solo revelan el limitado alcance que puede tener actualmente el Comité, en tanto no tiene competencia para monitorear directamente el trato que brindan muchos Estados a las personas migrantes. También dan cuenta de la reticencia de buena parte de la comunidad internacional en cuanto a comprometerse con el respeto y la protección de los derechos de los y las migrantes, contribuyendo así al complejo escenario que se describía anteriormente.

En cuanto a cuáles países han ratificado la Convención y cuáles no lo han hecho, resulta importante hacer un par de comentarios. El primero es que prácticamente ningún país con altos índices de desarrollo económico que sea destino de migrantes ha aceptado obligarse jurídicamente a cumplir este tratado. En concreto, no lo ha hecho ningún Estado parte de

.....

(5) Se refiere a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

la Unión Europea, ni Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, China, Rusia o Japón. Tampoco la han ratificado los países asiáticos que son receptores de un importante número de migrantes, como Catar, Corea del Sur, Emiratos Árabes, Malasia, Singapur o Tailandia. En esa misma línea, en América Latina, se destacan las ausencias de Brasil, Costa Rica y República Dominicana, así como Sudáfrica en el contexto africano.

Sin perjuicio del significativo impacto que esto puede tener en el trabajo del Comité, así como en la promoción de los derechos de las personas migrantes a nivel global, es preciso hacer algunas aclaraciones. No es correcto afirmar, como se ha hecho,⁽⁶⁾ que ningún país de destino de migrantes ha ratificado la Convención. Tal afirmación no solo invisibiliza la migración sur-sur (que representa cerca de la mitad de la migración mundial) sino que también contribuye a reducir la legitimidad de la Convención. Al contrario, a modo de ejemplo, países como Argentina y otros son receptores de un porcentaje de migrantes que no dista de muchos países de destino de migración sur-norte.

A su vez, diversos países parte de la Convención son, hoy en día, tanto regiones de origen, como de tránsito y destino de importantes números de migrantes, como son los casos de Ecuador, El Salvador, Libia, Marruecos, México, o Turquía. Algunos de estos presentan tal vez los escenarios más complejos en términos de cantidad de migrantes y desafíos en materia de derechos humanos. Tampoco es casual que se trate de países que, como Marruecos, México y Turquía, son limítrofes con regiones que atraen un considerable flujo migratorio, como son Estados Unidos y la Unión Europea. Por otra parte, cabe destacar que otros Estados partes se han ido convirtiendo más recientemente en países de destino, como Chile y Perú.⁽⁷⁾

Entre los argumentos que algunos Estados han manifestado públicamente para explicar su falta de ratificación de la Convención, está el hecho de que en su texto se garantizan una serie de derechos y garantías básicas a

(6) RUHS, MARTIN, *Migrants Rights, Immigration Policy and Human Development*, Human Development Research Paper 2009/23, United Nations Development Programme, abril 2009.

(7) Para consultar el listado completo de los países que han ratificado la Convención, así como el año en que lo han hecho, ver [en línea] https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-13&chapter=4&lang=en

todas las personas migrantes, estén o no debidamente documentadas en el territorio en el que se encuentran. Algunos han reclamado expresamente que se debería distinguir aún más entre migrantes con o sin residencia.⁽⁸⁾ Otros actores han intentado justificar la falta de más ratificaciones en el hecho de que la Convención reconoce derechos muy costosos a migrantes en situación irregular.⁽⁹⁾

Estas afirmaciones, además de denegar la universalidad de los derechos humanos y otros aspectos medulares sobre los impactos positivos de la realización de los derechos sin discriminación, o promover una división entre derechos civiles y sociales que debería haber sido dejada atrás hace varios años, omiten considerar una cuestión clave: ninguno de los demás tratados de derechos humanos permite restringir los derechos de una persona con base en su situación migratoria. A excepción del derecho a la circulación y residencia, regulado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los demás derechos reconocidos en los tratados universales alcanzan a todas las personas sujetas a la jurisdicción de cada Estado parte, sin ninguna clase de discriminación —entre otros motivos, por la nacionalidad o la condición migratoria—.

Por lo tanto, parecería que la argumentación sobre el hecho que la Convención “protegería” a migrantes indocumentados, buscaría más bien invisibilizar el estándar por el cual el estatus migratorio de una persona no puede ser un criterio válido para negar o restringir sus derechos humanos. Así lo han dicho en repetidas ocasiones los organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de diversos tratados,⁽¹⁰⁾ por lo que se trata de un deber ineludible que se ratifique o no la Convención.

(8) CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusions of the Council and of the Representatives of Governments of the Member States meeting within the Council on the 2013 UN High-Level Dialogue on Migration and Development and on broadening the development-migration nexus*, Bruselas, 19/07/2013, párr. 13.

(9) RUHS, MARTIN, “*Migrants Don’t Need More Rights*”, en *The New York Times*, 18 de diciembre de 2013, [en línea] http://www.nytimes.com/2013/12/19/opinion/migrants-dont-need-more-rights.html?_r=0

(10) Ver por ejemplo: COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General 6, Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen*, 01/09/2005; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 2 de julio de 2009; CORTE IDH, OC-18/2003, “*Condición jurídica y derechos de migrantes indocumentados*”, 17/09/2003.

Por otro lado, dicho argumento, o mejor dicho, la explicación sobre la no ratificación de la Convención, estaría asentada en una cuestión política: es decir, en no dar una señal explícita a ciertos sectores de la sociedad —los más conservadores— en favor de la igualdad de trato y los derechos de la población migrante. Si se tiene en cuenta —como luego se verá— que el texto de la Convención representa un piso mínimo de protección, que en algunos casos es similar, o incluso inferior, a los estándares de la legislación interna de varios países que no han ratificado la Convención, parecería que la negativa a ratificarla está más cerca de una cuestión política que jurídica.

Otro inconveniente vinculado con la ratificación de la Convención, y que impacta directamente en el trabajo que puede o no hacer el Comité, está en que muy pocos Estados partes han ratificado los artículos 77 y 78. Estos artículos requieren una ratificación adicional que constituye la voluntad del Estado en aceptar la competencia del Comité para recibir denuncias individuales y denuncias inter-estatales. Hasta el momento, solamente tres países lo han hecho (Guatemala, México y Uruguay) y en otros su aceptación está en trámite (Argentina, El Salvador). La Convención exige un número mínimo de 10 ratificaciones para que esos mecanismos entren en vigor. Por lo tanto, hasta el momento, el Comité no puede recibir este tipo de peticiones —individuales o de un Estado contra otro—.

Esta cuestión, sin duda, limita el trabajo del Comité, ya que uno de los dos mecanismos de supervisión creados por la Convención —informes periódicos y peticiones en casos concretos— no está en funcionamiento. La posibilidad de examinar peticiones individuales sin dudas fortalecería el rol del Comité al menos en dos aspectos: a) la creación o consolidación de los estándares aplicables sobre la base de la Convención y otros instrumentos del derecho internacional de derechos humanos (DIDH); y b) la resolución de situaciones específicas de vulneraciones a los derechos de los y las migrantes y sus familiares. Ambos factores contribuyen, a su vez, a acercar la Convención, y por ende al Comité, a la realidad cotidiana de las personas migrantes.

Un último comentario sobre los desafíos relativos a la Convención tiene que ver con su propio contenido. Una evaluación del texto de este tratado da cuenta, a simple vista, de al menos dos cuestiones importantes. En primer lugar, como es evidente, que la Convención representa el instrumento

jurídico internacional que de manera más detallada y comprehensiva aborda temáticas fundamentales sobre los derechos humanos de las personas migrantes. Si bien, como ya se destacó, los y las migrantes son titulares de todos los derechos humanos reconocidos en los diferentes tratados internacionales —sin perjuicio de mínimas restricciones permitidas—,⁽¹¹⁾ lo cierto es que la Convención permite atender específicamente diversas problemáticas que afectan a las personas en el contexto de la migración (como la deportación, la garantía de asistencia consular, entre muchas otras).

En segundo lugar, a diferencia de otros tratados y su aplicación en casos sobre migrantes, la Convención permite ciertas diferencias de trato con base en la condición migratoria de la persona. Ello se materializa concretamente en estándares que suponen, así mismo, restricciones a derechos básicos. Un ejemplo de esta situación está en el reconocimiento del derecho a la salud, que en el art. 28 fija un mínimo de trato igualitario en el acceso a una atención médica urgente. En definitiva, no hay dudas de que la Convención ha fijado un piso mínimo de derechos, lo cual viene a poner en tela de juicio a diversos argumentos esgrimidos para no ratificar el tratado. Ahora bien, sin perjuicio de ello, se verá en la sección siguiente cómo el trabajo del Comité, a partir de la aplicación de ciertos principios claves del DIDH, pueden contribuir a homogeneizar los estándares con el resto de aquellos promovidos por otros órganos universales y regionales en materia de derechos humanos.

3 | El trabajo del Comité: desafíos, oportunidades, estrategias

Las cuestiones señaladas hasta aquí suponen, sin duda, un importante reto. La limitada ratificación de la Convención, el hecho de que no haya entrado en vigor el mecanismo de peticiones individuales, así como ciertas restricciones que propone el propio texto del tratado, conforman un cuadro que disminuye el impacto del trabajo del Comité en la protección de los derechos de los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias.

(11) Por ejemplo, en cuanto a las condiciones de ejercicio de los derechos políticos, que igual no puede redundar en la negación o restricción absoluta de este derecho.

Ahora bien, sin perjuicio de estas dificultades, es importante señalar, en primer lugar, que a lo largo de los primeros diez años de trabajo del Comité —se inicia en 2004— se han desarrollado diversas acciones de supervisión de los Estados partes que en buena medida han contribuido a procesos que, de una u otra manera, han generado algunos cambios en las políticas migratorias de esos países.⁽¹²⁾ Por otra parte, las dos Observaciones Generales adoptadas hasta el momento sobre derechos de trabajadores/as migrantes en el ámbito doméstico, y derechos de migrantes en situación irregular, han iniciado un trabajo de elaboración de estándares que, una vez enriquecido con futuras observaciones sobre otros temas, podría ir progresivamente construyendo importantes estándares internacionales en la materia.

En segundo lugar, el Comité reforzaría considerablemente su trabajo, y por ende, su impacto, a partir de una serie de iniciativas y estrategias que podría llevar adelante —de hecho, algunas de ellas ya están en una fase de discusión y elaboración—, o incluso el Comité viene realizándolas hace un tiempo. Se examinarán muy sintéticamente algunas de ellas, vinculadas a: i) el fortalecimiento de las Recomendaciones a los Estados y las observaciones Generales; ii) el trabajo de interpretación de la Convención; iii) la articulación entre el Comité, la sociedad civil y otros organismos internacionales:

3.1 | El fortalecimiento de los mecanismos de Recomendaciones a los Estados y de Observaciones Generales. La articulación con otros organismos del Sistema

Una cuestión que el Comité podría discutir a fin de su implementación, tal como lo han hecho otros Comités de la ONU, es la creación de un mecanismo de seguimiento de las recomendaciones realizadas por el Comité a los Estados partes. Esto es, la inclusión de algunas disposiciones específicas en las observaciones hechas a los Estados luego de cada revisión periódica, a fin de acompañar y supervisar el cumplimiento de las recomendaciones de manera más cercana y sin aguardar el tiempo fijado hasta el siguiente informe.

(12) Es posible mencionar, a modo de ejemplo, la abolición de los artículos de la Ley General de Población de México que, hasta pocos años atrás, criminalizaba la migración irregular a través de penas de prisión por ingreso irregular al país. El Comité, en sus recomendaciones a México emitidas en 2007, había sido bien enfático sobre la prohibición, por parte de la Convención, de considerar un delito penal a las meras infracciones migratorias.

Una herramienta que sería sumamente importante para reforzar el trabajo del Comité en el actual contexto es la de las Observaciones Generales. Ello, por varias razones. En primer lugar, porque existen en el texto de la Convención numerosos temas vinculados a los derechos de las personas migrantes que requerirían un análisis exhaustivo por parte del Comité, de forma de aportar criterios y estándares más precisos y detallados que orienten a los Estados a dar cuenta de sus deberes, pero sobre todo que amplíen progresivamente los niveles de protección de esos derechos. En segundo lugar, en el mismo sentido, para clarificar el alcance de los derechos de los y las migrantes con el objetivo de coadyuvar a derribar mitos, estereotipos o propuestas restrictivas que no tienen asidero en el marco del DIDH.

En tercer lugar, y considerando en particular algunas iniciativas que han comenzado a debatirse en el Comité, las Observaciones Generales sobre algunos temas de derechos de migrantes podrían ser elaboradas conjuntamente con otros Comités. A modo de ejemplo, podría adoptarse una observación o comentario general sobre los derechos de los niños y niñas en el contexto de la migración, conjuntamente con el Comité de los Derechos del Niño. Iniciativas similares podrían hacerse con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —por ejemplo, sobre el derecho a la salud de migrantes—, con el Comité de Derechos Humanos —sobre garantías de debido proceso en el marco de procedimientos migratorios—, el Comité sobre Desapariciones Forzadas —una problemática creciente para migrantes en algunos contextos—, o, sin agotar las posibilidades, con el Comité de Derechos de personas con Discapacidad, a fin de abordar las restricciones que tienen estas personas en muchos países para migrar, ingresar a otro país y, en particular, obtener un permiso de residencia.

Esta clase de iniciativas conjuntas tendrían numerosos efectos positivos. Para mencionar al menos tres de ellos, cabe señalar, por un lado, que estos trabajos conjuntos permitirían un desarrollo ciertamente integral y más profundo sobre una determinada temática, a partir de la complementariedad de miradas y marcos normativos. Por otro lado, ello supondría dar cuenta del carácter transversal de la cuestión migratoria, que puede afectar los derechos reconocidos en todos y cada uno de los tratados. Por último, y esto es especialmente importante para el Comité —considerando lo dicho sobre el número de ratificaciones— porque a través de estas

acciones conjuntas, su trabajo puede llegar a un número más amplio de Estados —aquellos que hayan ratificado el tratado supervisado por el otro Comité que sea co-autor de la iniciativa—.

Otro tipo de desafío/oportunidad que implica la articulación con otros organismos de derechos humanos de Naciones Unidas —es decir, los órganos de tratados y también aquellos mecanismos especiales que dependen del Consejo de Derechos Humanos— está en el trabajo conjunto sobre temas ligados a las causas estructurales de la migración. Es que el primer vínculo entre las migraciones y los derechos humanos está en las causas que llevan a millones de personas a salir de sus países. Dicho de manera más clara, la vulneración de derechos como el empleo, la salud, la educación, la libertad y la integridad física, así como la persecución o privación de derechos por motivos discriminatorios —por ejemplo, origen étnico—, está entre los principales factores objetivos que conducen a la migración.

Prácticamente todas estas situaciones están bajo la competencia temática de mecanismos de protección de derechos humanos. Algunos ejemplos son el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), el Comité contra la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Relatoría Especial sobre Extrema Pobreza, la Relatoría sobre Derecho a la Salud, o la dedicada al Derecho a la Educación, entre muchas otras. En el trabajo que cada uno de estos organismos realiza periódicamente, se abordan numerosas problemáticas que explícita o implícitamente atañen a la cuestión migratoria. Por estas razones, sería sumamente importante diseñar vías de articulaciones entre el Comité y estos organismos especializados en temáticas que atraviesan o son atravesadas por la cuestión migratoria.

En este caso, permitiría contribuir a un abordaje integral del tema que tenga a las causas de la migración como punto de partida y que luego evalúe la situación de los y las migrantes en los países de tránsito, destino, o incluso al retornar al país de origen. Al respecto, es importante notar que el texto de la Convención es sumamente amplio en el sentido de generar una serie de obligaciones para los Estados desde que la persona inicia su proceso migratorio en su propio país hasta que, eventualmente, regresa al mismo. Es decir, que no abarca únicamente la situación de una persona mientras que es “migrante” en un territorio del cual no tiene la nacionalidad.

3.2 | El trabajo de interpretación de la Convención

El trabajo del Comité implica en todos los casos la interpretación de la Convención para su aplicación en cada una de las acciones e iniciativas que lleva adelante. Por ello, la tarea interpretativa cumple una función medular. Es en este campo donde el Comité puede contribuir de manera significativa a promover los derechos reconocidos en la Convención en el sentido más amplio posible. Aquí nos limitaremos a mencionar dos ejemplos que pueden ilustrar la capacidad —actual y futura— del Comité en este desafío. El primero es temático, relativo al derecho a la asistencia consular, y sobre cómo de ahí se derivan obligaciones para los países de origen que impactan en países de destino (la mayoría, no siendo Estados partes de la Convención). El segundo es más general, sobre principios interpretativos claves para profundizar el impacto de la labor del Comité en un escenario complejo.

En relación con la primera cuestión —los deberes que le corresponden a los países de origen— es importante mencionar un elemento distintivo de la Convención —o más precisamente, de los derechos de las personas migrantes— que resulta interesante para el trabajo del Comité: se trata del derecho a la asistencia consular.

Este derecho tiene dos caras: la primera, relativa a la obligación del país en el que se encuentra una persona extranjera (privada de su libertad),⁽¹³⁾ de comunicarle a la persona de su derecho a ser asistido por su consulado, y si manifiesta su intención de ejercer ese derecho, el deber de contactar al consulado de forma inmediata. Este aspecto del derecho, recogido tanto en la Convención, como en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 36), ha sido particularmente desarrollado por organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽¹⁴⁾ y la Corte Internacional de Justicia.⁽¹⁵⁾

.....

(13) Por cualquier motivo, sea por una causa de índole penal, pero también en casos de detenciones por razones migratorias.

(14) CORTE IDH, OC-16/1999, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, 01/10/1999.

(15) CIJ, *Caso Avena y otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos)*, sentencia de 31/03/2004.

La otra cara de este derecho tiene que ver con la asistencia consular en sí misma, es decir, con las acciones del Estado de origen para proteger los derechos de una persona migrante en una determinada circunstancia (detención, deportación, etc.). Hasta poco tiempo atrás, esta tarea estaba asociada a cuestiones más bien asistencialistas, o bien a cierto acompañamiento del Consulado en ciertas situaciones, como la visita en centros penitenciarios. Sin embargo, una interpretación más exhaustiva de este derecho debería llevar a una reformulación de la política de protección consular. En esta dirección, varios países han cambiado, en efecto, su mirada sobre el tema y han creado secretarías de Estado o Ministerios dirigidos a la atención de migrantes en el exterior. De todas maneras, es preciso repensar la asistencia consular como política pública con enfoque de derechos, dirigida a desarrollar acciones y estrategias de protección de los derechos de migrantes en los países de tránsito o destino.

Las observaciones y recomendaciones del Comité a los Estados partes han abordado crecientemente este tema. Se puede observar allí una serie de lineamientos y estándares vinculados a la protección consular de migrantes detenidos por razones migratorias, o envueltos en procesos de deportación, la protección de los derechos de niños y niñas migrantes, entre muchos otros temas. Las próximas acciones del Comité podrían profundizar esta cuestión, de modo de contribuir al diseño e implementación de la política de protección consular. El corolario de esta tarea del Comité, pero especialmente su aplicación por los Estados, está en el impacto en el territorio de países que no son Estados partes de la Convención. El trabajo de los países de origen a través de la protección consular y una serie de políticas y programas conexos, puede cumplir un rol importante en la reforma de políticas y prácticas en los países de destino.

La segunda cuestión vinculada a la interpretación de la Convención por parte del Comité tiene que ver con la importancia de algunos principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En un contexto verdaderamente difícil, o incluso peligroso, para los derechos de las personas migrantes, resulta crítico recurrir a ciertos principios jurídicos que coadyuven a responder de manera adecuada y oportuna a los desafíos existentes. En particular, los principios de *pro persona*, dinamismo y progresividad deberían tener un lugar central en el trabajo interpretativo del Comité.

Como se señaló, en los últimos años se han evidenciado numerosas tendencias regresivas respecto de los derechos de los y las migrantes. En este contexto, debe aplicarse el principio de **progresividad**, esto es, la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas posibles para que, de forma permanente y periódica, se garanticen mejores condiciones de vida para todas las personas sujetas a su jurisdicción, sin ninguna clase de discriminación. Las políticas públicas, cada programa de gobierno, las prácticas que las implementan, deben estar conducidos a elevar los niveles de protección de los derechos.

Sin embargo, al evaluar las respuestas que muchos países han venido dando a la migración, a la presencia de migrantes en sus territorios, ha sido la contraria: la aplicación de modalidades restrictivas de derechos que suponen en algunos casos una profunda y preocupante regresión en términos de derechos, respecto de un grupo específico de la población —por ende, en contra también del principio de no discriminación—. De ahí la importancia de recuperar y reforzar el principio de progresividad de los derechos humanos receptado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁽¹⁶⁾

El principio de **dinamismo**, es decir, la interpretación de una normativa teniendo en cuenta las circunstancias y desafíos del momento (y no la literalidad de su texto) está dirigido a garantizar lo que tribunales internacionales han denominado el “efecto útil” de un tratado. La Convención ha sido aprobada hace casi un cuarto de siglo. Desde entonces, ha habido numerosas transformaciones en el campo de las migraciones, y muchas de ellas —como se dijo— han creado un panorama profundamente complejo en términos de derechos humanos, aunque también han permitido el desarrollo de iniciativas y estrategias que promueven una interpretación más progresiva de los instrumentos internacionales de modo de revertir dicho proceso regresivo.

.....

(16) En su prólogo, la DUDH afirma: “La Asamblea General proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por **medidas progresivas de carácter nacional e internacional**, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción” (el destacado nos pertenece).

De esta manera, un desafío nada menor para el Comité está en cómo interpretar cada cláusula de la Convención de forma tal que sea adecuada y útil para cumplir con los objetivos del tratado: la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos de todos los trabajadores y trabajadoras migrantes y sus familias. En íntima conexión con la interpretación progresiva y dinámica de la Convención, se encuentra el principio *pro persona*, que no hace otra cosa que reforzar la necesidad, o mejor dicho el deber, del Comité en cuanto a interpretar el tratado de la manera más favorable a la persona migrante.

3.3 | La articulación entre el Comité, la Sociedad Civil y otros Organismos Internacionales

Una última cuestión que podría ser revisada para potenciar el impacto del trabajo del Comité, y por ende de la Convención, tiene que ver con un fortalecimiento de los mecanismos de articulación entre el Comité, las instituciones de la sociedad civil y las agencias internacionales del sistema de Naciones Unidas (OIT, UNICEF, Alto Comisionado de Derechos Humanos, etc.).

Estas instituciones tienen la posibilidad de, por un lado, remitir informes al Comité sobre la situación de los derechos de los y las migrantes en un Estado parte de la Convención. También pueden atender las audiencias celebradas con los Estados, así como solicitar reuniones específicas con el Comité en el marco de sus períodos de audiencias. Ahora bien, observando las audiencias celebradas hasta el momento, y aunque la participación de la sociedad civil ha variado notablemente según el Estado Parte de que se trate, lo cierto es que el caudal de informes y de organizaciones involucradas ha sido ciertamente menor que en el caso de otros Comités. Deberían, entonces, desarrollarse diferentes estrategias —de difusión, entre otras— que favorezcan una participación más activa y numerosa de la sociedad civil.

En este contexto, uno de los datos salientes es el bajo número de asociaciones sindicales que han remitido información al Comité, o participan de manera activa y periódica en sus actividades. Considerando el lugar clave que tiene en la Convención el tema del empleo y los derechos la-

borales, sería importante identificar las vías por las cuales promover una mayor participación. De todas maneras, esta conclusión es válida también para el enorme y heterogéneo grupo de actores sociales que trabajan en la promoción o protección de los derechos de migrantes en cada país. Organizaciones de derechos humanos, instituciones ligadas a las religiones, universidades y centros de investigación, o directamente asociaciones de comunidades y personas migrantes, remiten información de suma importancia para el trabajo del Comité. Reforzar esta participación, sin dudas, no haría más que mejorarlo.

De igual forma, sería importante fortalecer también la participación activa de las agencias de Naciones Unidas, tanto a través de sus representantes en Ginebra como, en especial, de las oficinas ubicadas en los países que son evaluados año a año por parte del Comité. Si bien en cada sesión varias de estas agencias remiten información, e incluso mantienen reuniones con el Comité, deberían desarrollarse algunos mecanismos para asegurar —en la medida de las posibilidades— que cada una de estos organismos aporta información relativa a los derechos de las personas migrantes en cada uno de los casos. Como se señaló antes, en tanto la migración es un fenómeno multidimensional, transversaliza las agendas de cada una de estas agencias a partir de temáticas específicas (niñez y migración; género y migración; trabajo y migración, y así con cada una de ellas), sea si se trata de la agenda de oficinas ubicadas en países de origen, de tránsito y/o de destino de migrantes.

Finalmente, es importante notar que estas instituciones —tanto de la sociedad civil como del sistema de Naciones Unidas—, dentro de cada país, cumplen un rol central en la supervisión, análisis, monitoreo de las políticas públicas, o incluso en brindar asistencia técnica, a fin de adecuarse a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, contribuyen a un objetivo aún más relevante que el de enviar información al Comité, que es el de dar seguimiento a las recomendaciones, incidir en su cumplimiento. En definitiva, el derecho internacional y sus mecanismos de control precisan siempre de la voluntad política de los Estados para su efectivo cumplimiento. Y es ahí donde esa clase de organizaciones tienen una función claramente más relevante que la que puede tener un Comité u otro mecanismo internacional.

3.4 | Comentarios finales

En la presente coyuntura global, la promoción, protección y garantía de los derechos de las personas migrantes constituye un reto a escala monumental. La multiplicidad y complejidad de estos desafíos afecta a todos y cada uno de los derechos humanos consagrados por el derecho internacional desde la Declaración Universal en adelante. Todos los actores sociales y gubernamentales, locales, nacionales e internacionales, comprometidos por diferentes factores en esta tarea, tienen un largo y difícil camino por delante.

En este contexto, como hemos visto, el Comité tiene, a su vez, desafíos propios, vinculados al mismo Comité como a la Convención que lo ha creado. La falta de apoyo de buena parte de la comunidad internacional demuestra la reticencia de muchos Estados a respetar los derechos de la población migrante o, dicho de otra manera, a promover la igualdad, la universalidad y la no discriminación, principios basales del sistema internacional de los derechos humanos. El texto de la Convención, no carente de complejidad, también supone un reto para su interpretación y aplicación.

El Comité, a pesar de estas dificultades, puede cumplir un rol importante para revertir paulatinamente este panorama. A través de una serie de acciones y estrategias, que van desde la articulación con otros Comités o incluso otros mecanismos especiales de protección de derechos humanos en el seno de la ONU, hasta un profundo trabajo de interpretación de la Convención asentado en los principios guías del DIDH, es posible pensar en un fortalecimiento no solo de su trabajo y de la relevancia de la Convención, sino también de su impacto en la transformación de las políticas públicas y las prácticas de los Estados en la materia.

A ello se le suma, sin lugar a dudas, el rol determinante que cumplen otros actores, tanto a nivel local como nacional, regional e internacionales, en la promoción y protección de los derechos humanos de las personas migrantes y sus familias.

Una vinculación más estrecha con el Comité también reforzaría la pertinencia y utilidad de su trabajo, de cada una de sus acciones, decisiones, iniciativas. De ahí la importancia de reforzar los mecanismos de partici-

pación de la sociedad civil y otras instituciones en los diferentes procedimientos que lleva adelante el Comité.

Por último, resta subrayar que en este conglomerado de actores que resultan esenciales para la tarea del Comité pero, más importante aún, para el objetivo de la Convención, algunos Estados han jugado un papel cada vez más relevante. Algunos países, además de ser Estados partes de la Convención, han iniciado una serie de reformas políticas de envergadura en materia de política migratoria que, en buena medida, han reemplazado una perspectiva securitaria y restrictiva por otra que otorga a los principios de derechos humanos un lugar central. Los cambios experimentados en varios países sudamericanos dan cuenta de ello. El Comité, al evaluar la situación de Argentina y Uruguay, ha destacado expresamente estos avances, sin perjuicio de señalar los retos pendientes, en aras del principio de progresividad de los derechos humanos.⁽¹⁷⁾

(17) COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, Observaciones Finales: Argentina, CMW/C/ARG/CO/1, 23/09/2011; Observaciones Finales: Uruguay, CMW/C/URY/CO/1, 11/04/2014.

Protección contra las desapariciones forzadas

Notas sobre el origen de la Convención Internacional y su órgano de control y seguimiento

por **LUCIANO A. HAZAN**⁽¹⁾

I | Introducción

La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (en adelante, la Convención) fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 luego de tan solo tres años de negociaciones formales, aunque después de una larga batalla de organizaciones de derechos humanos, de familiares de desaparecidos, de académicos y diplomáticos. Entró en vigor cuatro años después, el 23 de diciembre de 2010, cuando el vigésimo Estado la ratificó. Su órgano de control, el Comité contra la Desaparición Forzada, celebró su primera sesión once meses más tarde, luego de la primera elección de sus diez integrantes. Actualmente, cuenta con 43 Estados partes y 93 signatarios.

La necesidad de contar con un instrumento internacional de protección vinculante para los Estados se fue gestando en paralelo con la utilización de este grave crimen como forma de disciplinamiento social o económico en distintas latitudes. Se utilizó para eliminar a disidentes políticos, organizaciones de trabajadores combativos, periodistas, estudiantes, y ha ido cobrando con el tiempo nuevas formas ligadas, por ejemplo, al crimen

(1) Miembro del Comité contra la Desaparición Forzada de Naciones Unidas y Coordinador del Programa Verdad y Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

organizado o al tráfico de personas con fines de explotación laboral o sexual. Pero sin dudas las denuncias internacionales contra las dictaduras latinoamericanas que las usaron de manera sistemática en las décadas de 1960, 1970 y 1980 tuvieron un rol clave en la conciencia sobre la necesidad de estos instrumentos de protección.

El objetivo de este trabajo es difundir la existencia de la Convención y de su Comité, con sus mecanismos de protección y control subutilizados frente a la gran carga de trabajo de otros organismos internacionales menos específicos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Europea, el Comité de Derechos Humanos y el Comité contra la Tortura.

Se procura asimismo clarificar un malentendido en cuanto a si actores no estatales pueden considerarse autores de desapariciones forzadas, así como también dar cuenta de las obligaciones de los Estados cuando se producen desapariciones donde no hay ninguna forma de participación estatal.

2 | Los orígenes de las desapariciones forzadas

Parece haber consenso acerca de que el origen de las desapariciones forzadas, al menos ejecutadas de manera sistemática, se encuentra en el denominado decreto “Noche y Niebla” dictado por el régimen nazi el 7 de diciembre de 1941, día en que también se produjo el ataque que marcó el inicio de la Segunda Guerra Mundial —ataque a *Pearl Harbor*—. El mariscal Wilhem Kaitel lo tituló “Directivas para la persecución de las infracciones cometidas contra el Reich o las fuerzas de ocupación en los territorios ocupados”. Este decreto preveía el traslado de prisioneros de guerra de manera oculta a campos de concentración donde eran alojados como NN. Fue un anticipo de la “solución final” utilizada para asesinar a los judíos y miembros de otras colectividades perseguidas. Las víctimas de este decreto no eran ejecutadas inmediatamente, desaparecían sin dejar rastro alguno y, “para lograr el efecto intimidatorio deseado, se prohibía entregar ninguna información sobre su paradero o la suerte corrida por ellas”.⁽²⁾

(2) NOWAK, MANFRED, “Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y las ejecuciones sumarias. Informe presentado el 08/01/2002 a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas para examinar el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas

Citroni encuentra en El Salvador prácticas anteriores, pues en 1932 desaparecieron cadáveres después de las masacres llevadas a cabo por el régimen de Hernández Martínez.⁽³⁾ Finalizada la Segunda Guerra Mundial, menciona el período de 1963 a 1966 en El Salvador como el momento en el que se desarrollaron sus caracteres distintivos: sumisión psicológica de la comunidad, la generación de un clima de terror y la impunidad absoluta de los perpetradores.

Las investigaciones penales llevadas adelante en Argentina por los crímenes cometidos por la dictadura cívico-militar que gobernó el país entre 1976 y 1983 demostraron cabalmente que la práctica de las desapariciones forzadas se realizó de manera sistemática. Entre sus objetivos se encontraban los de obtener información en interrogatorios bajo tortura para continuar la persecución ilegal de personas, y el de evitar la condena internacional con la que lidiaba el régimen chileno de Augusto Pinochet, que había optado por eliminar a los disidentes políticos mayormente a través de ejecuciones sumarias.⁽⁴⁾ También se pudo comprobar —inclusive través de las propias confesiones públicas de algunos de los victimarios—, que los militares del área de inteligencia desde la que se coordinaba la represión ilegal habían recibido instrucción de militares franceses que habían utilizado los mismos métodos en la guerra de Argelia. Sin embargo, la fuente principal de generalización de esta práctica en el continente fue la Escuela de las Américas, establecida por Estados Unidos en Panamá.⁽⁵⁾ Luego, militares argentinos también asesoraron durante la década de 1980 en estas prácticas a regímenes dictatoriales de América Central, como los de Guatemala, Honduras y El Salvador.

.....
 contra las desapariciones forzadas o involuntarias, de conformidad con la resolución 2001/46 de la Comisión”, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, párr. 7, [en línea] <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/100/29/PDF/G0210029.pdf?OpenElement>

(3) CITRONI, GABRIELLA, “Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario español de Derecho Internacional XIX*, Universidad de Navarra, p. 373.

(4) Es importante destacar la existencia de desapariciones forzadas comprobadas en Argentina durante dictaduras anteriores, al menos desde la autodenominada “Revolución Argentina”, que gobernó entre 1966 y 1970. Es posible que se puedan encontrar desapariciones forzadas, de acuerdo a los elementos que las caracterizan, en distintas latitudes desde la propia invención de los Estados nación.

(5) Del estudio de las primeras decisiones contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativas a desapariciones forzadas en distintos países de América Latina, se puede observar la similitud en las metodologías represivas.

3 | El rol de los familiares de desaparecidos

Precisamente se afirma que el término “desaparición forzada” fue utilizado por primera vez por las organizaciones de familiares y de derechos humanos de América Latina⁽⁶⁾ como forma de describir una práctica delictiva que implicaba la comisión de numerosos delitos previstos en las legislaciones penales. Pero también involucraba el sufrimiento que producía en los familiares y allegados de las víctimas la carencia de información y la falta de protección y recursos legales.⁽⁷⁾ El término fue inclusive apropiado por Jorge Videla, primer líder del régimen cívico militar en Argentina que se instauró en el país entre los años 1976 a 1983, quien en declaraciones públicas, el 14 de diciembre de 1979, frente a las presiones internacionales para la aparición de las víctimas, describió:

En tanto esté como tal, es una incógnita el desaparecido. Si no reapareciera, bueno, tendrá un tratamiento x. Y si la desaparición se convirtiera en certeza de su fallecimiento tiene un tratamiento z. Pero mientras sea desaparecido no puede tener ningún tratamiento especial, es una incógnita, es un desaparecido. No tiene entidad. No está. Ni vivo ni muerto. Está desaparecido.⁽⁸⁾

Frente a la imposibilidad de encontrar recursos legales en cada uno de los países, los familiares de los desaparecidos comenzaron a acudir a organismos internacionales en busca de ayuda. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Naciones Unidas fueron los primeros organismos internacionales que reaccionaron, en particular desde el golpe militar en Chile (1973).⁽⁹⁾

(6) NOWAK, MANFRED, “Los derechos civiles...”, cit., párr. 8. Compárese en sentido opuesto con cita de Tayler, Wilder, “Antecedentes del proceso de elaboración del proyecto de convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”, WILDER, TAYLER, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, n° 62 y 63, julio de 2001, p. 65.

(7) El término aparece, por ejemplo, en WALSH, RODOLFO, “Carta abierta de un escritor a la Junta Militar”, 24 de marzo de 1977, párr. 2, [en línea] http://conti.derhuman.jus.gov.ar/_pdf/serie_1_walsh.pdf. Allí, a un año del golpe de estado, contabiliza 15 mil víctimas durante los primeros 12 meses del régimen.

(8) Ver la declaración: <https://www.youtube.com/watch?v=CgDFSQUjgP0>

(9) NOWAK, MANFRED, “Los derechos civiles...”, cit. Cita como antecedente el Informe del Grupo de Trabajo *ad hoc*, encargado de investigar la situación de los derechos humanos en Chile, presentado a la Comisión de Derechos Humanos el 4 de febrero de 1976.

4 | Las presiones diplomáticas

Pero aun ante los organismos internacionales de protección a los derechos humanos, las dictaduras ejercían presiones diplomáticas con el objetivo de evitar su actuación, que sabían eficaz para generar una pequeña ruptura a la censura imperante y para poner en conocimiento de la comunidad internacional las atrocidades que se cometían.

Tal vez el ejemplo más claro sea la embestida del embajador argentino, Gabriel Martínez, ante las Naciones Unidas en 1976 contra miembros de la Subcomisión para la prevención de la discriminación y protección de las minorías de las Naciones Unidas. Allí los expertos Antonio Cassese y Nicole Questiaux propusieron un borrador de resolución sobre las desapariciones forzadas. Tal como lo relata Micaela Frulli⁽¹⁰⁾ en un reciente y esclarecedor trabajo, Cassese denunció en la sesión de la Subcomisión del 23 de agosto de 1976 que, de acuerdo a fuentes confiables—incluida la Comisión Argentina de Derechos Humanos (CADHU) de la que era miembro Rodolfo Matarollo,⁽¹¹⁾ con quien colaboraba— en Argentina había 15 mil personas desaparecidas. La reacción de Martínez fue la de contactar de forma directa e independiente a los dos expertos para convencerlos de desistir del impulso de resolución. Ante la falta de resultados, la diplomacia argentina logró que los embajadores de Italia y Francia —países de los que eran oriundos— los convocaran en Ginebra para decirles que los ministros de relaciones exteriores habían recibido llamados desde Buenos Aires. Sin éxito, Martínez pasó a una ofensiva aún más directa, pues amenazó a Cassese y Questiaux de poner obstáculos para sus respectivas reelecciones en la Subcomisión.

El 30 de agosto se adoptó una resolución que alarmó sobre las desapariciones.⁽¹²⁾ Produjo preocupación porque los derechos humanos y las libertades fundamentales en Argentina se encontraban en riesgo.⁽¹³⁾ En la

(10) FRULLI, MICAELA, "Nino Cassese and the Early Stages in the Fight against Enforced Disappearances", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n° 4, 2014; con citas de GUEST, IAIN, "Behind the Disappearances: Argentina's Dirty War against Human Rights and the United Nations", University of Pennsylvania Press, 1990.

(11) Se trata de la misma cifra que denunciara Rodolfo Walsh meses después.

(12) Documento de Naciones Unidas, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, E/CN.4/sub.2/378, 1976.

(13) FRULLI, MICAELA, "Nino Cassese and...", *op. cit.*, afirma que inclusive se había suavizado el lenguaje propuesto por Cassese, pero que, sin embargo, era demasiado para la dictadura argentina.

siguiente sesión de la Subcomisión, Martínez llegó a acusar a Cassese de simpatizar con el terrorismo. Esto generó un escándalo que sacó a la luz presiones que habían recibido también otros miembros de Colombia y Estados Unidos. Aunque la Subcomisión de Naciones Unidas elaboró un documento público “recordando que se trataba de un cuerpo independiente y condenando cualquier intimidación a sus miembros”, finalmente las amenazas de Martínez surtieron efecto y Cassese no fue reelecto en 1978 por causa del *lobby* argentino.⁽¹⁴⁾

Las presiones diplomáticas en Ginebra eran ejercidas también por otros países. Entre los archivos desclasificados por el Departamento de Estado de Estados Unidos se pueden encontrar cables del mismo año —1976— en los que la misión de ese país informaba a Washington y a su embajada en Santiago sobre las tratativas para la resolución de la Comisión de Derechos Humanos, condenando las violaciones en Chile, basándose en el informe que producía el Grupo de Trabajo *ad hoc* tras investigar la situación de los derechos humanos de ese país.⁽¹⁵⁾

5 | Avance a pesar de las presiones

Más allá de todas las presiones, en 1978 la Asamblea General de las Naciones Unidas dictó, aunque sin mencionar a la Argentina,⁽¹⁶⁾ la primera resolución que llamaba a los Estados a detener la práctica de las desapariciones forzadas. Además, en febrero de 1980 la Comisión de Derechos Humanos creó el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias,⁽¹⁷⁾ momento desde el cual su mandato se ha ido renovando periódicamente.⁽¹⁸⁾

.....

(14) *Ibid.*

(15) Ver [en línea] http://www.wikileaks.org/plusd/cables/1976GENEVA01079_b.html

(16) Resolución 33/173, impulsada por Francia. Ver también *Comité contra la Desaparición Forzada*, “Observaciones finales sobre el informe presentado por Francia en aplicación del artículo 29, párrafo 1, de la Convención, aprobadas por el Comité en su cuarto período de sesiones (8 a 19 de abril de 2013)”, párr. 3, [en línea] http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED/C/FRA/CO/1&Lang=Sp

(17) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, resolución 20 (XXXVI), 29 de febrero de 1980.

(18) El Grupo de Trabajo tiene un mandato esencialmente humanitario, definido centralmente en ayudar a los familiares de las personas desaparecidas a averiguar su suerte y paradero. Para ello examina informes presentados por los mismos allegados a la familia o por organizaciones de derechos humanos que actúan en su nombre. También, desde la adopción en

En el ámbito americano, luego de la presión de la Comisión Interamericana, durante 1979, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó una resolución sobre Chile que condenaba las desapariciones forzadas en las Américas.⁽¹⁹⁾ La misma Comisión llevó adelante la trascendente visita *in loco* a Argentina en la que documentó numerosos casos de desapariciones forzadas. Esto le permitió concluir sobre su sistematicidad y dar esperanzas a los familiares.⁽²⁰⁾

En este contexto de naciente activismo en relación con las desapariciones forzadas entre los mecanismos de protección internacional de derechos humanos, en 1981 el Instituto de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de París organizó un coloquio de alto nivel.⁽²¹⁾ Allí se comenzó a promover la elaboración de una convención internacional con el objetivo de crear un derecho humano a no ser sometido a desaparición forzada, más allá del reconocimiento a la violación de múltiples derechos humanos que este crimen implicaba.⁽²²⁾ Las organizaciones de derechos humanos de América Latina, muchas de ellas nucleadas en Fedefam (Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos), retomaron ese interés y prepararon varios proyectos de declaraciones y convenciones. El informe de Nowak⁽²³⁾ explica que esos proyectos, junto a la adopción en 1984 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana, así como la práctica del Grupo de Trabajo, fueron la base para la elaboración de la

.....
 1992 de la Declaración para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas por la Asamblea General, tiene entre sus objetivos el de monitorear su cumplimiento por los estados.

(19) AG/Rev.443 (IX-0/79).

(20) REED, BRODY; FELIPE, GONZALES, citado por NOWAK, MANFRED, "Los derechos civiles...", *cit.*, párr. 12. Advierte que Argentina también presionó ante la Asamblea General de la OEA para que el país no sea mencionado en sus resoluciones con la amenaza de retirarse del organismo multilateral.

(21) Fue célebre la participación del escritor argentino Julio Cortázar. Ver la cita de su discurso en ANDREU GUZMÁN, FEDERICO, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada*, Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, 2012, p. 61.

(22) NOWAK, MANFRED, "Los derechos civiles..." *cit.*, párr. 43.

(23) NOWAK, MANFRED, "Los derechos civiles..." *cit.*, párr. 44.

Declaración Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas —1992—⁽²⁴⁾ y la Convención —1994—.

En 2001 —momento de impunidad generalizada en todas las geografías, más allá de los avances mencionados— la Comisión de Naciones Unidas⁽²⁵⁾ encargó a Nowak la elaboración del informe citado con el objetivo de que examinara el marco internacional en materia penal y de derechos humanos para la protección contra las desapariciones forzadas y para que determinara las posibles lagunas. El experto confirmó la intuición de la Comisión⁽²⁶⁾ acerca de la necesidad de contar con un “instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas”. Sostuvo que podría tomar la forma de un tratado especial de derechos humanos, un protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o un Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura.

6 | El grupo de trabajo para la elaboración de la Convención

La misma resolución de la Comisión de Derechos Humanos preveía que el “Informe Nowak” y el “proyecto de 1998”, elaborado por la Subcomisión de Derechos Humanos, fueran los insumos principales para el análisis de un Grupo de Trabajo, entre período de sesiones de composición abierta, que terminara de redactar la convención y se decidiera por una de las tres opciones.⁽²⁷⁾ Nowak, tomando en cuenta el hecho de que los Estados no veían con buena cara la proliferación de nuevos órganos de tratados, concluyó que la mejor opción sería que el Comité de Derechos Humanos asumiera las tareas de supervisión de las obligaciones estatales sobre las

.....

(24) Louis Joinet, en ese entonces experto de la Subcomisión de Derechos Humanos, fue el encargado de elaborar el primer proyecto, en 1988. *Ibid.*, párr. 44.

(25) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, resolución 2001/46, 23 de abril de 2001.

(26) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, resolución 2001/46. *op. cit.*, párr. 12.

(27) Joinet, diez años después de su primer proyecto de Declaración, fue el autor del proyecto base en su rol de Presidente del Grupo de Trabajo sobre la administración de justicia de la Subcomisión de Derechos Humanos. SUBCOMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Report of the sessional working group on the administration of justice”, E/CN.4/Sub.2/1998/19, 19 de agosto de 1998, anexo.

desapariciones y que el texto del tratado fuera un protocolo adicional al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la primera de las reuniones del Grupo de Trabajo, que estaba encargado de elaborar el proyecto de convención, bajo la presidencia del diplomático francés Bernard Kessedjian, el experto Louis Joinet precisó que era necesario mejorar el “proyecto de 1998”, de su propia autoría, teniendo en cuenta la evolución del derecho internacional.⁽²⁸⁾ Insistió en la especificidad de las desapariciones forzadas como violación a los derechos humanos en sí misma. Pero no fue sino hasta el cuarto período de sesiones del Grupo de Trabajo en que se impuso la idea de tener un comité específico y una convención autónoma. Fue el mismo Joinet⁽²⁹⁾ quien explicó que en el proyecto no se le había confiado la supervisión del tratado a la Comisión de Derechos Humanos porque ya “tenía demasiado que hacer y asignarle más trabajo sería complicado y no reportaría ninguna ventaja económica”. Subrayó además que si se optara por un protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, habría que distinguir entre aquellos estados que hubieran ratificado o no el Pacto y aquellos que hubieran ratificado el nuevo protocolo adicional, lo que no tendría suficiente visibilidad para las víctimas.

En apoyo de esta postura, varias delegaciones mencionaron los siguientes argumentos, entre otros:

- Dentro de las dificultades prácticas que surgirían si se decidiera por un protocolo adicional, está aquella sobre la nacionalidad de los miembros del órgano ya que los integrantes del Comité de Derechos Humanos son nacionales de los Estados partes, podrían no firmar el protocolo adicional sobre desapariciones forzadas.
- Al igual que respecto de los otros dos protocolos adicionales al Pacto, solo los Estados partes podrían adherirse al nuevo, lo que limitaría las posibilidades de ratificación.

.....

(28) Mencionó en particular el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, los progresos en materia de jurisdicción universal y la labor de la Comisión de Derecho Internacional en relación con la responsabilidad de los Estados. SUBCOMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “*Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance*”, E/CN.4/2003/71, 12 de febrero de 2003, párr. 21.

(29) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “*Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance*”, E/CN.4/2005/66, párr. 157.

- Las funciones del nuevo órgano son innovadoras, pues combinan procedimientos con fines humanitarios con procedimientos más clásicos y jurídicos. Esto complica la posibilidad de dar ese mandato a un órgano ya existente; y, además, el incremento del volumen de trabajo afectaría su calidad.
- La elaboración de un protocolo facultativo reduciría la especificidad de las desapariciones forzadas y diluiría el mensaje de las Naciones Unidas que se deseaba transmitir.⁽³⁰⁾

En el marco de una iniciativa más general de examinar la posibilidad de fusionar los órganos de supervisión de tratados en un solo Comité por parte de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, el presidente⁽³¹⁾ del Grupo de Trabajo terminó negociando en la última sesión la creación de un órgano nuevo. Sin embargo, estableció que la Conferencia de Estados partes se reuniría entre 4 y 6 años después de la entrada en vigor para evaluar el funcionamiento del Comité y decidir si confiar a otra instancia la supervisión del tratado.⁽³²⁾

El 23 de septiembre de 2005 —tiempo récord para la elaboración de un tratado de estas características—, en el Palacio de las Naciones de Ginebra, el Grupo de Trabajo inter-sesión culminaba el texto de la Convención gracias a los esfuerzos negociadores de Kessedjian y, especialmente, gracias al impulso de muchos activistas de derechos humanos que empujaron el proceso y trabajaron para convencer a las delegaciones, entre ellos Marta Vázquez, Madre de Plaza de Mayo (Línea Fundadora). Como se explicitó en la “Introducción”, la Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006,⁽³³⁾ y entró en vigor cuatro años después, el 23 de diciembre de 2010.

.....
(30) *Ibid.*, párrs. 158/161.

(31) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “*Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance*”, E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, párr. 70.

(32) Propuesta que quedó plasmada en el artículo 27 de la Convención, al que se opuso la delegación argentina, COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “*Report of the intersessional open-ended working group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance*”, E/CN.4/2006/5, cit., párr. 73.

(33) En paralelo al inicio de las labores formales para la concreción de la Convención, en 2003, en Argentina se intensificaba el proceso de persecución penal de las desapariciones forzadas a través de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida, de su anulación por el Congreso Nacional y el fuerte impulso que a esta política dio

7 | El problema de los actores no estatales: desapariciones forzadas o desapariciones

Uno de los aspectos conceptuales que más dudas han generado desde el proceso de elaboración de la Convención es el de la posibilidad de que las desapariciones forzadas fueran cometidas por los denominados “actores no estatales”, es decir, personas que no fueran agentes del Estado. Un factor del problema ha sido la redacción que se acordó para las desapariciones forzadas en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, que las contempla como crímenes contra la humanidad en aquellos casos en los que fueran cometidas como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil.

El artículo 7.2.i del Estatuto de Roma establece en su definición de la desaparición forzada que uno de los elementos de los autores de algunas de las formas de privación de la libertad deben ser agentes del Estado o miembros de una organización política, o bien deben actuar con su autorización, apoyo o aquiescencia.

Esta definición, al agregar a las organizaciones políticas, modifica la concepción clásica de las desapariciones forzadas, en particular aquella que provenía de la Declaración y la Convención Interamericana, así como los proyectos que las antecedieron y sucedieron. Varios Estados y, en particular, organizaciones de derechos humanos y de víctimas, confrontaron con esta definición del Estatuto de Roma. Sobre todo porque en algunos contextos geográficos las desapariciones forzadas habían sido cometidas por los Estados contra miembros de organizaciones políticas, lo que parecía igualar en el texto del tratado a victimarios y víctimas, aunque los defensores de la norma explicaban que se trataba solamente de prever nuevas formas de comisión de este delito, tal como se ejecutan en determinados países.

Lo cierto es que en el Estatuto de Roma se ha asociado erróneamente a aquellas desapariciones forzadas cometidas por organizaciones políticas

.....
el Poder Ejecutivo en apoyo de los organismos de derechos humanos. Argentina fue, junto a Francia, líder en la elaboración y promoción de la Convención Internacional, y su proceso interno de avance contra la impunidad impactó positivamente en otros países del continente.

como las cometidas por “agentes no estatales” para diferenciarlas de aquellas ejecutadas por el Estado. Es cierto que se trata de agentes no estatales. Sin embargo, la diferenciación es errónea porque la fórmula de la comisión con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado admitiría la ejecución de desapariciones forzadas por agentes no estatales aunque no se hubiera contemplado en la redacción a las organizaciones políticas. Por ejemplo, un particular que se apropia de un niño y le sustituye su identidad para garantizarse que la conducta no será descubierta y así oculta la información sobre el paradero a la familia de la víctima y lo hace al amparo de agentes del Estado que le entregan a ese niño, estará ejecutando una desaparición forzada, aun sin ser parte de ninguna organización política.

El debate suscitado en relación con el Estatuto de Roma se trasladó inexplicablemente a la Convención Internacional, donde se ha seguido la tipificación proveniente de los instrumentos anteriores como la Declaración y la Convención Interamericana, excluyendo la expresión sobre las “organizaciones políticas”. La definición, prevista en el art. 2º, es la siguiente:

A los efectos de la presente Convención, se entenderá por ‘desaparición forzada’ el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley.

Sin embargo, como en el Estatuto de Roma, en esta definición de desaparición forzada se prevé su comisión por agentes no estatales: eso sí, siempre que actúen con autorización, apoyo o aquiescencia del Estado, y se cumplan el resto de los elementos típicos. De hecho, el ejemplo de la apropiación de un niño mencionado más arriba encuadraría igualmente. Como también sería responsable de desaparición forzada el empresario que, sin ser agente del Estado, aporta listas negras y logística a las fuerzas militares para que desaparezcan a trabajadores de su compañía. O la banda de tratantes de personas que secuestra niños para trabajo esclavo con la connivencia de la policía con quien comparte las ganancias del ilícito.

Pero la Convención incorpora una obligación extra a los Estados partes en su art. 3°: “Los Estados partes tomarán las medidas apropiadas para investigar sobre las conductas definidas en el art. 2° que sean obra de personas o grupos de personas que actúen sin la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, y para procesar a los responsables”.

El texto de la norma es claro. Simplemente crea una obligación específica de investigar una serie de conductas en las que no se encuentra presente uno de los elementos de las desapariciones forzadas, esto es, la cuota de participación estatal, sea a través de la autorización, el apoyo o la aquiescencia. Sin embargo, se ha afirmado sistemáticamente que el art. 3° de la Convención abarca desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales, mientras que el art. 2° implica a los estatales. Los trabajos preparatorios de la Convención no son clarificadores, porque de hecho allí se mantiene la confusión. En el informe de la última sesión se describe:

Numerosas delegaciones propusieron sustituir ‘desapariciones forzadas’ por actos o comportamientos descritos o definidos en el artículo primero (que sería el segundo de acuerdo al texto definitivo), con miras a destacar que las desapariciones cometidas por agentes no estatales no son de la misma naturaleza que las cometidas por agentes del Estado, y que quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 1°. ⁽³⁴⁾

El error de esta afirmación se encuentra en sostener que desapariciones cometidas por agentes no estatales quedarían por fuera de la definición prevista en el art. 2° de la versión definitiva de la Convención, es decir, que no se trataría de una desaparición forzada.

Con ánimo aclaratorio, se hace necesaria una nueva clasificación. Debe decirse que el art. 2° define a las desapariciones forzadas, y que por admitirse como típicas aquellas conductas que se ejecutan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, entonces puede haber desapariciones forzadas cometidas por agentes no estatales. ⁽³⁵⁾

(34) COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Report of the Intersessional Open-ended Working Group to elaborate a draft legally binding normative instrument for the protection of all persons from enforced disappearance”, E/CN.4/2006/57, cit. párr. 13.

(35) Que, de hecho, podrían ser organizaciones políticas si actuaran con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

Las conductas delictivas previstas en el art. 3° requieren de una nomenclatura distinta, porque la carencia total de participación estatal hace que no se trate de desapariciones forzadas, y sus autores serán en todos los casos actores no estatales. Podría llamárselas “desapariciones” o “desapariciones art. 3°”. La única obligación que generaría en los Estados la ratificación de la Convención es la de tomar las medidas apropiadas para investigarlas, porque el resto de obligaciones y derechos están relacionadas con las desapariciones forzadas, de acuerdo a la definición del art. 2°. La excepción podría ser la competencia del Comité contra la Desaparición Forzada en relación con las acciones urgentes previstas en el art. 30, ya que ese innovador mecanismo protector eminentemente humanitario habla de “persona desaparecida” y nunca de desaparición forzada.⁽³⁶⁾ Sin embargo, su efecto práctico es limitado, porque la doctrina del Comité en relación con las acciones urgentes ha sido hasta el momento la de iniciar el procedimiento siempre que haya una alegación sobre alguna forma de participación estatal, dejando la carga de probar que tal participación no ha existido en el Estado parte.

Uno de los mayores desafíos en relación con la obligación de investigar que surge del art. 3° de la Convención será determinar la presencia de los otros elementos de la definición del art. 2°, que se incorporan al 3, lo que implica un límite para la vigencia de la obligación respecto de cualquier forma de privación de la libertad. Es decir, la negativa a reconocer la privación o el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola como consecuencia de la protección de la ley. Es posible que el Comité tenga que responder varias preguntas en este sentido, en particular sobre las formas de probar la presencia de estos elementos, e inclusive si estos elementos pueden ser ejecutados por particulares sin ninguna forma de participación estatal.

.....
(36) Ver parágrafos 1 y 4 del art. 30.

Jurisprudencia anotada

Garantías del debido proceso en procedimientos administrativos

Plazo razonable

CSJN, "BONDER AARON (EMPERADOR COMPAÑÍA FINANCIERA SA) y OTROS c/ BCRA s/ RESOL. 178/93", 19 de NOVIEMBRE de 2013

por **LUCÍA MAGALÍ ROZENBERG**⁽¹⁾

“Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions administratives”
Artículo 13 de la ley del 16-24 de agosto de 1790, Francia

I | Introducción

El reciente fallo “Bonder Aaron”⁽²⁾ (2013), que se suma a “Losicer”⁽³⁾ (2012), representa un avance jurisprudencial de gran trascendencia para el derecho administrativo moderno, cada vez más influido por el paso firme que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene dando en distintas

(1) Abogada con Diploma de Honor (UBA). Especialista en Derecho Procesal (UBA). Se desempeña profesionalmente como asesora en el Ministerio del Interior y Transporte. Becaria FURP/USA 2013.

(2) CSJN, “Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera SA) y otros c/ BCRA s/ resol. 178/93”, sentencia de 19/11/2013.

(3) CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105.666/86 - SUM FIN 708)”, sentencia de 26/06/2012.

regiones del mundo. A través de ellos, nuestro Máximo Tribunal ha reconocido la plena vigencia no solo de la garantía del plazo razonable, sino también de todas las garantías del debido proceso en el procedimiento administrativo, siguiendo el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia.

En tal sentido, estos precedentes se insertan como una pieza clave dentro del proceso que viene llevando adelante la Argentina a la hora de implementar los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) a nivel interno.

Desde una visión administrativista, veremos que estos precedentes abren numerosos interrogantes vinculados con el funcionamiento moderno del sistema de división de poderes y podrían dar pie a una reconfiguración del vínculo existente entre Administración y Justicia.

A los efectos del análisis, en una primera parte nos referiremos al plano internacional. Realizaremos un breve relato jurisprudencial sobre los estándares del SIDH en materia de garantías judiciales y debido proceso, con especial énfasis en la garantía del plazo razonable. La segunda parte la dedicaremos a reseñar el modo en que se vienen internalizando en nuestro país aquellos estándares, con las diversas consecuencias que ello trae aparejadas en la dinámica actual del sistema de división de poderes, en la implementación práctica de las exigencias del debido proceso que tiene a su cargo la Administración en su obrar jurisdiccional, y también, en el vínculo —a veces conflictivo— que mantiene con el Poder Judicial.

2 | Plano internacional

2.1 | El ámbito de aplicación de las garantías judiciales

Para estudiar los estándares del SIDH en lo atinente a la aplicación de las garantías judiciales a los procedimientos no considerados estrictamente “judiciales” (por no haber sido llevados a cabo por miembros del Poder Judicial), debemos remontarnos a la Opinión Consultiva 9/1987.⁽⁴⁾ Allí, a

(4) CORTE IDH, OC-9/1987, “Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 06/10/1987, Serie A, N° 9.

raíz de una consulta de la República Oriental del Uruguay, la Corte IDH sostuvo, *inter alia*, que el art. 8°.1

... es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el art. 8° no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención.⁽⁵⁾

Aunque lejos de ser concluyentes, estas expresiones permiten apreciar un primer intento por definir el concepto de “garantías judiciales”, el cual no estaría limitado a los procesos estrictamente judiciales.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo en 1999, con cita de Agustín Gordillo, que: “[e]l principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión”.⁽⁶⁾

Más tarde, la Corte IDH emitió la OC 19/1999 donde formuló consideraciones sobre el acceso a la justicia y la igualdad de las partes en el proceso,⁽⁷⁾ aspecto trascendente para los procedimientos administrativos por existir

.....

(5) *Ibid.*, párr. 27.

(6) CIDH, Informe N° 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13/04/1999, párr. 69.

(7) Sostuvo que “Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”. CORTE IDH, OC-16/1999, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, 01/10/1999, Serie A, N° 16, párr. 119.

una manifiesta desigualdad real entre ellas, dado que el Estado, además de ser parte en los mismos, es quien debe resolver el asunto.

Así llegamos al emblemático caso del “Tribunal Constitucional”.⁽⁸⁾ En él la Corte IDH debió decidir si el Estado peruano había violado los derechos reconocidos en la CADH respecto de tres magistrados del Tribunal Constitucional de dicho Estado parte que habían sido destituidos a raíz de una sanción impuesta por el Congreso, en el marco de un juicio político.⁽⁹⁾

Allí, la Corte IDH destacó que:

Si bien el art. 8° de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante **cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.**⁽¹⁰⁾

Y agregó que:

... cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas (...) **cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8° de la Convención Americana.**⁽¹¹⁾

(8) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31/01/2001, Serie C, N° 71.

(9) Todo ello en un contexto politizado, donde los magistrados habían emitido una sentencia que declaraba la inaplicabilidad de la ley 26.657 o de “interpretación auténtica del art. 112 de la Constitución Peruana” que permitía la reelección e impedía, en el caso concreto, la postulación del entonces Presidente Fujimori en las siguientes elecciones.

(10) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional...”, cit., párr. 69. El resaltado me pertenece.

(11) *Ibid.*, párr. 71. El resaltado me pertenece.

Pocos días más tarde, la Corte IDH emitió sentencia en el caso “Baena” (2001) que versaba sobre un procedimiento administrativo sancionador llevado adelante contra trabajadores del Congreso de Panamá, en presunta violación de las garantías del debido proceso, consagradas en los arts. 8° y 25.1 CADH. Entre otras cosas, la Corte IDH dijo:

Si bien el art. 8° de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, **cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.**⁽¹²⁾

Y añadió:

La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del art. 8° de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la **determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”**. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; **el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del art. 8°.1 y 8°.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.**⁽¹³⁾

Asimismo, sostuvo que **“Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber**. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.⁽¹⁴⁾

(12) CORTE IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 02/02/2001, Serie C, N° 72, párr. 124. El resaltado me pertenece.

(13) *Ibid.*, párr. 125. El resaltado me pertenece.

(14) *Ibid.*, párr. 127. El resaltado me pertenece.

Finalmente, expresó:

La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8° de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.⁽¹⁵⁾

Luego, la Corte IDH reiteró la doctrina citada en el caso “Ivcher Bronstein”⁽¹⁶⁾ y en el caso “López Mendoza”. Señaló que las sanciones administrativas y disciplinarias son, al igual que las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas, por lo que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso.⁽¹⁷⁾

2.2 | La garantía del plazo razonable

En cuanto a la garantía del plazo razonable, la Corte IDH se explayó sobre el tema en el caso “Genie Lacayo”, donde señaló:

El art. 8° de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.⁽¹⁸⁾

(15) *Ibid.*, párr. 129.

(16) CORTE IDH, “Caso Ivcher Bronstein vs. Perú” (Reparaciones y Costas), sentencia de 06/02/2001, Serie C, N° 74, párrs. 102/104.

(17) CORTE IDH, “Caso López Mendoza vs. Venezuela” (Fondo Reparaciones y Costas), sentencia de 01/09/2011, Serie C, N° 233, párr. 111.

(18) CORTE IDH, “Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 29/01/1997, Serie C, N° 30, párr. 74.

Luego, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte IDH precisó tres criterios para analizar la razonabilidad del plazo de duración de los procesos. A saber: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.⁽¹⁹⁾ A ellos posteriormente agregó uno más: d) la afectación generada de la situación jurídica peculiar de la persona involucrada en el proceso.⁽²⁰⁾

En otro orden de ideas, los órganos de supervisión del SIDH tienen dicho que el plazo insumido en la ejecución de la sentencia debe considerarse como integrante de la duración del “proceso”, a los efectos del cómputo del plazo razonable en el que debe satisfacerse el derecho del reclamante.⁽²¹⁾ En efecto, la CIDH señaló que:

El cumplimiento de las sentencias del poder judicial está íntimamente relacionado (...) con el concepto mismo de la función jurisdiccional del Estado. El principal objetivo de dicha función es satisfacer la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de la libertad individual en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso, para que haya paz y armonía social.⁽²²⁾ El corolario de la función jurisdiccional es que las decisiones judiciales sean cumplidas, ya sea de forma voluntaria o de manera coercitiva, con el auxilio de la fuerza pública, de ser ello necesario.⁽²³⁾

Y agregó que: “El incumplimiento de sentencias judiciales no solo afecta la seguridad jurídica sino también vulnera los principios esenciales del Estado

.....

(19) *Ibid.*, párr. 77.

(20) CORTE IDH, “Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27/11/2008, Serie C, N° 192, párr. 155.

(21) En cuanto al punto de partida para el cómputo del plazo de los procedimientos, el Tribunal Interamericano señaló que el mismo comienza a partir de que se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, lo que en algunos casos sucede en la época de los hechos. Ver aprehensión del imputado, en CORTE IDH, “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador” (Fondo), sentencia de 12/11/1997, Serie C, N° 35, párr. 70.

(22) VÉSCOVI, ENRIQUE, *Teoría General del Proceso*, Bogotá, Temis, 1984, p. 120. Nota del editor: la presente nota al pie pertenece al texto original.

(23) CIDH, Informe N° 110/2000, Caso 11.800, César Cabrejos Bernuy vs. Perú, sentencia de 04/12/2000, párr. 24.

de derecho. Lograr la ejecución de las sentencias judiciales constituye así un aspecto fundamental a la esencia misma del Estado de derecho”.⁽²⁴⁾ Asimismo, en el célebre informe “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, la CIDH sostuvo:

... la etapa de ejecución de las sentencias debe ser considerada parte integrante del proceso y que, en consecuencia, debe ser contemplada a la hora de examinar la razonabilidad del plazo de un proceso judicial. Esto se debe a que el derecho de acceder a la justicia exige que la solución final de toda controversia tenga lugar en un plazo razonable. Esta cuestión es medular, pues en una amplia gama de procesos sociales —en particular en materia de seguridad social— los trámites de ejecución de sentencias se han visto seriamente demorados y obstaculizados por normas de emergencia y defensas dilatorias a favor de los Estados.⁽²⁵⁾

Por su parte, en el ya citado caso “Baena”, la Corte expresó: “La efectividad de las sentencias depende de su ejecución. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento”.⁽²⁶⁾ Y con posterioridad amplió: “... la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas”.⁽²⁷⁾

.....

(24) *Ibid.*, párr. 25.

(25) CIDH, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales”, 07/09/2007, párr. 26.

(26) CORTE IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá” (Competencia), sentencia de 28/11/2003, Serie C, N° 104, párr. 73.

(27) *Ibid.*, párr. 79. Ver CORTE IDH, “Caso Cantos vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28/11/2002, Serie C, N° 97, párrs. 59 y 60; “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31/08/2001, Serie C, N° 79, párr. 135; “Caso Durand y Ugarte vs. Perú” (Fondo), sentencia de 16/08/2000, Serie C, N° 68, párr. 121. Criterio reiterado luego en CORTE IDH, Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 01/07/2009, Serie V, N° 198; “Cinco Pensionistas vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28/02/2003, Serie C, N° 98; “Cesti Hurtado vs. Perú”, Resolución del 19/11/1999 (Interpretación de la sentencia de fondo), Serie C, N° 56.

De esta manera, los órganos de supervisión del SIDH vienen delimitando los alcances temporales de la garantía del plazo razonable, con gran incidencia en procesos que, como el contencioso-administrativo, suelen insu-
mir un tiempo considerable desde el agotamiento de la vía administrativa hasta la ejecución definitiva de la sentencia.⁽²⁸⁾

3 | Plano interno

3.1 | Hasta 2012

Antes de “Losicer”, la Corte solo se había pronunciado sobre el tema en algunos casos aislados. Así, por ejemplo, en 1955 la Corte indicó que “La garantía de la defensa en juicio es también imperativa para los cuerpos jurisdiccionales administrativos”.⁽²⁹⁾ Sin embargo, no fue sino hasta 2012 que la Corte se pronunció de manera categórica sobre la plena vigencia de las garantías del debido proceso en sede administrativa. De hecho, en el célebre caso “Fernández Arias c/ Poggio” (1960)⁽³⁰⁾ puede observarse que la principal garantía procesal reconocida a los particulares en el procedimiento administrativo fue la del derecho a una revisión judicial posterior (“control judicial suficiente”), como si dicha instancia fuera la única salvaguarda posible en favor de los particulares frente al poder discrecional de la Administración.⁽³¹⁾

3.2 | “Losicer”

El 26 de julio de 2012 la Corte Suprema emitió el fallo “Losicer”. Allí debió decidir si el procedimiento administrativo sancionador llevado adelante por el BCRA contra los directivos y síndicos de una empresa había respe-

(28) Las leyes de consolidación de deuda pública son ejemplos emblemáticos de esta circunstancia.

(29) CSJN, “Barbero, Ernesto c/ Ruiz Ayuso, Jesús”, sentencia de 1955, Fallos: 233:74.

(30) CSJN, “Fernández Arias, Elena y otros c/ Poggio, José”, sentencia de 19/09/1960, Fallos: 247:646.

(31) Así lo interpretó la Sala IV de la CNac. Cont. Adm. Fed., *in re*: “La Perseverancia Seguros SA (TF 19016-A) c/DGA”, sentencia de 10/03/2009, al señalar: “[e]sa doctrina permitió sostener que cuando la restricción a la defensa ocurre en el procedimiento que se sustancia en sede administrativa, la efectiva violación al art. 18 de la Constitución Nacional no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanar esa restricción en una etapa jurisdiccional posterior, porque

tado la garantía del plazo razonable, atento a que el mismo había durado casi veinte años. Los hechos considerados como infracción al régimen financiero se habían extendido hasta abril de 1987. Tras ellos se inició el sumario administrativo en agosto de 1990, dando lugar a una resolución sancionatoria que fue notificada a los interesados en julio de 2005, es decir, dieciocho años después de ocurridos los hechos del caso.

Si bien tanto a criterio de la Procuradora Fiscal como de la Corte la prescripción no había operado,⁽³²⁾ se encuadró el asunto dentro de lo dispuesto en el art. 18 CN y el art. 8°.1 CADH. En tal entendimiento, la Corte sostuvo: “cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el estado de derecho la vigencia de **las garantías enunciadas por el art. 8° de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función— sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales**”.⁽³³⁾ Y agregó “que tampoco es óbice a la aplicación de las mencionadas garantías la circunstancia de que las sanciones (...) hayan sido calificadas por la jurisprudencia de esta Corte como de carácter disciplinario y no penal (...) pues en el mencionado caso ‘Baena’ la Corte Interamericana —con apoyo en precedentes de la Corte Europea— aseveró que **la justicia realizada a través del debido proceso legal se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse a esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del art. 8° de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales**, pues admitir esa interpretación ‘equivaldría dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso’...”.⁽³⁴⁾

.....

en el procedimiento judicial se satisface la exigencia de la defensa en juicio con amplitud de debate y prueba (...) Consecuentemente, se ha sostenido que no importan violaciones a la defensa en juicio las presuntas deficiencias del trámite realizado en sede administrativa cuando el posterior trámite en la etapa jurisdiccional ofrece ocasión para subsanarlas...”.

(32) CSJN, “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (Expte. 105666/86 - SUM FIN 708)”, fallo cit., consid. 4°.

(33) *Ibid.*, consid. 8°. El resaltado me pertenece.

(34) *Ibid.*, consid. 9°. El resaltado me pertenece.

Asimismo, recordó los criterios establecidos por la Corte IDH en el caso “Genie Lacayo” y concluyó: “el ‘plazo razonable’ de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8º, constituye (...) una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión”.⁽³⁵⁾

De esta manera, la CSJN, por primera vez estableció en términos categóricos que ya no solamente la Justicia, sino también la Administración Pública, se encuentran obligadas por lo dispuesto en los arts. 8º y 25 CADH y 18 CN.

Este precedente significa, a mi criterio, un nuevo paso en lo que Eduardo García de Enterría denomina “la lucha contra las inmunidades del poder”, al posar en cabeza de la Administración la obligación de resolver los asuntos sustanciados en la esfera de su conocimiento dentro de un plazo razonable, con todas las garantías del debido proceso. Máxime cuando los particulares tienen en nuestro país, salvo excepciones taxativas, la obligación de agotar la vía administrativa previa a la judicial.

Asimismo, considero que constituye un cambio de paradigma respecto de la doctrina sentada en “Fernández Arias”. El procedimiento administrativo deja de ser una instancia de desamparo para el particular, a la espera de la ansiada instancia judicial en la cual finalmente será oído con todas sus garantías procesales para pasar a ser una verdadera oportunidad para defender adecuadamente sus derechos y pretensiones.

3.3 | “Bonder Aaron”

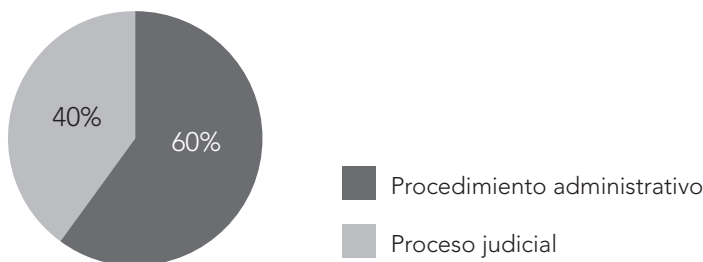
A más de un año de dictar sentencia en el caso “Losicer”, la Corte falló en el caso “Bonder Aaron”, cuyos hechos eran sustancialmente semejantes a aquel caso. Se trataba de sanciones por presuntas infracciones a la Ley de Entidades Financieras por el BCRA. Ellas fueron confirmadas por la Cámara del fuero, por lo que los interesados acudieron al remedio federal, oponiendo la defensa la prescripción, que fue también aquí rechazada por la Corte.

.....

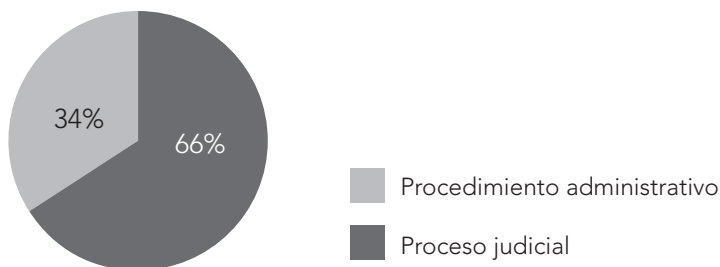
(35) *Ibid.*, consid. 10º.

La demora en este caso era más grave que en “Losicer” ya que los hechos se habían producido entre 1982 y 1983, concluyendo el sumario administrativo en 1993, es decir, diez años después. Las actuaciones fueron remitidas a la Cámara en 1994, quien decidió el fondo del asunto en 2008, esto es, veinticinco años después de ocurridos los hechos. Hasta aquí, la reseña cronológica elaborada por la Corte.⁽³⁶⁾ Sin embargo, a los efectos del presente análisis, iremos un poco más allá de la reseña indicada, considerando también el tiempo insumido ante la Corte. Así, teniendo en cuenta que el recurso extraordinario fue presentado en 2008 y la sentencia definitiva recayó en 2013, desde la comisión de los hechos hasta el dictado de la sentencia por parte de la Corte, el proceso “globalmente” considerado duró casi treinta años. Gráficamente, la duración del proceso podría describirse de la siguiente manera:

CUADRO 1. DURACIÓN DEL PROCESO GLOBALMENTE CONSIDERADO HASTA LA INSTANCIA DE LA CSJN

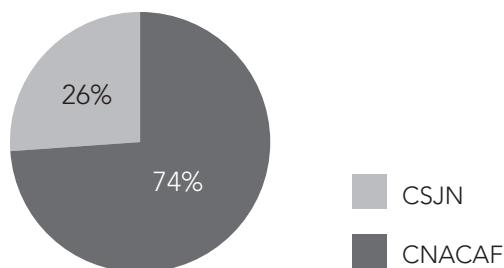


CUADRO 2. DURACIÓN DEL PROCESO “GLOBALMENTE” CONSIDERADO INCLUYENDO LA ETAPA ANTE LA CSJN



(36) *Ibid.*, consid. 10°.

CUADRO 3. DURACIÓN DEL PROCESO EN LA ETAPA JUDICIAL EXCLUSIVAMENTE



Creo que estos cuadros resultan reveladores a la hora de reflexionar sobre los “tiempos” de la Administración y de la Justicia. Como se puede observar en este caso, a diferencia de lo sucedido en “Losicer”, la mayor demora se produjo en sede judicial. Téngase presente que, en tal sentido, frente a la demora de las autoridades administrativas, los interesados tienen a su disposición diversas herramientas jurídicas para sortear dicho obstáculo, como lo son el pedido de pronto despacho, el amparo por mora o el silencio en sentido negativo. No escapa a nuestro conocimiento que dichas herramientas no siempre resultan eficaces. En todo caso, lo que me interesa resaltar es que ello no es una problemática exclusiva de la Administración Pública.⁽³⁷⁾

A su vez, considero que en sede judicial el interesado suele carecer de herramientas idóneas para evitar demoras excesivas, circunstancia que se agrava a medida que se asciende en la jerarquía del Poder Judicial. Sin embargo, si se analizan los casos resueltos por el SIDH, podemos afirmar que no se trata de un fenómeno exclusivamente local.⁽³⁸⁾

Así vemos que Administración y Justicia enfrentan desafíos similares en lo que se refiere al “tiempo” de los procesos, problema que probablemente se agrave con la puesta en funcionamiento de las Cámaras de Casación.⁽³⁹⁾

(37) Incluso podría afirmar que las razones por las cuales dichas herramientas no resultan eficaces radican frecuentemente en la falta de decisión de algunos jueces para adoptar medidas más severas a la hora de controlar los tiempos de la Administración.

(38) Si tomamos como ejemplo las últimas sentencias de fondo dictadas por la Corte IDH, en el caso “Liakat Ali Alibux”, la petición fue presentada en julio de 2003, mientras que la sentencia de fondo fue resuelta en enero de 2014, es decir, más de diez años después. En el caso “J. vs. Perú”, la petición fue presentada en junio de 1997 y la sentencia de fondo fue emitida en noviembre de 2013, es decir, dieciséis años más tarde. Todo esto, sin considerar la época en que los hechos ocurrieron.

(39) Ver ley 26.853, BO 17/05/2013.

3.4 | La dinámica moderna de división de poderes

Ahora bien, sentado lo anterior, cabe adentrarnos en el análisis sobre algunas cuestiones teórico-prácticas cuyo debate suscita “Bonder Aaron”.

Por un lado, me gustaría referirme al Principio de Unicidad del Estado. En el terreno administrativista implica que la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendida como una unidad institucional teleológica y ética”.⁽⁴⁰⁾

En derecho internacional público existe un principio general referido a la responsabilidad internacional del Estado que también se ha dado en llamar Principio de la Unidad del Estado, por el cual las acciones u omisiones de todos sus órganos deben atribuirse al Estado a los efectos de la responsabilidad internacional.⁽⁴¹⁾ Se trata del mismo principio pero, concebido a nuestro criterio, de una forma más amplia y compatible con la protección de los derechos humanos en el plano internacional. Por esto entiendo que sería aconsejable que el derecho administrativo amplíe su forma de entender este principio, a la luz que proyecta la lógica y la experiencia transitada en el ámbito internacional, cuyas pautas resultan de insoslayable seguimiento. Esta sentencia parece haberlo hecho, al entender la actuación del Poder Ejecutivo y la del Judicial como un **todo indiferenciado**, al menos en lo que a la garantía del plazo razonable se refiere. Ello significa que un poder del Estado no podría oponer como defensa ante un particular (o, llegado el caso, ante un tribunal internacional) que el retardo se produjo como consecuencia del obrar negligente de otro poder del Estado, por el cual no debe responder. El accionar de uno tiene necesarias consecuencias sobre el del otro. Asimismo, ante los particulares damnificados, la disquisición sobre la sede en la cual se produjo el retardo irrazonable, resultaría, en tal sentido, irrelevante.

.....

(40) Ver Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación publicado en tomo 247, p. 431, entre otros.

(41) CORTE IDH, “Caso Baldeón García vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 06/04/2006, Serie C, N° 147, párr. 140; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, sentencia de 31/01/2006, Serie C, N° 140, párrs. 111 y 112; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 15/09/2005, Serie C, N° 134, párr. 108; “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 04/07/2006, Serie C, N° 149, párr. 172, entre otros.

Siguiendo esta línea de razonamiento podríamos pensar en tres supuestos posibles: a) que el retardo se produzca exclusivamente en sede administrativa (como es el caso de "Losicer"); b) que el retardo se produzca en ambas sedes (como sucede en "Bonder Aaron"); o c) que el retardo se produzca exclusivamente en sede judicial (caso hipotético).

Si nos encontramos ante la situación a), es decir si el retardo se produce exclusivamente en sede administrativa, la consecuencia que ello debería traer aparejada es la nulidad del procedimiento, globalmente comprendido, pues no se habría respetado la garantía del plazo razonable en perjuicio del interesado. En este sentido, cabe preguntarse si es aplicable esta solución a todo tipo de procedimientos administrativos. Entendemos que si el proceso se inicia por un reclamo administrativo de un particular la nulidad del procedimiento no parece una solución justa. Es decir, la declaración de nulidad del procedimiento por haberse violado la garantía del plazo razonable solo debería prosperar en beneficio del particular. De tal manera, estando en presencia de un procedimiento administrativo sancionador, la solución ante la violación de la garantía del plazo razonable debería ser, en principio, la nulidad. En el resto de los casos dicha nulidad no podría ser planteada en perjuicio de un particular que ha obrado correctamente, máxime si se advierte que en sede administrativa rigen los principios de instrucción de oficio y de verdad material, y que el particular es un colaborador de la Administración.⁽⁴²⁾

Cabe también interrogarse sobre el efecto que tiene la declaración de nulidad del proceso globalmente comprendido sobre el acto administrativo impugnado. Puesto que, si los actos administrativos en nuestro sistema jurídico gozan de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria,⁽⁴³⁾ para que el acto impugnado sea nulo y, en lo que aquí interesa, inaplicable, así debe ser declarado en sede judicial⁽⁴⁴⁾ o revocado en sede administrativa.⁽⁴⁵⁾ Nótese que ni en "Losicer" ni en "Bonder Aaron" se declaró la nulidad del procedimiento ni la del acto administrativo.⁽⁴⁶⁾

(42) En sentido similar, ver CSJN, "Graciela Belkis Durusse de Fernández c/ Provincia de Santa Fe", 24/04/1986.

(43) Ver art. 12 LNPA.

(44) Ver art. 15 LNPA.

(45) Ver art. 17 LNPA.

(46) Solo podemos advertir de la lectura de "Bonder Aaron", la intención de la CSJN al dictar "Losicer", puesto que en el consid. 6º, señaló que aquel precedente "dejó sin efecto la resolución sancionatoria...".

No obstante, entendemos que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LNPA) ofrece una solución justa al caso cuando la demora se ocasiona en el procedimiento administrativo —supuestos a) y b)—, pues su art. 7° inc. d) menciona, entre los requisitos esenciales del acto administrativo que, previo a su emisión, deben cumplirse “los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”. Por lo tanto, si el procedimiento administrativo que precedió al dictado del acto fue excesivamente lento, violando así el debido proceso, entonces el acto carecerá de uno de sus elementos esenciales y, por lo tanto, será nulo.

Sin embargo, cuando nos encontramos en la situación c), es decir, cuando la demora se produce exclusivamente en sede judicial, esta previsión normativa resulta insuficiente puesto que el procedimiento previo al dictado del acto se sustanció en tiempo razonable, dejando a salvo su validez en los términos del art. 7° LNPA. El problema se produce luego, precisamente por la demora judicial al revisar la validez del acto. Frente a esta laguna normativa, estimo imperioso que, en tal supuesto, los jueces precisen los efectos jurídicos correspondientes.

Ahora bien, tal como fueron redactadas las partes resolutivas de ambos fallos, pensando en las situaciones a) y b), cabe preguntarse qué conducta debería adoptar la Administración Pública una vez notificada de la sentencia. Retomando la idea que veníamos desarrollando, si la justicia no declara la nulidad del acto administrativo impugnado, ¿debe la Administración revisarlo y revocarlo por ser nulo de nulidad absoluta e insanable? Entiendo que sí, precisamente por aplicación del Principio de Unidad del Estado entendido internacionalmente.

En otro orden de ideas, el acto así declarado no resultará susceptible de saneamiento pues, aunque se llevara adelante un nuevo procedimiento administrativo sancionador dentro de un plazo razonable, el transcurso del tiempo ya insumido invalidaría cualquier otro proceso derivado de los mismos hechos. Es decir, la Administración habría perdido la posibilidad de sancionar las presuntas infracciones por su negligente actuación durante el sumario administrativo oportunamente llevado a cabo.

Sin embargo, si se presentara la situación hipotética (aunque verosímil) de que la demora se ocasionara exclusivamente en sede judicial —supuesto c)—, el problema sería diferente. Si bien la negligencia en su obrar habría

sido exclusiva del Poder Judicial, en la práctica ello generaría que el proceso considerado como un “todo” deba declararse nulo y dicha nulidad acarrearía la del acto administrativo cuestionado, o al menos, lo tornaría inaplicable.

Esto resulta problemático en la medida en que el actuar negligente de un poder del Estado, como es el Judicial, descargaría sus consecuencias disvaliosas sobre la actuación de otro poder del Estado, el Ejecutivo, quien habría obrado diligentemente en el ejercicio de su competencia. Entendemos entonces que, en tal supuesto hipotético, aplicando la doctrina de la CSJN en “Bonder Aaron”, se presentaría un conflicto de poderes.

Este tema ha sido abordado por el ex Procurador General de la Nación, Nicolás Becerra, en un caso donde las circunstancias fácticas eran distintas pero el tema de fondo no distaba mucho de este. Se discutía la potestad del Poder Ejecutivo Nacional para dictar decretos de necesidad y urgencia.⁽⁴⁷⁾ Los hechos del caso habían ocurrido luego de la reforma constitucional de 1994 pero antes de la sanción de la ley 26.122 que creó la Comisión Bicameral Permanente, prevista en el tercer párrafo del art. 99 inc. 3 CN para que el Congreso ejerza el control posterior. Allí, el Dr. Becerra sostuvo que:

... resulta inaceptable que la mera omisión legislativa prive indefinidamente al titular del Poder Ejecutivo Nacional de una facultad conferida por el constituyente. **Las prerrogativas atribuidas por la ley suprema a uno de los poderes del Estado, no pueden resultar cercenadas por la inactividad de otro poder en el ejercicio de las funciones de control que el mismo ordenamiento le impone.** La falta de instrumentación adecuada de los controles que la Constitución ha instituido en el caso, no debe llevar a la traba o anulación de las facultades del Poder Ejecutivo...⁽⁴⁸⁾

De lo expuesto, y retomando los argumentos esbozados, entendemos que el ejercicio irregular de la competencia asignada a un poder del Estado —como es en el caso la resolución del Poder Judicial de la contienda dentro de un plazo razonable— no debería acabar aniquilando el ejercicio regular de la competencia de otro poder del Estado —como es la resolución

(47) CSJN, “Risolia de Ocampo, Ma. José c/ Rojas, Julio Cesar y otros s/ Ejecución de Sentencia”, sentencia de 19/10/1998.

(48) El resaltado me pertenece.

en sede administrativa de un asunto de su competencia dentro del plazo razonable y con las debidas garantías judiciales— ya que se altera así el equilibrio necesario que debe existir entre los distintos poderes del Estado. Máxime, cuando el ejercicio de la competencia del Poder Judicial lo es en su faz revisora del obrar administrativo. De admitirse tal posibilidad, lejos de cumplir con su misión constitucional, la Justicia habría viciado el obrar legítimo de la Administración Pública, supuesto vedado por nuestro sistema republicano de gobierno basado, como piedra angular, en el principio de división de poderes.

Finalmente, ubicándonos en el supuesto c), podríamos pensar en la posibilidad de que, ante la inminente violación de la garantía del plazo razonable por la demora exclusivamente judicial, la Administración —ya no estrictamente en su calidad de parte en el proceso con un interés específico en la cuestión allí ventilada, sino en su calidad de poder del Estado—, solicite ante la Justicia la inmediata resolución del asunto para preservar así la validez de su obrar.

Como se ha mencionado precedentemente, ante la demora administrativa, la Justicia puede agilizar la resolución del asunto por vía de amparo por mora promovido por el particular afectado. Sin embargo, el derecho positivo no parece ofrecer un recurso judicial específico a la Administración para acelerar los tiempos de la Justicia. Nos parece que dicha circunstancia resulta interesante de abordar, a la luz de la responsabilidad compartida entre ambos poderes que surge de lo resuelto en “Bonder Aaron”. Esta posibilidad entonces, respondería a un modelo más orientado al sistema de “frenos y contrapesos” (“*checks and balances*”) y más alejado del sistema clásico de división de poderes, sintetizado con claridad en el epígrafe.

3.5 | Las garantías de imparcialidad e independencia en sede administrativa

Llegados a este punto creemos oportuno examinar algunas problemáticas adicionales que nacen a partir de la doctrina de estos fallos, en virtud de los cuales todas las garantías del debido proceso, en los términos del art. 8º de la CADH, deben ser aplicadas por “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”.⁽⁴⁹⁾

(49) CORTE IDH, “Caso del Tribunal Constitucional...”, fallo cit., párr. 71.

Ahora bien, el art. 8° citado menciona entre dichas garantías las de “imparcialidad” e “independencia”. Llevado al ámbito administrativo resulta un escollo no menor, puesto que una característica esencial de los procedimientos administrativos es el hecho de que la Administración es parte y órgano decisor, simultáneamente. Cabe preguntarse entonces, cómo puede la Administración Pública garantizar su imparcialidad e independencia, en especial cuando su propia estructura y funcionamiento frecuentemente atentan contra ello.

Entendemos que cobra aquí especial relevancia la motivación de las decisiones de la Administración. En efecto, si sobre los jueces pesa un deber de fundamentación importante, más aún debe serlo el de la Administración al decidir los asuntos de su competencia, en la medida en que su imparcialidad e independencia, por su propia naturaleza, no están garantizados.

3.6 | El control de convencionalidad en sede administrativa

En septiembre de 2006, la Corte IDH consagró en el “Caso Almonacid Arellano”⁽⁵⁰⁾ el deber de los jueces internos de ejercer un control de convencionalidad, conforme las interpretaciones que dicho tribunal haya hecho de la CADH. Dos meses después, en la sentencia dictada en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso”,⁽⁵¹⁾ la Corte IDH agregó que dicho ejercicio debe ser realizado de oficio.⁽⁵²⁾ Nuestra Corte internalizó esta idea en los casos “Mazzeo”,⁽⁵³⁾ “Videla”⁽⁵⁴⁾ y, más recientemente, en el caso “Rodríguez Pereyra”.⁽⁵⁵⁾

(50) CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia de 26/09/2006, Serie C, N° 154.

(51) CORTE IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de 24/11/2006, Serie C, N° 158.

(52) *Ibid.*, párr. 128.

(53) CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad”, sentencia de 13/07/2007.

(54) CSJN, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación”, sentencia de 31/08/2010.

(55) CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, sentencia de 27/11/2012.

Si bien es cierto que en todos estos casos se hablaba de “jueces”, “tribunales” u “órganos del Poder Judicial”, a partir del caso “Gelman” la Corte IDH extendió este deber de control de convencionalidad a “cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial”.⁽⁵⁶⁾

Ahora bien, la CSJN viene negando al Poder Ejecutivo la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las normas desde 1967 hasta la actualidad,⁽⁵⁷⁾ reservando al Poder Judicial dicha potestad con carácter exclusivo. Sin perjuicio de ello, en un reciente caso donde declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma, la Corte adoptó un criterio que podría dar lugar a uno diferente en un futuro, al expresar que el propósito de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de la Constitución “no solo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad (doctrina de fallos: 307:326 y 328:566)”.⁽⁵⁸⁾ En similar sentido, Guido Tawil ha dicho que “Afianzar la justicia exige impulsar su respeto y el acatamiento del orden jurídico en todos los ámbitos de la vida nacional sin distinción de tiempo o espacio (...) hoy afianzar la justicia significa lograr que ese principio guíe la conducta de gobernantes y gobernados en la medida en que no existe unión, paz, libertad ni bienestar general posible sin ella”.⁽⁵⁹⁾

La Procuración del Tesoro de la Nación (PTN), por su parte, tiene dicho que: “A tenor del principio de división de Poderes, cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial”.⁽⁶⁰⁾

.....

(56) CORTE IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay” (Fondo y Reparaciones), sentencia de 24/02/2011, Serie C, N° 221, párr. 239.

(57) CSJN, “Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, SA c/ Provincia de Salta s/ contencioso administrativo”, sentencia de 08/11/1967 y Fallos: 275:459 (1969); 284:218 (1972); 303:1039 (1981); 307:630 (1985), entre otros.

(58) CSJN, “Pedraza, Héctor Hugo c/ ANSES s/ acción de amparo”, sentencia de 06/05/2014, consid. 11°.

(59) TAWIL, GUIDO, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2012, p. 812.

(60) Ver Dictámenes PTN 202:9; 240:158; 262:176; 280:143.

Sin embargo, a partir de la impronta de Miguel Marienhoff a la cabeza de dicho organismo durante la década del 60, se comenzó a distinguir entre “declaración de inconstitucionalidad” y “abstención de aplicar una norma considerada inconstitucional”. De manera tal que el Poder Ejecutivo tiene vedado lo primero pero permitido lo segundo, en virtud de que “si así no lo hiciere, transgrediría el orden jerárquico normativo establecido en el art. 31 de la Constitución Nacional”.⁽⁶¹⁾

Asimismo, la PTN ha reconocido esta facultad cuando: a) la inconstitucionalidad es manifiesta e indudable la violación por parte del Congreso de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo;⁽⁶²⁾ b) existen declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;⁽⁶³⁾ c) instancias inferiores de justicia así se han pronunciado;⁽⁶⁴⁾ o d) la violación constitucional aparece de un modo indudable y manifiesto.⁽⁶⁵⁾

A su vez, los constitucionalistas más autorizados han admitido la posibilidad de que el Poder Ejecutivo deje de aplicar una norma cuando su inconstitucionalidad es grosera y obvia. Entre ellos podemos mencionar a Germán Bidart Campos⁽⁶⁶⁾ y a Néstor Pedro Sagüés.⁽⁶⁷⁾

Desde un punto de vista práctico es cierto que, reconocerle al Poder Ejecutivo la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad o anti-convencionalidad de una norma, conduciría a que tenga incentivos para hacerlo cada vez que ella resulte inconveniente para sus intereses circunstanciales. Esto permite dejar de aplicar leyes dictadas por el Congreso, representante de la voluntad popular. Esta situación no sería deseable.

.....

(61) Ver Dictamen PTN 84:192, 25/01/1963.

(62) Ver Dictámenes PTN 84:102 y 159: 83, entre otros.

(63) Ver Dictámenes PTN 159:83, 168:28, 168:282, 192:144, 236:25, 251:339, entre otros.

(64) Ver Dictámenes PTN 101:87, 192:144, 251:339 y 186:140.

(65) Ver Dictámenes PTN 239:285, 250:52 y 251:224, 207:037, 239:285.

(66) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I, Bs. As., Ediar, 1986, p. 102.

(67) SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Derecho Procesal Constitucional, Recurso extraordinario*, t. I, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2002, p. 240.

Clásicamente, se ha dicho que el Poder Ejecutivo no puede dejar de aplicar una ley vigente puesto que antes de promulgarla ha tenido la posibilidad de vetarla total o parcialmente, ejerciendo en dicho momento una suerte de control de constitucionalidad. De la misma manera, se dice que durante la vigencia de una ley el Poder Ejecutivo puede presentar un proyecto de ley tendiente a la derogación o modificación de la norma cuestionada, para asegurar su constitucionalidad, en especial teniendo en miras una inconstitucionalidad sobreviniente, que no haya podido advertirse al momento de su promulgación. Ahora también se agrega la posibilidad de que el Poder Ejecutivo solicite la suspensión de una ley en sede judicial.⁽⁶⁸⁾

En definitiva, mientras que las razones para negarle tal posibilidad al Poder Ejecutivo son ciertamente atendibles, parece incongruente exigirle, por un lado, velar por todas las garantías del debido proceso y, por otro lado, negarle la posibilidad de realizar un test de convencionalidad entre las normas internacionales y aquellas locales, que es llamado a aplicar en ejercicio de su función jurisdiccional, máxime cuando así lo exige la Corte IDH. Después de todo, la revisión judicial posterior siempre se encontrará disponible frente al obrar administrador.

3.7 | El régimen disciplinario de los empleados públicos sin estabilidad y la *reformatio in peius*

En línea con los interrogantes planteados, otro ámbito en el que podría incidir esta nueva jurisprudencia lo encontramos en el empleo público nacional, donde pese a que el art. 14 bis CN consagra el derecho a la estabilidad, una gran porción de los empleados públicos están contratados, designados transitoriamente en planta permanente o mantienen un vínculo laboral encubierto con la Administración a través de alguna forma de fraude.⁽⁶⁹⁾

El problema que aquí nos interesa se presenta a la hora de aplicar a dichos empleados públicos el régimen disciplinario previsto en el Capítulo VII de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, ley 25.164. Pues,

(68) Ver art. 13 de ley 26.854 sobre el Nuevo Régimen de Medidas Cautelares contra el Estado.

(69) Por ejemplo, a través de contratos de locación de servicios o de obra.

al no gozar de estabilidad en sus empleos, no podrían ser sancionados con las penas allí contenidas, con el agravante de que el ordenamiento jurídico tampoco ofrece un régimen disciplinario especial para ellos.

Respecto del personal contratado, la PTN sostuvo en 2009 que:

Al no haberse dictado aún las reglamentaciones exigidas por el art. 27, sus disposiciones no le resultan aplicables, actualmente, al personal comprendido en el régimen de contrataciones y al personal de gabinete, toda vez que dichas reglamentaciones constituyen un requisito esencial para tomar operatividad la extensión prevista en dicho art. al mencionado personal en relación con lo dispuesto en el Capítulo VII de la LMREPN.⁽⁷⁰⁾

Más recientemente, la PTN señaló que tampoco las personas designadas transitoriamente en planta permanente pueden ser sancionadas mediante el régimen disciplinario contenido en el Capítulo VII de dicha norma.⁽⁷¹⁾

Y, en términos generales, señaló que:

El régimen disciplinario solo contempla la situación del personal de planta permanente y, por ello, es el único personal pasible de ser sancionado de conformidad con el régimen establecido en la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la ley 25.164; en consecuencia, el régimen es inaplicable al personal que no revista en la planta permanente.

Es decir, que frente al incumplimiento de los deberes del funcionario público,⁽⁷²⁾ no pudiendo iniciar el sumario administrativo pertinente, la Administración no tiene más opción que rescindir el contrato pertinente. Esto significa, por un lado, desatender ya no solo la garantía del plazo razonable, sino todas las demás garantías consagradas en los arts. 8° y 25 CADH, y por el otro, dejar impunes los actos de corrupción que podrían estar involucrados.

.....

(70) Dictamen PTN, 18/09/2009.

(71) Dictamen PTN 284:080, 05/03/2013.

(72) Consagrados en normas locales e internacionales como el Código de Ética de la Función Pública, la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional N° 25.164, la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública N° 25.188 y las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Asimismo, conforme la doctrina que emana de “Losicer” y “Bonder Aaron”, la *reformatio in peius* en el marco de un procedimiento administrativo tampoco sería viable, porque implicaría el agravamiento de la situación del particular en oportunidad de resolverse una impugnación por él interpuesta, en violación de sus garantías procesales.

Quienes defienden su procedencia en el procedimiento administrativo aluden al principio de verdad material consagrado que rige en aquel, así como también se basan en el art. 7º, inc. c), vinculado al objeto del acto administrativo y el art. 17, que alude a la potestad revocatoria de oficio del acto administrativo irregular. Sin embargo, el art. 7º inc. c), al referirse a la posibilidad de que el acto administrativo decida sobre cuestiones no propuestas expresamente, señala que ello solo será posible “previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos”. El art. 17 también prevé el respeto de los derechos jurídicos adquiridos.⁽⁷³⁾

Creo que el punto más problemático es el referido a los principios de verdad material o verdad jurídica objetiva, por cuanto la Administración tiene a su cargo el deber de velar por la legalidad y el interés público, más allá de la conducta de los particulares involucrados, en especial teniendo en cuenta los actos de corrupción que podrían estar involucrados.

Ciertamente estas cuestiones exceden el marco de este artículo, pero creemos que es oportuno dejarlas planteadas al menos en forma de puntapié para el debate, a la luz de la jurisprudencia bajo análisis.

4 | Corolario

De todo lo expuesto, destacamos el hecho de que la Corte Suprema se haya colocado en sintonía con los estándares interamericanos de derechos humanos, en materia de garantías del debido proceso, al reconocer la plena vigencia de todas las garantías del debido proceso en el procedimiento administrativo. Celebramos dichos pronunciamientos como aportes invaluable para la evolución del derecho administrativo. De hecho, configuran a nuestro criterio un nuevo paradigma que repercute no

(73) Al decir que “si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, solo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aún pendientes mediante declaración judicial de nulidad”.

solo en las reglas del procedimiento administrativo, sino en general en el actuar cotidiano de la Administración frente a los particulares y a los demás poderes. En tal sentido, creemos que es importante que el sistema clásico de división de poderes sea repensado a la luz de estos nuevos precedentes jurisprudenciales, en la medida en que, a partir de la doctrina allí sentada, la conducta de cada uno de ellos repercute en la del otro de manera más o menos decisiva, según el caso, y ambos son igualmente responsables por sus consecuencias.

En definitiva, consideramos que es preciso estar atentos a los cambios que estos avances generan a nivel interno, tanto en el vínculo del Estado con los particulares, como en la dinámica inter-poderes. Para ello, resulta imprescindible intentar compatibilizar en todos los casos y de la mejor manera posible, estos nuevos paradigmas que trae el derecho internacional con el ordenamiento jurídico local pues, solo de esa manera los sistemas internacionales de protección de derechos humanos conservarán su incipiente peso y legitimidad, consolidando así Estados verdaderamente comprometidos con la defensa de los derechos humanos.

Personería jurídica de las comunidades indígenas

Procesos de consulta

CSJN, “CONFEDERACIÓN INDÍGENA del NEUQUÉN c/ PROVINCIA del NEUQUÉN s/ ACCIÓN de INCONSTITUCIONALIDAD”,
10 de DICIEMBRE de 2013

por **SILVINA RAMÍREZ**⁽¹⁾

I | Introducción

Las consecuencias jurídicas del fallo que comentaré a continuación son muy relevantes para las comunidades indígenas. Vale la pena recordar que se trata de un Recurso Extraordinario Federal interpuesto por la Confederación Mapuche del Neuquén, que se centra en el pedido de inconstitucionalidad del decreto 1184/2002, dictado por el Poder Ejecutivo de la Provincia de Neuquén, que reglamenta la ley nacional 23.302.

Este decreto estipula que es arbitrio del Estado provincial otorgar la personería jurídica, sentando el principio de reconocimiento del Estado sobre el principio de autoidentificación ya incorporado en el Convenio 169 OIT y en la ley nacional 23.302. Pero el decreto impugnado avanza más allá al determinar que aquellos que demandan la personería jurídica deben conformar un núcleo de por lo menos diez familias asentadas (la CSJN recuerda con

(1) Profesora de Derecho Constitucional (UBA). Presidenta de la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena. Asesora Académica del CEPPAS / GAJAT.

acuerdo que el Dr. Germán Bidart Campos afirma que “cualquier agrupación, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo al derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos”).

Por último, y en tercer lugar, la provincia atenta contra la participación de los pueblos indígenas y su derecho a la consulta, tal como lo dispone el Convenio 169 OIT, que prescribe expresamente llevar adelante un proceso de consulta sobre cualquier medida legislativa o administrativa que los afecte directamente.

Como puede apreciarse, el fallo de la Corte es extremadamente claro en los puntos que señala y que no indican otra cosa que la necesidad de realizar un análisis de los derechos de los pueblos indígenas desde su contexto normativo como un todo, incluyendo los estándares internacionales que ya han avanzado en extenso sobre los alcances de los derechos reconocidos y vigentes en Argentina.

2 | La relevancia de los instrumentos jurídicos internacionales y la Constitución Nacional

La adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)⁽²⁾ por la mayoría de países de América Latina significó un paso de trascendental importancia para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tuvo un fuerte impacto en todo el continente. Luego de su ratificación, los Estados empezaron un proceso de reforma de su normativa interna, y fueron las constituciones⁽³⁾ las que se vieron mayormente afectadas por este Convenio, instrumento jurídico que sigue siendo la herramienta más potente para garantizar los derechos.

(2) El Convenio 169 OIT fue adoptado en Ginebra en 1989, instalando un nuevo paradigma con respecto a su antecesor, el Convenio 107 OIT.

(3) En el así llamado segundo ciclo de reformas constitucionales, que significa un avance en la incorporación de los derechos indígenas a los sistemas jurídicos nacionales. Ver YRIGROYEN FAJARDO, RAQUEL, “A los veinte años del Convenio 169 OIT: Balance y retos de implementación de los derechos de los pueblos indígenas en Latinoamérica”, en Yrigoyen Fajardo, Raquel (ed.), *Pueblos indígenas. Constituciones y Reformas Políticas en América Latina*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010, p. 32.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas⁽⁴⁾ es un paso más en la consolidación del marco normativo que garantiza dichos derechos y también ha significado la profundización del reconocimiento que ya se había formulado en el Convenio y en muchas de las constituciones. Ambos instrumentos normativos transmiten un mensaje de profunda inclusión de los pueblos originarios, y el derecho constitucional no hace sino receptor y traducir este mensaje en normas de reconocimiento que recogen el contenido de la normativa internacional.

Lo que es destacable de todo este proceso es el rol de la comunidad internacional en el reconocimiento. Existe una ida y vuelta entre los avances locales y los internacionales, pero la recepción de derechos específicos en foros internacionales es una caja de resonancia que se transmite al resto de los países. Asimismo, las dificultades de alcanzar consensos también impactan a nivel estatal, pues los acuerdos alcanzados en organismos internacionales definen la agenda pública del resto de los países.

No es menos destacable la participación indígena en estos foros. Principalmente el trabajo realizado por sus referentes en el Foro de Naciones Unidas que dio a luz la Declaración fue primordial para alcanzar legitimidad en el seno de las propias comunidades indígenas. Esta participación también es un signo inequívoco del reconocimiento de los pueblos indígenas como tales.

El reconocimiento de derechos permite abrir la puerta a la posibilidad de construir una relación más simétrica y armónica entre los pueblos indígenas y los Estados, lo que significa admitir los procesos de genocidio que se dieron en todo el continente, incluida Argentina⁽⁵⁾ y, por ende, la necesidad de arbitrar los medios para concretar una reparación histórica. También se presenta como una base sólida sobre la que construir un Estado pluricultural.

(4) Suscripta en septiembre de 2007. Para una discusión sumamente relevante de la vinculatoriedad y fuerza normativa de la Declaración, ver BENEDETTI, MIGUEL ÁNGEL, "Fuerza normativa de la declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos indígenas. Su efectiva internalización en Argentina", en Julio C. García (coord.), *Derecho Constitucional Indígena*, Resistencia, Chaco, Contexto, 2012, pp. 247/251.

(5) Basta mencionar solo como ejemplo y recordatorio para el lector a la "Conquista del desierto", eufemismo que adoptaron para ocultar el aniquilamiento. Una interesante crónica narra parte de la historia hasta la temible campaña iniciada por el General Roca. Ver ZEBALLOS, ESTANISLAO S., *Callvucura Paine Relmu*, Bs. As., El Elefante Blanco, 2001.

Hasta el momento ha sido el punto de partida ineludible para exigir los derechos ya regulados. También el reconocimiento es la justificación adecuada que necesita la existencia de derechos específicos, derechos —bien vale la pena recordarlos— que son tanto colectivos como pertenecientes al universo de los derechos humanos.

El Estado Argentino reformó su Constitución en 1994 e incorporó un artículo (el 75 inc. 17) que transforma claramente la mirada sobre la “cuestión indígena” plasmada en la Constitución original de 1853-1860, la que sin lugar a dudas traducía una postura paternalista, que preveía “la conversión de los indios al catolicismo” y que no admitía paridad de condiciones entre indígenas y no indígenas.⁽⁶⁾

En este artículo, la Constitución Nacional reconoce asimismo la personería jurídica de las comunidades indígenas. Es precisamente este derecho el que se encuentra controvertido en este fallo, fundamentalmente en lo atinente en su regulación y alcance.

3 | El régimen federal en Argentina

Merece un párrafo aparte el sistema federal que rige la República Argentina, producto de su propio nacimiento como Estado. Es así como cada una de las provincias conservan las facultades no delegadas a la Nación, y de ese modo coexisten dos dimensiones de ejercicio del poder: la nacional y las provinciales. Si bien esto no exime al Estado nacional de sus responsabilidades contraídas a nivel internacional, sí es preciso tener presente que las provincias poseen sus propias constituciones y su propia normativa, y que al momento existe una nutrida legislación inferior que atañe a los pueblos indígenas, pero que no avanza más allá de lo que prescribe la Constitución Nacional, el Convenio 169 OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

Con anterioridad a la reforma constitucional, y como producto de la recuperación de la democracia y la revalorización del ejercicio de los derechos luego de una cruenta dictadura militar, por medio de la promulgación de una ley se

(6) Vale la pena mencionar que en 1949 en la República Argentina se dio una reforma constitucional (que luego fue abandonada, retomando la constitución de 1853-1860) durante la presidencia de Juan Domingo Perón, que eliminó el lamentable inciso que hacía mención de la conversión de los indios al catolicismo. Sin embargo, aún no se tomaba nota del “hecho de la diversidad”.

crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI).⁽⁷⁾ El INAI se convierte entonces en la instancia del Estado encargada de las políticas sobre pueblos indígenas y en el interlocutor natural de los líderes y representantes indígenas.

En el art. 75 inc. 17 de la Constitución reformada, se habla de "... reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias (...) Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones". Está claro entonces que tanto la esfera nacional como la esfera provincial pueden reglamentar todo lo atinente a la personería jurídica, pero también surge inequívocamente del fallo de la Corte que existe un umbral que no puede ser traspasado, precisamente el establecido por la Constitución Nacional e instrumentos jurídicos internacionales.

Así, en su fallo, la CSJN expresa: "... tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal".

Por ello, las facultades concurrentes del art. 75 inc. 17 deben entenderse como competencias suplementarias entre Estado nacional y Estados provinciales, siempre dentro del marco normativo conformado por la Constitución nacional y los instrumentos jurídicos internacionales.

4 | La personería jurídica

A partir del reconocimiento constitucional de 1994, la personería jurídica se ha convertido en un campo de disputa entre los pueblos indígenas y el Estado. La tensión existente entre las demandas de personería de las comunidades indígenas y el Estado se complejizan con la existencia de dos personerías jurídicas diferentes —una en la dimensión nacional y otra en la dimensión provincial— sumado a que actualmente la personería jurídica es central para las comunidades, ya que ella es un requisito ineludible para poder litigar, acceder a algunos beneficios tales como subsidios, etc.

Por ello este fallo es tan significativo, pues proporciona criterios claros alrededor de un tema tan controvertido como la personería y porque clarifica algunos intentos de los Estados provinciales de encorsetar en requerimientos exagerados e inconstitucionales el respeto de este derecho de gozar de personería jurídica.

.....

(7) La ley 23.302 de 1989.

Además de ello, algo notable de este fallo es que despeja una disputa que oscurece la comprensión conceptual del art. 75 inc. 17. La personería jurídica siempre se entendió con carácter declarativo y no constitutivo. En ese sentido, el Estado “registra” lo ya existente, pero de ninguna manera puede avanzar sobre las características que debe poseer una comunidad indígena para ser considerada como tal.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia claramente expresa:

... el decreto 1184/02 expresamente impone recaudos y condiciones que significan una clara restricción y regresión respecto de lo establecido en materia de derechos y política indígenas a nivel federal.

En consecuencia, el decreto impugnado por la Confederación Indígena del Neuquén es inconstitucional en la medida que no se adecua al “umbral mínimo” establecido en el orden normativo federal, por lo que cabe requerir a la provincia demandada que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en estas actuaciones a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto al asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario.

De este considerando claramente se desprenden los criterios a los que debe adecuarse cualquier normativa. El “umbral mínimo” consignado por la Corte establece un estándar indiscutible que no debe ser traspasado.

5 | El principio de la autoidentificación

En el fallo, la Corte distingue los diferentes modos que existen para identificar una comunidad indígena. Vale la pena aclarar que tanto la ley 23.302 como el Convenio 169 de la OIT se refieren al concepto de autoidentificación, que es radicalmente diferente —y en la vereda opuesta— al de identificación por parte del Estado. La Corte afirma:

... existen dos criterios o elementos de identificación de los pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificarán como pueblos

indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los Estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual) y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena.

Sostener el criterio subjetivo tiene consecuencias medulares para las comunidades indígenas. Los Estados no pueden llevar adelante el proceso identificatorio de acuerdo a sus propios parámetros, sino que la conciencia de identidad se vuelve determinante para calificar a una comunidad como indígena. De ese modo se ha querido evitar que a través de alguna interpretación distorsiva los elementos objetivos señalados sean utilizados de modo tal de restringir los derechos de los pueblos indígenas.

Por otra parte, en la medida en que se impide que el Estado sea el que discrecionalmente decida cuándo conceder "entidad indígena" a una comunidad, se otorga a las comunidades indígenas un estatus que va más allá del Estado; de allí que su carácter pre-existente es una condición necesaria y suficiente para sostener el goce de un conjunto de derechos, expresados en la Constitución y en los instrumentos jurídicos internacionales.

La autoidentificación está vinculada estrechamente al reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos y como sujetos políticos, y desde esa perspectiva se convierte en un principio vital para su supervivencia como pueblos.

6 | El derecho a la consulta

Por último, el derecho a la consulta vulnerado por el decreto impugnado y destacado por la Corte es el último de los requisitos que incumple la provincia del Neuquén. La consulta y participación son definidos por la OIT como "la piedra angular" del Convenio,⁽⁸⁾ porque introduce una obligación estatal de profundas consecuencias para los pueblos indígenas, ya que los reconoce como sujetos colectivos de derecho público interno cuya voluntad debe considerar e incorporar. Además, esta garantía de

(8) Observación general sobre el Convenio 169 OIT, 2009.

participación es específica de los pueblos indígenas y su interpretación y alcance no puede reducirse al mero derecho de participación política ya reconocida a todos los ciudadanos en los convenios y pactos internacionales. Lo que se formula es el derecho a la participación colectiva como pueblos⁽⁹⁾ al que se le suman los derechos políticos reconocidos para cada uno de sus integrantes, en pie de igualdad con el resto de los ciudadanos.

Con la instrumentación del derecho a la consulta, sin lugar a dudas se alcanzaría una nueva organización política, dado que sería una señal muy relevante de "tomarse en serio" a los pueblos indígenas, habilitando las vías para que puedan hacer conocer su opinión cuando las decisiones que se toman los afectan directamente. Este sería un nuevo camino en una necesaria redistribución del poder.

Se señalan cuatro tipos de derechos dentro de la relación entre Estados y pueblos indígenas, tomando en cuenta el desarrollo, hasta el presente, del derecho internacional y constitucional, que reconoce indubitablemente los derechos colectivos de los pueblos indígenas como derechos humanos fundamentales.

Así, el primer derecho es el referido a la atribución para decidir autónomamente o determinar de modo libre su modelo de desarrollo. Los demás derechos están referidos a formas de relación entre el Estado y los pueblos indígenas: participación en todo el ciclo de las políticas, consulta previa a medidas legislativas o administrativas, consentimiento previo, libre e informado en casos específicos donde se pone en riesgo la integridad.⁽¹⁰⁾

Es por ello que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, guía interpretativa de los derechos de dichos pueblos ya establecidos en el derecho internacional, prevé:

Art. 5°. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a parti-

.....

(9) Ver GOMIZ, MICAELA y SALGADO, JUAN MANUEL, *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*, Bs. As., ODHPI, IWGIA, 2010.

(10) YRIGROYEN FAJARDO, RAQUEL, "De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento", en *El Derecho a la Consulta previa en América Latina. Del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los Pueblos indígenas*, Bogotá, Instituto Latinoamericana de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2009.

cipar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

... Art. 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

... Art. 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Estas disposiciones deben vincularse necesariamente, en Argentina, al art. 75 inc. 17 de la Constitución, dado que asegura a los Pueblos indígenas **su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que les afecten, lo que fortalece aún más este derecho.**

Ha sido entendido que el derecho a la consulta tiene una doble faz: sustantiva y procedimental. Así, es un derecho que está estrechamente vinculado a la libre determinación de los pueblos⁽¹¹⁾ y que establece relaciones de igualdad promoviendo un diálogo intercultural. Por otra parte, es procedimental dado que tiende a la consecución de otros derechos sustantivos también reconocidos normativamente.

La interpretación del derecho a la consulta y a la participación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido determinada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que arroja luz sobre algunos contenidos centrales a la hora de garantizar el ejercicio de estos derechos. Principalmente, en lo referido a los casos de consentimiento, lo que será abordado en el capítulo correspondiente.

Asimismo, es destacable el informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de diciembre de 2011, órgano supervisor del Pacto

.....

(11) Art. 1° común al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos incorporados con jerarquía constitucional.

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entre sus principales preocupaciones y recomendaciones al Estado argentino sobresale:

El Comité lamenta también las deficiencias en los procesos de consulta con las comunidades indígenas afectadas, que en algunos casos han dado lugar a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionalmente ocupados, o utilizados por esas comunidades, sin su consentimiento previo, libre e informado, y sin una indemnización justa y equitativa, en violación de la Constitución (art. 75) y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.

A su vez la Corte, en el fallo en consideración, destaca:

Por último el decreto 1184/02 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual en su art. 6° expresa que: “los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Sin lugar a dudas, se coloca en el centro de la escena este derecho —junto con los derechos territoriales son los más discutidos en América Latina— para remarcar su importancia y para obligar a los Estados a respetarlo. Lamentablemente, en la actualidad el derecho a la consulta es recurrentemente vulnerado, no solo por los Estados provinciales sino también por el Estado nacional. Por ello, son aún más destacables fallos de la última instancia judicial del país que lo reconocen sin ambages.

7 | Epílogo

La Constitución Argentina en la Reforma de 1994 introduce una cláusula específica (art. 75 inc. 17) que reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas. Este artículo incorpora un conjunto de derechos colectivos (derechos territoriales, derecho a la educación bilingüe e intercultural, personería jurídica, etc.) que establecen una condición jurídica particular para estos

pueblos: su existencia como sujetos políticos y como sujetos colectivos. Por otra parte, en el año 2000 Argentina ratifica el Convenio 169 de la OIT, el que adquiere jerarquía *supra* legal. En 2007 suscribe la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, la que junto con otros instrumentos internacionales (la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas la formas de Discriminación Racial), que integran el bloque de constitucionalidad, conforman un conjunto de instrumentos jurídicos internacionales muy consistentes en la regulación de los derechos indígenas.

Si bien hoy Argentina se define como multicultural, no existe desde la mirada jurídica claridad sobre lo que ello significa para debates clásicos alrededor del Estado, del sistema de gobierno, para el federalismo, etc.

Esta falta de claridad, otra vez, tiene una incidencia enorme en el debate jurídico. Se discute, en el mejor de los casos, alrededor de herramientas que no son las adecuadas para enfrentar las nuevas complejidades que presentan los Estados contemporáneos.

El discurso de la igualdad, en la actualidad, vuelve a tomar fuerza pero desde un plano eminentemente formal. Se proclama el reconocimiento de derechos, se destaca su relevancia a nivel constitucional, se enfatiza la apertura del Estado ante aquellos sujetos postergados, pero no logra conformarse una práctica que geste una igualdad real, en donde los pueblos indígenas se sientan respetados.

Por ello son relevantes y merecen ser destacados fallos como el que comento en este artículo, pues la tarea jurisprudencial es central para contribuir a la transformación estatal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene aún mucha tarea pendiente, pero esta decisión judicial demuestra que es posible sentar criterios que contribuyan con estos cambios.

Arresto domiciliario

Crímenes de lesa humanidad

CSJN, "TOMASSI, JULIO ALBERTO s/ RECURSO EXTRAORDINARIO" y "CAGGIANO TEDESCO, CARLOS HUMBERTO s/ CAUSA N° 14.569", 4 de FEBRERO de 2014

por **RODOLFO N. YANZÓN**⁽¹⁾

I | Introducción

Se me ha pedido que opinase sobre dos decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos de dos represores y sus reclamos para cumplir en sus domicilios las prisiones preventivas que pesaban sobre ellos. Más allá de algunas particularidades que desarrollaré, adelanto mi opinión adversa a considerar que en los casos de crímenes de lesa humanidad deben existir distintos parámetros para considerar de diferente manera la situación de estos imputados respecto de la de otros en diferentes procesos penales. En lo que a arrestos domiciliarios se refiere, se deben tener en cuenta dos cuestiones: la primera, si existen riesgos de fuga, de presionar a testigos o cualquier otro modo de obstaculizar el avance del proceso; la segunda, deben existir controles eficaces que permitan sostener el cabal cumplimiento de las prisiones preventivas para que no terminen siendo un modo de violar esas medidas cautelares que aseguran el proceso. De no existir peligros de frustración del proceso y habiendo controles, no debería negarse el derecho al arresto domiciliario previsto por la legislación argentina. Y reiterar un concepto: estamos hablando de un derecho y no de un privilegio.

.....

(1) Abogado y periodista. Querellante en juicios por crímenes de lesa humanidad.

Como se me ha pedido opinión acerca de dos casos, no trataré otros que sembraron debate similar, pero sí es preciso recordar que en los casos de crímenes de lesa humanidad, los jueces deben considerar que se trata de miembros de fuerzas armadas o de seguridad con poder suficiente para generar zozobras en torno a las víctimas y testigos. Muchas fueron las tretas utilizadas durante estos años para sortear la prisión, tanto que hasta la Cámara Federal de Casación Penal (en adelante, CFCP) cambió sus criterios restrictivos a favor de la libertad, llegando a decidir en el plenario (con el voto de todos los integrantes de la CFCP) “Díaz Bessone” que los jueces debían decidir los pedidos de libertad sin tener en cuenta la gravedad de los crímenes ni las escalas penales previstas, sino la existencia de peligros de fuga. Ese cambio de paradigma en la CFCP fue de algún modo bienvenido —pensando en la totalidad de la población carcelaria— pero, con el convencimiento de que se trataba no de un cambio real sino de un modo de otorgar impunidad a los represores, los integrantes de la CFCP fueron denunciados ante el Consejo de la Magistratura en marzo de 2007, lo que provocó la renuncia de algunos de sus integrantes, entre ellos, de Alfredo Bisordi, quien luego se dedicó a defender represores, como Luis Abelardo Patti.

Otras acciones fueron advertidas en causas donde, para mantener la libertad, oficiales en actividad del ejército se comprometían a que el imputado compareciese ante el juez a su requerimiento. Otras, como en la causa “ESMA”, proliferaron pedidos de asistencia médica de la mayoría de los imputados donde, al momento de ser cotejados, se constató que muchos traslados al Hospital Naval se realizaban a la misma hora y con la intervención de distintos especialistas, haciendo egresar durante varias horas diarias al detenido del sistema penitenciario, lo que también fue en su momento denunciado penalmente.

Entonces, en estos procesos de lesa humanidad existen algunas particularidades, propias de organizaciones fuertemente estructuradas como las militares y policiales, que exigen mayor atención al momento de tomar decisiones, más allá de cierta complicidad que algunos jueces demostraron en distintos procesos e instancias. Sin embargo, ello no es impedimento para que los imputados privados de libertad puedan hacer efectivos sus derechos, como el de la salud, el arresto domiciliario —si corresponde—, o la educación. Precisamente, en cuanto a esta última —lo menciono como un ejemplo más—, ante el reclamo de varios imputados por

crímenes de lesa humanidad de asistir a clases universitarias, docentes de la UBA se pronunciaron en contra de que estas personas tuvieran acceso a la educación, lo que jurídicamente implica desconocer derechos, más allá de las buenas intenciones que seguramente han tenido quienes propiciaron esa medida. En consecuencia, cuestiones como el arresto domiciliario nos permite ver no solo la actividad de los jueces y fiscales, sino también de los organismos de DDHH que querellan en los distintos juicios, a la vez que la actitud de otras instituciones y organizaciones que, de un modo u otro, están relacionados con estos casos.

2 | Normativa aplicable

La ley 24.660 es la que se aplica a estos casos y en sus arts. 32 a 34 establece lo siguiente:

Art. 32.⁽²⁾ El juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria:

- a. Al interno enfermo cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario le impida recuperarse o tratar adecuadamente su dolencia y no correspondiere su alojamiento en un establecimiento hospitalario;
- b. Al interno que padezca una enfermedad incurable en período terminal;
- c. Al interno discapacitado cuando la privación de la libertad en el establecimiento carcelario es inadecuada por su condición implicándole un trato indigno, inhumano o cruel;
- d. Al interno mayor de setenta (70) años;
- e. A la mujer embarazada;
- f. A la madre de un niño menor de cinco (5) años o de una persona con discapacidad, a su cargo.

Art. 33.⁽³⁾ La detención domiciliaria debe ser dispuesta por el juez de ejecución o competente.

En los supuestos a), b) y c) del art. 32, la decisión deberá fundarse en informes médico, psicológico y social.

.....

(2) Texto sustituido por el art. 1° de la ley 26.472, BO 20/01/2009.

(3) Texto sustituido por el art. 6° de la ley 26.813, BO 16/01/2013.

El juez, cuando lo estime conveniente, podrá disponer la supervisión de la medida a cargo de un patronato de liberados o de un servicio social calificado, de no existir aquel. En ningún caso, la persona estará a cargo de organismos policiales o de seguridad.

En los casos de las personas condenadas por los delitos previstos en los arts. 119, segundo y tercer párrafo, 120, 124 y 125 del Código Penal se requerirá un informe del equipo especializado previsto en el inc. l) del art. 185 de esta ley y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución, que deberán evaluar el efecto de la concesión de la prisión domiciliaria para el futuro personal y familiar del interno.

El interno podrá proponer peritos especialistas a su cargo, que estarán facultados para presentar su propio informe.

Al implementar la concesión de la prisión domiciliaria se exigirá un dispositivo electrónico de control, el cual solo podrá ser dispensado por decisión judicial, previo informe de los órganos de control y del equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución.

Art. 34. El juez de ejecución o juez competente revocará la detención domiciliaria cuando el condenado quebrantare injustificadamente la obligación de permanecer en el domicilio fijado o cuando los resultados de la supervisión efectuada así lo aconsejaren.

Resulta claro que en los casos de lesa humanidad son tres los supuestos previstos por la ley para que los jueces puedan autorizar a un imputado a cumplir la prisión preventiva en su domicilio: los dos primeros (arts. 32 a y b) guardan relación con la salud mientras que el tercero (art. 32 c) tiene que ver con la edad avanzada. Es suficiente con que uno de esos dos supuestos se dé para que el derecho pueda hacerse efectivo. En estos casos de lesa humanidad, la Procuración General de la Nación —lamentablemente, con la anuencia de varios querellantes— terminó requiriendo, en el caso de mayores de 70 años que, además de la cuestión etaria, debían existir razones de salud para que el imputado pudiera efectivizar su derecho, lo que contradice la norma, tanto que el art. 33 dice categóricamente que se requerirán informes médicos para los dos primeros casos y no para el tercero.

3 | Los casos en análisis

3.1 | Julio Alberto Tommasi⁽⁴⁾

Julio Alberto Tommasi nació en 1930 y fue condenado el 16/03/2012 a prisión perpetua por el homicidio del abogado Carlos Alberto Moreno (privación ilegal de la libertad, tormentos y homicidio calificado). El Tribunal Oral en lo Criminal Federal (TOF) de Mar del Plata dijo que atento

... la magnitud de la pena impuesta a los acusados y las interferencias de todo tipo que desde que se cometió el hecho han dificultado su esclarecimiento, se impone mantener la detención preventiva de todos los imputados quienes deberán ser alojados en unidades dependientes del servicio penitenciario federal para lo cual deberá tenerse en cuenta las afecciones que padecen en el caso Julio Alberto Tommasi...

Su defensa recurrió, entre otros, el punto de la sentencia que ordenaba la detención en una cárcel federal. La CFCP anuló parcialmente la sentencia y ordenó el reenvío de las actuaciones para que el TOF dictara nueva resolución respecto de ese punto. Así las cosas, el TOF insistió en sostener la privación de la libertad en una cárcel, argumentando que Tommasi estaba recibiendo atención médica adecuada a las condiciones de salud, por lo que su detención en ese centro no implicaba un tratamiento cruel, degradante o inhumano.

Si bien los jueces Alejandro Tazza —presidente del Tribunal— y Alejandro Castellanos —en su carácter de conjuce— manifestaron el mismo criterio que el tercer integrante del cuerpo, el juez Jorge Ferro, en cuanto a que es requisito para la medida que el imputado padezca una enfermedad incurable en etapa terminal, por una cuestión de “economía procesal” se inclinaron por ratificar el fallo, concediendo el beneficio a Julio Alberto Tommasi, que tenía 78 años. En su voto, el juez Tazza dijo:

... si bien comparto —en lo personal— aquella posición que entiende que a los fines de la operatividad, es necesario que

.....

(4) TRIB. ORAL CRIM. FED. MAR DEL PLATA, “Tommasi, Julio Alberto y otros s/ causa N° 15710”, sentencia de 12/03/2013. CSJN, “Tommasi, Julio Alberto s/ recurso extraordinario”, sentencia de 04/02/2014.

además del requisito de los 70 años establecidos en la disposición se verifique la exigencia de la existencia de un grave deterioro de la salud del imputado en el supuesto de seguir encarcelado, lo cierto es que diferentes pronunciamientos judiciales de la CFCP han determinado lo contrario y es por ello, y por razones de economía procesal y seguridad jurídica, que deberá seguirse aquellos lineamientos jurisprudenciales.

El fundamento de la enfermedad incurable está al sostener un criterio humanitario, porque la persona en la cárcel y con su salud deteriorada en tal magnitud, podría llevar a que su salud todavía emporara aún más “a tal punto que la pena privativa de la libertad se convierta en una pena privativa de la salud, constitucionalmente prohibida”.

El juez Ferro dijo que

la acreditación de la edad del encartado no obliga por sí solo al magistrado interviniente a conceder la prisión domiciliaria, sino que además se deberá valorar su estado de salud, pues, de lo contrario, y en un contexto histórico de impunidad, constituye además de un riesgo, un privilegio intolerable para las víctimas como para quienes, en peores condiciones psicofísicas que el imputado, aguardan sentencia en establecimientos carcelarios.

Por su parte, Tazza, tras señalar que “el sentido humanitario de la medida se da cuando el imputado es sometido a “sufrimiento o padecimiento innecesario”, dijo que “ello debe ser utilizado únicamente cuando existan serias y graves perturbaciones físicas o psíquicas en la persona del detenido” y cuando la enfermedad “importe que sea casi imprescindible mantenerlo en su domicilio debido a las características propias de la afección o cuando el Estado no pueda brindar el servicio sanitario que corresponda para estas”. Agregó que la facultad que otorga la ley debe ser ejercida con prudencia por el juez “... con el objeto de que la detención domiciliaria no se convierta en un puente que permita —siempre desde lo hipotético— obstaculizar la continuidad del proceso o que se eluda el cumplimiento de la pena, o muy por el contrario, agravar la situación personal del reo que significaría quebrantar el espíritu mismo de la normativa aludida”.

La defensa volvió a recurrir y la CFCP consideró deficiente la fundamentación del TOF argumentando que la salud de Tommasi era delicada. La decisión de la CFCP fue recurrida por el Fiscal Raúl Pleé, que insistió en la existencia de riesgo procesal (peligro de fuga) y en que la salud del detenido podía ser atendida dentro de la unidad carcelaria. El 09/09/2013, el procurador Eduardo Casal acompañó los argumentos de Pleé. Dijo que debían atenderse las razones sobre peligro de fuga y en especial recordó el caso "Vigo, Alberto Gabriel s/causa N° 10.919", del 14/09/2010, con relación al "especial deber de cuidado que pesa sobre los magistrados para neutralizar toda posibilidad de fuga en esta clase de procesos en el que se juzgan delitos calificados de lesa humanidad...". Solicitó finalmente a la Corte Suprema que se revocase el arresto domiciliario.

Como en distintos precedentes a partir del caso "Alberto Vigo" del 14/09/2010 y "Jorge Olivera Rovere" del 21/08/2013, entre otros, la Corte Suprema dijo que en estos casos se debía analizar en detalle el riesgo de fuga que puede aparejar una medida como el arresto domiciliario (un modo de reconocer la falta de controles en estos casos) y sin que se verificaran razones de salud.

En este caso, el fiscal Raúl Pleé se esforzó en sostener como impedimento del arresto domiciliario las particularidades en torno a los imputados por crímenes de lesa humanidad y los riesgos de fuga, cuestión que obstaría el arresto domiciliario. Sin embargo, también sostuvo que debían existir razones de salud, más allá de la edad del imputado. Por su parte, los jueces del Tribunal dejaron a salvo su opinión en cuanto a que además de ser mayor de 70 años debían existir razones de salud, y se disciplinaron a los distintos fallos de la CFCP en sentido contrario. Un dato novedoso aportó Ferro al mencionar los años de impunidad y la afectación que aceptar semejante medida podría acarrear a víctimas y familiares, pero se equivocó al calificar de "privilegio" lo que en realidad es un derecho. Esos argumentos resultan ajenos a los requisitos impuestos por la ley y se tornan peligrosos, pues cualquier juez o fiscal podría argumentar similares afectaciones en otros casos, lo que haría de la ley palabras sin sentido. Como la misma Corte Suprema reconoce las fallas del sistema en cuanto a los controles, además de los riesgos de fuga y de obstaculización del avance del proceso, debería enfatizarse en la falta de controles, en vez de debilitar su aplicación con argumentos que la ley no exige.

Tommasi falleció en junio de 2014 en la cárcel federal de Marcos Paz a los 84 años. Organizaciones de DDHH dijeron a su familia:

... pueden pasar a retirar el cuerpo, ahí lo tienen, no lo torturamos, no lo picaneamos, no lo arrojamos desde un avión, compruébenlo, no fue violado. Queremos que ustedes se hagan cargo de él, no lo vamos a enterrar como NN ni vamos a tirar su cuerpo en fosas comunes o en basurales, no le robamos a sus nietos, no somos como fue él ... nunca pensamos hacer con él lo que hizo con nuestros afectos. En nada nos parecemos porque él fue odio y nuestros afectos fueron amor. Por eso mientras su cuerpo se pudre despreciado por el pueblo nuestros afectos viven en sus ideales que son claros y limpios. Retiren el cuerpo y hagan con él lo que quieran. No nos alegra su muerte.

3.2 | Carlos Humberto Caggiano Tedesco

Carlos Humberto Caggiano Tedesco nació en 1929 y fue condenado a prisión perpetua en octubre de 2009 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Posadas, Misiones, por 44 privaciones ilegales de libertad y 3 tormentos seguidos de muerte. Dispuso que la pena impuesta fuera cumplida en el Complejo Penitenciario Federal N° II de Marcos Paz, provincia de Buenos Aires, hasta tanto quede firme la sentencia, sin perjuicio de lo que en su momento el juez de ejecución federal determine, conforme las facultades otorgadas por el art. 493 CPPN y la ley 24.660.

Tiene dos condenas del Tribunal Oral de Posadas, una en 2008 y otra en 2009. En la causa de 2009 fue condenado a prisión perpetua por delitos de lesa humanidad contra 49 personas. Ese fallo ordenaba que el represor cumpliera la pena en el Complejo Penitenciario Federal N° II de Marcos Paz, en Buenos Aires. Pero la defensa de Caggiano Tedesco solicitó se le conceda la prisión domiciliaria por su estado de salud. El TOF de Posadas hizo lugar para "garantizar que se le brindara el tratamiento adecuado a su estado de salud". Esta decisión fue prorrogada dos veces porque, según el Tribunal, continuaba el cuadro clínico que justificaba la medida. Ante esto, el Fiscal General presentó un recurso que el Tribunal declaró inadmisibile. Después se presentó en la Cámara Federal de Casación Penal que rechazó también el pedido de revocatoria "mientras persista el cuadro clínico".

En su dictamen, la Procuradora General de la Nación, Alejandra Gils Carbó, entendió que la decisión de otorgar la prisión domiciliaria era “arbitraria” porque de acuerdo a uno de los peritajes llevados a cabo por el médico forense “el estado de salud del condenado es estable y su control y tratamiento pueden continuar en la prisión”. En febrero de 2014 la CSJN rechazó el recurso contra la prisión domiciliaria del excoronel y exjefe del distrito militar de Misiones, Carlos Humberto Caggiano Tedesco, condenado a prisión perpetua por delitos de lesa humanidad. Caggiano Tedesco fue el jefe del área 232 desde enero de 1977. Allí tuvo la responsabilidad del control operativo de los grupos de tareas en la provincia de Misiones. También se desempeñó en los centros clandestinos de detención “D-2 de la Policía de Misiones, en Posadas” y “Delegación de la Policía Federal en Posadas”. Pero los jueces Carlos Fayt, Carmen Argibay, Enrique Petracchi y Eugenio Zaffaroni rechazaron el recurso. En disidencia votaron Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Juan Maqueda, quienes pretendían se haga lugar a la queja y que el Tribunal de origen dictara un nuevo pronunciamiento.

En este caso, el debate se centró en las razones de salud, aunque el imputado tenía más de 70 años, y tuvo distinto resultado que Tommasi por ese solo hecho.

4 | Conclusiones

Mucho se ha trabajado para llevar a juicio a los responsables de crímenes de lesa humanidad. En ello los organismos de DDHH deben ser reconocidos por su labor incansable, que fue sostenida a lo largo de los años de lucha contra la impunidad pensando también en las herramientas que posee el Estado para sobredimensionar su brazo represivo, tanto en lo policial como judicial y carcelario. Sin embargo, a partir de que el proceso de memoria, verdad y justicia fue consolidándose y obtenidas las primeras sentencias, no fueron pocos quienes propiciaron la imposición de la cárcel como un objetivo principal sin evaluar las consecuencias negativas que de ello podrían derivar, y terminaron apoyando el endurecimiento que sostiene la Procuración General de la Nación, cuyo cuerpo de fiscales derramará en los distintos procesos penales.

En los juicios de lesa humanidad se debe prestar fundamentalmente atención a la situación de víctimas y testigos y para ello se han tomado

en cuenta reglas internacionales para promover su protección e integridad. Como consecuencia de la clandestinidad bajo la cual se cometieron los crímenes, es vital la prueba testimonial y no puede otorgarse a la documental (como los legajos de los implicados) carácter irrefutable. A partir de las leyes de obediencia debida y punto final —dos normas que violentaron tanto la Constitución Nacional como el Código Penal— los años de impunidad también dejaron marcas y no fue fácil reponerse. Pero el juzgamiento a los responsables finalmente quedó consolidado, a pesar de todo lo que falta, tanto para conocer el destino de los desaparecidos y los niños nacidos en cautiverio, como para tener individualizados a todos los autores y partícipes.

Entonces, para resolver en estos casos también se debe tener en cuenta que hay información en poder de los responsables, que existe un pacto de silencio, que fueron y son parte de estructuras fuertemente cohesionadas en lo ideológico y con recursos suficientes de distinta índole. Medidas como el arresto domiciliario deben ser sopesadas teniendo en cuenta esas circunstancias y los peligros de fuga, la integridad de víctimas y testigos y cualquier otro obstáculo en el avance de los juicios. Pero lo que no puede permitirse es hacer que la ley diga o exija lo que no dice ni exige, porque estaríamos debilitando el sistema y otorgando a los actores judiciales —jueces y fiscales— herramientas reñidas con el derecho y tolerando actitudes que luego se transforman en conductas permanentes avasallando derechos. Si la ley de ejecución penal establece taxativamente en qué casos puede prosperar el arresto domiciliario, lo único que los actores judiciales deben analizar al momento de darlo o no es, justamente, el riesgo de fuga, la existencia de controles efectivos para que la medida cautelar no termine siendo burlada, la integridad de víctimas y testigos y la ausencia de cualquier forma de obstaculización por parte de los imputados. Si no existe nada de ello, quien es mayor de 70 años está entonces en condiciones de cumplir la prisión en su domicilio. Esa debe ser la solución correcta. Porque agregar el requisito de la salud para esa persona mayor es hacer que la ley diga algo que no dice. Y el derecho internacional de los derechos humanos está para lo contrario.

Suspensión del juicio a prueba

Improcedencia en casos de violencia familiar

CJ TUCUMÁN, "L. A. G.
s/ SUSPENSIÓN del JUICIO a PRUEBA", 27 de NOVIEMBRE de 2013

por **MONTSERRAT GIMÉNEZ DE TOMÁS**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

La sentencia objeto de comentario fue dictada por los jueces de la sala en lo Civil y Penal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán, el día 27/11/2013, quienes intervinieron como tribunal de casación.

Las circunstancias que pueden deducirse del fallo no son muchas. En primer lugar, surge que el día 06/06/2013 se rechazó el pedido de suspensión de juicio a prueba solicitado por LAG ante el Juzgado Penal en lo Correccional de IIª Nominación, con fundamento en la ausencia de conformidad del representante del Ministerio Público Fiscal con la petición, y en la doctrina plasmada por los jueces de CSJN en "Góngora".⁽²⁾

.....

(1) Abogada (UBA). Auxiliar docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal. Se desempeña profesionalmente en la Defensoría General de la Nación.

(2) CSJN, "Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Causa N° 14.092", 23/04/2013, caso: G:61:XLVIII.

Esto último suscitó que su defensor público oficial interpusiera un recurso de casación contra aquella decisión (arts. 479, 480 y ccdtes. del Código Procesal Penal de Tucumán —CCP Tucumán, en adelante—), el cual fue concedido.

Por su parte, los jueces de la mencionada sala también admitieron la vía recursiva, en tanto consideraron que, si bien no se había presentado ni en el marco de los supuestos comprendidos por el 1° párrafo del art. 480, ni del art. 483 —ambos del CCP de Tucumán—, sí existía una cuestión de gravedad institucional que ameritaba la revisión de la resolución dictada en primera instancia (art. 483, 2° párr., CPP Tucumán). En este sentido, señalaron que la impugnación efectuada “pone en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado internacional (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer), pudiendo la decisión sobre la cuestión a la que se arriba comprometer, eventualmente, la responsabilidad del Estado argentino”.⁽³⁾

2 | La decisión sobre el fondo de la cuestión

Los jueces de la CJ Tucumán comenzaron sus consideraciones respecto de la cuestión traída a estudio recordando que nuestro país aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) —Convención de Belém do Pará—, mediante la ley 24.632 (BO 09/04/1996). Asimismo, señalaron que aquel instrumento internacional “enuncia una serie de derechos que asisten a la mujer, define en particular que todas ellas tienen derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos, entre los cuales se encuentran el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (art. 2)”.⁽⁴⁾ Además, destacaron que:

... el art. 7°, al establecer los deberes de los Estados partes, dispone que estos ‘condenan todas las formas de violencia contra la mujer’ y se obligan a: ‘b. actuar con la debida diligencia para

(3) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/11/2013, consid. III.

(4) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/22/2013, consid. V.

prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujeres' y 'f. establecer procedimientos legales para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos'".⁽⁵⁾

Asimismo, citaron las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) en el documento "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas".⁽⁶⁾ A su respecto, indicaron que:

... pondera que la *probation* supone una forma socialmente constructiva que implica también una cierta conciliación o mediación entre víctima y ofensor; y en relación a ello, la CIDH señaló 'su preocupación ante el hecho de que una diversidad de órganos judiciales promueven principalmente el uso de la conciliación durante el proceso de investigación como método para resolver delitos de violencia contra las mujeres, sobre todo la intrafamiliar', cuando es de 'reconocimiento internacional que la conciliación en casos de violencia intrafamiliar no es recomendable como método para resolver estos delitos', ya que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones. En varios países —advierte el documento—, 'ha quedado claro que los acuerdos realizados en el marco de mediación aumentan el riesgo físico y emocional de las mujeres por la desigualdad' y más aún, 'generalmente no son cumplidos por el agresor y estos no abordan las causas y consecuencias de la violencia en sí' (CIDH, Doc. Cit., posición numeral 161)".⁽⁷⁾

A continuación, los magistrados afirmaron que, en consecuencia, de aquellas recomendaciones se sancionó la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009). En este sentido, consideraron que mediante aquella se reglamentaron y concretaron

.....

(5) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/11/2013, consid. V.

(6) CIDH, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", OEA/Ser.L/V/II doc. 68, 20/01/2007.

(7) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/11/2013, consid. V.

los postulados de la Convención de Belém do Pará, por ejemplo, con la creación del Consejo Nacional de la Mujer:

... organismo encargado del diseño de las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la ley tendientes a la protección integral de las mujeres,⁽⁸⁾ entre las cuales se encuentra la de “garantizar modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación...”⁽⁹⁾

Para completar sus consideraciones, volvieron a hacer referencia al precedente “Góngora” de nuestro máximo tribunal y transcribieron textualmente aquellos párrafos que estimaron pertinentes —sobre el particular me explayaré más adelante—. En función de aquél, concluyeron que la concesión de la suspensión de juicio a prueba a LAG “frustraría la realización del juicio, y con ello la posibilidad de dilucidar la existencia de los hechos que *prima facie* han sido calificados como de violencia familiar y de violencia contra la mujer, junto con la determinación de responsabilidad que podría haber y de la sanción que, en su caso, podría corresponder”.⁽¹⁰⁾

Finalmente, afirmaron que “resulta improcedente la suspensión del juicio a prueba en los casos de delitos vinculados con la violencia familiar, por resultar el instituto contrario a la Convención aludida precedentemente” y, también, recomendaron

... a los tribunales y jueces inferiores en grado no sustanciar peticiones de suspensión de juicio a prueba en situaciones en que se presenten delitos vinculados con la violencia familiar, por ser sustancialmente improcedentes con el marco convencional, constitucional y legal. Ninguna chance de viabilidad tendría esa solicitud y, por el contrario, la sustanciación inútil podría aparejar consecuencias negativas para el Estado nacional que se ha comprometido a la realización de ‘un juicio oportuno’”.⁽¹¹⁾

(8) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/11/2013, consid. V.

(9) Ley 2648, art. 9º, inc. e.

(10) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/11/2013, consid. V.

(11) CJ TUCUMÁN, Sala Civil y Penal, sentencia 1029, 27/11/2013, consid. VI.

En la parte resolutive de la sentencia objeto del presente, primero, no hicieron lugar al recurso de casación y, segundo, recomendaron expresamente a los tribunales y jueces inferiores en grado que no sustancien las peticiones de suspensión de juicio a prueba que le sean presentadas, cuando *prima facie* pudiera tratarse de delitos vinculados con situaciones de violencia familiar.

3 | Comentario acerca de los fundamentos

Por una cuestión de orden expositivo analizaré los fundamentos que surgen de la sentencia objeto de estudio mutando el orden en que fueron presentados. Confío en que ello no obstará su análisis.

3.1 | La imposibilidad de conceder una suspensión de juicio a prueba en casos donde no exista consentimiento del representante del Ministerio Público Fiscal (art. 76 bis, párr. 4º CP)

A partir de la lectura de la resolución dictada por los jueces de la CJ Tucumán —en particular, de la elocuente recomendación que realizan hacia el final— uno podría pensar que para aquellos magistrados la presencia o ausencia de aquel consentimiento no debería incidir de forma alguna. Pareciera posible —en su esquema— que, en tanto los hechos objeto de proceso se presenten vinculados con situaciones de violencia familiar, no importará considerar la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal, ya que la solicitud debería desestimarse mucho antes de llegar a que este último dictamine.

Sin embargo, no está de más recordar que el **consentimiento** fiscal debe limitarse a la formulación de un juicio de conveniencia y oportunidad en términos de política-criminal, respecto de la suspensión o continuación de la persecución penal, en el caso concreto y fundadamente. En definitiva, esta interpretación es la que más se ajusta al modelo acusatorio formal y respeta la autonomía funcional del Ministerio Público Fiscal.⁽¹²⁾

(12) Resulta claro que aquella conformidad del órgano acusador no depende de la verificación de los requisitos legales previstos por el art. 76 bis CP, ya que aquélla se reserva al juez que deberá decidir sobre la procedencia del pedido de suspensión de juicio a prueba. Para

En el caso no es posible verificar que la oposición de la parte acusadora haya sido fundada debido a que no contamos con la valoración expresa de los argumentos dados, sino una simple referencia a que estos coincidirían con las recomendaciones dadas por la CIDH.

3.2 | El fallo “Góngora”

Las críticas a la sentencia de referencia han sido ampliamente desarrolladas por buena parte de la doctrina.⁽¹³⁾ En tanto y en cuanto la resolución dictada por el máximo tribunal de la provincial de Tucumán se apoya en aquélla —es posible afirmar que— por propiedad transitiva, le caben los mismos cuestionamientos.

En términos generales se critica a los integrantes de nuestro máximo tribunal por haber abandonado su propia doctrina de los fallos “Acosta”⁽¹⁴⁾ y “Norverto”⁽¹⁵⁾ —que exactamente cuatro años antes había impulsado un criterio de interpretación *pro homine*— y haber optado por una interpretación de las normas contenidas en la “Convención de Belém do Pará” que resulta más restrictiva para con los derechos de personas sometidas a proceso penal.

Asimismo, vinculado estrechamente con lo anterior, se les cuestiona que la interpretación elegida se sustente en la consideración **literal** de la palabra **juicio** que forma parte de la redacción del art. 7º, inc. b), de la Convención

.....
una lectura más profunda de los argumentos dados tanto a favor de esta interpretación, como en contra: BOVINO, ALBERTO, LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Bs. As., Editores del Puerto, 2013, pp. 299/338.

(13) En esta línea y con un análisis sumamente completo, ver JULIANO, MARIO A. y VITALE, GUSTAVO L., “Retroscesos de una Corte que avanza (El fallo ‘Góngora’ y los nuevos enemigos del sistema penal)”, en *Revista Pensamiento Penal*, [en línea] <http://www.pensamientopenal.com.ar/articulos/retroscesos-una-corte-que-avanza-fallo-gongora-nuevos-enemigos-del-sistema-penal>. También, ver BOVINO, ALBERTO, LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, *op. cit.*, pp. 202/212.

Asimismo, con un análisis más moderado que considera la teoría legal feminista y la legislación de varios países latinoamericanos en la materia: DI CORLETO, JULIETA, “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, en *Revista Electrónica ‘Género, Sexualidades y Derechos Humanos’* (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), 2013, v. I, n° 2, [en línea] http://www.cdh.uchile.cl/media/redes/boletin/Revista_Nro2.pdf

(14) CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14, 1º párrafo, ley 23.737 (causa N° 28/05)”, 23/04/2008, caso A.2186.XLI.

(15) CSJN, “Norverto, Jorge Braulio s/ Infracción art. 302 del CP”, 23/04/2008, caso N° 326. XLI.

de Belém do Pará, porque lleva a un razonamiento circular. En este sentido, se sostiene que

... el sentido que se asigna a la palabra 'juicio' depende de la decisión previa por la cual se equipara la obligación de 'sancionar' a la de imponer una condena penal. Si esa obligación no tiene el alcance que le asigna —sin dar razones— la Corte, deja de ser válido el argumento según el cual la palabra 'juicio' debe ser entendida como la etapa de la cual puede derivar el pronunciamiento definitivo (binomio absolución/condena)⁽¹⁶⁾

O sea, la etapa final del procedimiento criminal.

La CSJN tampoco explica por qué elige inclinarse por la literalidad del texto del inc. f) únicamente respecto al vocablo **juicio**, pero no respecto del verbo que lo encabeza. Recordemos que por aquél se dispone que los Estados partes se comprometen a “establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos”. No pareciera que el referido mandato esté dirigido a los órganos judiciales de nuestro país, sino a los cuerpos legislativos. En algún punto, nuestro máximo tribunal —arrogándose facultades que le están vedadas constitucionalmente— decide **modelar** el régimen procesal penal para adecuarlo —en los casos de violencia contra la mujer— a los que ellos han interpretado que es **juicio**. Parafraseando: los magistrados entienden que, en tanto y en cuanto se vede a las personas investigadas por estos delitos a solicitar la suspensión del juicio a prueba, la exigencia del art. 7º, inc. f), de la Convención de Belém do Pará se encuentra cumplida.

Por otra parte, pero conectado con lo anterior, se les atribuye la tergiversación de la naturaleza de la suspensión del proceso a prueba —sugiriendo implícitamente que vedaría el acceso efectivo de la víctima al proceso— y la construcción de una causal de inadmisibilidad no prevista legalmente —a partir de aquella **sugerencia**—, sin tampoco declarar la inconstitucionalidad del art. 76 bis CP por contrariar los mandatos del instrumento

(16) BOVINO, ALBERTO; LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, *op. cit.*, p. 204. A continuación, los autores explican que “lo que en todo caso debió haber explicado la Corte, para no caer en un razonamiento circular, es por qué la obligación de 'sancionar' debería ser interpretada en términos tan estrictos, como equivalente de 'condena penal’”.

internacional en cuestión. Esto último redundaría en una franca violación a los principios de legalidad y de igualdad ante la ley, que cuentan con la misma jerarquía normativa por integrar también nuestro bloque de constitucionalidad federal (arts. 16, 18 y 75, inc. 22 CN).

También se les reprocha establecer un **principio general** a partir del cual correspondería rechazar todas las solicitudes de suspensión de juicio a prueba que se presenten en el marco de casos donde se investiguen hechos de violencia contra la mujer, sin considerar la gravedad del hecho en concreto y la situación personal de la víctima. En este sentido, la solución dada en “Góngora” elimina la perspectiva de género del análisis, equiparando la conflictividad de diversos ilícitos en función, sencillamente, de la calidad de la víctima.

Finalmente, se advierte que los argumentos plasmados en el consid. 7° de “Góngora” no resultan coherentes con los antecedentes del caso. En este sentido resulta llamativo que:

... la Corte, preocupada por asegurar las condiciones para que la aparente víctima ejerza con amplitud su ‘pretensión sancionatoria’ en el debate, parece olvidar que en el particular caso que se sometía a su conocimiento —y límite de su competencia— las presuntas damnificadas se habían negado a concurrir a la audiencia del art. 293 del CPP Nación, por un lado, y habían aceptado una reparación —en este caso, patrimonial—. ⁽¹⁷⁾

3.3 | Los derechos contenidos en la Convención de Belém do Pará y por la ley 24.632. Su relación con determinadas obligaciones estatales

Por otra parte, los magistrados hacen hincapié en el texto de la Convención de Belém do Pará, tanto para destacar que por ella se le concede a las mujeres “el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por

(17) BOVINO, ALBERTO; LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, *ibid.*, p. 211 (con cita a los antecedentes descriptos en la sentencia dictada por los jueces de la CFED. CAS. PENAL, Sala IV, en la causa N° 14.092, “Góngora, Gabriel Arnaldo s/ Recurso de casación”, 26/09/2011).

los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos” (art. 4°), como para explicitar que los Estados que suscribieron el mencionado instrumento internacional condenan todas las formas de violencia contra la mujer. Especialmente, tal como ya indiqué, destacan su obligación de actuar con la **debida diligencia** para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (art. 7°, inc. b) y establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos.

Al menos en parte, la problemática que acarrea la interpretación de lo que debe entenderse por **juicio** (art. 7°, inc. f) fue mencionada en el punto anterior.

Ahora bien, quizás otra cuestión polémica en torno a aquélla resulta ser que muchos tribunales —entre ellos, el que ha dictado la resolución que nos ocupa— ya no efectúan interpretación alguna, sino que simplemente remiten a la postura adoptada por la CSJN en el precedente citado.

En este sentido, no realizan una disquisición sobre los aspectos particulares del caso en el que deben resolver, ni siquiera para constatar si las circunstancias de hecho de ambos coinciden, sino que se limitan a catalogar la cuestión que les ocupa como un supuesto de **violencia contra la mujer** y a considerar que, por ser tal y en función de “Góngora”, ya no podrá tramitar conforme el instituto establecido por el art. 76 bis CP.

A continuación, me interesa destacar algunos argumentos que se intentan enfrentar a aquel criterio de interpretación plasmado en el fallo de nuestra CSJN. Esencialmente, se concentran en los siguientes puntos:

En primer lugar, que siempre debe optarse por aquel criterio de interpretación que conduzca a consecuencias jurídicas racionales y coherentes con el ordenamiento jurídico. Una interpretación como la propuesta por la CSJN —que permitiría no solo impedir la concesión de una suspensión de juicio a prueba a una persona imputada por esta clase de delitos, sino también, por ejemplo, no aplicar las normas que regulan la prescripción de la acción penal, porque de otra forma no se estaría cumpliendo con el mandato de investigar y sancionar un hecho de violencia contra la mujer— parecería no satisfacer el estándar mencionado, ya que lleva a la

restricción de los derechos del presunto victimario que se encuentran previstos en el ordenamiento positivo interno por la sola naturaleza del delito que se le atribuye.

En segundo lugar, que aquella interpretación no resulta coherente con lo sostenido mediante otros instrumentos internacionales que consagran derechos a los particulares, pero además dista mucho de resultar congruente con los lineamientos de otros documentos elaborados por la comunidad internacional, entre los que puedo mencionar a las Reglas de Tokio, las Directrices sobre la función de los fiscales, la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, entre otros.⁽¹⁸⁾

Por otra parte, tampoco puede sostenerse a partir de la lectura del texto de la misma Convención de Belém do Pará, ya que mediante aquel no se veda expresamente la aplicación de institutos alternativos —como puede ser la suspensión del juicio a prueba—.

En este sentido, por el art. 5° de la mencionada Convención se pretende garantizar que todas las mujeres puedan ejercer libre y plenamente sus derechos —civiles, políticos, económicos, sociales y culturales—, como así también se reconoce que “la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos”. Sin embargo, “la penalización de una conducta no solo no revierte la desigualdad estructural, sino que tampoco uniforma las diferentes variables sociales que cada mujer porta. En este sentido, más allá de que se puede reivindicar el uso de la sanción privativa de la libertad, existen argumentos políticos y pragmáticos que impugnan su utilización para cualquier supuesto de violencia de género”.⁽¹⁹⁾

Por lo tanto, la aplicación sistemática e irreflexiva de la interpretación propiciada no resultaría siempre congruente con el deber de los Estados —contenido en la norma citada— de garantizar a las mujeres el ejercicio de sus derechos. En algunos casos, por no considerarse las particularidades que presentan, podría hasta ser arbitraria y contribuir —desde una perspectiva

(18) *Ibid.*, p. 207.

(19) DI CORLETO, JULIETA, *op. cit.*, acápite III.

que coquetea con el paternalismo— con la disminución de su autonomía personal. Asimismo, tampoco resultaría coherente con el deber establecido por el inc. d) del mencionado art. 7° que exige a los Estados partes que adopten medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad.

En definitiva, una interpretación literal como la propiciada por nuestro máximo tribunal permitiría —ya en el absurdo— considerar que **agresor no es persona condenada con sentencia firme que declare su culpabilidad**. Entonces, ¿el Estado argentino también estaría incurriendo en responsabilidad internacional si un tribunal rechaza una petición de suspensión de juicio a prueba —presentada por una persona imputada de un delito de violencia contra la mujer—, pero luego, tras sustanciar el debate oral y público, decide absolverla?

En tercer lugar, que se excluye del análisis —desarrollado en “Góngora” y, en consecuencia, en todos aquellos fallos en los que sencillamente se haga una remisión a aquél para fundar la decisión— la circunstancia de que la concesión de una suspensión del juicio a prueba tiene carácter **sancionatorio**, en tanto implica la imposición de medidas de carácter coercitivo y la consecuente restricción de derechos de la persona que la solicitó. Entre otras, la de someterse a reglas de conducta, la de abstenerse a concurrir a determinados lugares, la de ofrecer una reparación por el daño presuntamente causado y la de cumplir con la realización de determinadas tareas comunitarias. Además, soslayan que tampoco equivale al cierre definitivo del proceso penal, ya que ante el incumplimiento de las reglas fijadas durante el tiempo que dure el periodo de prueba, el trámite del caso se reanuda.

3.4 | Las recomendaciones de la CIDH

Tal como fue transcripto, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán recurrieron al párrafo 161 de las recomendaciones efectuadas por la CIDH en el documento “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”.⁽²⁰⁾

(20) CIDH, “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”, OEA/Ser.L/V/II doc. 68, 20/01/2007.

Puntualmente, el párrafo citado critica la aplicación de la conciliación paralelamente al desarrollo de la investigación de delitos de violencia contra las mujeres. En consecuencia, no se explica cómo los magistrados equiparan a la suspensión del juicio a prueba con un mecanismo conciliatorio. Se trata de un argumento más que se suma a los anteriores y desnaturaliza el instituto procesal.⁽²¹⁾

Sin perjuicio de ello, para evitar que aquél sea considerado fuera de su contexto, corresponde destacar que integra el desarrollo que se realiza bajo el título “Deficiencias en la respuesta judicial en casos de violencia contra las mujeres: obstáculos para cumplir la obligación de debida diligencia y combatir la impunidad” y el subtítulo: “Deficiencias en el juzgamiento y sanción de los casos de violencia contra las mujeres”.

Asimismo, que en su introducción se especifica que “en varios países existe un patrón de impunidad sistemática en el procesamiento judicial y en las actuaciones en torno a casos de violencia contra las mujeres debido al hecho de que la gran mayoría de estos casos carece de una investigación, sanción y reparación efectiva”,⁽²²⁾ como así también, que “la CIDH ha podido verificar que la violencia y la discriminación contra las mujeres todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas”.⁽²³⁾ En este sentido, se indica que “existe asimismo la tendencia de observar los casos de violencia contra las mujeres como conflictos domésticos que deben ser resueltos sin la intervención del Estado”.⁽²⁴⁾ Finalmente, en lo que me interesa, se adelanta que:

En esta sección se identifican vacíos, irregularidades y deficiencias en la investigación, juzgamiento y sanción de casos de violencia contra las mujeres y las actuaciones de funcionarios judiciales. También se examinan los obstáculos que impiden la efectiva protección cautelar del Estado ante actos de violencia inminentes. Igualmente, se expone una serie de obstáculos que impiden la interposición de denuncias de actos de violencia, sobre todo, el tratamiento inadecuado que pueden recibir

(21) Ver apart. III.b del presente.

(22) CIDH, “Acceso a la justicia...”, cit., parr. 124.

(23) CIDH, *ibid.*, parr. 125.

(24) CIDH, *ibid.*, parr. 125.

las víctimas cuando procuran acceder a instancias judiciales de protección, y se analizan una serie de problemas estructurales identificados dentro de los sistemas de justicia que afectan el procesamiento de casos de violencia contra las mujeres.⁽²⁵⁾

Así, las violaciones a las que se hace referencia se vincula con la no sustanciación de una investigación judicial ante un caso de violencia contra la mujer —por aplicación del **principio de oportunidad**, previsto en algunas legislaciones americanas— o la ineficiencia en la recolección de pruebas y el retraso injustificado —de hasta 17 años en un caso— cuando sí se le da curso, la parcialidad a favor del presunto victimario y el escaso o nulo valor otorgado a los dichos de la víctima, la problemática relativa a la violación a la privacidad y la doble victimización —primero, durante la agresión propiamente y luego, durante el proceso— de la mujer a causa de la falta de sensibilidad a su respecto, y la influencia de patrones socio-culturales discriminatorios y patriarcales en las actuaciones de los funcionarios de todos los niveles de la rama judicial.⁽²⁶⁾

Para ilustrar las problemáticas mencionadas cita casos de Guatemala, México, El Salvador, Nicaragua, Honduras, Ecuador, Chile, Bolivia, Brasil, Paraguay y Costa Rica. Nuestro país no es mencionado. Pareciera que una vez analizado en su conjunto el documento citado, no puede prosperar la interpretación sugerida por los magistrados tucumanos en su sentencia.

3.5 | Las disposiciones de la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales (2009)

Por último, los magistrados afirmaron que como consecuencia de aquellas recomendaciones, se sancionó la ley 26.485, mediante la cual se reglamentaron y concretaron los postulados de la Convención de Belém do Pará. Se explicita que entre aquéllos se encuentra la de “garantizar

(25) CIDH, *ibid.*, par. 126.

(26) CIDH, “Acceso a la justicia...”, cit., párrafos destacados: 127/129, 131/132, 136, 140/149, 151, 153/158.

modelos de abordaje tendientes a empoderar a las mujeres que padecen violencia que respeten la naturaleza social, política y cultural de la problemática, no admitiendo modelos que contemplen formas de mediación o negociación”.⁽²⁷⁾

Nuevamente, se pierde de vista que la suspensión de juicio a prueba dista mucho de ser un mecanismo de gestión de conflictos mediante el cual un tercero informal e imparcial implementa técnicas tendientes a que las partes identifiquen por sí mismas las posibles zonas de acuerdo y logren un solución equitativa, sin influir directamente en el resultado final.⁽²⁸⁾

4 | La recomendación a los tribunales y jueces inferiores

En otro orden de ideas, llama la atención que los jueces de la CJ Tucumán recomiende directamente que no se de trámite a las solicitudes de suspensión de juicio a prueba que sean presentadas dentro de su jurisdicción.

Esta disposición de **superintendencia** no solo roza lo inadmisibles teniendo en cuenta el principio de independencia personal de cada uno de los magistrados a los que se dirige, sino que además permitiría —eventualmente y en el marco de otra causa— intentar la recusación por un fundado temor de parcialidad respecto de quienes han firmado semejante **recomendación**.⁽²⁹⁾

5 | Consideraciones finales

Una interpretación literal de la Convención de Belém do Pará —como la propiciada en “Góngora” por la CSJN y aplicada en el caso objeto del presente—, categórica y universal, no incorpora realmente la perspectiva de género, ni se garantiza evitar que el Estado argentino incurra en responsabilidad internacional.

(27) Ley 2648, art. 9º, inc. e.

(28) Sobre el sentido político-criminal del instituto adoptado y algunos de sus aspectos centrales: BOVINO, ALBERTO, LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, *op. cit.*, pp. 39/54.

(29) BINDER, ALBERTO M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., 4ª reimp., Bs. As., Ad-Hoc, 2005, pp. 149/54.

Por el contrario, resulta paradójico que en pos de los propósitos de protección integral de los derechos de la mujer, y prevención, sanción y erradicación de los hechos de violencia contra ella, se rechace de plano la aplicación de la suspensión de juicio a prueba, ya que en muchos casos aquéllos se verían mejor y más satisfechos si se autorizara la ejecución de medidas alternativas a la prisión.

Por supuesto que eso exigirá un análisis interdisciplinario más profundo respecto de la gravedad del hecho objeto de persecución penal y la real situación de la víctima, por ende, un mayor esfuerzo de parte de los operadores jurídicos. La tipificación de una situación problemática dentro de una categoría y la aplicación de un mismo criterio para todos los casos nunca podrá ser la solución que logre alcanzar los objetivos propuestos, a largo plazo.

Tal como lo señala Di Corleto: “Para situaciones graves y crónicas de violencia, la investigación y sanción penal garantizan la protección de la víctima. Sin embargo, frente a episodios aislados y de escasa entidad, en los que no se utilizaron armas ni se afectó la integridad física, las medidas alternativas a la prisión podrían ser estrictamente consideradas bajo una rigurosa supervisión estatal”.⁽³⁰⁾

Por lo tanto, “una respuesta penal con perspectiva de género no elaborará una estrategia con estándares fijos y excluyentes, pero sí tendrá en cuenta las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia, las características del ciclo de la violencia, la gravedad del delito, y la situación personal de la damnificada”.⁽³¹⁾

.....

(30) DI CORLETO, *op. cit.*, acápite IV.a.

(31) DI CORLETO, *ibid.*, acápite V.

Trata de personas

Valoración probatoria

CJ TUCUMÁN, “IÑIGO, DAVID GUSTAVO y OTROS s/ PRIVACIÓN ILEGÍTIMA de la LIBERTAD y CORRUPCIÓN”, 17 de DICIEMBRE de 2013

por **ZAIDA GATTI**⁽¹⁾

A fin de realizar un breve análisis sobre los fundamentos del fallo y los motivos que permitieron que trece imputados resultaran absueltos, estimo fundamental proponer tres tipos de observaciones acerca de los siguientes tópicos:

- El modo en que se valoraron los testimonios, especialmente los brindados por mujeres víctimas explotadas sexualmente por los miembros de la misma organización que se estaba juzgando.
- El modo en que se transcribieron las declaraciones testimoniales.
- El grado de capacitación del Tribunal; especialmente en materia de género, derechos humanos y trata de personas.

Al momento de darse lectura a los fundamentos de la sentencia solo se intentó “justificar un fallo inexplicable”. Los jueces insistieron en que no se hallaron pruebas, quedando sobreentendido que se referían exclusivamente a pruebas materiales, ya que resultaba claro que la prueba fundamental estaba presente: se trataba de los relatos de las víctimas escuchados a lo largo de todo el debate oral.

.....
(1) Coordinadora del Programa Nacional de Rescate de Personas Damnificadas por el Delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Respecto de la prueba material, era lamentablemente sabido y esperado que, después de diez años del hecho y mediando una investigación teñida de dudas, atravesada por diferentes niveles de connivencia, investigaciones monitoreadas por representantes del poder político y judicial que encubrieron delincuentes de gran envergadura; no resultara posible contar en el juicio con este tipo de pruebas.

Reitero que la prueba más importante, la única posible de obtener y sobre la cual debía expedirse el Tribunal, estaba constituida por el relato de las víctimas que tuvieron el coraje de enfrentarlo a pesar de la desconfianza que les generaba cualquier persona representante del Estado. Pues este permaneció ausente durante muchos años, les negó el acceso a los derechos básicos dejando que la pobreza las consumiera. De esta manera propició un escenario perfecto para que las redes de trata de personas que operaban impunemente, las captaran con el objetivo de explotarlas sexualmente y obtener un alto rendimiento económico. Pasaron años sin poder realizar una denuncia porque se sentían desprotegidas, tenían la certeza de que sus denuncias las devolverían a los prostíbulos de los que pretendían liberarse. Ellas mismas habían sido testigos del modo en que los dueños de los prostíbulos resultaban alertados cuando una víctima lograba escapar. Incluso alguna víctima llegó a relatar que una “compañera” le había confiado su desgracia a un “párroco”, sin pensar que él mismo la devolvería al prostíbulo.

Era necesario avanzar a paso lento para que se estableciera la confianza. Fue una labor parsimoniosa la que debió realizar el equipo que designé para asistir y acompañar a las víctimas que serían testigos en el juicio. Este equipo de psicólogas y trabajadoras sociales las acompañó durante todo el proceso judicial.

Resulta imperioso analizar cada uno de los testimonios que brindaron las víctimas que tuvieron la valentía de prestar declaración testimonial en un juicio que se prolongó por más de diez meses.

Durante los años transcurridos entre su rescate y la comparecencia ante el Tribunal, las víctimas captadas, engañadas y explotadas por los integrantes de una red de trata de personas, vivieron tratando de negar a través de diversos medios lo que realmente sucedió. Trataron de olvidar, de eliminar el recuerdo de la violencia padecida, de las violaciones sufridas y de las amenazas, de los golpes, las torturas y los simulacros de fusilamiento, entre otros modos de coacción que pretendían quebrar su voluntad.

Una de las estrategias más utilizada por los abogados defensores de los tratantes durante los interrogatorios, fue la desacreditación del relato de las víctimas. Recurrían a preguntas complejas para confundirlas y a la exigencia de precisión de datos —fechas, nombres, apodos, colores de indumentaria, lugares, etc.— para hostigarlas.

Durante el juicio los fiscales no pudieron ocultar sus prejuicios. Hicieron permanente mención a “la buena reputación de María de los Ángeles Verón”, a lo “buena madre que era”, a “la excelente esposa que era”, entre otros... Si tales adjetivaciones respecto de una víctima fueran pertinentes, habría una clasificación. Por un lado nos encontraríamos con víctimas que, debido a su buena reputación, no deberían haber caído en una red de explotación; y, por el otro, nos encontraríamos con víctimas cuya situación estaría justificadas, lo que a todas luces es un verdadero disparate.

Las víctimas fueron humilladas por la defensa y el Tribunal lo permitió. Durante uno de los testimonios, una víctima declaró haber visto cómo mataron a una de las mujeres que se encontraba en el prostíbulo. El abogado de la defensa le formuló las siguientes preguntas: “¿Usted cómo sabía que estaba muerta? ¿Le tomó el pulso? ¿Fue al velatorio?”. Este tipo de intervenciones, ¿busca establecer la veracidad del testimonio o destruir a la testigo mediante la ironía psicopática? No solo no fue detenido el interrogatorio, sino que además, ni siquiera mereció el jurista un llamado de atención.

El día que comenzó el debate, desde el Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata (en adelante, Programa Nacional de Rescate), del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, presentamos al Tribunal un escrito en el que sugerimos el modo en que se debía tomar declaración testimonial a las víctimas de explotación sexual en función de sus características especiales; solicitamos que se tomaran los recaudos necesarios para evitar su revictimización y estigmatización.

No solo nada de esto se tuvo en cuenta sino que, además, el Tribunal las revictimizó. Pues permitió que las víctimas fueran hostigadas y humilladas por los abogados de la defensa mediante recursos de violencia psicológica. Se convirtió así en cómplice; incluso a través de su silencio ante los pedidos de la querrela que bregaban por mantener el respeto hacia las

víctimas/testigos, también ante los requerimientos del equipo de psicólogas y trabajadoras sociales que asistieron y acompañaron a las víctimas.

¿Cuáles podrían ser las razones que esconden los fundamentos de la sentencia firmada por unanimidad por los magistrados Alberto Piedrabuena, Emilio Herrera Molina y Eduardo Romero Lascano quienes, aun reconociendo que existía una organización que captaba y explotaba sexualmente mujeres, no encontraron manera de condenarlos?

Los jueces entendieron que los testimonios fueron contradictorios. Las víctimas/testigos relataban los mismos hechos en fechas distintas. Algunas de ellas dijeron haber visto a María de los Ángeles Verón el mismo día en provincias diferentes. Entendieron que las descripciones que hicieron de las personas que vieron durante sus días a merced de redes de trata no fueron unívocas. Los fundamentos señalaron que por ese motivo no fueron consideradas pruebas. Esa búsqueda de precisión en los relatos de las víctimas rescatadas —personas que bajo el efecto del estrés postraumático construyen modos particulares en sus memorias— fue el gran error. Aunque también es posible pensar que no se trató de un error de tipo conceptual sino que se trató de una maniobra judicial tendiente a encubrir una red mafiosa.

Fui convocada a prestar declaración testimonial en el debate con el objeto de brindar al Tribunal herramientas necesarias para comprender los testimonios de las víctimas/testigos. Los jueces me formularon preguntas focalizadas en las características principales que presentaba el relato de una víctima de trata de personas.

La primera particularidad que indiqué fue la falta de precisión para brindar datos sobre las fechas de sucesos acontecidos. Las víctimas no podían dar la fecha exacta en las que estuvieron en un lugar simplemente porque ni siquiera podían distinguir el día de la noche, en tal condición se pierde la noción del tiempo no solo por la cantidad de “clientes/prostituyentes” a los que se ven obligadas a “atender” durante las veinticuatro horas del día, sino también porque son obligadas a consumir drogas y alcohol.

Del relato casi uniforme de una víctima de trata se pueden extraer datos concretos del modo de vida que llevan en los prostíbulos: aproximadamente a las seis o siete de la tarde deben “estar listas para salir al salón”, recibir a los “clientes” y “trabajar” durante todo el tiempo en que haya

sujetos prostituyentes. Generalmente esto se prolonga hasta las siete u ocho de la mañana siguiente. Luego de una noche en la que un sinnúmero de manos abusaron de sus cuerpos, en las que el alcohol y las drogas se apoderaron de su conciencia, para hacerlas olvidar durante un rato de la pesadilla vivida, las envían a dormir junto a otras mujeres que comparten su situación a un mismo cuarto —en las mismas camas donde horas atrás habían “atendido” a un centenar de “clientes”—. Si tienen la “suerte” (¿?) de que ningún nuevo “cliente” se presente, pueden dormir hasta la tarde; luego las despiertan para servirles la única comida que ingerirán en el día, y vuelven a salir al salón, otra vez listas para recibir a los prostituyentes. Tal es la rutina diaria dentro de un prostíbulo. Cabe aclarar que si se presentara un “cliente” en horas del mediodía reclamando por una chica, la misma es obligada a levantarse y atenderlo. No olvidemos que la “casa permanece abierta las 24 horas al servicio de los clientes/prostituyentes”.

En este contexto —que atenta contra la orientación témporo-espacial del aparato psíquico de las víctimas— el Tribunal les exige precisión en los relatos, la ubicación exacta del día en que llegaron al prostíbulo y del día que dejaron de estar en ese lugar. A quienes aseguraron haber visto a María de los Ángeles Verón en un prostíbulo de la provincia de La Rioja, les exigieron la fecha exacta del día en que dialogaron con ella.

Las víctimas/testigos no cumplieron con las exigencias del Tribunal, por eso sus relatos fueron considerados poco creíbles. Curiosamente, es esa falta de precisión lo que debía tenerse en cuenta para acreditar el relato de las víctimas.

Durante más de cuatro horas les expliqué a los miembros del Tribunal que los relatos de las víctimas son confusos, que hay que ir construyéndolos de a poco, porque cuando una persona atraviesa situaciones traumáticas muy extremas, su aparato psíquico selecciona qué recuerdos actualizar y cuáles no. Por eso en determinados momentos recuerdan con mucha precisión el rostro, el color de cabello, el tamaño de una nariz o el color de ojos de alguna persona, y muy probablemente no recuerden a la persona que estaba a su lado. El mecanismo de defensa hace que ese recuerdo sea olvidado, reprimido; pues dicho recuerdo actualizaría nuevamente la angustia.

Entre los fundamentos de las absoluciones, los jueces también consideraron que las víctimas/testigos presentaron un “discurso uniforme”. Les resultaron

llamativas las semejanzas de sus recuerdos, especialmente “todo lo que no contó la chica a quien cada una identificó como Marita Verón”. El Tribunal llegó a preguntarse si esa chica a quien refieren como “Marita Verón” no podía contar otras cosas sobre sí misma, su historia, su situación. Cuestionarse este punto es realmente no comprender el contexto, es como suponer que las víctimas explotadas en los prostíbulos se encuentran a conversar de sus vidas, de sus proyectos, de sus planes futuros; como si estuviesen de vacaciones. La repetición está justificada por el componente traumático que intenta elaborarse mediante la comunicación.

Realmente este Tribunal dejó salir a la luz una vez más, otra manifestación obscena de discriminación y abuso de poder.

Con esta argumentación intentaron demostrar que se trataba de un relato aleccionado, es decir, de una maniobra de la querrela. ¿Por qué no considerar que se hizo un trabajo con cada una de las víctimas, que se llevaron adelante numerosas entrevistas psicológicas a fin de ayudarlas a reconstruir sus propios recuerdos? Pues estos, por otra parte, habían sido “olvidados” —reprimidos— para poder continuar con sus vidas. Algunas de las víctimas/testigos señalaron que actualizaron el horrible recuerdo de lo vivido cuando recibieron la citación judicial. Incluso, en un primer momento, se negaron a declarar; volvieron a sentir el terror; reavivaron los temores acerca de lo que podría ocurrirle a sus hijas o hijos, a sus madres o hermanos, y las amenazas que habían recibido muchos años atrás pero que seguían activas en su memoria, aun con el fallido intento de “olvidar para siempre”.

Debido al trabajo realizado por las psicólogas y trabajadoras sociales del Programa Nacional de Rescate, logramos que las víctimas tuviesen el coraje para presentarse a declarar, logramos que volvieron a confiar. Las escuchamos gritar, llorar, insultar, pedir justicia, reclamar protección. Día tras día evaluamos cómo iban empoderándose y, en función de ello, cómo los recuerdos afloraban. Allí fue donde comenzaron a recordar haber visto a esa joven de la que luego supieron que se llamaba Marita, y que tan minuciosamente relataron en el debate oral.

Párrafo aparte merece la apreciación que tuvo el Tribunal sobre el relato de la víctima/testigo que afirmó haber visto a Marita Verón en casa de una de las imputadas. Debido a que ella misma había iniciado una causa judicial contra algunos de los miembros de esta misma red por su propia

explotación, el Tribunal consideró que su testimonio era “endeble”, dado que tenía “un particular interés en la causa y en la condena de los imputados”. Obviamente tenía un particular interés puesto que ella misma sufrió los vejámenes de esta red: su “particular interés”, al igual que el del resto de las víctimas, radicaba en el reclamo de justicia, aunque no todas ellas se animaran a iniciar sus propios procesos judiciales.

El punto más relevante de la sentencia es que, luego de más de quinientas fojas de desarrollo, concluyó que no pudo probarse el único hecho materia de imputación. Los Jueces debían decidir si María de los Ángeles Verón fue secuestrada en Tucumán y obligada a ejercer la prostitución en La Rioja. Sin embargo, en la misma sentencia afirmaron que

llegaron a tener certeza que este grupo de acusados integraban una verdadera organización cuya finalidad era explotar la prostitución de mujeres (...) este grupo estaba integrado a una red de captación y conexiones nacionales y seguramente internacionales. Presentaba las características propias de este tipo de actividad, usos establecidos para la explotación del comercio sexual, usando términos como: plaza, pase, multa, nombres artísticos, roles y categorías, medios intimidatorios hasta ritos esotéricos, pasando por violencia psicológica y física para lograr un sometimiento. Lo que no descarta que también podría haber un tránsito de mujeres que por distintos motivos podían ir y volver, soportando tales condiciones. Sobre estas notas han dado suficiente y detallado material probatorio, coincidente, de las jóvenes que pasaron por ante el Tribunal en el curso del debate.⁽²⁾

Me interesa destacar en este punto las declaraciones del Fiscal General de la ciudad de Mar del Plata, Dr. Daniel Adler, quien se preguntó:

¿Qué pasaría en un caso similar en el delito de homicidio? El Tribunal absuelve porque si bien se probó que **Juan** mató a **Pedro**, la acusación había establecido como objeto del juicio que el muerto era **Ricardo** y no **Pedro**. La absolución se fundamentaría en una situación irrelevante pues en realidad hubo un hombre asesinado en manos de otro. Las circunstancias de tiempo, modo, lugar y

(2) CJ TUCUMÁN, “Iñigo, David Gustavo y otros s/ Privación ilegítima de la libertad y Corrupción”, 17/12/2013, fs. 569/570.

personas son las mismas, solo cambian los nombres. Pareciera que para responder por homicidio basta matar a un hombre sin importar quién es. Sin embargo, para condenar a proxenetas de mujeres el Tribunal ha exigido que la víctima sea Marita Verón, aunque ante los Jueces hayan pasado jóvenes evidenciando los efectos devastadores de lo vivido.

Aquí el Tribunal dio por acreditado que una organización mafiosa explotaba mujeres, pero los absolvió porque no pudo determinar que la explotada era Marita Verón. Se trataría, al igual que en el hipotético caso del homicidio, de una situación irrelevante: otras mujeres, en las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar que Marita fueron explotadas sexualmente. Lo que cambió fue solamente el nombre. Pero la sentencia pareciera exigir la conformación de un absurdo e inexistente tipo penal: la explotación sexual de una mujer llamada Marita Verón. El análisis dogmático penal y procesal penal debe evitar caer en situaciones absurdas.⁽³⁾

En el segundo nivel de análisis planteado me referiré a la transcripción de los testimonios volcados en la sentencia.

Considero que no es casual que se hayan transcripto tan mal los relatos de una enorme cantidad de testigos. En un tramo del fallo, un testigo hace mención a “una de las **whiskerías**”, pero leemos “**disquerías**”, confundiendo los dichos reales del testigo. Si una “whiskería” no es más que un eufemismo utilizado para encubrir el nombre real de cabaret y/o prostíbulo, no cabe dudas de que este es un intento “no inocente” por convertir un lugar ilegal en legal.

Una de las preguntas que me formularon cuando fue mi turno de prestar declaración fue: “¿Qué entiende por trata?” Respuesta transcrita:

Incluye una serie de elementos cuando uno identifica a una víctima, la República Argentina ratifica contra la delincuencia transnacional la Ley toma los conceptos de ese protocolo. Protocolo de Palermo ratificado en 2002, una víctima debe ser captada, trasladada con fines de explotación.

(3) ADLER, DANIEL, “El dogmatismo al absurdo”, en *Página 12*, Bs. As., 30/12/ 2012. Las negritas me pertenecen. La falta de puntuación responde a la exactitud en la transcripción.

Se trata de una definición incomprensible, incompleta, carente de signos de puntuación; hace absolutamente inentendible mi testimonio. No fue casual que yo introdujera los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina en materia de lucha contra la trata de personas y asistencia a las víctimas. Cuando me referí en el debate oral a los documentos ratificados por nuestro país, claramente manifesté: Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, globalmente conocido como Protocolo de Palermo. Reitero que no fue casual, mi intención fue transmitir al Tribunal que, si bien es cierto que no se estaba juzgando un caso de trata de personas porque en el momento en que se inició esta causa nuestro país no tenía incorporado a su plexo normativo una ley específica contra este delito, se contaba con el respaldo jurídico necesario. Ello, ya que la República Argentina había ratificado documentos internacionales, algunos de ellos con jerarquía constitucional que podrían haber permitido condenar a quienes se estaba juzgando. Los mencionados documentos no solo no fueron tomados en cuenta, sino que eran de total desconocimiento para el Tribunal.

Finalmente me referiré al tercer tópico propuesto: la carencia de capacitación en teoría de género, derechos humanos y trata de personas de los Jueces del Tribunal.

Este ha sido, justamente, el principal argumento considerado por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la provincia de Tucumán, en la Sentencia 1098/2013, del 17 de diciembre del año 2013,⁽⁴⁾ en la que se condenaron a diez de los imputados, manteniendo la absolución para dos de ellos y una tercera absolución por deceso de una de las principales imputadas, producido durante el año 2013.

En los fundamentos de esta nueva sentencia se hizo especial hincapié en la absurda falta de credibilidad, sostenida en las supuestas contradicciones e imprecisiones, de los relatos de las víctimas.

.....

(4) CJ TUCUMÁN, "Iñigo, David Gustavo y otros...", cit.

Lo que el primer Tribunal consideró contradictorio e impreciso, resulta a todas luces incompatible con los estándares de valoración que surgen de las disposiciones internacionales incorporadas al derecho interno, orientadas a combatir el delito de trata de personas y de cualquier otra forma de violencia contra las mujeres. La nueva sentencia incluyó un recorrido histórico sobre la trata de personas en nuestro país, el que comienza con la primera organización delictiva dedicada a la trata de personas, la *Zwi Migdal*, y su modo de funcionamiento.

Se adjuntaron además las referencias más pertinentes de la Declaración de Buenos Aires sobre trata de personas a los fines de cualquier forma de explotación, realizada en la Ciudad de Buenos Aires por los Ministros de Justicia y del Interior del Mercosur, en el mes de mayo de 2010.

Se mencionaron los puntos más relevantes del Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la Trata de Personas, aprobada por Resolución de la Asamblea General en su 109º sesión plenaria del 30 de julio de 2010.

Se subrayó, en particular, el primer párrafo del preámbulo del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional —Protocolo de Palermo—, suscripto por la República Argentina el 12 de diciembre de 2000 y ratificado mediante ley 25.632.⁽⁵⁾

Del mencionado párrafo se destaca que

para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas, especialmente mujeres y niños, se requiere un enfoque amplio e internacional en los países de origen, tránsito y destino que incluya medidas para prevenir dicha trata, sancionar a los traficantes y proteger a las víctimas de esa trata, en particular amparando sus derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Este Protocolo brinda a las víctimas del delito de trata de personas un amplio reconocimiento de derechos y garantías judiciales, proporcionando

.....

(5) BO 30/08/2000.

mecanismos de protección, asistencia y acompañamiento a quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

En su sentencia, la Excma. Corte Suprema de Justicia de Tucumán evaluó el criterio del Tribunal de modo negativo, señalando que había incurrido en graves contradicciones. Por un lado concluyó como probado el delito de trata de personas basándose únicamente en el relato de las víctimas/testigos. Sin embargo tal enfoque amplio no estuvo presente al momento de valorar las declaraciones de las mismas víctimas/testigos cuando se refirieron a la privación ilegítima de la libertad y promoción de la prostitución de María de los Ángeles Verón.

El Protocolo de Palermo es el instrumento más importante sobre el que el Tribunal podría haber basado su sentencia. Subyace a lo largo del mismo la idea de que los juicios por trata de personas demandan criterios de apreciación de las declaraciones de las víctimas que contemple sus particularidades. El artículo sexto, inc. b), obliga a los Estados partes a proporcionar a las víctimas "asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delincuentes" para luego agregar que estas medidas deben tomarse "sin que ello menoscabe los derechos de la defensa".

Para concluir, es posible afirmar que la base del error en el fallo del 17 de diciembre de 2013 consiste en que se ignoraron los diferentes instrumentos internacionales a lo que la República Argentina suscribe, y vigentes al momento de los hechos en los que se obliga a combatir la trata de personas y también toda forma de violencia contra las mujeres.

Algunos de los documentos ignorados por el Tribunal fueron los siguientes:

- Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución ajena, de fecha 02 de diciembre de 1949.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), cuya entrada en vigor como documento internacional data del 03 de septiembre de 1981, tras ser ratificado por 20 países, ratificado en la Argentina por ley 23.179.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para), ratificado en Argentina por ley 24.632.

- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), ratificado por ley 25.632.
 - Ley 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas, la que, según infero, también era un instrumento legal absolutamente desconocido por la Excelentísima Cámara Penal Sala IIª de San Miguel de Tucumán, presidida por el Dr. Alberto César Piedrabuena, e integrada por los señores Vocales Dr. Emilio Herrera Molina y Dr. Eduardo Antonio Romero Lascano.
-

Pena de prisión efectiva

Incumplimiento del deber de asistencia alimentaria. Tutela judicial efectiva

TSJ CÓRDOBA, "A., H. R. s/ INFRACCIÓN LEY 13.944
de INCUMPLIMIENTO de los DEBERES de ASISTENCIA
FAMILIAR s/ RECURSO de CASACIÓN", 30 de DICIEMBRE de 2013

por **MARIEL F. MOLINA DE JUAN**⁽¹⁾

*El destino de la cosa juzgada es el de que se cumpla,
que la justicia no dé consejos, sino que sancione normas
coactivas. Que la promesa hecha en la Constitución
garantizando justicia a todos los que quieran habitar
este suelo no sea un apotegma que nos enorgullezca
cuando lo leamos en las páginas del preámbulo, sino que nos
avergüence cuando contemplemos su burla con nuestros propios ojos*
Eduardo Couture⁽²⁾

.....

(1) Abogada. Doctora en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Docente de Doctorado en Derecho (Universidad Nacional de Cuyo). Miembro del cuerpo docente de la Maestría en Magistratura y Gestión Judicial (Universidad Nacional de Cuyo). Integrante de la subcomisión que colaboró en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, Libro II.

(2) COUTURE, EDUARDO, "Formas penales de la ejecución civil", en *Rev. de Derecho Civil*, Montevideo, n° 3, año II, p. 321.

I | Breve introducción

El 30 de diciembre del 2013, la sala Penal del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba confirmó lo resuelto por el Juzgado en lo Penal Juvenil de la 7ª Nominación de la Ciudad de Córdoba⁽³⁾ que condenó a un progenitor por el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (ley 13.944, art. 1º). Dispuso así la pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo.

El fallo de grado evidencia su profunda preocupación por desbaratar la estructura de comportamiento negligente de un padre absolutamente irresponsable y desentendido de sus obligaciones parentales.⁽⁴⁾

Advierte la necesidad de dar una respuesta a la progenitora, a la que considera una verdadera “heroína”, en el marco de un crecimiento significativo del número de mujeres jefas de hogar inmersas en situaciones de vulnerabilidad y pobreza quienes, no obstante las grandes dificultades con las que se enfrentan a diario ante la ausencia de la figura paterna, hacen increíbles esfuerzos por darles a sus hijos una vida digna.

La ley 13.944 introdujo el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria. El típico hecho punible consiste en sustraerse de prestar los medios **indispensables** para la subsistencia económica. Es decir, no brindar los recursos económicos necesarios para la satisfacción de las necesidades básicas del alimentado. Tiene por finalidad prevenir, con la amenaza penal, aquellas conductas que coloquen en riesgo el derecho alimentario de las personas más vulnerables, en especial los niños y adolescentes.

La argumentación brindada por ambos pronunciamientos judiciales está encaminada a justificar el monto y el modo de cumplimiento de la pena impuesta ante la convicción de que no existe otro camino para hacer reaccionar a este progenitor inmaduro e irresponsable.

(3) JPENAL JUVENIL 7ª NOM., Ciudad de Córdoba, “A., H. R. p.s.a. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”, 01/11/2013, Expte. N° 1.346.821, del 08/05/2012, C/P.

(4) En el mismo sentido, ver antecedente TSJ Córdoba, 13/05/1999, LL Córdoba, 2000-389.

2 | Los antecedentes

Producida la separación de hecho, en el 2005 se firmó un convenio de alimentos. En él se fijó una prestación de \$300 para los cinco hijos (hoy, entre once y diecisiete años de edad), quienes quedaron viviendo con la madre. Ante la irregularidad de los pagos, la progenitora solicitó el embargo del sueldo. Obtuvo como respuesta del obligado, la renuncia a su empleo en enero del 2007. A partir de ese momento, y pese a las múltiples gestiones realizadas tanto en el fuero civil como en el penal, no realizó más aportes, manteniendo su incumplimiento hasta febrero del 2012. En esa oportunidad se le concedió el beneficio de suspensión de juicio a prueba, no obstante lo cual, continuó con su conducta remisa hasta el momento de su detención. De las constancias de la causa surge que el imputado reconoce su falta. No se trata de un padre estafador que se hubiera insolventado fraudulentamente, sino de un sistemático incumplidor, en perjuicio de sus hijos menores.

El Juzgado en lo Penal Juvenil considera configurado el delito, en tanto se acreditó:

- a. La existencia de necesidades insatisfechas de los hijos, aunque la madre ha realizado todos los esfuerzos posibles para mantenerlos dignamente, trabajando a tiempo completo. Valora que se trata de un delito de pura omisión o de peligro abstracto, por lo cual "no es necesario acreditar que la conducta omisiva haya privado a la víctima de los medios indispensables para su subsistencia".⁽⁵⁾ Considerarlo un tipo de peligro concreto o de daño o lesión, dejaría a la norma sin eficacia, pues, el incumplidor quedaría sin punición, toda vez que otro cumple con las obligaciones a su cargo y, tratándose de alimentos debidos a niños y adolescentes, es frecuente que esto suceda y que sean cubiertos por la madre o terceras personas, como en el caso, los abuelos maternos, quienes les proveen vivienda y asistencia de salud.
- b. La posibilidad de cumplir la prestación por parte del imputado, quien durante su vida desempeñó diversos trabajos (en ferreterías, heladerías, etc.), lo que demuestra que sabe trabajar y que ha tenido oportunidades laborales no obstante haberse sustraído de su obligación. Además, durante la convivencia con la madre era él quien mantenía el hogar (trabajó como albañil, transportista, jardinero). De la prueba aportada surge que, a pesar de su inmadurez psicológica, no tiene

(5) CAIMMI y DESIMONE, *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, Bs. As., Depalma, p. 3. Ver por ejemplo, TSJ CÓRDOBA, 04/04/2000, LL Córdoba, 2001 764; CÁMARA NACIONAL CRIMINAL Y CORRECCIONAL, sala VII, 16/08/2005, DJ 2005-3-1273; sala IV, 31/05/2006, LL 2006 F 284.

impedimentos para trabajar, con el agravante que la suma pautada era tan ínfima que con “tres changas” —como dice el fiscal— le alcanzaba para cubrir la cuota.

- c. Muestra una total despreocupación por sus hijos en todos los aspectos. No tiene ningún contacto con ellos, el desapego parental no solo es económico sino también afectivo y relacional. Ni siquiera cobró las asignaciones de ANSeS que tenía depositadas, aún a riesgo de caducidad de las mismas.
- d. A lo largo de todo el conflicto demostró manejarse con “sensación de impunidad y despreocupación”. Si bien asumía compromisos, luego no los cumplía, porque “realmente no quería”. La suspensión del juicio a prueba solicitada solo tuvo efectos dilatorios y no modificó su actitud omisiva, negligente y despreocupada respecto de sus hijos. No cumplió con los trabajos comunitarios acordados y tampoco concurrió a las citaciones judiciales. Resultaron totalmente inútiles las gestiones de todos los operadores jurídicos para conminarlo a pagar la cuota, causando un enorme desgaste jurisdiccional en la justicia de familia.

Frente a este panorama, el Tribunal de Grado asume un rol activo y garante del derecho alimentario de las personas más vulnerables, aunque no desconoce que la vía más adecuada sea la justicia de familia que, en el caso, ha demostrado ser ineficaz. Por ello, la Justicia Penal, en su interpretación más humanitaria —no solo para el acusado sino también para las víctimas, sus hijos menores de edad— aparece como “la última playa”, el último recurso para obtener su cumplimiento.

3 | La condena

En el afán de hacer reaccionar a este padre, el fallo de grado rechaza tanto la pena de prisión condicional así como también la imposición de una multa. Sostiene que la multa no sería eficaz ni la cumpliría. Si en todo momento se ha insistido en su incapacidad económica, mal puede pensarse que la condena a pagar una suma de dinero cumpla su función resocializadora; aun siendo sus familiares los que la hicieran efectiva, tal circunstancia no vendría más que a reforzar la habitualidad de obtener beneficios a expensas de otros, sin compromiso alguno de su parte.

En cuanto a la condena de ejecución condicional, descarta que pueda tener un impacto fortalecedor de la persona del incumplidor. No resulta lógico presumir que vaya a buscar trabajo “de inmediato” para cumplir con sus deberes económicos y afectivos como padre. La historia de este

grupo familiar sustenta un pronóstico desfavorable e impone no confiar en el principio de autodisciplina. Otorgarle libertad condicional después de siete años de conducta abandonica sería casi como otorgarle una “patente” para que siga con el mismo comportamiento. En esta línea, el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba sostuvo que “la condena condicional no correspondería cuando la suspensión de la pena produciría un serio peligro para la actitud ante el derecho de la población, al disminuir la confianza en el papel a cumplir por la administración de justicia, o bien podría suponerse que existiría una injustificable indulgencia y muestra de inseguridad ante el delito”.⁽⁶⁾

Por ello, el Tribunal opta por la efectividad del cumplimiento de la pena. Considera que el sometimiento al encierro posibilitará el tratamiento penitenciario como el instrumento más apto desde la óptica de prevención especial que, de acuerdo a la Constitución de la Nación, es el fin esencial de la pena (art. 75, inc. 22 en vinculación con el art. 5º, inc. 6 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)).⁽⁷⁾

En consecuencia, dispuso que cumpla un año y un mes de prisión en una Unidad Carcelaria del Servicio Penitenciario, donde se le ofrezca: 1) asistencia psicoterapéutica que le permita adquirir los recursos adecuados tendientes al afrontamiento de su problemática, a fin de modificar, desde lo intrínseco, su posicionamiento subjetivo inmaduro y reflexionar sobre sus conductas presentes o pasadas y poder proyectar cambios a futuro para asumir el rol paterno y todo los compromisos que este conlleva; 2) incorporarse de inmediato a una actividad educativa que le permita concluir el ciclo escolar primario; 3) capacitarse laboralmente para desarrollar un trabajo remunerado, en cuyo caso, parte del salario en la proporción de ley será destinado a reparar el daño causado y abonar la cuota alimentaria de sus hijos.

Asimismo, fijó como prestación alimentaria mínima e indispensable para la subsistencia de los niños, una vez que recupere su libertad, la suma de dos mil trescientos pesos. Dicho monto resulta de multiplicar por cinco la

(6) TSJ CÓRDOBA, “G, J. A. a p.s.a. lesiones leves calificadas —Recurso de Casación—” S. N° 239, 31/08/2011.

(7) TSJ CÓRDOBA, “Morata, Franco p.s.a. lesiones culposas agravadas —Recurso de Casación—”, S.N° 210, 19/08/2011.

Asignación Universal por Hijo ya que, tal como lo asume el Estado, es el importe mínimo para hijos menores de edad en situación de vulnerabilidad social.

Para fundar el modo de ejecución y el monto de la pena, tuvo en cuenta: i) la edad y el estado de salud del imputado, con buen potencial de trabajo; ii) que no realizó tratamiento alguno para superar su inmadurez psicológica, lo que, lejos de ser un atenuante, es un agravante y debe cargar con ella quien la padece, no sus hijos; iii) la irresponsabilidad manifiesta frente a todos su deberes parentales; iv) el tiempo del daño (siete años); v) la conducta evidenciada pues, pese a todas las oportunidades dadas, no honró el proceso penal y continuó omitiendo ilícitamente su deber alimentario, con lo cual incurrió en un nuevo período del mismo delito; y vi) el impacto del incumplimiento frente a la progenitora —jefa de hogar— y sus hijos, que exige adoptar **medidas de acción positiva** para proteger a las personas más vulnerables.

La opción por el modo de cumplimiento efectivo registra algunos antecedentes. Un Juzgado de Menores de la provincia de Córdoba condenó al imputado al cumplimiento de una pena de cinco meses de prisión que, unificada con otra, resultó en pena única de un año de prisión efectiva.⁽⁸⁾ En este caso, también se habían agotado todas las vías para lograr un cumplimiento mínimamente satisfactorio, siendo manifiesta la voluntad de no cumplir (existía una condena en suspenso, el condenado tenía ingresos económicos suficientes y observaba una deliberada voluntad de no cumplir). En otro caso, un Juzgado Correccional de Rosario condenó a una pena de prisión efectiva pero discontinua. El progenitor debía permanecer en la seccional policial más próxima a su domicilio pero, para que pudiese atender a las necesidades de la hija, se le posibilitó la libertad necesaria para trabajar.⁽⁹⁾ También un Juzgado Correccional de la provincia de Neuquén condenó a una pena de nueve meses de prisión efectiva a un progenitor que tenía un alto nivel de vida (era instructor de *ski*, no solo en Argentina sino en España y en Estados Unidos).⁽¹⁰⁾

(8) JUZGADO DE MENORES N° 4 CÓRDOBA, JA 2005 I 28, RDF 2005 III 195 con nota de SCHNEIDER, MARIEL, *Distintas sanciones impuestas al incumplimiento de los deberes de asistencia familiar*.

(9) JCORRECC. N° 8 ROSARIO, 02/05/2005 JA, 2005 II 39, LL Litoral 2005, 1080.

(10) JCORRECC. N° 4 NEUQUÉN, 24/04/2002, LL Patagonia, 2006-2007, 621.

El fallo de grado concluye que, en el caso, la tutela judicial oportuna solo puede alcanzarse con la pena de cumplimiento efectivo. Para que los hijos puedan seguir confiando en la justicia, deben poder observar que, en este proceso, como mínimo se ha respetado su interés superior (art. 3° CDN) y se han cumplido los pasos previstos por la ley. En última instancia, si bien estos pasos pueden no ser suficientes para compensar los daños sufridos, han de prevenir un daño adicional para ellos. Una benevolencia infundada les generaría una imagen de impunidad intolerable.

4 | El Superior Tribunal de Justicia

La defensa del imputado cuestiona que la sentencia de grado haya fijado dos sucesos distintos cuando en realidad se trata de un único delito continuado y considera ilegítimos tanto el monto de pena como el modo de ejecución decidido.

El Superior Tribunal desgrana uno a uno los agravios, explicita que el recurso solo implica una mera disconformidad con lo resuelto, que no logra conmover la legitimidad de la solución y consecuentemente, confirma el fallo.

Como cuestión previa aclara que la decisión no considera dos sucesos distintos, sino que desdobra la plataforma fáctica debido a las contingencias procesales de otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba —luego revocada por incumplimiento— sin que ello signifique considerarlos concursados materialmente.

Luego analiza los agravios: violación al derecho de defensa, fundamentación contradictoria en relación con la afectación de la salud psíquica y la capacidad de trabajar del imputado, falta de fundamentación en relación con la ausencia de tratamiento psicológico, doble valoración de circunstancias como la falta de gestión de las asignaciones de ANSES, omisión de consideración de las atenuantes, como el escaso grado de instrucción y la carencia de antecedentes penales. Los rechaza sosteniendo que el fallo se encuentra debidamente motivado, que no hay lesión a la prohibición de doble valoración ni al principio de no contradicción y que tampoco se advierten vicios que conduzcan a la nulidad del decisorio.

Las censuras del recurrente, esgrimidas sin sustento en argumentos hábiles que evidencien la irrazonabilidad de las pautas seleccionadas por el tribunal o la incongruencia de la sanción impuesta en relación al injusto cometido, no alcanzan para demostrar la arbitrariedad de la condena en función de los límites casatorios previamente referidos. Máxime cuando no se advierte una evidente desproporción en la condena impuesta, toda vez que dentro de un marco punitivo que oscila entre un mes y los dos años de prisión, la establecida de un año y un mes no aparece como irrazonable o desmedida en razón de los hechos cometidos por el acusado, en perjuicio de sus cinco hijos.

5 | El derecho a los alimentos como un derecho humano fundamental

La cuestión que nos convoca se relaciona directamente con un derecho humano de vital importancia a los fines de garantizar el acceso a un nivel de vida adecuado. Implica la obligación de los Estados de generar condiciones necesarias para vivir dignamente.⁽¹¹⁾ Se encuentra recogido en una pluralidad de instrumentos internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 CN).

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 25 establece que "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...". La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre menciona que "Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad..." (art. 30). El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el art. 11, indica: "1) 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". El inc. 2 agrega el reconocimiento del derecho fundamental de

(11) El Estado debe garantizar la creación de condiciones necesarias para no vulnerar el derecho a la vida (CIDH, "Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 28/11/2012, Serie C, N° 257, párr. 172).

toda persona a estar protegida contra el hambre. El art. 2° establece el compromiso de “adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga...”. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha explicado el sentido de expresión, que se refiere tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacional.

La Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) reconoce a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” (art. 17) y garantiza la protección de los niños, niñas y adolescentes (art. 19).⁽¹²⁾ El art. 15 de su Protocolo Adicional menciona la obligación de protección de la familia y la obligación del Estado de brindar un adecuado amparo al grupo familiar, garantizando a los niños, entre otros derechos, “una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar,” y consagra el derecho de toda persona “a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (art. 12).

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dice que los Estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12). Además, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (art. 28).

Junto a las personas con discapacidad, los niños y adolescentes también se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Ellos dependen de los adultos para su crecimiento integral y el desarrollo de potencialidades. Requieren de los cuidados de los padres o personas de su entorno que aseguren un saludable y completo desenvolvimiento físico, psíquico y

(12) Recordar CIDH, “Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala” (Fondo), sentencia de 19/11/1999, Serie C, n° 63, párr. 196. Ver también la Opinión Consultiva de la Corte sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, OC-17/02, 28/08/2002, Serie A, N° 17.

mental. Por eso, la Convención de Derechos del Niño reconoce el derecho a la salud y a servicios ligados al tratamiento de las enfermedades, entre ellos, a la atención sanitaria apropiada para las mujeres embarazadas (art. 24). Establece que los Estados adoptarán las medidas apropiadas para combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable. El art. 27 consagra el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Agrega que corresponde a los padres o a otras personas responsables por el niño, la responsabilidad **primordial** de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo; pero afirma que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres.

La tutela efectiva de la obligación alimentaria a través del sistema penal ha sido objeto de específico tratamiento en algunos instrumentos internacionales. Por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, luego de sentar la prohibición de la prisión por deudas, aclara expresamente que ese principio “no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimiento de deberes alimentarios” (art. 7° párr. 7).⁽¹³⁾

El art. 75 inc. 23 párr. 1 CN reconoce medidas de acción positiva respecto de ciertos grupos vulnerables, los primeros aludidos son los niños. Todas estas directrices, que posicionan al niño y al adolescente en una condición relevante, no pueden ser desoídas, ni puede caer “en saco roto” la profunda preocupación consagrada en las legislaciones fundamentales y supranacionales. Existe una indudable relación entre el principio de solidaridad familiar y la responsabilidad del Estado y de la sociedad. Por eso:

... violan los derechos de los niños tanto el padre que incumple su obligación alimentaria, como el Estado que no asume la responsabilidad a la cual se comprometió, dado que si bien son los padres los primeros obligados en criar y educar a sus hijos, el

(13) Ver NIKKEN, PEDRO, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en *Rev. Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 24.

Estado debe suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que implican una ayuda directa a dichas personas.⁽¹⁴⁾

El fallo alude a una pauta hermenéutica fundamental en relación con el sistema de derechos humanos: el principio *pro homine*. Ciertamente, este principio tiene importantes implicancias en el ámbito de las relaciones sociales y, en consecuencia, del derecho que regula las relaciones familiares.⁽¹⁵⁾ Él exige que el operador jurídico encuentre y aplique la norma que en cada caso resulte más favorable a la persona humana para su libertad y derechos, independientemente de cuál sea la fuente que aporte esa norma (un tratado, la constitución o el derecho interno). La selección de la mejor fuente y la norma no repara en el nivel donde se sitúa la solución que ofrece, sino que lo que importa al principio *pro homine* es que aporte la mejor solución para el caso.⁽¹⁶⁾ Por eso Sagüés lo llama “principio del mejor derecho”.⁽¹⁷⁾ Lloveras y Salomón agregan que esta regla procura “canalizar el desarrollo pleno de la personalidad y el proyecto individual de vida de cada uno de los ciudadanos, dentro de un marco de tolerancia y respeto”.⁽¹⁸⁾ Es decir, que la normativa interna debe interpretarse en conformidad con los tratados de derechos humanos aplicables, buscando en cada caso la solución que resulta más beneficiosa para la protección de la persona y el sistema integral de derechos. De este modo se pone de relieve la interdependencia de los órdenes normativos, que no son compartimentos estancos sino que convergen e interactúan. Esta interacción se realiza siempre en favor de los derechos y libertades de las personas más vulnerables y demuestra que el propósito de la coexistencia de distintas fuentes referidas a los mismos derechos con un mismo ámbito material de aplicación, no es otro que potenciar su garantía, vigencia y promoción.

.....

(14) Ver GROSMAN, CECILIA, *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., Universidad, 2004, p. 60.

(15) LLOVERAS, NORA, SALOMÓN, MARCELO, “El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación”, JA 2005-II-888.

(16) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. III, Bs. As., Ediar, 1995 y “Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*”, en BIDART CAMPOS, GERMÁN J., GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, (coord.), *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*, Bs. As., Ediar, 2000, p. 12.

(17) SAGÜÉS, NÉSTOR, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Astrea, 1997, p. 224.

(18) LLOVERAS, NORA, SALOMÓN, MARCELO, “El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación”, *op. cit.*

6 | La obligación de los progenitores de realizar todos los esfuerzos necesarios

La ley 23.264, que instaló la igualdad respecto de los deberes y derechos relativos a la **patria potestad**, dispuso como regla el **régimen compartido**. Entre las obligaciones derivadas de esa función, consagró el deber alimentario (arts. 265 y 267 CC). No obstante la reforma de la mayoría de edad (18 años), la responsabilidad de prestar alimentos se mantiene hasta los 21 años, aunque con ciertas especificidades. El derecho proyectado recoge esta obligación en el art. 658.⁽¹⁹⁾ Si bien la obligación alimentaria incumbe a ambos progenitores, ello no significa que deban efectuar aportes equivalentes; se cumple conforme a la condición y fortuna de los obligados al pago.⁽²⁰⁾ Este criterio se mantiene en el derecho proyectado aunque “el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos”.

El deber de proveer alimentos a sus hijos es de tal entidad que los padres no pueden excusarse aduciendo la falta de trabajo o la disminución de ingresos, ya que quien ha engendrado un hijo asume el deber de proveer de sus necesidades, no solo en su interés sino en el de la sociedad. Por eso los progenitores deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios para desempeñar trabajos productivos sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando ingresos insuficientes cuando no existen dificultades insalvables.⁽²¹⁾

En esta línea, la jurisprudencia ha sostenido que:

La mera invocación de falta de recursos alegada por el alimentante no puede relevarlo, sin más, de su obligación, ya que le corresponde arbitrar los medios para la satisfacción de los deberes que provienen del matrimonio y nacimiento de los hijos. El padre se encuentra constreñido a trabajar, de modo de procurarse los recursos necesarios y, sobre dicha base, corresponde fijar la cuota.⁽²²⁾

(19) Ver Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial (aprobado por el Senado el 27/11/2013), pendiente de tratamiento en la Cámara de Diputados.

(20) BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., Astrea, 1998, p. 184.

(21) CNCiv., Sala F, “F. C., M. I. c/ P., R. J.”, 13/10/2000, LL 2001-D, 836 AR/JUR/3376/2000.

(22) Ver CAPEL. FLIA. MENDOZA., “S. L. R. por los menores F. S. L. y o c/ F. L. R. p/ alimentos”, 04/06/10, autos N° 486/10.

También sostuvo que:

El progenitor cuyo ingreso no es suficiente para atender las necesidades del hijo, tiene la responsabilidad de dedicar parte de sus horas libres, en una medida razonable, a tareas remuneradas con las cuales poder completar la cuota alimentaria, e incluso tiene el deber de reemplazar el trabajo escasamente remunerado por otro de mejor ingreso aunque ello importe mayores esfuerzos.⁽²³⁾

Es cierto que en materia penal, para que se configure el delito de incumplimiento del deber de asistencia, su autor debe haberse sustraído de las prestaciones esenciales. En esta sintonía, la sentencia exige al imputado “un mínimo de esfuerzo o compromiso” en satisfacer las obligaciones asistenciales, aun cuando sus ingresos sean escasos. En otras palabras, aunque atravesase dificultades económicas, no impide que se configure el tipo penal. Para excusar el delito “debe tratarse de una incapacidad económica auténtica, total, insuperable y no provocada, y debe haberse acreditado de algún modo la voluntad de cumplir”. El ejercicio del derecho de no trabajar “se torna abusivo” (art. 1071 CC; art. 34 inc. 3 CP) “y por ello ilegítimo, si la falta de poder económico es el resultado de ese ejercicio, e impide el cumplimiento de los deberes asistenciales a los que está obligado, más aun cuando para que se configure el tipo penal se exige sustraerse de prestar los medios indispensables, con un alcance francamente restrictivo”.

7 | El problema de la eficacia de las sentencias de alimentos

Es indudable que el mero pronunciamiento de un juez, relativo a la existencia del derecho alimentario o a la fijación de una cuota, es insuficiente si no va acompañado de medios concretos y disponibles para hacer efectivo ese derecho declarado. La práctica muestra que la sentencia que condena a pagar alimentos, típica del derecho de familia y decisiva para la cobertura de las necesidades básicas, es el paradigma de la ineficacia.⁽²⁴⁾ En otras palabras, no basta que el juez determine el contenido de una

(23) CNAC. AP. Civ., Sala H, “B., E. J. H. y otros v. S., M. A.”, 30/11/1998, AR/JUR/4603/1998.

(24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, en *Derecho de Familia*, AbeledoPerrot, n° 51, septiembre 2011. Informe presentado

obligación alimentaria a favor de los alimentados si después de notificada esta resolución, la justicia se desentiende por completo del problema, sin preocuparse por la eficacia de la decisión tomada⁽²⁵⁾ porque con excesiva frecuencia los obligados son remisos a su cumplimiento⁽²⁶⁾ y, en estos casos, aunque exista condena y se encuentre expedita su ejecución, puede resultar muy difícil su pago oportuno.⁽²⁷⁾

Resulta innecesario señalar que muchas veces esta conducta no responde solo a un problema económico, sino que se trata de un verdadero problema cultural y de falta de conciencia sobre las responsabilidades parentales porque se ignoran los graves trastornos que su falta provoca a quienes necesitan de sostenimiento urgente para atender a sus necesidades vitales, tal como sucede con los niños y adolescentes.

En el caso comentado, la vía penal fue considerada como la última opción posible para desbaratar la nefasta actitud del incumplidor. Con razón pudo considerarse que las estrategias previstas por la doctrina, la jurisprudencia y la ley para paliar estas conductas, en nada servirían para revertir la situación.

No obstante, puede resultar oportuno recordar algunas de ellas:

- a. En algunas jurisdicciones provinciales se ha dispuesto la creación de registros de deudores alimentarios morosos. De modo que, ante el incumplimiento de la obligación puede peticionarse en ellos la inscripción del condenado. Con este instrumento se procura constreñir al pago de la cuota establecida por sentencia o convenio, a fin de evitar que el beneficiario sea colocado en una situación de desamparo.⁽²⁸⁾ La inscripción procede toda vez que se cumplen los requisitos objetivos señalados por las normas que crean estos registros: incumplimiento de la obligación y plazo. Por ello se ha resuelto que “La su-

.....
en la Comisión N° 3 sobre “Derecho Procesal de Familia” en el XXXVI Congreso Nacional de Derecho Procesal realizado en la ciudad de Santa Fe 8,10/06/2011.

(25) JURY, ALBERTO, “Incumplimiento de la cuota alimentaria”, en Kemelmajer-Molina (dir.), *Alimentos*, t. II, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 248.

(26) Ver CAMPS, CARLOS, NOLFI, LUIS, “La obligación alimentaria derivada de la patria potestad y el conflicto originado en su incumplimiento”, *JA* 2001-I-823.

(27) ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil Derecho de Familia*, t. II, Bs. As., Astrea, 2005, p. 154.

(28) SCJ MENDOZA, “García Carlos c/ Menéndez María Alejandra s/ Div. Vinc. Cont. s/ INC. CAS”, 04/10/11, autos N° 101.505 en J° 76.149/32.958.

puesta imposibilidad económica que el alimentante invoca para agravarse y el eventual cumplimiento de los pagos en especie no desvirtúa en modo alguno la procedencia formal de la medida dictada, la que se encuentra dentro de las atribuciones discrecionales del magistrado de grado. Para disponer de la inscripción recurrida, el juez no debe evaluar circunstancias subjetivas, pues la medida no deriva ni de la malicia en el obrar ni de la intención de no cumplir, sino de la comprobación de un dato objetivo que se ha configurado en la especie.⁽²⁹⁾ La jurisprudencia se pronunció a favor de la constitucionalidad de estos registros “aunque se confronten derechos en pugna (los del alimentante y los del alimentado), a la luz de los Tratados y Convenciones Internacionales a los que nuestro país adhiere y que tienen plena vigencia constitucional (art. 75 inc. 22 CN), el interés de los menores debe ser preferido al de sus progenitores”.⁽³⁰⁾

- b. Sanciones conminatorias (astreintes). Su finalidad es hacer efectivas las decisiones judiciales frente a la renuencia injustificada de sus destinatarios recurriendo a una condena pecuniaria. Indudablemente se requiere que el incumplidor tenga capacidad económica para que no se convierta en una manda de imposible cumplimiento. El fin de esta institución trasciende holgadamente el acotado ámbito de las obligaciones y se posiciona como una herramienta de altísimo valor y de suma utilidad para compeler el cumplimiento de cualquier deber jurídico, obligacional o de otra índole.⁽³¹⁾ Si bien se ha sostenido que, en principio, no resultarían procedentes cuando se trata de créditos que pueden satisfacerse por otros medios más directos, las particularidades de la obligación alimentaria permiten apartarse de esta conclusión,⁽³²⁾ pudiendo aplicarse para conminar al deudor alimentario fijándose en un porcentaje de la cuota diaria, que comenzaría a devengarse a partir del primer día de retraso de cada período, una vez notificada y ejecutoriada la resolución que las impone.⁽³³⁾ En posición favorable a su procedencia, la Cámara Nacional Civil, sala H, resolvió que “si el acuerdo celebrado entre las partes respecto a los alimentos es reciente, no se ha invocado una variación de la situación de he-

(29) CNAC. AP.EL. CIV., sala H, “P. A. L. c/ M. M. s/ alimentos”, 19/08/08, MJ-JU-M-40270-AR.

(30) CAPEL. FLIA. MENDOZA, “C. M. L. c/ M. J. H. p/ ejecución alimentos”, 25/10/2013, autos N° 1716/11/4F-734/12.

(31) OSSOLA, FEDERICO A., “Las astreintes y los incumplimientos en el régimen comunicacional”, en Faraoni-Famacciotti-Rossi (dir.), *Régimen Comunicacional*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, pp. 468/470. Ver también CARRANZA CASARES, CARLOS A. y CASTRO, PATRICIA E., “Las astreintes y el cumplimiento puntal e íntegro de la obligación alimentaria”, LL 1987-C-594.

(32) CAPEL. FLIA. MENDOZA, “M. J. J. c/ F. N.”, N° 136/10, por ejemplo Convenio Reg. Visitas, 04/10/2010.

(33) MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., D’ANTONIO, DANIEL H., *Derecho de Familia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 482.

cho considerada por aquellas al tiempo de emitir su consentimiento y el alimentante ha incurrido en atraso, el apercibimiento de astreintes es ajustado a derecho en virtud de la índole de la prestación comprometida”.⁽³⁴⁾

- c. Otras medidas razonables dispuestas judicialmente (por ejemplo, restricciones migratorias). Un tribunal de Rosario prohibió salir del país al progenitor alimentante que incumplió la cuota a favor su hijo matrimonial, después que se hizo la denuncia penal y se inscribió al demandado en el registro de deudores morosos, todo infructuosamente.⁽³⁵⁾ En el derecho comparado algunos sistemas legales establecen en forma expresa restricciones migratorias, como por ejemplo la Ley de Pensiones Alimentarias de Costa Rica.⁽³⁶⁾ El Código de Familia de El Salvador exige acreditar el cumplimiento de la obligación alimentaria para diferentes actos, como por ejemplo renovación del pasaporte, licencia de conducir, tarjeta de circulación, contratación de préstamos mercantiles, etc. (ver art. 253-A). El art. 258 se ocupa de la restricción migratoria facultando al juez o al procurador de la república a disponer (a petición de parte) que la persona obligada al pago de alimentos provisionales o definitivos por sentencia, resolución administrativa o convenio, no pueda salir del país mientras no caucione previa y suficientemente dicha obligación.⁽³⁷⁾

El Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial ofrece algunas soluciones. Prevé las medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos (art. 550). También se refiere a los intereses que devengan las sumas debidas por alimentos (equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso), y admite otras “medidas razonables” para asegurar el cumplimiento que pueden ser dispuestas por el juez ante el incumplimiento reiterado de la obligación.

.....

(34) CNCiv., sala H, 29/09/1997, LL 1997-F-770.

(35) TRIB. COLEG. FLIA. 5ª NOM. ROSARIO, 29/10/2010, con nota adversa de KIELMANOVICH, JORGE, “¿Prohibición de salida del país contra el deudor alimentario?”, LL boletín del 08/02/2011, LL 2011-A-227 y en Rev. *Derecho de Familia y de las personas*, n° 1, año 3, enero/febrero 2011, con nota aprobatoria de BELLUSCIO, CLAUDIO, “Prohibición de salir del país ante el incumplimiento alimentario”.

(36) “Ningún deudor de alimentos obligado a pagar prestación alimentaria, podrá salir del país salvo si la parte actora lo ha autorizado en forma expresa o si ha garantizado el pago de, por lo menos, doce mensualidades de cuota alimentaria”. Ley de Pensiones Alimentarias Costa Rica reformada por el art. 12, ley 8662 del 12 de noviembre de 2008; *Investigaciones Jurídicas SA San José de Costa Rica*, N° 18, 2009.

(37) Código de Familia de El Salvador [en línea] www.asamblea.gov.sv (25/08/2012) D.L. n° 766, 23/06/2011; DO n° 136, t. 392, 20/07/2011 (Disposiciones consideradas de orden público).

6 | Conclusiones

La solución comentada apostó a la pena de cumplimiento efectivo, apoyada en sólidos argumentos del sistema de derechos humanos y de derecho interno.

No obstante, el papel de la ley penal como instrumento para obtener el cumplimiento de la prestación alimentaria no aparece del todo claro,⁽³⁸⁾ ni siquiera en el caso de los deudores recalcitrantes, aunque el Proyecto de Código Penal mantiene la tipificación del delito bajo el nombre “Incumplimientos lesivos de relaciones familiares”.

Para el caso, aumenta el mínimo de la pena y suprime la multa. En efecto, dispone la prisión de seis meses a dos años, aun sin mediar sentencia civil a los padres que se sustrajeren a prestar los medios indispensables para la subsistencia de sus hijos menores, o de los mayores que estuvieren impedidos (art. 138).

El análisis de la casuística judicial no permite visualizar si realmente provoca un impacto disuasorio en la conducta negligente del alimentante,⁽³⁹⁾ ni evaluar con claridad el resultado de las condenas de cumplimiento efectivo que, justo es advertir, son bastante excepcionales. El frecuente uso de la opción por la pena en suspenso permite sospechar que, en muchos casos, no se considera a la privación de la libertad como la mejor alternativa. Se argumenta que la pena de efectivo cumplimiento puede llevar a la imposibilidad de obtener una fuente laboral, y entonces, la herramienta punitiva, más que colaborar, se convierte en un obstáculo que complica el cumplimiento de la prestación.⁽⁴⁰⁾

.....

(38) Con lamentable frecuencia los procesos son sumamente extensos. Compulsar, por ejemplo, un fallo en que el tribunal tardó más de once años en tomar una declaración indagatoria (Cámara de Acusación de Córdoba 24 de abril de 2007, *Actualidad Jurídica de Córdoba, Familia y Minoridad*, 45-2008 4816, con nota de Buteler, José, *Insubsistencia de la acción penal por dilación indebida del proceso*).

(39) Puede consultarse el muestreo jurisprudencial elaborado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, CACCIALI PUGA, ANDRÉS, “La prestación alimentaria, su incumplimiento y las sanciones penales”, en Kemelmajer-Molina (dir.) *Alimentos II*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 277 y ss.

(40) Ver los argumentos de la sentencia de la Cámara de Acusación de la Provincia de Córdoba que confirmó el sobreseimiento del progenitor (LL Córdoba, 22 de abril de 2009, p. 898).

Por ello no puede soslayar el esfuerzo y la creatividad del tribunal cordobés que acompaña la condena efectiva con una serie de medidas de contención orientadas a “educar” a este padre en el ejercicio de sus responsabilidades legales. Pues, como se dijo al principio, no podemos sino avergonzarnos cuando contemplamos la burla a la justicia con nuestros propios ojos y no podemos quedarnos de brazos cruzados entrampados en ella.

Conflicto armado interno

Desplazamiento forzado. Obligación especial de protección. Derecho a la propiedad privada

CORTE IDH, "CASO de las COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES DESPLAZADAS de la CUENCA del RÍO CACARICA (OPERACIÓN GÉNESIS) vs. COLOMBIA" (EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS), SENTENCIA de 20 de NOVIEMBRE de 2013, SERIE C N° 270

por **ALEJANDRA I. LANNUTTI**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente fallo⁽²⁾ se refiere a la responsabilidad internacional del Estado colombiano (en adelante, también El Estado) por las violaciones de derechos humanos cometidas contra las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, departamento del Chocó, como consecuencia de

(1) Abogada. Candidata a Magister en Derechos Humanos (UNLP). Docente de Derechos Humanos (UB) y del Programa de Capacitación en DDHH para Personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires (UNLP); y de Derecho Internacional Público (USBCTG, Colombia). Integrante del Grupo de Investigación Conflicto y Sociedad (Universidad de Cartagena, Colombia).

(2) El caso fue tramitado ante la CIDH, así como durante el procedimiento del caso contencioso ante la Corte IDH, con el título "Marino López y otros (Operación Génesis) vs. Colombia". Por decisión de la Corte, la presente sentencia se emite con el nombre "Caso de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia".

la operación militar de contraguerrilla denominada “Operación Génesis” de las fuerzas militares de Colombia, realizada entre el 24 y 27 de febrero de 1997, que ocasionó la muerte de Marino López Mena y el desplazamiento forzado de cientos de personas.

Los hechos del asunto se enmarcan en el contexto del conflicto armado en Colombia, especialmente en el marco de extrema violencia de la región del Urabá,⁽³⁾ donde los grupos ilegales buscaban su movilidad por las riberas de los ríos para el tráfico de armas y drogas ilícitas, y la expansión y control territorial de los grupos paramilitares y su accionar conjunto con las fuerzas militares del Estado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, La Corte o Corte IDH o El Tribunal), declaró en la sentencia la responsabilidad internacional del Estado colombiano por una serie de incumplimientos de obligaciones de cara a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Entre el extenso análisis que realizó el Tribunal, particular abordaje tuvo el asunto concerniente a las acciones de las fuerzas militares estatales que se llevan a cabo de manera conjunta con los grupos paramilitares, al desplazamiento forzado de personas y el vínculo con el derecho de circulación y residencia y la obligación especial de protección que pesa sobre el Estado en materia de niñez dentro del marco de un conflicto armado no internacional.

.....

(3) La región del Urabá se encuentra localizada en el extremo noroccidental de Colombia y constituye el punto de unión entre Centro y Sur América. En esta zona confluyen los departamentos del Chocó, Antioquia y Córdoba; es un área selvática con abundante vegetación y numerosos ríos que hacen de ésta una región con mucha biodiversidad. El límite natural entre los departamentos de Chocó y Antioquia es el río Atrato. El Urabá antioqueño está conformado por once municipios. Por su lado, la región del Urabá chocoano o Darién chocoano está integrada por cuatro municipios. Del mismo modo, el Urabá chocoano se caracteriza por su diversidad, riqueza hídrica, por ser una selva húmeda tropical lluviosa. La principal vía de acceso la constituye el río Atrato y sus afluentes —los ríos Truandó, Cacarica, Jiguamiandó, Salaquí y Jarapetó—, aunque, como resalta el Estado sin que sea controvertido, también existe una vía terrestre por carretera en mal estado que comunica Riosucio con el corregimiento de Belén de Bajirá y el municipio de Chigorodó. Además, esa región, que rodea el Golfo de Urabá y la frontera con Panamá, es un corredor estratégico de acceso tanto al océano Pacífico como al Atlántico, (CORTE IDH, “Caso de Las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 20/11/2013, Serie C N° 270, párrs. 83/84, pp. 29/30).

2 | Los hechos del caso

En el apartado 81 de la sentencia se plantea el marco fáctico, el cual abarca distintos hechos, algunos de los cuales han tenido lugar en el marco o desarrollo de la operación militar denominada “Génesis” llevada a cabo en febrero de 1997, así como de incursiones de grupos paramilitares o de Autodefensas Unidas de Colombia (en adelante, también AUC) realizadas simultáneamente o en días cercanos, en la cuenca del Cacarica (llamada también “Operación Cacarica”).

En dicho marco se dieron desplazamientos forzados de comunidades afrodescendientes que han habitado ancestralmente territorios de la cuenca del Cacarica; asimismo, se analizó sobre las condiciones de vida que enfrentaron esos grupos en situación de desplazamiento durante los años siguientes, incluyendo sus condiciones de seguridad y el retorno de las mismas a territorios del Cacarica, así como a otros hechos relacionados con la desposesión y explotación de recursos naturales y de territorios de dichas comunidades por parte de empresas privadas.

Los hechos del caso tuvieron lugar en el Urabá Chocoano y se enmarcan en un contexto en el cual la presencia de los grupos armados ilegales y la situación de violencia en la región por parte de “bloques” o “grupos” paramilitares y guerrilleros se había ido extendiendo y agudizando. Conforme a ello, la población afrocolombiana de la región tuvo que soportar en su territorio la presencia de diversos grupos armados al margen de la ley, acompañada de amenazas, asesinatos y desapariciones que originaron —como ya se mencionara— su desplazamiento forzado a gran escala, en particular durante la segunda mitad de la década del 90.

La operación militar llamada “Génesis”, que se llevó a cabo entre el 24 y el 27 de febrero de 1997, se ejecutó en el área general del Río Salaquí y Río Truandó para capturar y/o destruir integrantes del grupo guerrillero de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Asimismo, simultáneamente a la “Operación Génesis”, grupos paramilitares de las Autodefensas Unidas de Córdoba y Urabá (ACCU), en el desarrollo de la llamada “Operación Cacarica”, emprendieron un avance de norte a sur desde el Parque Nacional de los Katios a lo largo del río Cacarica, pasando por Bijao y otras comunidades ubicadas en la ribera de ese río, para finalmente llegar

a las riberas de los ríos Salaquí y Truandó, donde desarrollaron operaciones conjuntas con el Ejército. En el marco de la “Operación Cacarica”, los paramilitares ejecutaron a Marino López en Bijao y desmembraron su cuerpo.

Posteriormente a esos hechos, varios centenares de pobladores de la cuenca del río Cacarica se vieron forzados a desplazarse a Turbo, Bocas de Atrato y Panamá, donde permanecieron en diferentes asentamientos por varios períodos durante los cuatro años posteriores. En Turbo las condiciones de vida de los desplazados se caracterizaron por falta de atención por parte del gobierno, hacinamiento, malas condiciones y falta de privacidad. Posteriormente, muchas de las personas desplazadas retornaron a otras comunidades de paz en territorios del Cacarica. Además, con posterioridad a los hechos de febrero de 1997, los desplazados siguieron siendo objeto de actos de hostigamiento, amenazas y violencia por parte de grupos paramilitares.

Asimismo, como consecuencia de los desplazamientos forzados se produjeron afectaciones tanto a los bienes individuales como a los bienes colectivos de las comunidades del Cacarica por las destrucciones y saqueos que se produjeron en el transcurso de la “Operación Cacarica”, así como por los daños que se habrían producido por el desuso de los mismos, en particular a sus territorios comunitarios. Del mismo modo, esas mismas comunidades fueron desposeídas de sus territorios ancestrales, los cuales fueron objeto de explotación ilegal por parte de empresas madereras con permiso o tolerancia del Estado.

3 | Análisis de la Corte IDH

La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado colombiano frente a una serie de incumplimientos obligacionales. Así, expresó que el Estado colombiano era responsable por haber incumplido con su obligación de garantizar los derechos a la integridad personal y a no ser desplazado forzosamente (contenido en el derecho de circulación y residencia), reconocidos en los arts 5.1 y 22.1 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, respecto de dos situaciones: por un lado, con respecto a los desplazamientos forzados que se dieron por acción de los grupos paramilitares en el marco de la “Operación Cacarica”, en perjuicio de los miembros de las comunidades del Cacarica desplazados y que se encontraban presentes al momento de las incursiones paramilitares. Por

otro lado, el Tribunal determinó que el Estado había incumplido sus obligaciones de garantizar la asistencia humanitaria y un retorno seguro, en perjuicio de las comunidades del Cacarica que estuvieron en situación de desplazamiento forzado durante un período de tres a cuatro años. Frente a esta última cuestión, el Tribunal ya sentó jurisprudencia en torno a que el derecho a la protección de la familia conlleva, entre otras obligaciones, la de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y fortaleza del núcleo familiar, debiendo el Estado tomar todas las medidas positivas necesarias para la debida protección e integridad de las familias desplazadas.⁽⁴⁾

Con relación a los derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los arts. 4.1, 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Marino López Mena el Tribunal concluyó que el Estado era responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención, protección e investigación, así como por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de los familiares del Sr. López Mena, afirmando que:

... los actos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometido el señor Marino López Mena en el poblado de Bijao, así como la privación de su vida, cometidos por miembros de grupos paramilitares, son atribuibles al Estado por la aquiescencia o colaboración que prestaron agentes de la fuerza pública para las operaciones de esos grupos, lo cual les facilitó las incursiones a las comunidades del Cacarica y propició o permitió la comisión de este tipo de actos.⁽⁵⁾

Asimismo, la Corte IDH determinó que en el marco de las acciones en la cuenca del río Cacarica se produjeron actos de colaboración entre integrantes de la fuerza pública que ejecutaron la "Operación Génesis" y las unidades paramilitares que llevaron a cabo la "Operación Cacarica". En tal sentido expresó que:

... en las acciones en la cuenca del río Cacarica se produjeron actos de colaboración entre integrantes de la fuerza pública que ejecutaron la "Operación Génesis" y las unidades paramilitares que llevaron a cabo la "Operación Cacarica". Del mismo modo,

(4) *Ibid.*, párr. 325, p. 115.

(5) *Ibid.*, párr. 281, p. 103.

aplicando las reglas de la lógica y de la sana crítica, es insostenible una hipótesis en la cual los paramilitares hubiesen podido llevar a cabo la “Operación Cacarica” sin la colaboración, o al menos la aquiescencia, de agentes estatales, o que ello hubiese ocurrido sin que se presentaran enfrentamientos con las unidades de la fuerza pública en los lugares en donde ambos cuerpos armados se hicieron presentes y donde tendrían que haber coincidido.⁽⁶⁾

Por otro lado, la Corte encontró que el Estado no es responsable por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los arts. 4° y 5° de la Convención Americana, en relación con los bombardeos realizados en oportunidad del desarrollo de la “Operación Génesis”. Sobre este punto argumentó que:

... el Tribunal considera que no han sido presentadas evidencias que permitan concluir que los objetivos de los bombardeos de la “Operación Génesis” hayan incluido población o bienes de carácter civil. El hecho de que el objetivo N° 5 (Teguerré) se encontrara ubicado dentro del Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Cacarica no implica necesaria o automáticamente la violación al principio de distinción, ni tampoco que el Estado estuviera impedido per se para llevar a cabo operaciones de contra-insurgencia en este territorio, salvo si el ataque a este objetivo hubiera implicado un ataque directo a poblaciones o bienes civiles lo cual, como ya se señaló, no se encuentra acreditado.

Con base en lo anterior, y específicamente en relación con los bombardeos realizados en oportunidad del desarrollo de la “Operación Génesis”, se concluye que el Estado no es responsable por la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal, reconocidos en los artículos 4° y 5° de la Convención.⁽⁷⁾

En cuanto a los derechos de niños y niñas, la Corte IDH imputó responsabilidad internacional al Estado colombiano por no haber desarrollado las acciones positivas suficientes a favor de aquellos sujetos en un

(6) *Ibid.*, párr. 280, p. 103.

(7) *Ibid.*, párrs. 239 y 240, p. 90.

contexto de mayor vulnerabilidad, en particular mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales, período en que se vieron afectados por el hacinamiento y la falta de acceso a educación, salud y alimentación adecuada. Por ende, declaró que el Estado era responsable por la violación del derecho a la integridad personal, reconocido por el artículo 5° de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento, en perjuicio de los niños y niñas desplazados, así como de aquellos que nacieron en situación de desplazamiento.

En su análisis, la Corte argumenta que:

... las violaciones alegadas a otros artículos de la Convención, en las que los niños y niñas sean presuntas víctimas, deberán ser interpretadas a la luz del *corpus iuris* de los derechos de la niñez. Esto implica que el artículo 19, además de otorgar una protección especial a los derechos reconocidos en la Convención Americana, establece una obligación a cargo del Estado de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños y niñas en otros instrumentos internacionales aplicables.⁽⁸⁾ Cabe recordar que (...) la especial vulnerabilidad por su condición de niños y niñas se hace aún más evidente en una situación de conflicto armado interno, (...) pues son los menos preparados para adaptarse o responder a dicha situación y, tristemente, son quienes padecen sus excesos de forma desmesurada”, por lo cual en esos contextos se les debe proporcionar atención adecuada y adoptar las medidas oportunas para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas.⁽⁹⁾

A lo que agrega que:

Por otra parte, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. Este principio regulador de la

(8) Ver CORTE IDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay” (Fondo y Reparaciones), sentencia de 24/02/2011, párr. 121; “Caso Forneron e hija vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 27/04/2012, Serie C N° 242, párr. 44.

(9) CORTE IDH, “Caso de Las Comunidades Afrodescendientes...”, fallo cit., párr. 327, p. 115.

normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de las niñas y los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades. En el mismo sentido, conviene señalar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que este requiere “cuidados especiales”, y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En este sentido, es preciso ponderar no solo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallen el niño o la niña.⁽¹⁰⁾

También la Corte se refirió a la desposesión ilegal del territorio de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica. En tal sentido, indicó que el Estado es responsable por la violación al derecho a la propiedad colectiva protegido por el art. 21 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros del Consejo de las comunidades de la Cuenca del Cacarica, constatando que:

... la destrucción de los hogares de los pobladores de las comunidades de la cuenca del río Cacarica, además de constituir una gran pérdida de carácter económico, causó en los pobladores una pérdida de sus condiciones básicas de existencia, lo cual hace que la violación al derecho a la propiedad en este caso sea de especial gravedad”.⁽¹¹⁾

Es importante mencionar la cita que la Corte IDH hace de la Corte Constitucional colombiana en cuanto ésta ha establecido que “la propiedad debe ser considerada como un derecho fundamental, siempre que ella se encuentre vinculada de tal manera al mantenimiento de unas condiciones materiales de existencia, que su desconocimiento afecte el derecho a la igualdad y a llevar una vida digna”.⁽¹²⁾

.....

(10) CORTE IDH, *ibid.*, párr. 328, p. 116.

(11) *Ibid.*, párr. 352, p. 122.

(12) CORTE IDH, “Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 01/07/2006, Serie C, N° 148, párr. 181.

En el análisis que el Tribunal realizó sobre la violación de las garantías y protección judiciales (consideraciones sobre la debida diligencia y las líneas lógicas de investigación, consideraciones sobre el plazo razonable, y consideraciones sobre las acciones de tutela por la propiedad colectiva), constató que el Estado había reconocido parcialmente su responsabilidad por la violación del principio de plazo razonable en las investigaciones internas y consideró que, en efecto, la duración de las mismas no satisface, en conjunto, tal principio contenido en el art. 8.1 de la Convención.

A la vez, la Corte distinguió los períodos en los cuales el Estado sí realizó efectivamente investigaciones diligentes para determinar la responsabilidad por los hechos del caso de otros períodos en que era clara la omisión de no haberlas llevado a cabo.

Por otro lado, pero dentro del mismo contexto, la Corte IDH concluyó que, a pesar de la condena impuesta a un oficial del Ejército de alto rango y de los avances constatados, el Estado es responsable de haber incumplido con la debida diligencia en las investigaciones sobre participación de la mayoría de integrantes de la fuerza pública y de las relacionadas con las estructuras paramilitares.

La Corte también determinó que el Estado no había garantizado un recurso efectivo que remediara la ilegalidad de las explotaciones madereras en los territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica, ni garantizó que las decisiones de tribunales internos que han tutelado los derechos colectivos de las comunidades sobre su propiedad colectiva fueran cumplidas a cabalidad, en violación de los arts. 25.2.a y 25.2.c de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de la misma, en perjuicio de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica.

Por último, es dable mencionar que la Corte indicó que no correspondía pronunciarse acerca de las alegadas violaciones de los arts. 1º, 6º y 8º de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ni acerca de la alegada violación de los derechos a la honra y dignidad, a la protección de la familia y a la igualdad ante la ley, contenidos en los arts. 11, 17 y 24 de la Convención Americana, ni acerca del alegado incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el art. 2º de la misma.

4 | Consideraciones finales

En la sentencia de referencia, la Corte IDH reiteró, en su decisión, la jurisprudencia constante en los casos colombianos respecto de la responsabilidad del Estado por las acciones de las fuerzas militares estatales de manera conjunta con los grupos paramilitares. Asimismo, señaló su facultad y la necesidad de interpretar el alcance de las obligaciones convencionales a la luz de la normativa del derecho internacional humanitario.

En relación al derecho a la vida en perjuicio del señor Marino López Mena, el Tribunal concluyó que el Estado era responsable por el incumplimiento de sus obligaciones de prevención, protección e investigación, así como también por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de sus familiares.

Por otro lado, declaró la responsabilidad del Estado colombiano por el desplazamiento forzado de personas y, por tanto, la violación al derecho de circulación y residencia, indicando que este derecho se violó por el incumplimiento de las obligaciones de garantizar la asistencia humanitaria y el retorno seguro de las personas desplazadas.

Igualmente, el Tribunal volvió a referirse a su jurisprudencia en relación a los derechos de los niños y niñas, señalando la responsabilidad estatal por el incumplimiento de la obligación especial de protección en el marco de un conflicto armado no internacional; y desarrolló, para finalizar, la jurisprudencia que tiene asentada respecto del contenido del derecho a la propiedad privada y colectiva y al respeto de las garantías y protección judiciales.

Deber de investigar. Debida diligencia

CORTE IDH, "CASO GUTIÉRREZ
Y FAMILIA VS. ARGENTINA" (FONDO, REPARACIONES Y COSTAS),
SENTENCIA DE 25 de NOVIEMBRE de 2013, SERIE C N° 271

por **PAULA LITVACHKY, GABRIELA KLETZEL y ANDRÉS LÓPEZ**⁽¹⁾

I | Introducción

Por décadas, la Comisión y la Corte Interamericana (Corte IDH) confrontaron casi exclusivamente con regímenes autoritarios o Estados en proceso de transición. En la actualidad, sin embargo, sus principales interlocutores son democracias, al menos formalmente consolidadas. En este escenario, las características que solían definir la interacción entre los Estados latinoamericanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) han cambiado en forma notable.

Este marco político ha implicado nuevos desafíos para el SIDH. La vulneración de derechos ya no es perpetrada en contextos de terrorismo de Estado o de Estados organizados para la violación sistemática de derechos humanos. Este cambio implica intervenir ante casos de violaciones a los derechos humanos pero también desarrollar estrategias para que esa mirada tenga alguna capacidad de incidir en los problemas estructurales que generan las condiciones para que el Estado no impida, revierta o repare prácticas arbitrarias de sus propios agentes. La reiteración y persistencia

(1) Integrantes del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), organización que patrocinó a la familia Gutiérrez en el trámite ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

de esas condiciones de posibilidad son las que finalmente configuran patrones estructurales de violaciones a los derechos humanos sobre los que se requieren profundos procesos de reforma institucional.⁽²⁾

De este modo, se procura poner el acento en hechos que expresan esos patrones estructurales de discriminación y violencia, así como en las políticas públicas y las soluciones de alcance general disponibles en el ámbito nacional.⁽³⁾ El violento accionar de las fuerzas de seguridad y el precario funcionamiento de los sistemas judiciales son algunos de esos problemas centrales para las democracias actuales. Tal como veremos a continuación, el crimen del subcomisario Gutiérrez evidencia estos dos ejes en debate. Por un lado, la actuación de las propias fuerzas de seguridad en la violación de derechos humanos y su inserción en redes de ilegalidad. Por otro, la ausencia de un sistema judicial eficaz para investigar y sancionar este tipo de hechos.

2 | El homicidio cometido por agentes del Estado

Jorge Omar Gutiérrez era subcomisario de la Policía de la Provincia de Buenos (PBA) y fue asesinado el 29 de agosto de 1994 de un disparo en la nuca por un agente de la Policía Federal Argentina (PFA) y por otro que se hacía pasar por federal, mientras volvía a su hogar en un tren del Ferrocarril General Roca.

Este homicidio fue parte de una trama de corrupción y negocios ilegales enquistada en el Estado. El asesinato fue encubierto por la propia Policía Federal, la Policía Bonaerense y parte del Poder Judicial provincial. A veinte años del crimen no se pudieron determinar las responsabilidades penales por el asesinato, ni la red que lo impulsó y encubrió.

(2) Véase ABRAMOVICH, VÍCTOR, "De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos", en *Revista Sur*, n° 11, 2009.

(3) Véase ABRAMOVICH, VÍCTOR, "Autonomía y subsidiariedad: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales", en César Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2011, p. 211 y ss.

Gutiérrez se encontraba investigando un depósito fiscal vecino de la comisaría donde se desempeñaba, bajo la sospecha de que en ese lugar funcionaba una red de contrabando que —luego se supo— estaba vinculada al caso de corrupción conocido como la Aduana Paralela.⁽⁴⁾ Esta red involucraba a miembros de la Policía Federal que cumplían tareas de seguridad privada —algunos con antecedentes de haber sido parte del terrorismo de Estado, como Carlos Gallone— así como a empresarios y funcionarios gubernamentales de alta jerarquía.

Estos hechos fueron un fiel reflejo de la década del 90 en nuestro país, caracterizada por la degradación estatal en favor de los intereses privados y la trama de ilegalidades basadas en negocios como el contrabando y el narcotráfico. En esos años tomaron visibilidad las “malditas policías”, fuerzas de seguridad orientadas al delito y la violencia.⁽⁵⁾

Durante la investigación llevada adelante por la Justicia de la provincia de Buenos Aires, la Policía Bonaerense desplegó, en conjunto con la Policía Federal, innumerables acciones tendientes a entorpecer la búsqueda de la verdad. Sin embargo, el empeño de la familia y de algunos funcionarios permitió identificar a los autores materiales del asesinato aunque no se lo pudo plasmar en sede judicial. Con múltiples irregularidades y obstrucciones policiales, el principal sospechoso, integrante de la PFA, fue absuelto por la Sala Primera de la Cámara del Crimen de la Provincia de Buenos Aires, alegando duda. La sentencia absolutoria no fue apelada por el Ministerio Público bonaerense y quedó firme.

En pocos casos se puede ver con tanta claridad a la PFA defendiendo una estructura de negocios ilegales, llegando al extremo de ejecutar a otro policía y a la propia policía bonaerense, de quien la víctima era parte, en un pacto de solidaridad criminal.

Ante la falta de respuesta a nivel interno, la familia acudió al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Luego de un largo proceso se llegó

(4) Sobre el particular, véase OTERO, DANIEL, *Maten a Gutiérrez. Un crimen de la Aduana Paralela*, Bs. As., Planeta, 1998.

(5) Al respecto, véase, entre otros, DUTIL, CARLOS y RAGENDORFER, RICARDO, *La Bonaerense. Historia criminal de la policía de la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., Planeta, 1997 y SAIN, MARCELO, *El Leviatán Azul. Policía y política en la Argentina*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2008.

a la decisión de la Corte Interamericana, que confirmó la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación de las obligaciones asumidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). La Corte IDH dio por acreditada la violación a los derechos a la vida de Jorge Gutiérrez (art. 4°), a la integridad personal (art. 5°) y a las garantías y protección judicial (arts. 8° y 25) de sus familiares.⁽⁶⁾

3 | El trámite ante el SIDH

El 12 de mayo de 1999 se inició el trámite internacional del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por medio de la denuncia de los familiares, representados por CELS. En marzo de 2011, la CIDH emitió el Informe de Fondo 63/11 concluyendo que el Estado argentino violó el derecho a la vida de Jorge Omar Gutiérrez y el derecho a la integridad personal, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de los familiares de Gutiérrez.

Ya en el marco de la competencia de la Corte IDH, se logró alcanzar un acuerdo parcial de reparaciones, el que fue remitido a la Corte el 17 de mayo de 2013. En este, el Estado argentino reconoció la violación de los arts. 4°, 5°, 8° y 25 CADH, en relación con la obligación contenida en el art. 1°.1 del mismo instrumento, afirmando que la investigación del asesinato de Jorge Omar no se sustanció de acuerdo con los estándares internacionales. Asimismo, en este documento el Estado reconoció como víctima a la hermana del subcomisario, la Sra. Nilda Gutiérrez —que no había sido alcanzada por el informe de la CIDH— y asumió diversos compromisos a modo de reparación y garantías de no repetición.⁽⁷⁾

(6) CORTE IDH, “Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina” (Fondo, Reparación y Costas), sentencia de 25/11/2013.

(7) Los compromisos asumidos por el Estado argentino en el acuerdo parcial de reparaciones fueron: a) realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad; b) adoptar medidas de conservación y señalización del galpón investigado y de la comisaría donde se desempeñaba Gutiérrez (compromiso asumido en conjunto con el gobierno de la provincia de Buenos Aires); c) incluir el estudio del caso del subcomisario Gutiérrez en las currículas de formación de las fuerzas de seguridad (compromiso asumido en conjunto con el gobierno de la provincia de Buenos Aires); d) establecer el día 29 de agosto como el “Día Nacional de Lucha contra el Narcotráfico”; e) llevar adelante una estrategia de participación en el procedimiento judicial seguido contra el co-imputado y en las investigaciones por el encubrimiento del homicidio (compromiso asumido en conjunto con el gobierno de la provincia de Buenos Aires); f) promover la plena implementación de la policía judicial y el establecimiento de un sistema efectivo

Además, en el acuerdo, el Estado y los peticionarios le solicitaron a la Corte que se pronuncie sobre si la absolución del principal acusado podía considerarse cosa juzgada írrita o fraudulenta, sobre la inadmisibilidad de la excepción de prescripción respecto de los autores directos e intelectuales del homicidio así como sobre otras reparaciones adicionales que pudieran corresponder.

El 25 de noviembre de 2013, la Corte Interamericana dictó sentencia de fondo. El órgano jurisdiccional resolvió aceptar el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado argentino⁽⁸⁾ y estimó que los indicios probatorios “permiten concluir la participación de agentes estatales en la ejecución del Subcomisario Jorge Omar Gutiérrez, así como en la obstrucción de la investigación”.⁽⁹⁾ La Corte expuso que

... la ejecución de Gutiérrez reviste una particular gravedad debido a las circunstancias que la enmarcaron: a) que al momento de su muerte el Subcomisario Gutiérrez se encontraba investigando un depósito fiscal que posteriormente fue vinculado al caso de la “aduanas paralela”, en el cual estuvieron involucrados agentes estatales; b) que agentes estatales estuvieron involucrados en la ejecución del señor Gutiérrez, y c) que agentes estatales obstruyeron la investigación iniciada en relación con su muerte.⁽¹⁰⁾

Respecto de la violación de los arts. 8º y 25 en contra de los familiares del subcomisario Gutiérrez, la Corte tuvo en cuenta tres aspectos para afirmar la vulneración del derecho a las garantías judiciales y la protección judicial: la omisión de líneas investigativas y recaudación de pruebas centrales para la hipótesis del móvil policial vinculado al depósito, las irregularidades y obstaculizaciones en la investigación y el procedimiento penal y, por último, la vulneración de la garantía del plazo razonable.

de protección de víctimas y testigos (compromiso asumido en conjunto con el gobierno de la provincia de Buenos Aires); g) impulsar la regulación e implementación de mecanismos de control externo sobre el accionar de las fuerzas de seguridad federales; y h) avanzar en los sumarios administrativos pendientes seguidos contra personal de la Policía Federal. CORTE IDH, “Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina” (Fondo, Reparación y Costas), cit., párr. 17.

(8) CORTE IDH, “Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina” (Fondo, Reparación y Costas), cit., párr. 24.

(9) *Ibid.*, párr. 90.

(10) *Ibid.*, párr. 129.

Sobre las líneas de investigación omitidas, la Corte sostuvo que no se llevaron a cabo las diligencias necesarias para determinar el móvil del asesinato ni para identificar a los responsables: “En la investigación se omitió el seguimiento de líneas lógicas que se derivaban del mismo expediente”.⁽¹¹⁾ En tal sentido, señaló que el Poder Judicial bonaerense trató el asesinato de Gutiérrez en forma aislada a cualquier indicio de que se trataba de un crimen vinculado a una red ilegal con participación estatal.

En particular, sostuvo que no se realizó ninguna consideración sobre la vinculación de la ejecución de Gutiérrez con la investigación de la Comisión Especial de la Cámara de Diputados del Congreso sobre el “caso de la aduana paralela”, ni respecto de las amenazas a testigos o maniobras de encubrimiento, lo cual no favoreció la determinación de la verdad ni de las responsabilidades correspondientes.⁽¹²⁾

Como se desarrolla a continuación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos apuntó que “la investigación y la causa penal estuvieron plagadas de irregularidades y omisiones por parte de los agentes estatales encargados”.⁽¹³⁾ En este sentido, dio por acreditada la existencia de maniobras destinadas a perpetuar la impunidad del crimen, la que definió como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos”.⁽¹⁴⁾

Ante estas graves irregularidades, la Corte Interamericana señaló que las diligencias judiciales no se ajustaron a las normas del debido proceso contenidas en el art. 8° CADH y que, por ello, no resulta aplicable en este caso específico lo dispuesto en el art. 8°.4 de la Convención, referido a la garantía del *ne bis in idem*. Por ello ordenó al Estado argentino reabrir la investigación para juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales del crimen del Subcomisario.⁽¹⁵⁾

(11) *Ibid.*, párr. 105.

(12) *Ibid.*, párr. 122.

(13) *Ibid.*, párr. 132.

(14) *Ibid.*, párr. 119.

(15) *Ibid.*, párr. 129.

4 | Las dos cuestiones centrales del caso: las fuerzas de seguridad y el Poder Judicial como garantes de la impunidad

El caso Gutiérrez plantea debates centrales para la agenda de derechos humanos sobre el accionar de las fuerzas de seguridad y del sistema de justicia, y desarrolla estándares respecto de la obligación agravada del Estado de investigar crímenes cometidos por sus propios agentes. Del caso surgen preguntas centrales respecto de las deficiencias estructurales del sistema judicial bonaerense y del aparato de seguridad para lidiar con este tipo de hechos y prevenir o contrarrestar el enquistamiento en el Estado de redes de ilegalidad que consolidan pactos de impunidad en hechos aberrantes.

4.1 | Las policías sin control político y orientadas a sus propias estructuras de negocios

El caso Gutiérrez es conocido por representar paradigmáticamente lo que fue la degradación de las policías en el marco de un Estado colonizado por intereses privados y corporativos.

El asesinato de Gutiérrez fue cometido por un policía federal y un coautor que se hacía pasar por policía. Ellos fueron los brazos ejecutores de un plan que expresaba la defensa de negocios enquistados en el Estado. A Gutiérrez lo asesinan por intentar cumplir con su tarea: investigar una red ilegal en la que estaban involucrados policías y otros funcionarios del Estado. El encubrimiento fue realizado por agentes policiales de la federal y de la provincia de Buenos Aires, respaldados por las cúpulas. Las irregularidades que contaminaron la investigación del asesinato fueron parte de la deliberada estrategia para asegurar la impunidad.

Desde los inicios de la investigación se realizaron acciones positivas para encubrir el homicidio. Estas acciones fueron diseñadas por la defensa institucional de la PFA, con la participación directa del presunto autor material. Tan fuerte fue esa defensa corporativa, que mientras este estuvo detenido

en una comisaría de La Plata, recibía las visitas del jefe de la Policía Federal de aquel momento, Adrián Pelacchi y su segundo, Baltazar García.⁽¹⁶⁾ Es evidente que los jefes de policía no visitan cabos detenidos por un crimen de esa envergadura, a no ser que se quiera dar un claro mensaje de respaldo explícito, tanto al imputado como al resto de los involucrados.

En este sentido, el dictamen pericial de Alejandro Rúa en el trámite ante la Corte IDH fue contundente al detallar las características de este encubrimiento institucional.⁽¹⁷⁾ El acusado fue defendido por la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la PFA, que hizo uso y abuso de todo tipo de maniobras ilegales. A partir de ellas, primero se logró su sobreseimiento en sede administrativa, y con lo allí armado, se garantizó su absolución judicial. Con este resultado se pretendió blindar no solo la responsabilidad del autor material sino también la de la Policía Federal en su conjunto. Recordemos que la Policía Federal custodiaba el depósito fiscal que el subcomisario estaba investigando.

Alejandro Rúa fue muy claro al explicar el modo en el que esta defensa corporativa aprovechó su capacidad de direccionar y fraguar el expediente administrativo en el que la fuerza investigaba al principal sospechoso, para hacer valer esas constancias en sede judicial. Entre muchas otras cuestiones, el dictamen pericial es contundente sobre:

- la construcción irregular de testimonios para evitar la identificación de los autores materiales, por ejemplo, por parte del guarda del tren;
- lo determinante que fue el hostigamiento, las amenazas y los graves daños a la integridad personal contra los testigos presenciales del hecho, para lograr que modifiquen su declaración en favor del acusado en sede administrativa y "judicial. Esta maniobra permitió, a su vez, desacreditar su reconocimiento en rueda de personas; y
- las amenazas dirigidas contra la mujer del acusado y su madre, que introdujeron el testimonio que le dio la coartada.⁽¹⁸⁾

(16) Según la declaración del comisario Segura, el comisario inspector Eloy González le comentó que le había llamado la atención el trato que recibía el acusado cuando estuvo detenido en la Comisaría 7ª La Plata a su cargo. Según dijo, la PFA lo sostenía, a tal punto que en una oportunidad fueron a visitarlo a la Comisaría el entonces jefe de la PFA, comisario general Adrián Pelacchi, como así también el subjefe, comisario general Baltazar García, ambos vestidos de civil para pasar desapercibidos.

(17) Dictamen pericial de Alejandro Rúa, remitido a la Corte IDH el 12/04/2013.

(18) *Ibid.*

Justamente estas maniobras fueron el núcleo de la garantía de impunidad. En palabras de Alejandro Rúa:

... La PFA asumió, con el compromiso de todos sus recursos (...) la defensa de uno de sus agentes en el proceso judicial del caso (...) Y en dicho marco, todos y cada uno de los elementos que aportara al trámite judicial, según también se ha visto, han sido denunciados por fraudulentos, y contrarios a la verdad. **Así las cosas, el modo en que se encararon las actuaciones en la Policía Federal Argentina en torno al homicidio de Jorge Omar Gutiérrez, resultó determinante no solo respecto de la impunidad administrativa en orden al sobreseimiento provisional ya referido, sino además respecto de la consagrada en sede judicial con la sentencia absolutoria del caso...**⁽¹⁹⁾

Estas acciones de encubrimiento de la PFA fueron coordinadas también con la Policía Bonaerense, que tenía a su cargo la investigación del homicidio como auxiliar de la Justicia provincial. Esto fue afirmado ante la Comisión investigadora de la Cámara de Diputados de la Nación por uno de los policías bonaerenses que participó de la investigación del crimen. A su vez, en varios testimonios se dio cuenta de que a funcionarios de la policía bonaerense que intentaron avanzar en la investigación se les asignaron repentinamente tareas que les impidieron continuar.

Las maniobras no se redujeron a interferir directamente en la causa sino que también armaron operaciones de prensa para desviar la atención pública. Por ejemplo, desde ambas fuerzas policiales se hicieron circular versiones falsas sobre las causas de la muerte de Jorge O. Gutiérrez, coincidentes todas ellas en negar cualquier conexión posible con sus tareas investigativas.⁽²⁰⁾

Estas maniobras implicaron, a su vez, graves amenazas, detenciones ilegales y torturas a testigos. Ninguna investigación sobre esos hechos prosperó. Entre las distintas maniobras, integrantes de la PFA llegaron detener en

(19) *Ibid.* El destacado nos pertenece.

(20) El jefe de la policía bonaerense Klodczyk sostuvo la hipótesis de que Gutiérrez había muerto por una "bala perdida". A su vez, la SSF-PFA difundió una segunda hipótesis, en la que se afirmaba que Gutiérrez había sido asesinado por una patota perteneciente a una hinchada de fútbol. Véase, en este sentido, OTERO, DANIEL, *op. cit.*, pp. 31 y 39/40.

forma ilegal a dos menores de edad, para que, bajo tortura, se autoinculpen por el homicidio. Los testigos declararon posteriormente que fueron obligados a hacer estas declaraciones mediante torturas por parte de un policía federal.

En definitiva, la descripción de estas acciones positivas muestra el modo en el que las propias policías pretendieron sellar la impunidad. También deja en evidencia que el homicidio de Gutiérrez no puede explicarse como un hecho aislado y recortado de la propia dinámica de funcionamiento de las policías de ese entonces.

Pero, a su vez, el despliegue de recursos para encubrir y defender a los autores del crimen, sostenido durante todos estos años de impunidad, muestra la necesidad de reformar esas policías para fortalecer un esquema de gobierno y control de la actuación policial que permita prevenir o investigar este tipo de redes.

4.2 | Las irregularidades judiciales

Por su parte, este entramado pudo verse respaldado por los problemas estructurales del sistema judicial bonaerense que detalló Alberto Binder en su pericia⁽²¹⁾ y que determinaron la imposibilidad de que durante todos estos años las investigaciones logren desarmar esta matriz mafiosa.

La investigación judicial en torno al crimen de Jorge Omar Gutiérrez estuvo lejos de alcanzar los parámetros que la Corte IDH se vio obligada a reiterar en su sentencia. El caso demostró las limitaciones del sistema judicial bonaerense para enfrentarse a hechos que involucran a las fuerzas de seguridad y a una compleja red de ilegalidad. El sistema en su conjunto se vio imposibilitado de neutralizar a los funcionarios policiales y judiciales que encubrieron o no estuvieron comprometidos con el objetivo de alcanzar la verdad, evidenciando los problemas estructurales de la Justicia bonaerense para hacerse cargo de tramas de este tipo.

Estas deficiencias judiciales garantizaron la impunidad durante los 20 años que tomó llegar a una sentencia de la Corte IDH. Como señalamos, la

(21) Dictamen pericial de Alberto Binder en oportunidad de la audiencia pública ante la Corte IDH, del 21/05/2013.

investigación estuvo signada por acciones deliberadas de las fuerzas de seguridad para encubrir el crimen y la falta de toda voluntad de someter a los responsables a la justicia. Existió una activa, deliberada y profusa estrategia para asegurar la impunidad, llevada adelante por miembros de la Policía Bonaerense y Federal, quienes estuvieron respaldados por sus cúpulas. Estas maniobras se apoyaron en las serias falencias del sistema de justicia provincial y en la complicidad, incapacidad o indiferencia de los funcionarios judiciales involucrados.

La investigación fue sumamente deficiente y estuvo plagada de irregularidades. En ningún momento la pesquisa pareció encararse hacia la red que aparecía atrás del crimen. Tampoco se aseguró prueba y se omitieron diligencias obvias y fundamentales. Por ejemplo, no se aseguró la identificación temprana de los testigos presenciales⁽²²⁾ o se retardaron declaraciones testimoniales claves en la investigación.⁽²³⁾ Para encubrir, se demoró años en identificar judicialmente al coautor material del crimen cuyos datos la familia consiguió apenas días después del homicidio, a través de testigos presenciales. La jueza a cargo de la investigación se resistió expresamente a avanzar en su indagatoria, al punto de poner la causa en riesgo de prescripción, la que fue evitada únicamente por la diligente actuación de los familiares.

Se descartó desde un primer momento la posible vinculación del homicidio con algún hecho que el subcomisario estuviera investigando. Esto impidió llegar a prueba valiosa, a pesar de que su familia desde el día posterior a su muerte manifestó las preocupaciones y sospechas que tenía Gutiérrez en relación con el depósito lindante a la comisaría. Se tardó más de nueve años en empezar a explorar líneas investigativas respecto de la autoría intelectual del crimen, que luego fueron abandonadas sin explicación alguna, precisamente cuando existían pruebas que permitían avanzar en esa dirección.⁽²⁴⁾ Hoy, el principal sospechoso está absuelto y su acompañante aún está a la espera de su juicio oral.

(22) No se realizaron las diligencias para obtener rápido la declaración de personas que podían tener información clave, como los pasajeros frecuentes del tren en un horario muy particular.

(23) Se sospecha que el comisario Piazza, primer instructor judicial de la causa, fue asesinado para que no declare en este caso.

(24) Una vez que se iniciaron las gestiones para detener al presunto coautor material, la jueza dejó de lado todas las acciones respecto de los autores intelectuales, sin mediar ninguna justificación.

La investigación judicial fue absolutamente reprochable frente a la posibilidad de que miembros de la Policía Federal y de la Bonaerense estuvieran implicados en el crimen y en el encubrimiento policial. Fundamentalmente la jueza, más allá de ordenar algunas medidas de prueba que fueron promovidas por la familia, se limitó a solicitar instructores dependientes del Ministerio Público Fiscal de la provincia, que tampoco tuvieron un real compromiso con la búsqueda de la verdad, ni mostraron resultados.

El dictamen pericial realizado por el Dr. Luis Chichizola y remitido a la Corte IDH indicó muchas de estas graves fallas que caracterizaron a la investigación judicial que condujo a la impunidad.⁽²⁵⁾ Estas fallas no solo expresaban cuán permeable fueron los funcionarios judiciales a las maniobras de encubrimiento sino que también ponían de relieve problemas sistémicos de la Justicia provincial para encarar investigaciones de este tipo. El perito destacó, entre otras irregularidades del caso, las siguientes: la existencia de importantes anomalías en la preservación de la escena del crimen; la irregularidad de la intervención de la Policía Bonaerense en la investigación; la falta de todo intento de cotejar huellas de la escena con las de los presuntos autores materiales; la insuficiencia del objeto y la falta de todo control judicial sobre la pericia balística; la ausencia de toda línea investigativa en torno a la forma en que fueron encontrados el maletín y la agenda de Gutiérrez tras su asesinato; la resistencia para llamar a declarar a testigos que le permitieron a la familia dar con los testigos presenciales del crimen; la introducción de “declaraciones espontáneas” de dos testigos menores de edad, que luego reconocieron haber sido amenazados y golpeados por parte de policías federales que los detuvieron por un hecho que no habían cometido.

Capítulo aparte merece el momento del juicio oral y la sentencia. La sentencia absolutoria reflejó la actitud de los jueces de convalidar sin más los ejes de la defensa policial, sustentada en el armado de hechos y fraguado de pruebas. Tal como destacamos, esto sucedió, entre otras cuestiones, por haber dado plena validez al sumario interno de la Policía Federal Argentina, a través del cual introdujeron prueba falsa al trámite judicial.

Además de la introducción de testimonios falsos, la Corte IDH constató que al menos cinco testigos denunciaron haber sido presionados o amenazados por policías federales o por los familiares del policía federal procesado,

(25) Dictamen pericial de Luis Chichizola, remitido a la Corte IDH el 12/04/2013.

sin que conste que el Estado haya adoptado medidas de seguridad a su favor. Más aún, el comisario Piazza —a cargo de la investigación desde su inicio y cuya declaración había sido solicitada por familia, y estaba pendiente— fue asesinado. La Corte también dio por acreditado que se denunciaron intentos de soborno y el robo de evidencias sin que estos hechos se hubieran investigado. “Todos estos hechos han configurado obstrucciones en el proceso, afectando la determinación, juzgamiento y sanción de los responsables por la ejecución del Subcomisario Jorge Omar Gutiérrez”.⁽²⁶⁾

La absolución quedó firme por la arbitrariedad con la que se negó a la familia la vía recursiva y ante la falta de apelación del Ministerio Público Fiscal. En aquellos años, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, rechazaron los recursos extraordinarios sin mediar el más mínimo análisis de las irregularidades denunciadas y la trascendencia social e institucional del caso. A partir de esto, ninguna otra investigación se llevó a cabo, a excepción de las acciones de la familia que siguió peleando por desarmar ese entramado que garantizó impunidad.

5 | Estándares sobre la obligación de investigar

La Corte IDH volvió a destacar en su sentencia que la obligación de investigar debe ser asumida por el Estado 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.⁽²⁷⁾ La Corte reafirmó el contenido de esta obligación: la investigación debe ser seria, imparcial y efectiva, y estar orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos. En consecuencia, la obligación de debida diligencia exige que el órgano que investiga lleve a cabo todas aquellas actuaciones y averiguaciones necesarias para obtener el resultado. De otro modo, la investigación no será efectiva en los términos de la Convención.

(26) CORTE IDH, “Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina” (Fondo, Reparación y Costas), cit., párr. 121.

(27) *Ibid.*, párr. 98.

Para lograr esta efectividad, la investigación de violaciones a los derechos humanos debe evitar omisiones en la recaudación de prueba, así como en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.⁽²⁸⁾ Por ello, cuando los hechos se refieren a la muerte violenta de una persona, la investigación debe garantizar el análisis de aquellas hipótesis en las cuales se presume la participación de agentes estatales.⁽²⁹⁾ En este marco, las personas encargadas de la investigación deben ser independientes (tanto desde el punto de vista institucional como en la práctica) de aquellas personas implicadas en los hechos.⁽³⁰⁾

A su vez, el Estado, para garantizar el debido proceso, debe facilitar todos los medios necesarios para proteger a los operadores de justicia, investigadores, testigos y familiares de las víctimas de hostigamientos y amenazas que tengan como finalidad entorpecer el proceso y encubrir a los responsables. De acuerdo con la Corte, las amenazas e intimidaciones sufridas por testigos en el proceso interno no pueden verse aisladamente sino que deben analizarse en el marco de lo que ha sido el proceso judicial y los antecedentes o indicios de otras acciones de entorpecimiento.⁽³¹⁾

En este caso, el Tribunal consideró “que la investigación y la causa penal realizadas con motivo de la ejecución extrajudicial de Jorge Omar Gutiérrez estuvieron plagadas de irregularidades y omisiones por parte de los agentes estatales encargados (...) en la recaudación de prueba, en el seguimiento de líneas lógicas de investigación y en el análisis de los hechos del caso”. Constató presiones y amenazas a testigos por parte de policías o allegados a los imputados —incluso, la muerte de uno de los investigadores—, intentos de soborno, robo de evidencias, valoración de testimonios realizados bajo coerción, recorte del hecho de la muerte del contexto en el que se produjo para no investigar el móvil del crimen ni sus probables autores intelectuales. A su vez, se dejó investigar

.....

(28) *Ibid.*, párr. 101; CORTE IDH, “Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 01/03/2005, Serie C N° 120, párrs. 88 y 105; y CORTE IDH, “Caso Contreras y otros vs. El Salvador” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 31/08/2011, Serie C N° 232, párr. 146.

(29) CORTE IDH, “Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina” (Fondo, Reparaciones y Costas), cit., párr. 102 y CORTE IDH, “Caso Kawas Fernández vs. Honduras” (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 196, sentencia de 03/04/2009, párr. 96.

(30) CORTE IDH, “Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina”, cit., párr. 120.

(31) *Ibid.*, párr. 119.

a las mismas policías implicadas en el crimen, lo que la Corte IDH definió como un incumplimiento de las autoridades judiciales bonaerenses de su deber de asegurar que la investigación no se vea obstaculizada por agentes del mismo órgano investigado. De acuerdo con el Tribunal estos hechos configuraron obstrucciones al proceso y afectaron la determinación, juzgamiento y sanción de los responsables de la ejecución del Subcomisario.⁽³²⁾

Como consecuencia de este análisis, la Corte consideró que los obstáculos a los que se vio enfrentada la investigación judicial no permiten calificarla como una “investigación efectiva”, de acuerdo con los estándares internacionales exigibles y que, por lo tanto, el Estado incumplió con los criterios de debida diligencia, tutela judicial efectiva y plazo razonable, en contravención al derecho al acceso a la justicia, contemplado en los arts. 8°.1 y 25 CADH, en relación con el art. 1°.1.⁽³³⁾

Pero, además, afirmó que de la comprobación de estas irregularidades también deriva la atribución de responsabilidad al Estado por la propia ejecución del Subcomisario (art. 4° CADH). Explica el Tribunal que lo contrario implicaría permitir a este ampararse en la ineffectividad de la investigación penal para sustraerse de su responsabilidad internacional.⁽³⁴⁾

Para garantizar una investigación efectiva, en el marco de esta obligación especial de investigar, la Corte desarrolló las obligaciones particulares que el Estado debe realizar, lo que permite, a su vez, profundizar en el contenido de esta obligación. La Corte IDH encomendó al Estado:

- a) remover todos los obstáculos de facto y de jure que impidan la debida investigación de los hechos en los respectivos procesos, a fin de evitar la repetición de lo ocurrido en circunstancias como las del presente caso;
- b) asegurar que los distintos órganos del sistema de justicia involucrados en el caso cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desempeñar sus tareas de manera adecuada, independiente e imparcial y que las personas que

(32) *Ibid.*, párrs. 121/123.

(33) *Ibid.*, párr. 134.

(34) *Ibid.*, párr. 133.

participen en la investigación, entre ellas víctimas, testigos y operadores de justicia, cuenten con las debidas garantías de seguridad;

c) asegurar que la debida diligencia en la investigación implique que todas las autoridades estatales estén obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, por lo que deberán brindar al juez, fiscal u otra autoridad judicial toda la información que requiera y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo;

d) asegurar el pleno acceso y capacidad de actuar de los familiares del Subcomisario Jorge Omar Gutiérrez en todas las etapas de esta investigación, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana,

e) divulgar públicamente los resultados de los procesos para que la sociedad conozca los hechos objeto del caso, así como a sus responsables.⁽³⁵⁾

6 | Las medidas de reparación y no repetición

Para lograr la reparación efectiva de los familiares de Jorge Omar Gutiérrez en relación con su búsqueda de justicia, así como para que casos de este tipo sean realmente investigados en el futuro, se deben llevar adelante serias reformas institucionales en las policías, en los órganos de investigación criminal y en el sistema de justicia bonaerense.

Tal como se establece en el Acuerdo de reparaciones, se deben crear y poner en marcha verdaderos cuerpos de investigación criminal, autónomos de la policía de seguridad y dirigidos por los fiscales, que respondan a las necesidades de política criminal, en relación con la investigación y sanción de casos de funcionarios públicos, violencia policial, torturas, privaciones ilegítimas de la libertad, corrupción y en aquellas en las que se denuncie la violación de derechos humanos. En este sentido, la aprobación de la

.....

(35) *Ibid.*, párr. 154.

ley 14.424⁽³⁶⁾ de creación de la policía judicial en la provincia de Buenos Aires representa un paso adelante. Sin embargo, su implementación todavía no ha avanzado, a pesar de los plazos especificados en la ley.⁽³⁷⁾ Es preciso garantizar que este nuevo cuerpo no sea absorbido por la lógica burocrática actual.

En paralelo, actualmente no existe normativa específica respecto a la protección de testigos y víctimas en causas que tramiten en la Justicia de la provincia de Buenos Aires. Tampoco un sistema amplio y fluido que permita, por lo menos, contar con esta estructura cuando se trate de casos de violencia institucional.⁽³⁸⁾ El caso del asesinato de Jorge Omar Gutiérrez demostró las consecuencias de no contar con una estructura de investigación que se apoye en un sistema eficaz de protección articulado entre las autoridades federales y provinciales.

Por otro lado, la impunidad en torno al crimen de Jorge Omar Gutiérrez evidencia las dificultades del Ministerio Público Fiscal para enfrentarse a casos con esta complejidad por los actores en juego. Por ello, es importante que el Estado argentino avance en la creación de fiscalías especiales para casos en los que hay involucrados agentes estatales y fuertes

(36) Ley sancionada el 08/11/2012 y promulgada por el Poder Ejecutivo, mediante decreto 1461/12 (BO del 08/01/2013). Sobre el proceso de debate para la implementación de la Policía Judicial, véase [en línea] <http://democratizaciondelajusticia.wordpress.com/>

(37) En este punto, en su dictamen pericial ante la honorable Corte, Alberto Binder destacó: "... así llegamos al año 2012, donde comienza haber un atisbo de recuperar los puntos de la reforma inicial del 97 y 98 con la creación de la policía judicial y otras medidas, pero que ya a mediados del 2013 estamos viendo que no se pone ni energía ni seriedad al implementarlas (...) acaban de vencerse plazos para el nombramiento de directores, para las partidas presupuestarias, para la organización de esta nueva policía de investigaciones aún de un modo piloto...".

(38) El 23 de julio de 2003 se sancionó en la Argentina la ley 25.764, que creó el Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados. Este Programa está destinado a la ejecución de las medidas que preserven la seguridad de imputados y testigos que se encuentren en una situación de peligro para su vida o integridad física, que hubieran colaborado de modo trascendente y eficiente en una investigación judicial de competencia federal relativa a los delitos previstos por los artículos 142 bis y 170 CP (secuestros extorsivos) y los previstos por las leyes 23.737 (drogas) y 25.241 (terrorismo). Por su parte, en la provincia de Buenos Aires, si bien existe el decreto 2475/2006 —que está financiado por el Estado Nacional pero se implementa con recursos humanos y logísticos de la provincia— opera solo para quienes deban declarar en causas penales ante la Justicia federal. De acuerdo con su texto, el decreto es de aplicación a los casos de personas que "declaren en procesos en etapa de juicio en que ex represores militares o policiales son investigados y/o juzgados". Solo ante situaciones excepcionales puede intervenir en casos de violencia institucional.

intereses económicos. En paralelo, es esencial la creación e implementación de mecanismos de protección de aquellos funcionarios dispuestos a investigar para que no queden atrapados por las redes que investigan y terminen siendo sus víctimas.

En cuanto a las fuerzas de seguridad, el caso plantea desafíos en cuanto a la necesidad de establecer mecanismos de control y límites a las defensas corporativas. En el acuerdo parcial de reparaciones, el Estado se comprometió a avanzar en la regulación e implementación de mecanismos de control externos sobre el accionar de los integrantes de las fuerzas de seguridad federales y en las acciones administrativas y sumariales pendientes sobre el personal de la Policía Federal Argentina.

En este caso, la PFA no solo garantizó una profusa defensa corporativa del policía imputado, que incluyó un número importante de recursos de la fuerza, sino que permitió maniobras fraudulentas llevadas adelante por los abogados pertenecientes a la fuerza con el activo involucramiento del propio imputado que resultaron decisivas para garantizar la impunidad, tanto en el ámbito administrativo como en la causa judicial. En este sentido, entendemos que el Estado debe derogar el sistema vigente de defensa institucional para los agentes involucrados en procesos judiciales por la comisión de delitos.

La agenda pendiente de las democracias actuales suele ser doble en relación a crímenes que involucran a policías y en los que aparecen redes ilegales enquistadas en el Estado. Los Poderes Ejecutivos y Legislativos han tenido dificultad para desarrollar sistemas de gobierno político y control de las fuerzas de seguridad necesarios para prevenir estas prácticas de violencia institucional y evitar que estructuras ilegales colonicen el aparato de seguridad. A su vez, los sistemas de justicia suelen resultar funcionales a estas lógicas al convalidar o llevar adelante investigaciones meramente formales que no logran derribar la impunidad y sancionar a los responsables.

Como resulta evidente, este caso muestra lo importante de sostener en la agenda pública el debate sobre el funcionamiento de las policías y del Poder Judicial para la agenda de derechos humanos y del sistema político en general.

Derecho de buscar y recibir asilo

Principio de no devolución. Garantías judiciales y protección judicial

CORTE IDH, "CASO FAMILIA PACHECO TINEO vs. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA" (EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS), SENTENCIA de 25 de NOVIEMBRE de 2013, SERIE C N° 272

por **MARCOS EZEQUIEL FILARDI**⁽¹⁾

I | Introducción

El 25 de noviembre de 2013 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o el Tribunal) emitió su sentencia en el "caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia".

La sentencia reviste una trascendencia histórica. Pues es la primera vez que el Tribunal analiza el derecho de buscar y recibir asilo, y el principio de no devolución —arts. 22.7 y 22.8, respectivamente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención o CADH)—, los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en relación con los derechos de buscar y recibir asilo y con el principio de

(1) Abogado especializado en derechos humanos. Profesor adjunto (int.) a cargo del Seminario sobre el Derecho a la Alimentación Adecuada, Facultad de Derecho (UBA). Integrante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

no devolución en casos de expulsión de migrantes y de solicitantes de determinación del estatuto de refugiados (arts. 8° y 25 de la Convención) y las medidas especiales de protección que los Estados deben adoptar con relación a los niños, niñas y adolescentes migrantes, refugiados y solicitantes de asilo (art. 19 de la Convención).

En el presente comentario me limitaré a resaltar y a reflexionar sobre las cuestiones de fondo planteadas en el caso que resultan novedosas en la jurisprudencia de la Corte para, a partir de ellas, pensar en las asignaturas pendientes en Argentina.

2 | Los hechos del caso⁽²⁾

El caso se relaciona con la expulsión de los miembros de la familia Pacheco Tineo del Estado Plurinacional de Bolivia, quienes habían ingresado al país el 19 de febrero de 2001. Los hechos relevantes ocurrieron entre esa fecha y el 24 de febrero siguiente, días en los cuales las víctimas estuvieron en Bolivia en condición de migrantes en situación irregular y de solicitantes de reconocimiento del estatuto de refugiados. En ese lapso, las autoridades migratorias realizaron gestiones administrativas dirigidas a su expulsión y decidieron que no considerarían su solicitud de asilo, luego de lo cual los expulsaron a su país de origen —Perú—.

La Corte constató que, por un lado, el 21 de febrero de 2001 la Comisión Nacional del Refugiado (CONARE) determinó sumariamente que no consideraría la solicitud de determinación del estatuto de refugiado presentada por las víctimas, a quienes no dio audiencia ni oportunidad de expresar las razones de su solicitud. En este caso, el Estado tenía un deber especial de cautela, diligencia y precaución en la tramitación de la solicitud, en particular porque tenía información de que los solicitantes ya tendrían reconocida la condición de refugiados o residentes en un tercer Estado —Chile—. La decisión de la CONARE no les fue notificada, lo cual les impidió conocer su contenido y, en su caso, recurrir en su contra.

Por otro lado, las víctimas no fueron formalmente notificadas sobre la apertura del procedimiento administrativo de expulsión por parte de autoridades

(2) Resumen oficial, elaborado por la propia Corte.

del Servicio Nacional de Migraciones boliviano (SENAMIG), bajo el Régimen Legal de Migración. Así, la determinación de la procedencia de la expulsión fue de carácter sumario, sin darles audiencia y realizada dentro de un plazo irrazonablemente corto, sin valoración alguna sobre el país al cual correspondía trasladarlos. A pesar de que las autoridades migratorias bolivianas conocían que los miembros de la familia Pacheco Tineo contarían con reconocimiento del estatuto de refugiados o residentes en un tercer Estado, y con la posibilidad efectiva de ser trasladados a este, la resolución de expulsión fue ejecutada inmediatamente y no les fue notificada, por lo que tampoco pudieron interponer los recursos administrativos y/o judiciales aplicables.

3 | Las garantías mínimas del debido proceso, la expulsión o deportación de extranjeros y el principio de no devolución (*non refoulement*)

Respecto de este punto, la Corte no dijo nada nuevo en la sentencia aquí analizada. Se limitó a reproducir su jurisprudencia previa en la materia.⁽³⁾

Tal como lo resumió la propia Corte en el párrafo 133 de su sentencia:

... un procedimiento que pueda resultar en la expulsión o deportación de un extranjero debe tener carácter individual, de modo que permita evaluar las circunstancias personales de cada sujeto, no debe discriminar en razón de nacionalidad, color, raza, sexo, lengua, religión, opinión política, origen social u otro estatus, y ha de observar las siguientes garantías mínimas:

- I. ser informado expresa y formalmente de los cargos en su contra, si los hubiere, y de los motivos de la expulsión o deportación. Esta notificación debe incluir información sobre sus derechos, tales como:
 - a. la posibilidad de exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión y oponerse a los cargos en su contra;

.....

(3) CORTE IDH, OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", 17/09/2003, Serie A, N° 18; CORTE IDH, "Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones

- b. la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;
- II. en caso de decisión desfavorable, debe tener derecho a someter su caso a revisión ante la autoridad competente, presentarse o hacerse representar ante ella para tal fin, y,
- III. la eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

En los párrafos 134 a 136, en cambio, el Tribunal por primera vez se pronuncia sobre el **principio de no devolución** en los siguientes términos:

134. (...) la Convención Americana establece en su artículo 22.8 la prohibición de expulsión o devolución de cualquier "extranjero" a "otro país, sea o no de origen" (es decir, en su territorio de origen o en un tercer Estado), en el cual "su derecho a la vida o a la libertad" estén "en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

135. De tal modo, si se complementan las normas anteriores con el *corpus juris* internacional aplicable a las personas migrantes, es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados o refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre.

136. En consecuencia, cuando un extranjero alegue ante un Estado un riesgo en caso de devolución, las autoridades competentes de ese Estado deberán, al menos, entrevistar a la persona y realizar una evaluación previa o preliminar, a efectos de determinar si existe o no ese riesgo en caso de expulsión. Esto implica respetar las garantías mínimas referidas, como parte de la debida oportunidad de exponer las razones que lo asistan en

.....
Preliminares" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 23/11/2010, Serie C, N° 218; y CORTE IDH, "Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 24/10/2012, Serie C, N° 251.

contra de su expulsión y, si se constata ese riesgo, no debería ser devuelto a su país de origen o donde exista el riesgo.

De ello se infiere que para la Corte:

- a. El principio de no devolución consagrado en el art. 22.8 de la Convención es independiente del estatuto de refugiado, por lo que puede ser invocado por cualquier persona migrante, incluso aquella que se encuentra en situación migratoria irregular.
- b. El principio opera como un límite absoluto a la potestad de los Estados que son parte de la Convención de “devolver, expulsar, deportar o extraditar” a una persona fuera de su territorio.
- c. El extranjero debería “alegar” ante el Estado la existencia del riesgo en caso de devolución. Aquí cabe preguntarse: ¿no debería el Estado evaluar ese riesgo de oficio como una obligación jurídica que le es propia?
- d. La amplitud del término “autoridad competente” —ante la cual la persona migrante puede alegar el riesgo— lleva a pensar que el principio puede invocarse en el marco de un procedimiento de extradición, expulsión, deportación, denegación de entrada y rechazo en frontera, sin límite temporal alguno.
- e. La mera alegación del riesgo obliga a los Estados a iniciar un procedimiento con todas las garantías del debido proceso y de la protección judicial (arts. 8.1, 8.2 y 25 de la Convención) para determinar la existencia o no del riesgo.
- f. Si bien el art. 22.8 de la Convención se refiere al riesgo de violación a los derechos “a la vida y a la libertad”, en el párrafo siguiente la Corte añade el derecho a la “integridad”, sin que explicita el fundamento jurídico de esa inclusión. ¿Cabe, pues, pensar en la inclusión de otros derechos humanos reconocidos en la Convención?
- g. ¿Los derechos a la “vida”, la “libertad” y la “integridad” han de ser entendidos tal como los interpretó la Corte en su jurisprudencia? En ese caso, ¿el principio de no devolución puede invocarse solo cuando la persona migrante enfrente el riesgo de “ser privado arbitrariamente de su vida”, o también cuando enfrente la perspectiva de “no tener condiciones de vida digna” en el otro país?⁽⁴⁾ El Tribunal no arrojó luz sobre este particular y el interrogante permanece abierto.
- h. ¿Qué se entiende por raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas? ¿Cabe recurrir al derecho internacional de los refugiados como *lex specialis* para interpretar dichos términos? El riesgo de violación a los derechos

(4) CORTE IDH, “Caso de los ‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo”, sentencia de 19/11/1999, Serie C, N° 63, párr. 144; CORTE IDH, “Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17/06/2005, Serie C, N° 125, párr. 158.

a la vida, la integridad y la libertad ¿debe darse solo por esos motivos o por otros también? De ser así, ¿cuáles? Nuevamente, la Corte no dio respuesta a estas cuestiones, y los interrogantes permanecen abiertos.

4 | Las garantías mínimas del debido proceso, la condición o estatuto de refugiado y el principio de no devolución

Tratándose del primer caso en la historia de la Corte sobre los derechos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo, la Corte dedicó los párrafos 137 a 141 de su sentencia para repasar la evolución histórica y las fuentes del derecho al asilo y del derecho internacional de los refugiados.

Luego, el Tribunal pasó a analizar con detenimiento el art. 22.7 de la Convención Americana. Este señala que “Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación nacional y los convenios internacionales”.

Según la Corte:

142. El referido artículo 22.7 de la Convención expresa dos criterios de orden acumulativo para la existencia o ejercicio de ese derecho: a) “... de acuerdo con la legislación de cada país...”, es decir, del país en el que se procura el asilo; y b) “... de acuerdo con los convenios internacionales”. Esta noción contenida en el propio texto del artículo 22.7 de la Convención, entendida en conjunto con el reconocimiento del derecho de no devolución en el artículo 22.8, sustenta la interrelación entre el alcance y el contenido de esos derechos y el Derecho Internacional de Refugiados.

143. De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados

también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR. En este sentido, si bien las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación. Así, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes. En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos.

Así, la Corte **parece** reconocer la existencia de un *corpus iuris* de protección internacional de los derechos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo, integrado por la Convención Americana, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, el Protocolo de Nueva York de 1967 y las directrices, criterios y otros pronunciamientos del ACNUR, aunque no lo haya expresado de ese modo.

Ese ejercicio hermenéutico le permite al Tribunal recurrir a dichos instrumentos para dar contenido al derecho humano "a buscar y recibir asilo" del art. 22.7 de la Convención, para referirse al carácter declarativo y extraterritorial del estatuto de refugiado y a las cláusulas de inclusión, exclusión y cesación.

En palabras de la Corte:

144. De conformidad con el artículo 1 de la Convención de 1951, modificada por el Protocolo de 1967, un refugiado es una persona que:

- debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas,

- se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país,
- o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

145. De acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así pues, el reconocimiento de la condición de refugiado de una persona no tiene carácter constitutivo, sino declarativo. No adquiere la condición de refugiado en virtud del reconocimiento, sino que se le reconoce tal condición por el hecho de ser refugiado.

146. El mismo artículo 1 de la mencionada Convención de 1951, en sus incisos D, E y F, establece una serie de “causales de exclusión” que permiten no aplicar la protección de la Convención, aun cuando la persona cumpla con la definición de refugiado.

147. Dado el carácter declarativo de la determinación de la condición de refugiado, y aún con el importante rol otorgado al ACNUR en el contexto de la protección internacional, es a los propios Estados Parte en la Convención de 1951, de manera prioritaria, a los que corresponde el reconocimiento de dicha condición, a partir de procedimientos justos y eficientes destinados al efecto.

148. Una vez determinada la condición de refugiado de una persona, “ésta la conserva a no ser que quede comprendida en el supuesto de una de las cláusulas de cesación”. Dichas cláusulas se encuentran contenidas en los párrafos 1) a 6) de la sección C del artículo 1 de la Convención de 1951.

149. Estas cláusulas de cesación, además de requerir un procedimiento riguroso para ser aplicadas, “tienen carácter negativo y su enunciación es exhaustiva. Por consiguiente, deben interpretarse restrictivamente y no pueden aducirse, por analogía,

otras causas para justificar la privación de la condición de refugiado”.

150. La Corte considera que, de las anteriores disposiciones y regulaciones, se desprende que, una vez declarado por un Estado, el estatuto de refugiado protege a la persona a la cual le ha sido reconocido más allá de las fronteras de ese Estado, de modo que otros Estados en los que ingrese esa persona deben tomar en cuenta tal condición al momento de adoptar cualquier medida de carácter migratorio a su respecto y, por ende, garantizar un deber de precaución especial en la verificación de tal condición y en las medidas que pueda adoptar.

En los tres párrafos siguientes de su sentencia (151 a 153), la Corte se pronuncia sobre el principio de no devolución de los refugiados, asilados y solicitantes de ese estatuto.

En este sentido, el Tribunal señala que estas personas tienen una modalidad específica de protección, ya que se encuentran amparadas no solo por el principio de no devolución del art. 22.8 de la Convención, sino también por el art. 22.7 y 33.1 también de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

De ello se deriva, en opinión de la Corte, que

153. (...) esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Antes de realizar una devolución, los Estados deben asegurarse que la persona que solicita asilo se encuentra en la capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes de asilo en el país a donde se le estaría expulsando. Los Estados también tienen la obligación de no devolver o expulsar a una persona que solicita asilo donde exista la posibilidad de que sufra algún riesgo de persecución o bien a uno desde donde el cual puedan ser retornados al país donde sufren dicho riesgo (la llamada “devolución indirecta”).

Ahora bien, ¿qué garantías mínimas deben respetarse para que esos procedimientos sean “justos y eficientes”?

En el párrafo 159 la Corte señala:

que, de conformidad con las garantías establecidas en los arts. 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales aplicables, que, en casos como el presente, implican las siguientes obligaciones para los Estados:

- a. deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR;
- b. la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal;
- c. las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa;
- d. con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad;
- e. si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre cómo recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y
- f. el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos y debe permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente adopte la decisión del caso, e inclusive mientras esté pendiente el medio de impugnación, a menos que se demuestre que la solicitud es manifiestamente infundada.

Si bien la Corte ha sido bastante clara respecto de las garantías aplicables, subsisten, empero, algunos interrogantes:

- a. ¿Qué significa la expresión “así como, en su caso” al referirse al acceso a la asesoría o representación legal? ¿Significa que el Estado no debe en todos los casos facilitar el acceso a la asesoría y representación legal? Y si no es en todos los casos, ¿en cuáles? ¿O significa que el derecho a la asesoría y representación legal está disponible para el solicitante y este puede optar por ejercerlo o no? Y más aún, ¿es lo mismo “asesoría legal” que “representación legal”? ¿El Estado cumple con las garantías mínimas si ofrece una asesoría legal mínima? ¿o debe ofrecer una representación legal? En ese caso, ¿qué características debe reunir esa representación legal?
- b. La autoridad ante la cual se solicita el reconocimiento del estatuto de refugiado, además de ser competente y estar claramente identificada, ¿debe ser independiente e imparcial?
- c. ¿Cómo opera la garantía del plazo razonable, contenida en el art. 8.1 de la Convención, en los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado? ¿Existe un plazo mínimo de los procedimientos que asegure un completo análisis de la solicitud por parte de las autoridades competentes?
- d. ¿Cómo opera el derecho del solicitante a la concesión del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa, consagrado en el art. 8. 2 c) de la Convención, especialmente en los “procedimientos para peticiones manifiestamente infundadas o abusivas”?
- e. ¿Por qué motivo, si se demuestra que la “solicitud es manifiestamente infundada”, no habría de permitirse al solicitante que permanezca en el país hasta que la autoridad competente decida sobre el recurso de revisión o apelación que interpuso? ¿Quién y cómo revisaría, en ese caso, la validez de la determinación del carácter “manifiestamente infundado” de la solicitud? ¿No se contradice esto con lo señalado por la Corte en el párrafo 172 de la sentencia, al señalar que “aún en esos procedimientos deben (...) posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión”?
- f. ¿Las mismas garantías mínimas deben regir en los procedimientos de cesación, revocación y cancelación del estatuto de refugiado?

Párrafo aparte merece la consideración del **derecho a la protección judicial** (art. 25 de la Convención) efectuado por la Corte en el párrafo 160 de su sentencia.

En opinión de la Corte:

... independientemente de la posibilidad de revisión, en el marco del derecho a la protección judicial consagrado en el art. 25 de la Convención Americana, y según las regulaciones

propias del ordenamiento jurídico de cada Estado, pueden existir determinados acciones o recursos de carácter judicial, por ejemplo de amparo o de *habeas corpus*, que sean rápidos, adecuados y efectivos para cuestionar la posible violación de los derechos reconocidos en los artículos 22.7 y 22.8 de la Convención, o en la Constitución y en la ley de cada Estado.

En esos términos, tales recursos pueden ser, en determinadas circunstancias, efectivos para remediar parcial o totalmente la situación violatoria y, en su caso, para reconducir los procedimientos administrativos, lo cual corresponderá ser evaluado en cada caso.

5 | El derecho a la integridad personal

Respecto del derecho a la integridad personal, la Corte entendió que:

206. En el presente caso no ha sido probado que miembros de la familia Pacheco Tineo hayan sido sometidos a actos o tratos crueles, inhumanos o degradantes el día 20 de febrero de 2001 o cuando fueron detenidos y trasladados a la frontera entre Bolivia y Perú el día 24 del mismo mes. Sin embargo, en circunstancias en que no encontraron el apoyo que buscaban de las autoridades bolivianas, es lógico que la retención de su documentación, así como la detención ilegal y arbitraria de la señora Tineo Godos, generaron sentimientos de zozobra, frustración y ansiedad en los miembros de su familia, en particular del señor Pacheco Osco, quienes estuvieron en una situación de grave incertidumbre y preocupación por lo que les podría suceder. Además, según fue establecido en el capítulo anterior, las presuntas víctimas no recibieron información alguna por parte de las autoridades respecto de sus trámites, por lo que debieron enfrentar todas las violaciones del debido proceso en relación con el procedimiento de expulsión abierto en su contra y el rechazo de su solicitud de asilo.

207. (...) la Corte considera que la zozobra, el temor y la desprotección provocada por los hechos descritos constituyeron una violación a la integridad psíquica y moral de los miembros de la familia Pacheco Tineo.

En consecuencia, la “zozobra, el temor y la desprotección” derivadas, en parte, de la falta de información respecto de la consecución de los trámites de asilo y migratorios pueden constituir una violación al derecho a la integridad personal de las personas involucradas en dichos procedimientos.

6 | El derecho de los niños, niñas y adolescentes y de la familia a la protección especial

Con relación al derecho de los niños, niñas y adolescentes a la protección especial, en los párrafos 209 al 220 de su sentencia, la Corte reprodujo su jurisprudencia previa sobre el art. 19 de la Convención para delimitar luego la cuestión planteada en el caso, esto es, definir si correspondía o no haber escuchado a los niños en el procedimiento de solicitud de asilo presentada por sus padres y en el marco del proceso de expulsión de la familia Pacheco en su calidad de extranjeros en situación irregular.

En opinión de la Corte:

223. (...) el derecho de los niños a expresar sus opiniones y participar de una manera significativa es también importante en el contexto de los procedimientos de asilo, cuyos alcances pueden depender de si el niño o niña es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado o no y/o separado de sus padres o de las personas encargadas de su cuidado.

224. Por un lado, cuando el solicitante de la condición de refugiado es una niña o un niño, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño. Así, cuando son solicitantes, los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo

este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente. Sin embargo, esas no son las situaciones que se han planteado en el presente caso.

225. Por otro lado, en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar. En ese procedimiento de determinación de la condición de refugiado, los familiares del solicitante pueden eventualmente ser escuchados, incluso si entre los mismos hay niños o niñas. En cada caso corresponde a las autoridades evaluar la necesidad de escucharlos, en función de lo planteado en la solicitud. En este caso, si bien el niño Juan Ricardo tenía un año de edad, las niñas Frida Edith y Juana Guadalupe pudieron haber sido escuchadas por las autoridades en relación con la solicitud presentada por sus padres.

226. En cuanto al segundo aspecto, en lo que se refiere al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recuerda la relación intrínseca existente entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niños y niñas. En ese sentido, el Tribunal ha estimado que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la Convención, conlleva que el Estado está obligado no solo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ende, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.

227. Además, la separación de niños y niñas de sus padres, pueden en ciertos contextos poner en riesgo la supervivencia y desarrollo de los mismos, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención y en

el artículo 6 de la Convención sobre Derechos del Niño, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niños y niñas, pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. Además, la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados.

228. En atención a los criterios señalados, la Corte considera que en este caso los niños tenían el derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y la de sus padres. En ese sentido, la Corte advierte que Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. De esta forma, independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión. Sin embargo, no consta en ninguna de las decisiones de la Fiscalía o del SENAMIG que se tomara en cuenta, así fuera mínimamente, el interés de los niños. Es decir, el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos y contra el sentido del artículo 19 de la Convención Americana.

Seguramente la Corte tendrá oportunidad de profundizar aún más su análisis sobre este punto al momento de emitir su opinión consultiva sobre niñez migrante (OC 21), solicitada por los Estados del Mercosur.

7 | La decisión de la Corte en el caso

En su sentencia, la Corte, rechazó las excepciones preliminares interpuestas por unanimidad. Declaró que el Estado Plurinacional de Bolivia violó los derechos consagrados en los arts. 22.7, 22.8, 8, 25, 5.2, 19 y 17 en relación con el art. 1.1 de la Convención y ordenó, como reparaciones, que se realizaran publicaciones de la sentencia, se implementaran programas permanentes de capacitación dirigidos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y Comisión Nacional de Refugiados, así como a otros funcionarios que en razón de sus funciones tengan contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo, se repararan los daños materiales e inmateriales y se reintegraran los fondos al Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

8 | ¿Puede la Corte IDH revisar las decisiones de los Estados partes de la Convención relativas al estatuto de los refugiados o a la aplicación del principio de no devolución?

Existen posturas doctrinarias que advierten que, en lo que al asilo se refiere, su alcurnia de "derecho humano" está limitada a su aspecto de "búsqueda", lo cual estaría corroborado por el hecho de que al discutirse la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, los Estados procuraron no consagrar "el derecho al refugio".⁽⁵⁾

.....

(5) GARRETÓN, R., "Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención", *10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional*, San José, ACNUR/IDH, 1995, p. 218.

Según esta doctrina, no existiría obligación de reconocer como refugiado a quien lo solicite,⁽⁶⁾ sino que la exigencia que se le impone al Estado radicaría únicamente en oír la solicitud, reservándose la potestad discrecional de reconocer la condición de refugiado y otorgarle a la persona el permiso de permanecer en su territorio. En una línea similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reiteró que “el derecho al refugio” no es un derecho como tal consagrado en el Convenio Europeo ni en sus Protocolos.⁽⁷⁾

En sentido contrario, toda vez que el art. 22.7 de la Convención Americana reconoce el derecho de “buscar y recibir asilo”,⁽⁸⁾ podría argumentarse que los Estados partes de dicho instrumento están obligados a oír toda solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado que se formule ante sus autoridades, en observancia de las normas del debido proceso, y que, corroborados efectivamente los elementos de la definición de refugiado contenida en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, en el Protocolo de Nueva York de 1967 o en aquella/s que el ordenamiento jurídico de ese país establezca, **deben reconocer a la persona como tal y permitirle la estancia en su territorio.**

Del mismo modo, siendo un derecho humano reconocido en la propia Convención, una decisión errónea de un Estado, independientemente de que haya respetado las garantías del debido proceso, sería susceptible de ser revisada por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La Corte parece haberse inclinado por una postura intermedia, ya que al tiempo que reconoció la existencia de un derecho autónomo en la Convención de “buscar y recibir asilo”, estableció que la decisión recae en los Estados y, siempre que se respeten las garantías del debido proceso, ella no sería revisable por los órganos del sistema.

(6) O'NIONS, HELEN, “The Erosion of the Right to Seek Asylum”, en *Web Journal of Current Legal Issues*, Año 2006, n° 2, [en línea] <http://webjcli.ncl.ac.uk/2006/issue2/onions2.html>

(7) TEDH, *Sufi y Elmi c. Reino Unido*, 28/06/2011, párr. 212; TEDH, *Iskandarov c. Rusia*, 23/09/2010, párr. 124; TEDH, *Vilvarajah y otros c. Reino Unido*, 30/10/1991, párr. 102.

(8) El resaltado me pertenece.

En palabras del Tribunal:

161. (...) la Corte considera oportuno aclarar, desde el inicio del análisis, que no le corresponde hacer la determinación de la procedencia formal o material de la solicitud de asilo presentada por la familia Pacheco Tineo, lo cual era competencia de las autoridades internas. El análisis que corresponde a los órganos del sistema interamericano es determinar si las actuaciones de esas autoridades nacionales, que estaban llamadas a hacer ese análisis o determinación, fueron compatibles con la Convención Americana.

168. En todo caso, no corresponde al Tribunal evaluar si la solicitud de determinación de estatuto de refugiado cumplía o no con determinados requisitos formales, según criterios normativos o procedimentales nacionales o internacionales, pues esa evaluación correspondía hacerla, en su momento, a las autoridades nacionales, en este caso la CONARE.

170. No corresponde a la Corte entrar a considerar si la familia Pacheco Tineo se encontraba, en efecto, en riesgo de violación a los derechos a la vida o libertad personal en el Estado peruano a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas, en los términos del artículo 1. A de la Convención de 1951. Esa evaluación correspondía a la CONARE y no consta que este órgano la haya realizado, ni fue el fundamento de su decisión.

176. La Corte considera que no le corresponde determinar la voluntariedad de la declaración de repatriación voluntaria o los elementos que configurarían una llamada "repatriación inducida", ni si ésta efectivamente operó.

La Corte reitera que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el art. 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías.

¿Constituye esta decisión de la Corte una vuelta a la doctrina de la cuarta instancia? ¿Está reconociendo la Corte un margen de discreción a las autoridades nacionales en esta materia? ¿Qué sucedería si un Estado, aun

respetando todas y cada una de las garantías del debido proceso, realiza una determinación sustancialmente errónea sobre el reconocimiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación del estatuto de refugiado o sobre la aplicación del principio de no devolución? ¿No podría acudir a los órganos del sistema una persona que alega la disconformidad con la decisión estatal? ¿Quién sería el intérprete último del contenido de los arts. 22.7 y 22.8 de la Convención?

Por otra parte, la Corte indicó que no le correspondía decidir si la repatriación de la familia Pacheco Tineo había sido “voluntaria” o “inducida” —como habían señalado los representantes de las presuntas víctimas—, así perdió la oportunidad de expresar, por la vía de ese análisis, cuáles son las obligaciones de los Estados partes de la Convención sobre el derecho a la vida digna y los derechos económicos, sociales y culturales de las personas refugiadas y solicitantes de asilo.

9 | Las asignaturas pendientes en Argentina a la luz de la sentencia

En primer lugar, corresponde recordar que es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial el ejercicio del llamado control de convencionalidad”,⁽⁹⁾ según el cual las autoridades deben velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.⁽¹⁰⁾

En virtud de ello, para cumplir cabalmente con los estándares establecidos por la Corte en esta sentencia, correspondería:

- I. Adecuar los procedimientos de determinación, cesación, cancelación y revocación del estatuto del refugiado a fin de garantizar que:
 - a. la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE) y las delegaciones de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM) provean los servicios de un intérprete calificado en todos los casos en que ello resulte necesario,

(9) CORTE IDH, Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones), sentencia de 24/02/2011, Serie C N° 221, párr. 239.

(10) CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas), sentencia de 26/09/2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

- evitando transferir esa responsabilidad al solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado;
- b. la autoridad competente para resolver el recurso jerárquico interpuesto contra la decisión denegatoria de la CONARE, esto es, el Ministro del Interior, revise integralmente los hechos, las pruebas, los argumentos de las partes y la decisión de la CONARE en el caso y emita una resolución fundada, cumpliendo así con el deber de motivación y con el derecho de recurrir del fallo;
 - c. se escuche a los niños, niñas y adolescentes acompañados en todos los casos en que ello resulte posible en función de su edad;
 - d. cuando los solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado sean niños, niñas y adolescentes, acompañados o no, la resolución que se adopte en el caso atienda siempre a realizar su interés superior.
2. Adecuar los procedimientos de expulsión, de denegación de entrada y de rechazo en frontera de las personas migrantes a fin de garantizar que:
- a. se escuche a las personas migrantes antes del dictado en su contra de una orden de expulsión, denegación de entrada o rechazo en frontera;
 - b. se informe adecuadamente a las personas migrantes sometidas a un procedimiento de expulsión, de denegación de entrada o de rechazo en frontera sobre sus derechos y obligaciones durante los procedimientos, en particular el derecho a contar con asistencia consular y con la representación legal gratuita que brinda la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación;
 - c. cuando la expulsión, la denegación de entrada o el rechazo en frontera pueda afectar los derechos a la vida privada y familiar de la persona migrante, la Dirección Nacional de Migraciones realice la ponderación de los bienes en juego que justifiquen la legitimidad, la necesidad en una sociedad democrática y la proporcionalidad de la medida;
 - d. cuando la expulsión, la denegación de entrada o el rechazo en frontera pueda afectar a niños, niñas y adolescentes, que estos sean oídos, que se tengan en cuenta sus intereses que se le dé intervención al Sr. Defensor de Menores e Incapaces y que se adopten las decisiones teniendo en cuenta su interés superior;
 - e. se analice en las órdenes de expulsión, de denegación de entrada o de rechazo en frontera de la posible aplicación del principio de *non-refoulement* (no devolución);
 - f. se satisfaga en todos los casos el deber motivación suficiente en las órdenes de expulsión, de denegación de entrada y de rechazo en frontera y en las disposiciones que resuelven los recursos de reconsideración, jerárquicos y de alzada interpuestos contra aquellas;
 - g. se proteja siempre la unidad familiar.

10 | Conclusiones

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia” constituye un hito histórico en la protección de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes de asilo y en la salvaguarda del principio de no devolución en los Estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien la decisión del Tribunal deja algunos interrogantes abiertos a la discusión, constituye una base muy sólida para exigir que los Estados de la región —incluida la Argentina— adecúen sin demora sus procedimientos de determinación, cesación, cancelación y revocación de la condición de refugiado y de expulsión, denegación de entrada y rechazo en frontera de las personas migrantes para así cumplir con los estándares establecidos por la Corte.

Siendo que este año se conmemoran los 30 años de la adopción de la Declaración de Cartagena sobre protección de los refugiados, difícilmente pueda haber una oportunidad más propicia para avanzar seriamente hacia la consolidación y ampliación de un espacio humanitario en la región, fundado en el respeto del principio de igualdad y no discriminación y en el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas migrantes, refugiadas y solicitantes de asilo.

Desaparición forzada de personas

Deber de debida diligencia. Admisibilidad y competencia del tribunal

CORTE IDH, "CASO OSORIO RIVERA y FAMILIARES vs. PERÚ"
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS),
SENTENCIA de 26 de NOVIEMBRE de 2013, SERIE C N° 274

por **GLORIA CANO LEGUA**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

La desaparición forzada de personas ha sido una práctica violatoria de derechos humanos utilizada por miembros del Estado peruano como parte de las estrategias aplicadas para contrarrestar las acciones subversivas de los grupos alzados en armas desde mayo de 1980. Masiva o selectiva, esta práctica se tornó una constante en los diversos periodos del conflicto y la más perversa por su carácter continuo o permanente ante la negativa —aun hoy— de dar a conocer el paradero de las víctimas.

.....

(1) Abogada, con estudios de Maestría en Derecho Constitucional. Directora Ejecutiva de la Asociación Pro Derechos Humanos de Perú. Ha representado a las víctimas de diversos casos ante el Sistema Interamericano, entre los que se encuentra el que aquí se comenta.

Integrantes, simpatizantes o simplemente allegados a los grupos armados eran detenidos sin que se diera a conocer su paradero. Indígenas, campesinos, estudiantes, profesores, líderes sindicales o barriales eran considerados sospechosos y la desaparición forzada se tornaba en un destino común.

Recientemente, el 26 de noviembre del 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha tenido una nueva oportunidad de pronunciarse sobre un caso de desaparición forzada contra el Estado de Perú, al emitir sentencia por la desaparición forzada de Jeremías Osorio Rivera, hecho ocurrido en la localidad Cajatambo, sierra del departamento de Lima, que data del año 1991 luego de su detención, el 28 de abril de ese año, por una patrulla militar del ejército peruano, desconociéndose hasta el momento el paradero de la víctima y ocasionando una interminable angustia y dolor para sus familiares.

El caso reviste características similares a muchos otros casos de desaparición forzada ocurridos durante el conflicto armado interno peruano: detención de la víctima, el sometimiento a tortura, tratos crueles e inhumanos, negativa a dar información sobre su paradero, ampararse en una supuesta liberación de la víctima.

No es el primero ni el único caso sobre desaparición forzada que ese alto tribunal ha conocido contra el Estado peruano. Desde el caso Gómez Palomino en adelante, la Corte IDH ha reiterado en sus sentencias la necesidad que el Perú cumpla con la adecuación de la legislación a los estándares interamericanos, dado que en la legislación el tipo penal de desaparición forzada requiere que la "desaparición sea debidamente comprobada",⁽²⁾ lo cual genera que las instancias judiciales internas requieran de prueba documental sobre la existencia de una orden de desaparición, garantizando así la impunidad de los perpetradores.

En el caso recientemente resuelto por la Corte IDH, la víctima, el joven agricultor Jeremías Osorio, fue detenido a fines del mes de abril de 1991 en la localidad de Nunumia por una patrulla del Ejército proveniente de la

(2) "El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años e inhabilitación, conf. al art. 36 incs. 1° y 2°", (Código Penal peruano, art. 321).

base militar de Cajatambo, la misma que venía ejecutando un plan operativo denominado "Palmira".

Osorio fue detenido por una presunta posesión de arma de fuego y explosivos, mediando una supuesta orden de captura proveniente del Poder Judicial por la comisión del delito de terrorismo, y se lo mantuvo a aislado, esposado y impidiéndole a su familia tanto verlo como darle alimentos.

Asimismo, su familia y pobladores de Nunumia fueron testigos de cómo fue retirado del lugar donde se lo mantenía detenido subido a un caballo, con las manos atadas a la espalda y la cabeza cubierta, partiendo luego con dirección a la base militar de Cajatambo. Un comunero que siguió a la patrulla a fin que le devolvieran sus caballos pudo observar a Osorio maltratado y pudo alcanzarle un poco de agua antes que le exigieran retirarse llevándose con él sus caballos. Esa fue la última vez que se vio a la víctima. La familia se acercó al día siguiente a la base militar de Cajatambo sin que se le diera razón de su paradero, para luego escudarse en una supuesta libertad otorgada a través de un documento sin membrete ni firma de oficial responsable. Solo consta allí una firma y una huella digital que, según el peritaje, no corresponde a Osorio.

La Corte IDH ha referido, en múltiples sentencias, la obligación que tienen los Estados de adecuar sus estructuras y procesos a fin de garantizar el respeto a los derechos consagrados, así como una efectiva investigación y sanción a los responsables de la violación de estos derechos. Sin embargo, en Perú, persisten situaciones de impunidad de hechos concernientes a la época de la violencia política, como es el caso de Osorio. A pesar de vivir en un contexto democrático, los órganos de justicia nacionales no han respondido de manera adecuada a su obligación de investigar procesar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, incumpliendo con su deber de debida diligencia.

Las acciones y omisiones del Estado en el cumplimiento de esta obligación no pueden estar exentas del análisis del sistema interamericano, en especial de la Corte IDH, ante un proceso puesto a su conocimiento y competencia. En ese sentido, llamó mucho la atención la posición de la representación del Estado, que no marca un antes y después de la vuelta a la democracia, pues los argumentos que esgrimió en el caso son similares a los de la época de la dictadura de Alberto Fujimori: inexistencia de

casos de desaparición forzada, amparo en la legislación interna. Para el Estado peruano la desaparición de Jeremías Osorio es un hecho voluntario o causado por otros actores y no por agentes del estado, justifican la inadecuada actuación del aparato judicial quien hasta el momento no ha sancionado a los responsables de este hecho.

2 | Las excepciones preliminares

El Estado peruano trató de evitar que la Corte IDH se pronunciara sobre el fondo del caso presentado excepciones preliminares, como la del presunto incumplimiento del plazo de seis meses para la presentación de la petición inicial argumentando falta de competencia *rationi temporis*. La pretensión del estado mediante este planteo era que la Corte IDH realizara un “control de legalidad”⁽³⁾ de la decisión de la CIDH sobre la admisibilidad de la petición. Para este pedido, el Estado varió nuevamente su argumentación respecto de lo expresado ante la CIDH, que había sido la falta de agotamiento de recursos internos, variación de argumentos contrario al principio de *estoppel*.

Asimismo, el Estado pretendía que la Corte IDH se apartara de su constante jurisprudencia y diera valor a la actuación en el fuero militar peruano como una instancia que cumpliría con los estándares de imparcialidad, objetividad e independencia, pese a que en casos anteriores procedentes del Perú la Corte IDH ya había advertido sobre la falta de idoneidad de este fuero para investigar hechos que constituyen violación a derechos humanos.

Ante este argumento, la Corte señaló que no había razones para apartarse de lo resuelto por la CIDH al discutir la admisibilidad,⁽⁴⁾ donde se consideró que el proceso abierto en el fuero militar “no constituyó un recurso efectivo”,⁽⁵⁾ investigaciones que se encontraban abiertas en el fuero ordinario especializado y concluyó, en los términos del art. 46.2.c)

(3) CORTE IDH, “Caso Osorio Rivera y familiares vs Perú” (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26/11/2013, párr. 16.

(4) CORTE IDH, “Caso Osorio Rivera y familiares vs Perú”, fallo cit., párr. 23.

(5) CIDH, Informe N° 76/10, petición 11.845, Admisibilidad, “Jeremías Osorio Rivera y otros vs. Perú”, 12/07/2010.

de la Convención, la existencia de un retardo injustificado en la decisión. En este sentido, dado que las excepciones del art. 46.2 no requieren del agotamiento de los recursos internos,⁽⁶⁾ la exigencia del plazo de los seis meses no es aplicable en esos supuestos.

La segunda excepción planteada por el Estado alegaba la falta de competencia *ratione temporis* de la Corte IDH respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Esta excepción llamó mucho la atención por el posible desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH o la absurda pretensión que se variara esta jurisprudencia con respecto a que la desaparición forzada tiene un carácter permanente mientras no se establezca el paradero de la víctima. Es más, el Estado pretendió utilizar esta excepción para discutir el si existió o no una desaparición forzada.

La Corte IDH, como lo hizo en otras sentencias, aclaró que el declararse competente para conocer en un caso de desaparición forzada ocurrido antes de la entrada en vigor del instrumento interamericano sobre la cuestión no viola el principio de irretroactividad. Dicho instrumento obliga a los Estados partes a cumplir las obligaciones contraídas de buena fe a partir de su entrada en vigor, pero se debe distinguir entre los “actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente”, siendo que estos últimos “se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”,⁽⁷⁾ de tal manera que si el hecho violatorio sigue produciendo efectos por su carácter permanente genera obligaciones al Estado parte: en el presente caso, el Estado peruano.

En la medida que “el factor relevante para que cese una desaparición forzada es la determinación del paradero de la víctima o la identificación de sus restos y no la presunción de su fallecimiento”,⁽⁸⁾ la Corte IDH reafirmó así su competencia para el presente caso. Sostener lo contrario equivaldría a privar del efecto útil al mismo tratado y a la garantía de protección que dicho instrumento establece, con consecuencias negativas para las

(6) CORTE IDH, “Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú”, fallo cit., párr. 24.

(7) CORTE IDH, “Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú”, fallo cit., párr. 30.

(8) CORTE IDH, “Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú”, fallo cit., párr. 31.

presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia. Así, la Corte IDH desestimó la pretensión del Estado peruano de evaluar el fondo del asunto en una excepción.

Para la representación de la víctima, el pronunciamiento de la Corte IDH era crucial por la actual situación de retroceso en materia de acceso a la justicia que viven las víctimas del conflicto armado interno. Como bien lo ha anotado ese tribunal al desarrollar el contexto en que se dieron los hechos, en el Perú se vivió un período de violencia política desde mayo de 1980 hasta el año 2000, cargado de acciones de grupos subversivos levantados en armas y de una estrategia contra-subversiva del Estado que ocasionó miles de víctimas entre ejecutados, torturados y desaparecidos, contexto que ha sido reconocido por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, cuyo informe se hizo público en el año 2003.

Jeremías Osorio fue una de esas víctimas. Desapareció luego de la intervención de una patrulla militar, hecho similar a otros perpetrados por parte de las fuerzas de seguridad de Perú, conforme a los patrones y *modus operandi* identificados por la Comisión de la Verdad, y que dan cuenta de cómo se llevaron a cabo las diversas estrategias anti-subversivas. A partir de 1989, incluyendo el año en que se produjo la desaparición de Jeremías Osorio, la desaparición forzada se hizo más selectiva, lo que no implicaba que dejara de ser sistemática.

Como lo adelantó en la presentación de una de las excepciones, el Estado peruano alegó que no existía certeza de la desaparición forzada de Jeremías Osorio pues argumentó que el *modus operandi* de desaparición en el año 91 no correspondía a lo ocurrido con la víctima, que Osorio no había sido un blanco seleccionado previamente y, por ello, no podría haber sido parte de la sistematicidad de actos que la Comisión de la Verdad delimitó para la fecha en que ocurrieron los hechos.

A su vez, la representación del Estado presentó una constancia de libertad —cuestionada en el fuero interno por los propios peritos del Ministerio Público—, y la declaración de dos “testigos directos” de la supuesta liberación de Jeremías Osorio. Uno de estos testigos, Simeon Retuerto Roque, al ser interrogado en el estrado, señaló que en el año 2008 se enteró de la desaparición de Osorio en una conversación que tuvo con el teniente “Conan”, quien fue el único procesado en el fuero interno por

este hecho y que, en esa fecha, recordó que él había visto a Osorio abandonar la base militar de Cajatambo el 1° de mayo de 1991 a las 7 de la mañana.

El otro testigo, Carlos Martínez García, señaló que pudo observar la salida de una persona, a quien describió como Jeremías Osorio, pero que no prestó atención. Ambas declaraciones son extremadamente dudosas y contradictorias, realizadas a petición del principal imputado por estos hechos.

En cuanto a la constancia de libertad, la Corte IDH se pronunció indicando que "considera oportuno hacer notar que, tanto en el Perú como en otros países en que se han producido desapariciones forzadas, existe información respecto a que las autoridades informan haber puesto en libertad a la persona que se alega desaparecida como una práctica para ocultar la verdadera suerte o paradero de la persona que ha sido detenida".

Efectivamente, la Comisión de la Verdad y Reconciliación dio cuenta de hechos similares en su informe, ocurridos en diversas zonas del país, destinados a encubrir las situación de "desaparecido" de las personas detenidas.

3 | Sobre la desaparición forzada

La Corte IDH reiteró en su fallo que la privación de la libertad con la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos, y la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada son los elementos constitutivos de la desaparición forzada, hecho que tiene carácter continuo o permanente y que sigue produciendo efectos hasta que el cuerpo de la víctima sea hallado.

La desaparición forzada viola una serie de derechos de la persona humana que tienen carácter inderogable. Es pluriofensiva porque viola el derecho a la libertad, a la prohibición de ser sometido a tortura, a tratos crueles e inhumanos, y el derecho a la vida. Por su parte, los Estados tienen como obligación respetar y garantizar los derechos consagrados en diversos instrumentos internacionales y no pueden practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas. Deben prevenir su comisión y deben investigar

seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

Pero, a su vez, la desaparición forzada también es contraria al artículo 3 de la CADH, tal como lo reconoció la Corte IDH en otro caso contra Perú,⁽⁹⁾ en la medida que, al negar la privación de libertad o el paradero de la víctima, se produce la “sustracción de la protección de la ley”, o bien la vulneración de la seguridad personal y jurídica del individuo que impide directamente el reconocimiento de la personalidad jurídica.

4 | El deber de debida diligencia

A pesar de la obligación de llevar a cabo una investigación efectiva sobre los hechos, esta fue obstaculizada en diversos momentos. La falta de información sobre la identidad de las personas que integraban la base militar de Cajatambo, la intromisión del fuero militar, el ocultamiento de la verdadera identidad del único investigado ubicable, el jefe de la base militar, la falta de inspección de la base militar, a pesar de ser requerido en múltiples ocasiones, evidenciaron la falta de debida diligencia en la realización de la investigación de los hechos.

Con estas y otras limitaciones se llevó cabo el proceso judicial interno el mismo que acabó con la absolución del único imputado autor de la detención y traslado de Jeremías Osorio, la persona que lo tenía bajo su custodia y quien tenía un deber de garantía de su integridad.

Todas estas falencias hicieron que la Corte IDH señalara que la actuación del estado en materia de investigación y juzgamiento no fueron diligentes ni efectivas, por ello el Estado está obligado por disposición de la Corte IDH a conducir eficazmente investigaciones y abrir procesos penales en relación a la desaparición forzada de Jeremías Osorio a fin de determinar la responsabilidad de todos los autores materiales e intelectuales, a quienes se les debe aplicar la sanción prevista en el ordenamiento legal. Para ello,

(9) CORTE IDH, “Caso Anzualdo Castro vs. Perú”, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 22/09/2009.

el Estado está obligado a remover los obstáculos que mantienen la impunidad, por lo que todas las autoridades están obligadas a colaborar con la recolección de la prueba, brindar al juez, fiscal, u otra autoridad judicial la información que se requiera, y abstenerse de actos que impliquen la obstrucción para la marcha del proceso investigativo. Aún más, la Corte IDH señaló que el Estado debe abstenerse de recurrir a figuras como la amnistía —así como de toda otra disposición análoga, como la prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem*, y cualquier eximente de responsabilidad— en beneficio de los autores y/o para justificar su falta de cumplimiento de su deber de debida diligencia.

5 | Sobre paradero de la víctima

El Estado, a pesar del tiempo transcurrido, no ha realizado actuación alguna tendiente a ubicación del cuerpo de la víctima. Como bien lo señala la Corte IDH, la ubicación del cuerpo permitiría “acabar con la angustia y sufrimiento de la familia causado por la incertidumbre”, pero el hallazgo del cuerpo permitiría tener información importante sobre los autores del hecho. Por ello, la Corte IDH estimó que es necesario “que el Estado efectúe una búsqueda seria por la vía judicial y administrativa adecuada, en la cual realice todos los esfuerzos para determinar el paradero de Jeremías Osorio Rivera a la mayor brevedad, la cual deberá realizarse de manera sistemática y rigurosa, contar con los recursos humanos, técnicos y científicos adecuados e idóneos”.

6 | Consideraciones finales

El fallo de la Corte IDH declara al Estado peruano responsable de la desaparición forzada de Jeremías Osorio Rivera habiendo violado derechos reconocidos por la CADH en los arts. 7° (libertad personal), 5°.1 y 5°.2 (integridad personal), 4°.1 (vida), y 3° (personalidad jurídica), en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos contenidas en el artículo 1.1 del mencionado instrumento, así como en relación con el art. I.a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Las garantías y protección judicial, derechos consagrados en los arts. 8°.1 y 25.1 de la CADH, son dos derechos que también fueron violentados por el accionar del Estado en relación con las obligaciones de respetar y garantizar

esos derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno, contenidas en los arts. 1º.1 y 2º de la misma, así como en relación con los arts. I.b) y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Jeremías Osorio Rivera y de sus familiares, quienes a su vez fueron víctimas de la violación del derecho a la integridad personal reconocido por el art. 5º.1 de la CADH en relación con la obligación de respetar, contenida en el art. 1º.1 de dicho instrumento.

La sentencia emitida por la Corte IDH es, de por sí, reparadora, en la medida que establece la responsabilidad del Estado y reconoce la lucha de la familia contra la impunidad que el Estado pretendió garantizar.

Para las familias que acuden al sistema interamericano, este representa la última esperanza de alcanzar justicia. Es necesario que, en el presente caso, el Estado cumpla con los términos de la sentencia, medida que constituye una garantía del respeto de las decisiones que adopta el sistema interamericano, así como que, internamente, no se repitan hechos similares.

Retroactividad de la ley procesal penal

Juzgamiento a través de fueros especiales. Derecho al recurso

CORTE IDH, "CASO LIAKAT ALI ALIBUX vs. SURINAME"
(EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES Y COSTAS),
SENTENCIA de 30 de ENERO de 2014, SERIE C N° 276

por **DIEGO MARTÍNEZ**⁽¹⁾

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) recientemente dictó sentencia en el "Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname",⁽²⁾ en la que declaró a dicho Estado internacionalmente responsable por la violación de los derechos a recurrir el fallo condenatorio (art. 8.2.h) y de libre circulación y residencia (art. 22) de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención).

La Corte analiza y resuelve las presuntas violaciones alegadas con criterios claros y de manera consistente con su línea jurisprudencial, sin grandes sorpresas ni aristas que sean especialmente controversiales.

.....

(1) Abogado (UBA). Coordinador de la Unidad de Transparencia Institucional de la Dirección General de Fabricaciones Militares. Docente de Régimen del Proceso Penal. Se desempeñó previamente como Director del Área Justicia de Poder Ciudadano y como Investigador en la Oficina Anticorrupción, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas en temáticas relacionadas con el control de la corrupción.

(2) CORTE IDH, "Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname", sentencia de 30/01/2014, Serie C, N° 276.

Aun así, algunos aspectos del caso merecen ser resaltados: a) la afirmación de la validez general de la aplicación retroactiva de la ley procesal penal; b) la reafirmación de la jurisprudencia que admite, bajo ciertas condiciones, el juzgamiento a través de fueros especiales; c) la consolidación de una postura que afirma de manera clara, firme y generosa el derecho a recurrir la sentencia condenatoria; d) el carácter de la reparación ordenada como consecuencia de una violación a la regla del debido proceso.

En esta nota al fallo reseñaré los hechos del caso y la solución de fondo que recibe en el Apartado 1 y luego analizaré en particular los cuatro aspectos referidos en el Apartado 2.

I | Reseña del caso

I.I | Hechos

Liakat Ali Alibux, ex ministro de finanzas de Suriname, fue acusado de cometer, en el ejercicio de su cargo, delitos relacionados con la compra-venta de un inmueble para el Ministerio de Desarrollo Regional de ese país entre junio y julio del 2000.⁽³⁾

Con posterioridad a su renuncia —la que se verificó tras la asunción de nuevas autoridades al frente del gobierno— la policía realizó, entre abril y agosto de 2001, una investigación preliminar como consecuencia de la cual el 09/08/2001 el Procurador General (en adelante, el Procurador) solicitó al Presidente de la República que Alibux fuera acusado por la Asamblea Nacional por delitos que presuntamente había cometido. El presidente hizo lugar esa petición el 15/08/2001.

Hasta allí fue seguido el procedimiento previsto, de manera esquemática y general, por el art. 140 de la Constitución de Suriname, que prevé una modalidad especial de proceso penal para los delitos cometidos por

(3) A grandes rasgos: la compra fraudulenta de un inmueble en aparente beneficio de un tercero, en base a una necesidad documentada a través de documentos falsificados —una carta de propuesta del Consejo de Ministros y un acta del Consejo de Ministros— que luego fue pagado en moneda extranjera sin que se registrara previa autorización por la Comisión de Divisas de Suriname. Ello dio lugar a dos cargos por violación de la ley, uno por fraude y uno por infracción a la ley cambiaria.

funcionarios públicos en ejercicio de su cargo: juzgamiento por la máxima autoridad judicial del país (Alta Corte de Justicia), en base al proceso iniciado por el Procurador una vez verificada la previa acusación por el órgano legislativo (Asamblea Nacional).⁽⁴⁾

El 18/10/2001, con posterioridad, tanto a la ocurrencia de los hechos como al inicio de las actuaciones contra Alibux, se adoptó la Ley sobre Acusación de Funcionarios con Cargos Políticos (en adelante, LAFCP), reglamentaria de dicho artículo constitucional.

Esta ley delimitó el rango de funcionarios alcanzados por el procedimiento especial⁽⁵⁾ y precisó el procedimiento sin modificarlo en ningún aspecto esencial.⁽⁶⁾ Aclaró, además, el tipo de evaluación que realizaría la Asamblea, la que no se relacionaría con el significado delictivo de los hechos enjuiciados, sino con el carácter de “interés público” del “procesamiento”, desde una perspectiva “política y administrativa”.

Tras la aprobación de la ley —y a solicitud de la propia Asamblea Nacional al comunicarle esa circunstancia— el Procurador realizó una nueva solicitud, la Asamblea la aceptó y el 28/01/2002 se inició formalmente el proceso penal contra Alibux.

Mientras tramitaba el proceso, en enero de 2003 se le impidió la salida del país por orden de la fiscalía actuante. Después de una nueva investigación preliminar, Alibux fue juzgado en única instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y condenado en noviembre de 2003, por uno de los cargos de falsificación, a un año de detención y tres años de inhabilitación.⁽⁷⁾

.....

(4) La Constitución no fijaba plazos para cada uno de estos pasos procesales, no distinguía con precisión el rango de funcionarios a los que resultaba aplicable este fuero especial ni especificaba el carácter de la intervención de la Asamblea Nacional. Se limitaba a afirmar que una ley **podía** distinguir con mayor precisión qué altos funcionarios serían alcanzados por esta modalidad de juzgamiento.

(5) La Constitución hacía referencia genérica a “miembros de los Altos Consejos de Estado”.

(6) Solicitud del Procurador General a la Asamblea Nacional, con la posibilidad de esta de realizar investigaciones y oír al funcionario, con un plazo de 90 días para resolver, y una nueva intervención del Procurador y Jurisdicción de la Alta Corte en única instancia.

(7) La Alta Corte de Justicia manifestó que carecía de competencia para pronunciarse respecto de los restantes delitos de falsificación, fraude y violación de la Ley de Cambio de Moneda Extranjera.

A la fecha de la condena, el régimen jurídico no proveía ningún recurso impugnatorio. Cumplió en prisión efectiva unos seis meses de condena y más tarde se benefició con un indulto.

El 27/08/2007 se reformó la LAFCP y se estableció un recurso de apelación. Los funcionarios serían juzgados en primera instancia por tres jueces de la Alta Corte de Justicia y el recurso sería tratado por entre cinco y nueve jueces del mismo órgano. Se estableció como cláusula transitoria un plazo de 3 meses para que todas las personas que habían sido condenadas con anterioridad a la reforma pudieran apelar sus sentencias.

Alibux, quien para esa fecha ya había encarrilado su petición ante la Comisión Interamericana y respecto del cual ya se habían agotado los efectos de la condena impuesta, no interpuso dicho recurso.

1.2 | Decisión de la Corte

Antes de ingresar en el análisis de las cuestiones de mayor interés puede darse cuenta sumariamente del contenido de la decisión adoptada por la Corte:

- **Las excepciones preliminares interpuestas por el Estado en relación a la falta de agotamiento de los recursos internos fueron rechazadas.** Aun cuando Alibux presentó su petición a la Comisión antes de la sentencia definitiva y más tarde no interpuso el recurso de apelación creado con posterioridad a la condena, la Corte tomó en cuenta que al momento de la petición el recurso no existía y, debido a esa misma inexistencia, concluyó que para darle trámite no era necesario esperar el dictado de una condena irrecurrible.
- **La aplicación al caso de la LAFCP no violó el principio de legalidad.** Este no se aplica a normas que regulan el procedimiento a menos que tengan impacto en la tipificación o la aplicación de la pena. La Corte entendió que la LAFCP no poseía tal impacto.
- **Se violó el derecho a recurrir el fallo condenatorio.** Aun tratándose de una sentencia dictada por la máxima autoridad jurisdiccional del país, el Estado debía organizarse de tal modo que permitiera la revisión íntegra de la decisión por jueces distintos a los que la adoptaron.
- **No se violó el derecho a la protección judicial de manera autónoma.** Amén de lo ya declarado sobre la vulneración del derecho al recurso, la Corte tomó en consideración el efectivo tratamiento dado por la Alta Corte de Suriname a los puntos llevados a su conocimiento por los representantes de Alibux.

- **Se violó el derecho a la libre circulación.** La prohibición de salida del país que se impuso a Alibux durante el proceso no se fundamentó en una regulación clara y precisa que determinara la legalidad de la restricción.
- **No se ordenó la anulación o revisión de la decisión adoptada.** La Corte determinó que no procedía ordenar al Estado dejar sin efectos el proceso penal y la pena impuesta. Consideró que la sentencia constituía *per se* una forma de reparación. Ordenó su publicación al Estado, pagos por daño inmaterial y reintegro de costas, y estableció que supervisaría el cumplimiento íntegro de esta sentencia.

2 | Aspectos a destacar

Reseñada de modo general esta decisión, me ocuparé de comentar los cuatro aspectos que merecen una atención destacada:

2.1 | Principio de legalidad y aplicación en el tiempo de la ley procesal penal

En lo que respecta a la jurisprudencia de la Corte sobre el principio de legalidad estamos, sino frente a un estándar nuevo, al menos frente a pautas complementarias de las sentadas en precedentes como “Canese”, “Baena” o “Tristán Donoso”⁽⁸⁾ alusivas al alcance y los límites de la irretroactividad de la ley penal como derivación del principio de legalidad.

Como fue enunciado arriba, Alibux fue condenado en base a actos tipificados como delitos con anterioridad a su comisión. La condena fue dictada por el tribunal previsto al efecto por la Constitución, en base a la mecánica de acusación e impulso procesal indicada por la norma máxima también con anterioridad a los hechos enjuiciados.

(8) CORTE IDH, “Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia de 28/11/2003; “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Sentencia del 31/08/2004; “Caso Tristán Donoso vs. Panamá”, sentencia de 27/01/2009; SALMÓN, ELIZABETH y BLANCO, CRISTINA, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ en el Perú, febrero de 2012, [en línea] http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/derecho_al_debido_proceso_en_jurisprudencia_de_corte_interamericana_ddhh.pdf

El procedimiento concreto en virtud del cual se realizó el juicio, sin embargo, se enmarcó en una ley dictada con posterioridad a los hechos y al inicio del proceso. Aunque esa ley no constituyó novedad alguna en relación a la autoridad que juzgaría (Alta Corte) o a la que daría impulso al proceso (Procurador) ni alteró el requisito previa acusación por la autoridad parlamentaria, sí explicitó que la intervención de esta última tenía una naturaleza **política** antes que **técnico jurídica** y fijó al respecto plazos y atribuciones.

¿Existe, entonces, un problema en términos de principio de legalidad?

La Comisión lo entendió así en su petición ante la Corte.⁽⁹⁾ Sostuvo que en el art. 140 de la Constitución Política de Suriname solo se establecieron las bases iniciales para eliminar la inmunidad de altos funcionarios, que la posibilidad real de que el Estado procesara y juzgara a un alto funcionario por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo dependía directamente de su reglamentación. Entendió que si bien la LAFCP tenía carácter procesal, no constituyó una mera modificación de reglas procesales, sino una reglamentación que permitió, por primera vez, el procesamiento penal de funcionarios, por lo que no resultaba previsible para el peticionario que el Estado pudiera ejercer su poder punitivo y, por ende, la reglamentación tuvo efectos más amplios y de carácter sustantivo en su perjuicio.

Los argumentos de la Comisión no son especialmente robustos ni bien encaminados. Es evidente, incluso en la reseña de los hechos que realiza la propia Comisión en su petición, que la reglamentación solo introduce, en relación al procedimiento, precisiones concretas, pero no tiene gravitación decisiva sobre la efectiva realización de una modalidad de enjuiciamiento que ya se encontraba delineada con anterioridad a su sanción y que, como más tarde consiguió demostrar Suriname ante la Corte, sí había dado lugar a la existencia de juzgamiento de funcionarios con anterioridad a la sanción de la LAFCP.⁽¹⁰⁾ Para colmo, la Corte se vio obligada a señalar que la Comisión, para sostener su posición, desvirtuó el sentido

(9) CIDH, Informe 101/2011, Caso 12.608, Liakat Ali Alibux Surinam, 22/07/2011, [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.608FondoEsp.pdf>

(10) Ello aun cuando, a juicio de la Corte, este extremo no tiene mayor trascendencia. La operatividad del procedimiento no estaba relacionada con la circunstancia fáctica de que hubiera sido empleado sino con la posibilidad de que pudiera serlo, cuando resultara procedente de acuerdo a las reglas fijadas en la Constitución.

de los precedentes del Tribunal y la jurisprudencia sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en los que intentaba apoyar su postura.⁽¹¹⁾

La Corte descartó los argumentos de la Comisión y al hacerlo precisa los contornos del principio en discusión. El criterio general contenido en el art. 9º de la Convención es que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. De lo que deriva, según la jurisprudencia constante y consistente de la Corte, la exigencia de calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos de manera preexistente a su ocurrencia.⁽¹²⁾

¿En qué medida estos criterios se extienden a las normas que regulan el procedimiento?

En principio, no se extienden y su aplicación, por el contrario, es inmediata. La Corte, amén de considerar de que la previsión del art. 9º apunta claramente a la legislación sustantiva, toma nota especialmente de que en los Estados partes de la región la tendencia conteste en lo referente a la ley procesal penal es la vigencia del principio *tempus regit actum*. Ni la aplicación hacia adelante de una norma procesal nueva está vedada ni la aplicación retroactiva de una condición procesal eventualmente más favorable a una etapa precluida es mandatoria.⁽¹³⁾

(11) Con sobriedad, pero en claro tono de reproche, señala: “es preciso señalar que, en relación con los alegatos de la Comisión, la Corte constata una interpretación disconforme de los casos enunciados por la misma, entre ellos las citas del párr. 175 del ‘Caso Ricardo Canese vs. Paraguay’, fallado por esta Corte, respecto del cual precisa que el término ‘perseguable’ no se refirió a normas que regulan el procedimiento, sino a la prohibición de aplicar de manera retroactiva disposiciones que aumenten la pena, así como conductas delictivas que al momento de los hechos no estuvieran previstas. De igual forma, las citas de la Comisión al caso ‘Del Río Prada c. España’ del TEDH, no resultan pertinentes, en razón de que en dicho supuesto la aplicación del principio de legalidad se refería al alcance de la pena y su ejecución, y no así a la regulación del procedimiento. Respecto del caso ‘David Michael Nicholas v. Australia’ del Comité de Derechos Humanos, la Corte nota que el mismo es similar al presente caso, y contrariamente a la conclusión a la que arribó la Comisión, el Comité de Derechos Humanos consideró que los elementos del delito existían previamente a los hechos y por ende eran previsibles”.

(12) SALMÓN, ELIZABETH y BLANCO, CRISTINA, *op. cit.*

(13) Aunque esto último es posible si la legislación lo habilita o resulta de una interpretación jurisprudencial de las reglas vigentes. Así sucede en una minoría de Estados miembros de entre aquellos que la Corte toma como referencia para sostener la plena vigencia del

Para la Corte, entonces, a diferencia de las normas penales sustantivas, en las que el patrón de aplicación es el momento de la comisión, en las normas procesales debe tomarse como referencia el momento en el que tiene lugar el acto procesal, de tal modo que “los actos que conforman el procedimiento se agotan de acuerdo a la etapa procesal en que se van originando y se rigen por la norma vigente que los regula”.⁽¹⁴⁾ En virtud de ello, afirma la Corte que “al ser el proceso una secuencia jurídica en constante movimiento, la aplicación de una norma que regula el procedimiento con posterioridad a la comisión de un supuesto hecho delictivo no contraviene *per se*, el principio de legalidad”.⁽¹⁵⁾

Sentado esto, la Corte identifica las únicas razones que permiten apartarse de este criterio:

- Que la regulación procesal tenga un impacto en la tipificación de acciones u omisiones.
- Que la regulación procesal tenga un impacto en la imposición de una pena más grave que la existente al momento de la perpetración del ilícito.

En estos casos, deberá entenderse que su aplicación retroactiva es violatoria del principio de legalidad, tal como se lo entiende respecto de las normas penales sustantivas.

A este respecto, tal como indica la Corte siguiendo la posición adoptada por el TEDH,⁽¹⁶⁾ importa menos la denominación formal de la disposición legislativa bajo análisis que su impacto concreto sobre el alcance de la figura delictiva o la severidad de la pena.

A la Corte le basta con estos argumentos para descartar el planteo de la Comisión y del peticionante.⁽¹⁷⁾ Los lineamientos sentados dejan abierta la pregunta sobre su posible aplicación a cambios de criterio en la jurisprudencia

.....
principio *tempus regit actum*, en los que la regla es la aplicación retroactiva de la norma más benigna sea referente a la norma sustantiva o a la norma procesal.

(14) (14) CORTE IDH, “Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, cit., párr. 69.

(15) *Ibid.*

(16) Ver TEDH, *Scoppola c. Italia*, Sentencia del 17/09/2009, párrs. 110/113.

(17) Lo resuelto por la Corte sobre este particular guarda similitud con el abordaje del TEDH en el caso *Coëme y otros c. Bélgica*, sentencia de 22/06/2000.

dencia de los tribunales que afecten *ex post* una condena.⁽¹⁸⁾ Para lo que no parece haber margen, a la luz de los argumentos desarrollados, es para una aplicación retroactiva de disposiciones procesales más beneficiosas para el imputado dictadas con posterioridad a una etapa precluida.

En principio, no es posible aventurar, a la luz de los elementos disponibles, cómo resolvería la Corte la cuestión cuando se reclamara la aplicación de una disposición procesal nueva que, respecto de una etapa pasada, podría haber tenido un impacto favorable sobre la aplicación de pena.⁽¹⁹⁾

Debe recordarse, no obstante, que, a diferencia de la irretroactividad de la ley penal más gravosa, el fundamento de la retroactividad de la norma penal más benigna es el cambio en la valoración social del hecho imputado, lo que difícilmente puede predicarse frente a cambios en la regulación procesal, ni siquiera cuando estos tienen incidencia sobre el cómputo de pena en un caso concreto. Atendiendo al desarrollo de la Corte en este caso y en otros precedentes,⁽²⁰⁾ centrado en la previsibilidad de las consecuencias para la persona imputada,⁽²¹⁾ resulta difícil suponer que la aplicación retroactiva de disposiciones procesales más beneficiosas, aun en esta particular circunstancia, puedan llegar a encontrarse amparadas por el art. 9º de la Convención.

2.2 | Fueros especiales para el juzgamiento de los funcionarios públicos

La cuestión podría pasar desapercibida. Es despachada por la Corte en un brevísimo apartado de apenas un párrafo. Citando “Barreto Leiva”, la Corte se limita a señalar que “el Estado puede establecer fueros especiales

(18) Aunque la línea argumental de la Corte hace suponer que podría resolver un caso de esa naturaleza en un sentido similar al TEDH en *Del Río Prada c. España*, sentencia de 21/10/2013.

(19) Por ejemplo, el establecimiento, con posterioridad al fallo condenatorio del Tribunal de Juicio, de mayores beneficios en términos de reducción de pena para quienes se acojan a una forma de resolución anticipada del proceso o alguna figura de “arrepentido” o similar.

(20) Especialmente los nombrados “Canese”, “Baena” y “Tristán Donoso”, ya citados.

(21) Con cita en “Canese”, la Corte señala con claridad: “la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, las personas no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este”.

para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos”,⁽²²⁾ concluyendo, en consecuencia, que la designación del Máximo Órgano de Justicia, a efectos de su enjuiciamiento penal, no es *per se* contraria al art. 8.2.

Se elige resaltarla porque, por el tono categórico con el que se resuelve la cuestión, una lectura del fallo descontextualizada de los precedentes en los que se apoya podría conducir a la conclusión de que la Corte no posee un criterio especialmente severo —orientado por la vocación de plena vigencia de la garantía de juez natural— frente a la creación discrecional de jurisdicciones especiales o *ad hoc* por los Estados partes.

Es cierto que la cuestión es traída a colación solo en relación a la posibilidad a recurrir el fallo de la Alta Corte, y que la jurisdicción especial no había sido cuestionada autónomamente por el peticionante o la Comisión. No es menor que la Corte sea la que elige dedicarle un apartado a la cuestión y que nunca ha tenido reparos para invocar el principio *iura novit curia* y extenderse en cuestiones problemáticas más allá de los planteamientos concretamente efectuados siempre que lo creyó conveniente.⁽²³⁾

Se advierte, ciertamente, que la cuestión de la autoridad especial que enjuicia no tiene aquí la gravitación dramática que exhibe en otros casos, como por ejemplo “Castillo Petruzzi”⁽²⁴⁾ y que probablemente puedan existir buenas razones para coincidir, a la postre, con la —breve— conclusión de la Corte en relación al punto.⁽²⁵⁾

Pero aun así, puesta la Corte a abordarla, la cuestión pudo haber recibido —y lo merecía— una atención más cuidadosa, al menos proporcionada a la que ha captado, **en alguna medida**, en otros casos.

(22) CORTE IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, sentencia de 17/11/2009, párr. 90.

(23) Así, por ejemplo, el “Caso Blake vs. Guatemala”, sentencia de 24/01/1998, párr. 112 y “Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia de 30/05/1999, párrafo 1160 y “Caso de la ‘Masacre de Mapiripán’ vs. Colombia”, sentencia de 15/09/2005, p. 15.

(24) En ese caso las personas fueron procesadas y condenadas a cadena perpetua por un tribunal “sin rostro”, perteneciente a la justicia militar, permaneciendo encapuchados durante el proceso y sin contacto privado con sus abogados defensores, a los cuales se les limitó en gran medida su actuación.

(25) Es decir, el caso brinda elementos para que sea posible afirmar que la prevista por la constitución y reglamentada por la LAFCP es una jurisdicción especial creada por una ley general, legítima y respetuosa del principio de juez natural.

La Corte no ha abordado frontalmente como problema en ningún caso la validez o invalidez de los fueros especiales —quizá debido a que la Convención no posee una previsión que los prohíba expresamente—, sino apenas como asunto implicado tangencialmente en el análisis de otras violaciones al debido proceso.⁽²⁶⁾ Pero sin derramar ríos de tinta, al menos ha tendido a sentar estándares básicos, cuya perduración sería deseable,⁽²⁷⁾ al abrigo de todo riesgo de lectura precipitada o descontextualizada que pudiera relajar su vigor.

La procedencia o no del juzgamiento de un hecho a través de una jurisdicción especial está íntimamente ligada con la correcta inteligencia de las garantías de juez natural (art. 7°), debido proceso (art. 8°), e igualdad ante la ley (art. 24).⁽²⁸⁾

Conviene recordar entonces que, más allá de lo dicho en este caso, el estándar vigente en la Jurisprudencia de la Corte es que el principio es el derecho a ser juzgado por “tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”.⁽²⁹⁾ Los apartamientos generales de la regla son posibles pero, como cualquier excepción a un derecho, están sometidos a determinadas condiciones de procedencia. Afirmar la validez de un fuero especial parecer requerir, cuanto menos:⁽³⁰⁾

- Que su creación y competencia haya sido establecida con anterioridad a los hechos a través de una ley formal.
- Que su creación haya tenido lugar a través de una norma general y abstracta, concebida para un determinado tipo de casos, es decir, que no se trate de un tribunal creado *ad hoc* para el caso.

(26) MEDELLÍN URQUIAGA, XIMENA, “La dimensión jurisdiccional del derecho a la igualdad: art. 13 Constitucional y arts. 8° y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, Fundación Konrad Adenauer, [en línea] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3568/8.pdf>

(27) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “El debido proceso en la jurisprudencia. De la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, [en línea] <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>

(28) MEDELLÍN URQUIAGA, XIMENA, *op. cit.*

(29) “Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, fallo cit.; “Caso Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela”, sentencia de 05/08/2008; “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, fallo cit., pp. 16/17, y CIDH sobre “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia de 22/11/2005, en “Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay”, sentencia de 13/10/2011.

(30) Según una lectura conglobada de los precedentes citados en la nota anterior. El estándar no surge limpiamente de ninguno de estos pero puede ser inferido legítimamente de su lectura conjunta.

- Que su establecimiento responda a una finalidad legítima.⁽³¹⁾
- Que el tribunal reúna las condiciones de independencia e imparcialidad que son exigibles a la jurisdicción ordinaria y su actuación sea respetuosa del debido proceso.

Cualquier tribunal especial que se apartara de estas reglas debería ser descalificado por fuero, por violatorio del debido proceso y la garantía de juez natural.

Aplicada la cuestión al caso bajo examen, sería factible argumentar que incluso con anterioridad a la entrada en vigencia de la LAFCP la jurisdicción que juzgó a Alibux cumplía con cada una de estas pautas, pero puesto que eligió abordar la cuestión, hubiera sido bueno que la propia Corte lo dijera.

2.3 | Derecho a recurrir el fallo condenatorio

En cuanto a la resolución del fondo de la cuestión, el caso no presenta innovaciones, toda vez que la Corte reiteró su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h.⁽³²⁾

Alibux fue juzgado en una única instancia y no existió ningún recurso ante el Órgano de Justicia que dictó la sentencia. Aun cuando fue la Alta Corte de Justicia la que juzgó y condenó a Alibux, el rango máximo del Tribunal no garantizó en modo alguno que el fallo en instancia única fuera dictado sin errores o vicios.

(31) Para intelecgrir el posible sentido del carácter legítmo de la finalidad, aun a falta de precisiones brindadas por la Corte sobre el particular, conviene atender a que esta identificó como un valor que el fuero especial analizado en "Barreto Leiva" había sido establecido para proteger la integridad de la función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de inmunidad y evitar, así, que se altere el normal desarrollo de la función pública. No constituía un derecho personal de los funcionarios sino que servía al interés público. Ver CORTE IDH, "Caso Barreto Leiva vs. Venezuela", sentencia de 17/11/2009, pp. 16/17.

(32) Un panorama sobre la jurisprudencia de la Corte anterior a los dos fallos comentados en este capítulo en PASTOR, DANIEL, "Los alcances del derecho del imputado a recurrir la sentencia ¿La casación penal condenada?", [en línea] <http://www.eldial.com.ar/nuevo/archivo-doctrina-detalle-tc.asp?archivo=nt050206.asp&pie=DC546%3Cbr%3E&direc=2>

En líneas generales, en el reciente como “Mohamed”⁽³³⁾ —más intrincado que el presente— la Corte ya había fijado generosa y claramente los estándares en la materia de derecho al recurso, al que caracterizó como una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso. En este sentido, consideró exigible:

- Que la sentencia condenatoria pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica.
- Que el recurso garantice la posibilidad de una revisión integral de la decisión recurrida.
- Que más allá de su nombre o ubicación en el procedimiento, se trate de un recurso ordinario accesible (no debe requerir complejidades que lo tornen ilusorio) y eficaz (debe procurar resultados o respuestas para el fin al que fue concebido).

Suriname debió garantizar que Alibux contara con la posibilidad de que la sentencia adversa fuera revisada. Se daba, en este caso, la particularidad de que el fallo de condena había sido dictado en instancia única por la máxima autoridad judicial del país. Frente a ello, la Corte señaló que, proviniendo la sentencia del Tribunal de mayor jerarquía, la superioridad del Tribunal revisor bien pudo entenderse cumplida por un fallo del pleno, o de una sala o cámara distinta dentro del mismo órgano colegiado. Consistentemente con precedentes anteriores, la Corte hizo hincapié en que el Estado puede organizarse de la manera que considere pertinente a efectos de garantizar el derecho, siempre que lo garantice.

La lectura combinada es de especial importancia con la mirada puesta en nuestro país, donde el ordenamiento federal no prevé un recurso ordinario para recurrir la sentencia condenatoria de la Cámara de Casación que revierte un fallo absolutorio.⁽³⁴⁾

La Corte señala claramente que lo garantizado es la posibilidad de revisar integralmente la decisión de condenar, sin importar que esta haya sido dictada como consecuencia de la revocación de una decisión previa.

Frente a ese cuadro, sin perjuicio de que el art. 2° obliga al Estado argentino a adoptar medidas legislativas para remediar la violación, hasta tanto

.....

(33) CORTE IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, sentencia de 23/11/2012.

(34) Así como tampoco lo prevé en relación a procesos tramitados ante la propia Corte Suprema de Justicia en ejercicio de su jurisdicción originaria y exclusiva (art. 117 CN).

ello suceda, la señalada por la Corte puede ser una posible vía de solución para los varios casos de esta naturaleza que se encuentran en discusión en nuestros tribunales: el envío a otra Sala de la Cámara de Casación para el reexamen del caso, solución que en un dictamen reciente la propia Procuración General de la Nación ha propuesto, haciéndose eco de lo señalado por la Corte Interamericana.⁽³⁵⁾

2.4 | Los efectos de la resolución del caso frente al peticionario

Finalmente, cabe detenerse sobre las consecuencias que se derivan para el justiciable en el caso concreto.

La Corte consideró que no procedía ordenar al Estado dejar sin efectos el proceso penal y la pena impuesta al señor Alibux, consecuencia que había sido expresamente peticionada por la Comisión. Tampoco ordenó la reparación de los daños materiales causados por la condena.

En unas breves consideraciones, fundó su decisión en la ya clásica afirmación de que la Corte no analiza la responsabilidad de los individuos —potestad que corresponde a las cortes nacionales—, sino a la conformidad de las normas que regulan el procedimiento. Concurrentemente, señaló que “en base a las circunstancias específicas del caso” y toda vez que la Corte no había establecido la responsabilidad internacional del Estado por la violación del principio de legalidad y de retroactividad, no correspondía ordenar al Estado dejar sin efecto el proceso y la pena impuesta.

En este punto, la reparación ordenada es distinta a la dispuesta en “Mohamed” (caso en que se ordenó al Estado argentino adoptar las medidas necesarias para garantizarle al peticionante el derecho de recurrir del fallo condenatorio en el plazo de seis meses y suspender, entretanto, los efectos de la sentencia).⁽³⁶⁾ Pero también son distintas las circunstancias de hecho de uno y otro caso, toda vez que:

(35) Dictamen de la Procuración General de la Nación en autos “D. F. s/ Recurso de Casación”, 04/10/2013, S.C.D. 429. L.XLVIII, [en línea] http://fiscales.gob.ar/procuracion-general/wp-content/uploads/sites/9/2013/10/D_429_L_48_D_F.pdf

(36) CORTE IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, fallo cit.

- La condena, en “Mohamed”, fue de inhabilitación a perpetuidad, por lo que en su caso la revisión aún ponía en juego el cese de efectos perjudiciales concretos derivados de la sentencia. En el caso de Alibux, más allá del indudable carácter desdoroso del precedente de una condena penal, los efectos de la sentencia se habían agotado.
- A diferencia del Estado argentino, Suriname (aunque lo hizo cuando ya no servía para revertir los efectos de la condena), sí puso a disposición de Alibux un recurso que este eligió no ejercer.

Ciertamente, está fuera de discusión que la Corte no es una instancia de revisión de la responsabilidad penal de los individuos. Es claro además que la Corte guarda una línea consistente, de acuerdo a la cual nunca ordena suspender los efectos de condenas dispuestas en el ámbito doméstico cuando **solo** constata violaciones al art. 8° de la Convención.⁽³⁷⁾

Ahora bien, la consecuencia paradójica de esta forma de resolver es que se afirma que la decisión contra Alibux nunca fue revisada a los efectos de garantizar que el fallo en instancia única hubiera sido dictado sin errores o vicios, al tiempo que se admite sin más su validez y se legitiman sus efectos.

Quizá la Corte, sin mencionarlo expresamente, toma en consideración que los efectos de la sentencia se hallaban agotados a la fecha de su decisión y que, de haber querido Alibux ejercer el recurso al único (y legítimo) efecto de limpiar su buen nombre y sentar precedentes para un reclamo civil, hubiera empleado la vía recursiva que extemporáneamente le brindó el Estado en el 2007. Como fuera, la Corte no consideró esa circunstancia relevante a los efectos de admitir la pretensión del Alibux⁽³⁸⁾ y no hizo ninguna referencia a ella a la hora de fijar las reparaciones.

.....

(37) Son ejemplos de casos en los que sí lo ha ordenado: “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 02/07/2004 (violación del art. 13); “Castillo Petruzzi” (violación de los arts. 7.5 y 9); “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sentencia de 20/06/2005 (violación de los arts. 4.6, 5.1, 5.2 y 9). En sentido opuesto, no lo ha ordenado en “Barreto Leiva”, “Apitz Barbera” y “Barbani”, en los que solo afirmó violaciones de lo previsto en uno o varios de los incisos del art. 8°.

(38) “Para el señor Alibux, la posibilidad de interponer un recurso impugnatorio en el año 2007, contra una condena ya cumplida, significó la mera existencia formal del recurso, debido a que los efectos de la sentencia ya se habían materializado. En virtud de ello, la Corte considera que la creación del recurso de apelación en el año 2007, no podría subsanar la situación jurídica infringida ni podría ser capaz de producir el resultado para el que fue concebido, por ende, para el presente caso, no fue adecuado ni efectivo” (Ver CORTE IDH, “Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname”, fallo cit., párr. 110).

Lo cierto es que la Corte habla tanto a través de sus argumentos como de las consecuencias que de ellos se derivan. Después de afirmar, transcurridos casi trece años de trámite de la petición, que el Estado violó el derecho al recurso y (por ende) el debido proceso en su caso —lo que implica asumir que nunca podrá afirmarse con certeza si la decisión de condena que surtió todos sus efectos fue razonable o viciada— la discreta consecuencia de esos razonamientos es la publicación del fallo, una indemnización por daño inmaterial (10 mil dólares) y la restitución de las costas.

Si de verdad se considera el recurso de la sentencia como “una garantía mínima y primordial”, en un caso en que se frustró de manera definitiva la posibilidad de ejercerlo a los fines previstos y las consecuencias negativas para Alibux derivadas del fallo condenatorio no revisado se realizaron en su totalidad, se hubiera correspondido mejor con el concepto de **reparación adecuada** la descalificación de la sentencia como acto jurisdiccional válido o, cuanto menos, la reparación del daño material ocasionado por el encarcelamiento y la inhabilitación ordenadas. Es que, en definitiva, esos daños están conectados causalmente con una adquisición de firmeza de la decisión condenatoria que debiera reputarse inválida, toda vez que no se verificó con carácter previo un requisito indispensable para la vigencia del debido proceso.

Prisión preventiva

Cultura judicial

CIDH, INFORME SOBRE el USO de la PRISIÓN PREVENTIVA en las AMÉRICAS, 30 de DICIEMBRE de 2013

por RAMIRO GUAL y SEBASTIÁN PACILIO⁽¹⁾

I | Introducción

Hacia finales de diciembre de 2013, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dio a conocer su *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*.⁽²⁾

Convocados a comentar sus aportes más relevantes, este trabajo se inicia con una breve reseña del diagnóstico sobre el uso del encierro cautelar en la región, y el análisis propuesto por la CIDH sobre sus causas principales. Pretende señalar luego algunas aristas que complejicen el vínculo trazado entre populismo punitivo y prisión preventiva, recuperando la trascendencia de la cultura de la agencia judicial en el estudio del fenómeno.

El *Informe...*, de la CIDH comienza por definir a la prisión preventiva como "todo el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito ordenado por una autoridad judicial y previo a

(1) Los autores son abogados y docentes (UBA). Maestrands en Criminología (UNL). Se desempeñan como asesores de la Procuración Penitenciaria de la Nación.

(2) OEA/CIDH, *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, [en línea] www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf. Última visita: 20/06/2014.

una sentencia firme". Distingue así entre personas detenidas y personas presas, en la medida que no hay una sentencia como causa de privación de libertad de las primeras, y las reúne luego bajo un tercer grupo de definiciones —persona privada de libertad, recluso o interno— utilizado genéricamente ante cualquiera de las situaciones de encierro antes mencionadas.⁽³⁾

Como presupuesto, parte de considerar a la prisión preventiva, y más aun, a su uso excesivo, contrario a principios fundamentales como el de inocencia, del trato humano y la posición estatal de garante durante la privación de libertad, y de la compatibilidad entre el respeto de los derechos fundamentales de las personas presas y el cumplimiento de los fines de seguridad ciudadana.⁽⁴⁾ El *Informe...* se concentra en proponer un diagnóstico certero sobre su utilización, las causas que lo motivan y las consecuencias lesivas que provoca. Finalmente, al tratarse de un documento elaborado por un Organismo de Derechos Humanos, propone una serie de recomendaciones a los Estados miembros para alcanzar su objetivo principal de limitar su uso extensivo.

La información que sirvió de base para el informe ha sido relevada, principalmente, a partir de una solicitud de información a los Estados miembros de la OEA en agosto de 2012, y reiterada en el mes de octubre. Dieciséis países, entre los que no se encuentra la Argentina, respondieron al requerimiento.⁽⁵⁾ También ha aprovechado las conclusiones de audiencias

(3) OEA/CIDH, *Informe...*, *op. cit.*, p. 13.

(4) *Ibid.*, p. 5 y ss. Esta posición se sustenta en una serie de informes, recomendaciones y opiniones consultivas previas de la Comisión y de otros organismos internacionales. También recupera estándares normativos de los Sistemas Interamericano y Universal de Derechos Humanos. Entre ellos: i) que la detención preventiva debe ser la excepción y no la regla; ii) que solo resultan legítimos sus fines de carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso; iii) que la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva; iv) la exigencia de que, aun existiendo fines procesales, la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal; v) todos los aspectos anteriores requieren una motivación individualizada, no bastando meras presunciones; vi) la detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, siendo revisada periódicamente; vii) que el mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena; y viii) que en el caso de niños, niñas y adolescentes los criterios de procedencia de la detención preventiva deben aplicarse con mayor restricción.

(5) El pedido incluía información sobre el marco constitucional y legal de la detención preventiva; los casos en los que procede, sus requisitos legales para su procedencia, y la existencia de límites respecto a su prolongación. También requería estadísticas sobre porcentajes

y encuentros regionales con expertos internacionales, así como los relevamientos periódicos y la información disponible por CIDH y su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en el ejercicio de sus funciones.⁽⁶⁾

2 | Diagnóstico de la prisión preventiva en Latinoamérica

La CIDH analiza sus causas y consecuencias

La principal consecuencia del diagnóstico trazado ha sido constatar una vez más el uso extensivo de la prisión preventiva en la región, afectando de manera desproporcionada a personas pertenecientes a los sectores económicamente más vulnerables. La CIDH también recupera antecedentes que permiten advertir que la aplicación arbitraria e ilegal de la prisión preventiva resulta un problema crónico en América,⁽⁷⁾ lo que de ningún modo es novedad. En la Argentina, y en toda la región, el encierro durante el proceso se ha consolidado históricamente como una práctica regular y recurrente de los sistemas penales, a pesar de ser definido por el discurso jurídico-penal como una **medida procesal de carácter excepcional**.

Las investigaciones coordinadas por Elías Carranza desde el ILANUD —que se han venido repitiendo desde la década del 80— confirman ese panorama. Si bien en el plano regional se registró un paulatino descenso entre 1978 y 2008 en el número total de presos/as sin condena, solamente cuatro países latinoamericanos han presentado porcentajes indicativos de un uso verdaderamente excepcional hacia el final de aquel período: Nicaragua,

de la población reclusa total que se encontrara bajo detención preventiva, desagregadas por jurisdicción, sexo y tipo de delito. Solicitaba se indicase la existencia de medidas alternativas a la detención preventiva, y las cifras en relación con su aplicación; y de políticas de Estado que considerasen los niveles de aplicación de la detención preventiva y los efectos que su utilización produce en el sistema penitenciario. Por último, informase cualquier otro aspecto considerado relevante respecto al uso de la prisión preventiva y la implementación de buenas prácticas en la materia. Cuestionario disponible [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl-cuestionario.es.pdf>. Última visita: 20/06/2014.

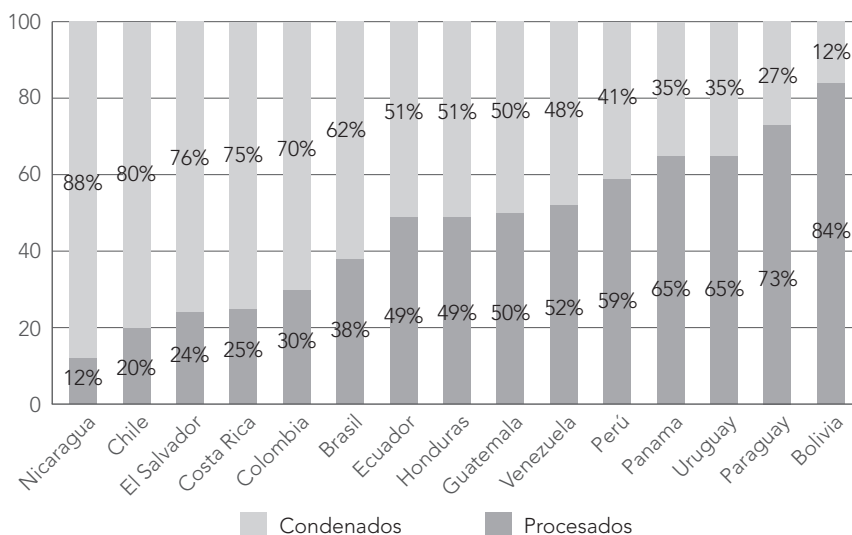
(6) OEA/CIDH, *Informe...*, cit., p. 11 y ss.

(7) *Ibid.*, pp. 1 y 4.

Chile, Costa Rica y El Salvador, con 21%, 22%, 23% y 35% respectivamente. Por el contrario, los demás Estados siguen registrando tasas que oscilan entre el 40% y el 50% de presos sin condena dentro de la totalidad de la población carcelaria de cada país, con picos que lo superan superlativamente.⁽⁸⁾

El uso extensivo de la prisión preventiva como regla en los países de la región ha sido registrado también en diversos informes de la CIDH en la última década: Haití en 2007, Bolivia en 2008, Venezuela en 2009, Argentina en 2010 y Honduras en 2012.⁽⁹⁾ Al momento de analizar los datos aportados por los Estados miembros, el *Informe...* actualiza las cifras en los dieciséis países que contestaron el requerimiento:

GRÁFICO 1. PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS EN LA REGIÓN



Fuente: Elaboración propia a partir de CIDH, *Informe sobre el Uso de la Prisión Preventiva en las Américas*, cit.

Seguidamente, la Comisión realiza una evaluación sobre las causas que constituirían de este fenómeno. De modo introductorio, indica que "el uso excesivo de la prisión preventiva es un problema complejo producido

(8) CARRANZA, ELÍAS y OTROS, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México D. F., Siglo XXI, 2001, p. 27; y "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer?", [en línea] <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>, p. 43.

(9) OEA/CIDH, *Informe...*, cit., p. 14.

por causas de distinta naturaleza: cuestiones de diseño legal, deficiencias estructurales de los sistemas de administración de justicia, amenazas a la independencia judicial, **tendencias arraigadas en la cultura y práctica judicial, entre otras**".⁽¹⁰⁾

En el apartado dedicado a este aspecto, aporta una enumeración de factores reconocidos para el uso excesivo de la prisión preventiva en la región, incluyendo **el retardo o mora judicial; la falta de capacidad operativa y técnica de los cuerpos policiales y de investigación; la falta de capacidad operativa, independencia y recursos de las defensorías públicas; las deficiencias en el acceso a los servicios de defensa pública; la existencia de legislación que privilegia la aplicación de la prisión preventiva; la falta de mecanismos para la aplicación de otras medidas cautelares; la inversión de la carga de probar la necesidad de aplicación de la prisión preventiva; la corrupción, el uso extendido de esta medida en casos de delitos menores; y la extrema dificultad en lograr su revocación**. Asimismo, distingue como un factor preponderante las políticas criminales

que plantean la flexibilización y mayor uso de la privación de libertad como vía de solución al fenómeno de la delincuencia; y los desafíos relacionados con la actuación de la judicatura, tanto aquellos que tienen que ver con el respeto a la independencia de aquellas autoridades encargadas de la aplicación de la prisión preventiva, como de aquellos relativos a otros aspectos de la práctica judicial. **En atención a la relevancia de estos factores, los mismos serán desarrollados con mayor detalle en esta sección.**⁽¹¹⁾

Aun cuando por la última afirmación resaltada serían tres los factores a desarrollar (políticas criminales punitivistas, independencia judicial y prácticas judiciales), la Comisión dedica la sección entera a dos de ellos: 1) Las políticas criminales que proponen mayores niveles de encarcelamiento como solución a los problemas de seguridad ciudadana; y 2) Las amenazas a la independencia judicial. Como veremos, el análisis sobre el restante condicionante resulta mucho más marginal en el informe, aunque su importancia sea considerada en este trabajo como trascendental.

.....

(10) *Ibid.*, p. 3 (el resaltado es nuestro).

(11) *Ibid.*, p. 34 (el resaltado es nuestro).

Sobre el primero de los aspectos, se afirma que

la Comisión Interamericana ha observado como una tendencia generalizada en la región el que muchos Estados han planteado como respuesta a los desafíos de la seguridad ciudadana, o al reclamo de la sociedad, medidas legislativas e institucionales que consisten fundamentalmente en un mayor uso del encarcelamiento de personas como solución al problema. Estas reformas legales, que a lo largo de la última década han venido replicándose en los distintos Estados de la región, están orientadas a restringir o limitar las garantías legales aplicables a la detención de personas; [y] potenciar la aplicación de la prisión preventiva ...⁽¹²⁾

La utilización de la prisión preventiva y otras estrategias penales como **mecanismos de control social**, se aplican, de acuerdo al *Informe...*, por la percepción de algunos sectores de que el uso excepcional de esta medida procesal implica impunidad, bajo la figura retórica de la "puerta giratoria", o por un sentimiento de inseguridad ciudadana y de desconfianza hacia el sistema de justicia.

Además, (...) estos procesos de reforma vienen acompañados de un fuerte mensaje mediático y político institucional dirigido desde las más altas esferas del gobierno, y que recibe gran respaldo popular. **De ahí, que los operadores de justicia en sentido amplio, 'se ven muy presionados por los cambios legislativos pero sobre todo por el control social que se ejerce sobre ellos desde los medios de comunicación, y en su mayoría terminan comportándose mayoritariamente de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas'.**⁽¹³⁾

En consecuencia, la Comisión indica, como segundo factor preponderante, esas injerencias sufridas por los operadores judiciales, tanto dentro de la propia estructura de la administración de justicia penal, como de otros poderes del Estado, la opinión pública y los medios masivos de comunicación.

.....
(12) *Ibid.*

(13) *Ibid.*, p. 42.

Este tipo de presiones se producen por lo general en un contexto o clima definido por: a) una tendencia social a asociar la condición e procesado con la de detenido, según la cual en muchos casos basta con que la policía señale a alguien como culpable para que se la tenga como tal y en consecuencia se exija su detención, siendo la propia inseguridad ciudadana (más la percibida que la real) un factor que contribuye a que esta visión se consolide; b) la falta de políticas institucionales que protejan la independencia judicial y respalden a los operadores de justicia; c) y por una cultura jurídica en la que, a pesar de algunos avances a nivel normativo, los derechos humanos y en particular el derecho a la presunción de inocencia tienen un lugar muy restringido. En ese escenario, los medios de comunicación cumplen un doble papel, por un lado multiplican el discurso de aquellas autoridades que proclaman la necesidad de una aplicación más estricta de la prisión preventiva, y por otro, generan por sí mismos elementos que alimentan esa postura.⁽¹⁴⁾

Entre los ejemplos ofrecidos por el *Informe...* para sustentar esas aseveraciones, se menciona una visita a la provincia de Buenos Aires efectuada por la Relatoría sobre Personas Privadas de Libertad en la que se observó que “los jueces optan por la medida cautelar más gravosa (...) con el objeto de mostrar eficiencia y evitar los reclamos de la sociedad, los medios de comunicación y el mismo poder político”.⁽¹⁵⁾

El uso extendido de la prisión preventiva, además de alterar su pretendida finalidad procesal, provoca consecuencias sumamente lesivas sobre las personas privadas de su libertad y sus allegados. Así, el *Informe...* menciona la producción de hacinamiento y el impedimento de la separación entre procesados y condenados,⁽¹⁶⁾ la exposición durante el encierro a un entorno de violencia, corrupción, insalubridad y condiciones inhumanas,⁽¹⁷⁾ y la generación de costos económicos para sus familiares, y fiscales para los Estados.⁽¹⁸⁾

(14) *Ibid.*, p. 46 y ss.

(15) *Ibid.*, p. 47.

(16) *Ibid.*, p. 1.

(17) *Ibid.*, p. 4.

(18) *Ibid.*, p. 53 y ss.

Reconocidas sus principales causas o factores, y las consecuencias leves que provoca, el *Informe...* enumera una serie de observaciones y recomendaciones para revertir el diagnóstico constatado: i) Establecer políticas de Estado destinadas a reducir el uso excesivo de la prisión preventiva; ii) Asegurar que los ordenamientos jurídicos internos contemplen otro tipo de medidas cautelares menos restrictivas; iii) Establecer sistemas eficaces que garanticen condiciones de detención adecuadas para las personas privadas de libertad en carácter cautelar; iv) Fortalecer los sistemas de defensa pública; v) Adoptar las medidas necesarias para garantizar un mayor nivel de independencia judicial; y vi) Implementar sistemas de gestión estadística que permita mantener un diagnóstico actualizado sobre el uso de la prisión preventiva y su impacto en el sistema penitenciario.⁽¹⁹⁾

En consecuencia, el *Informe...* diagnostica el uso no excepcional de la prisión preventiva en la región, proponiendo un análisis sobre sus causas y denunciando sus principales costos o consecuencias. Al haber destinado a este último punto trabajos anteriores,⁽²⁰⁾ este documento se concentra en comentar el análisis sobre las causas del uso exacerbado de la prisión preventiva en la región, particularmente en Argentina. La hipótesis que se desprende del *Informe...* es que una de las principales causas del uso exponencial de la prisión preventiva en Latinoamérica es el fenómeno del populismo punitivo, que en el contexto de los sistemas judiciales frágiles y débiles que caracterizarían a los países de la región se traduce en una falta de independencia judicial que condiciona a los operadores jurídicos, que ceden ante el miedo que genera la presión ejercida por el poder político y la **opinión pública** —manipulada por los medios masivos de comunicación— condicionándolos a la aplicación sistemática de la prisión anticipada, **a pesar** de sus convicciones jurídicas. El desarrollo propuesto por la Comisión, se adelanta, resulta problemático al menos para comprender la situación argentina, al retirar del centro de la escena la cuestión de la cultura de los operadores judiciales.

(19) *Ibid.*, p. 121 y ss.

(20) ANITUA, GABRIEL y GUAL, RAMIRO, "Cuando se 'paga' más de lo debido. Prisión preventiva y tiempo de pena", en Gómez Urso (comp.), *Fallos de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, año 5, n° 5, Bs. As., Di Plácido, 2013; y GUAL, RAMIRO y PACILIO, SEBASTIÁN, "Prisión Preventiva y Responsabilidad Estatal: 'El normal trámite de las causas' (o cuando los jueces no esconden que la regla es la excepción)", *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, (Pitlevnik dir.), vol. 15, Hammurabi, 2013.

Por lo pronto, nuestro comentario se estructura del siguiente modo: en primer lugar, analiza el impacto del populismo punitivo en la región, y más específicamente, el uso extendido de la prisión preventiva; luego se propone revisar la preexistencia de la utilización exacerbada de esa medida de coerción como una práctica judicial históricamente arraigada; por último, propone la necesidad de reintegrar al centro de la escena el peso de la cultura judicial. Se postula, con mayor centralidad que la otorgada por el *Informe...*, que la aplicación de la prisión preventiva como respuesta sistemática forma parte de una cultura institucional de los operadores jurídicos, que preexiste y excede a las demandas de un poder político y una **opinión pública** punitivistas.

3 | Prisión preventiva y populismo punitivo: su vigencia en la Argentina

Ha sido señalado ya que al momento de enumerar las causas que explican los altos índices de encierros cautelares en la región, el informe de la CIDH recurre al peso prioritario de un reclamo generalizado hacia el castigo en el espacio social, y su aprovechamiento por el amplio espectro de actores políticos. El populismo punitivo, no obstante reconocer aquí su fuerte impacto en la agenda política, discutiblemente haya tenido la fuerza que el informe le asigna en las tasas de encarcelamiento cautelar, al menos en Argentina. Por el contrario, algunos argumentos que se expondrán de aquí en más parecieran desmerecer una influencia tal.

Sostiene el *Informe...* que una de las causas del uso no excepcional de la prisión preventiva resultan “las amenazas a la independencia de aquellas autoridades judiciales encargadas de aplicar la detención preventiva, las cuales, como se explica, provienen fundamentalmente de funcionarios de otros órganos del Estado, de las cúpulas de los propios poderes judiciales, y de los medios de comunicación y la opinión pública”.⁽²¹⁾ Las reformas legislativas procesales, profundizadas desde 1999 y que han acompañado el uso extensivo de la prisión preventiva, continúa el *Informe...*,

en muchos casos se han dado como reacción inmediata a situaciones coyunturales en las que se dio una presión social

.....
(21) *Ibid.*, p. 9.

y mediática frente a la inseguridad en general o en atención a determinados hechos concretos; como parte de un discurso populista dirigido a sacar réditos políticos de la percepción subjetiva de la criminalidad; y en algunos casos como respuesta a intereses concretos de algunos sectores económicos.⁽²²⁾

Por populismo punitivo Garland entiende la ruptura significativa operada en la conformación de políticas criminales hacia finales del siglo XX, las que han dejado de ser un asunto delegable en expertos profesionales y se han convertido en un asunto medular en la competencia electoral. En consecuencia, las estrategias del control del delito se rodean de un discurso altamente politizado, las decisiones se adoptan en un marco de gran publicidad, y cada error se convierte en un escándalo político. El proceso de generación de las políticas públicas, en términos de Garland, se ha vuelto profundamente **politizado y populista**:

Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad 'de la gente', del sentido común, de 'volver a lo básico'. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino la de la gente sufrida y mal atendida, especialmente la voz de 'la víctima' y de los temerosos y ansiosos miembros del público.⁽²³⁾

El contexto actual de la región, y del Argentina en particular, invita inicialmente a observar como adecuada una asociación directa, como la propuesta por el *Informe...*, entre el uso extendido de la prisión preventiva y la emergencia o consolidación en la región de un populismo punitivo como uno de sus principales factores. Un análisis más profundo exigiría indagar, por el contrario, en la efectiva conformación del populismo punitivo en la región, rastrear su momento de nacimiento, y compararlo con el uso exacerbado del encierro cautelar. Al menos para el caso argentino, la situación se observa más compleja.

En *Política penal, elites y expertos en la transición a la democracia en Argentina*, Máximo Sozzo se propone discutir la emergencia de un populismo

(22) Esta idea, argumento central del trabajo, es reiterada en varias secciones del informe. Ver pp. 19, 42, 46 y 47.

(23) GARLAND, DAVID, *La Cultura del Control (2001)*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 49.

punitivo durante la primera etapa de la transición a la democracia, de 1983 a 1995. Los primeros dos gobiernos desde el final de la dictadura cívico-militar, propone, se han caracterizado por la conformación de un modo de construcción de la política penal elitista, manteniendo el debate y las decisiones alejados y aislados del público, y más allá de la competencia entre los partidos políticos en el juego democrático.⁽²⁴⁾

Sin negar que las políticas del castigo de la primera administración estuvieron atravesadas por un corte liberal que confronta con el sesgo ambivalente del período 1989-1995, el modo de construir política penal durante ambos gobiernos se caracterizó por: a) no formar parte de la contienda electoral; b) mantenerse aislada del interés e involucramiento del público y los medios masivos de comunicación (escaso impacto de la microcriminalidad en la agenda pública); c) concentrar el ámbito de decisión en un reducido núcleo de académicos y asesores; y d) centrar la preocupación en el diseño legal (criminalización primaria) antes que en su aplicación concreta posterior (criminalización secundaria). Este fenómeno fue posible, en gran medida, porque el tema del **delito de la calle** o la **microcriminalidad** no ocupaba por entonces un lugar medular en la agenda pública ni política.⁽²⁵⁾

Los medios de comunicación no hacían del problema del ‘delito de la calle’ un tema central, confinándolo a los espacios y formatos tradicionales de la crónica policial y a la truculencia de periódicos y semanarios populares de circulación más o menos restringida (...). Esta ausencia de centralidad se reproducía también en los resultados de los estudios de opinión pública (...). Tampoco el problema del ‘delito de la calle’ se construyó como un eje de las campañas electorales de las elecciones nacionales y provinciales de 1985 y 1987 ...”⁽²⁶⁾

.....

(24) Sozzo, MÁXIMO, “Política penal, elites y expertos en la transición a la democracia en Argentina”, en *Revista Nova Criminis*, 2011, p. 149.

(25) Aun cuando, sostiene Sozzo, durante la presidencia de Carlos S. Menem el problema del delito común haya comenzado a ocupar un espacio más importante en el debate público y político, y una mayor centralidad en los medios de comunicación, no logró trasladarse al centro de la competencia electoralista, lugar que continuó ocupando el debate en torno a las reformas económicas e institucionales.

(26) Sozzo, MÁXIMO, “Política penal...”, en *op. cit.*, p. 152.

Si es difícil rastrear el populismo punitivo en las décadas de 1980 e inicios de 1990 en nuestro país, más conflictivo aun resulta asociar la construcción de políticas penales, puntualmente en el plano de la producción legislativa, con el incremento en el uso regular de la prisión preventiva. De hecho algunas respuestas legislativas del período contradicen esa posición. Por caso, la ley 24.390 de 1994 —llamada “del 2 x 1”—, que tuvo por causa declarada el alarmante porcentaje de presos sin condena en el país, proponía contabilizar como dos días de cumplimiento de pena cada jornada de prisión preventiva sufrida.

Negar que en los últimos años la cuestión del castigo ha sido incorporada a la agenda electoral argentina y acercada al público sería absurdo en los tiempos que corren (ver, por caso, los recientes debates en torno al anteproyecto de Código Penal). Sostener que no es posible identificar al populismo punitivo con el primer período de transición a la democracia, ni asociarlo con el inicio del uso extensivo de la prisión preventiva en la Argentina, como aquí se propone, no supone negar la emergencia posterior del populismo punitivo,⁽²⁷⁾ ni sus efectos sobre otras tantas dinámicas de la agencia de justicia penal.

No obstante, las diferentes fechas de emergencia, que se desarrollarán en el próximo punto, impiden asociar causalmente la emergencia o consolidación del populismo punitivo —un proceso que lleva poco menos de dos décadas— con el uso no excepcional de la prisión preventiva, una cultura judicial arraigada, al menos, durante los últimos 140 años.

Por el contrario, el populismo punitivo parece explicar mejor el incremento en las tasas de encarcelamiento.⁽²⁸⁾ Tal vez la tradición judicial de negar valor a la sentencia, como un acto institucional importante para decidir el ingreso de una persona a la prisión, sea necesario rastrearlo antes en la misma cultura judicial.

(27) En un trabajo anterior, Sozzo proponía ubicar su emergencia precisamente con posterioridad a 1996. Sozzo, MÁXIMO “Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión-depósito en Argentina”, en *Revista Jura Gentium*, 2008.

(28) MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL, “Sistema Nacional de Estadísticas de Ejecución de la Pena. Informe Anual 2012”, [en línea] www1.infojus.gov.ar/sneep. Última visita: 10/07/2014.

4 | Uso extensivo de la prisión preventiva y populismo punitivo: sus distintas fechas de emergencia

Tal como ha sido argumentado hasta aquí, este trabajo parte del presupuesto de reconocer el uso de la prisión preventiva como **pena anticipada**, un fenómeno verificable en el sistema penal argentino al menos desde las últimas décadas del siglo XIX. Esa práctica arraigada es explicable, al menos centralmente, a partir de otra persistencia: la de una **tradición** o **cultura inquisitiva** en el interior de la administración de justicia penal.

Resumidamente, el sistema de justicia inquisitorial es un producto de la emergencia, hacia inicios del siglo XIII, de las monarquías absolutistas, primera expresión de la organización política del Estado-Nación. Gabriel Anitua, en *Historias de los pensamientos criminológicos*, sostiene que, desde entonces, la justicia dejó de ser una lucha entre individuos, imponiéndose una resolución desde un poder exterior, judicial y político. Parte del proceso de confiscación del conflicto es la "exclusión del acusado como sujeto del proceso, tanto durante la investigación como en el momento de influir en la decisión. El acusado dejaría de ser sujeto de la relación y pasaría a ser un objeto o dato de la misma, de él se extraería literalmente la prueba más absoluta: la confesión".⁽²⁹⁾

La relación que se establece en el marco del proceso penal, desde entonces, abandona toda estructura de diálogo y debate, dejando lugar a una relación de poder orientada a obtener sumisión.⁽³⁰⁾ A partir de ello, es válido inferir una relación consustancial entre la justicia inquisitiva y la utilización de la prisión preventiva como principio: si la finalidad por excelencia del proceso penal inquisitivo es obtener de parte del reo la confesión de su culpabilidad mediante el uso de los tormentos, ello implica, entre otras consecuencias, que tanto la culpabilidad como el encierro del individuo se presumen de antemano, pues sólo se puede torturar a

(29) ANITUA, GABRIEL I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Bs. As., Del Puerto, 2005, p. 20.

(30) BINDER, ALBERTO, "La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república", en *La implementación de una nueva justicia penal adversarial*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012, p. 4.

un cuerpo sometido o, en lo que concierne a los sistemas penales, a una persona privada de su libertad.⁽³¹⁾

En palabras de Foucault,

la demostración en materia penal no obedece a un sistema dualista —verdadero o falso— sino a un principio de gradación continua: un grado obtenido en la demostración formaba ya un grado de culpabilidad e implicaba, por consiguiente, un grado de castigo. **El sospechoso, como tal, merecía siempre un castigo determinado; no se podía ser inocentemente objeto de una sospecha.**⁽³²⁾

La implantación del sistema inquisitivo iniciada en Europa en el siglo XIII se extendió por seiscientos años, mediante la recepción en la legislación laica de los países de Europa continental del derecho romano-canónico. En nuestro país, aun en la actualidad, el sistema procesal penal conserva múltiples características de aquel modelo judicial inquisitivo. Obviamente, las causas políticas y sociales de este problema exceden por mucho a los datos que pueden obtenerse a partir del análisis de una evolución legislativa. Pero es indudable que los textos legales sí nos pueden brindar un buen testimonio respecto de aquella supervivencia.

Sentado ello, puede señalarse también que, aunque uno de los principales motivos de la Revolución de Mayo fue el ingreso al Virreinato del Río de la Plata de las ideas iluministas, la legislación inquisitiva española siguió rigiendo incluso después de 1810. Ha conformado así una base procesal penal sobre la cual se intentaron esbozar principios liberales entre 1811 y 1820, los cuales sufrieron un retroceso durante el proceso de disolución nacional que ocurrió desde ese año hasta 1853, y luego un marcado avance con su consolidación supra-legal en la Constitución Nacional, que adoptó la ideología liberal y republicana para el programa del ejercicio del poder estatal.⁽³³⁾ Consecuencia de los avances y retrocesos en la materia,

(31) En igual sentido, MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. 1, Bs. As., Del Puerto, 2004, pp. 315/317.

(32) FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2008, p. 52.

(33) MAIER, JULIO, *Derecho...*, *op. cit.*, p. 391 y ss.

hacia 1889 se sancionó el Código de Procedimientos en Materia Penal (CPCM, ley 2372), primera codificación procesal penal nacional, redactada por Manuel Obarrio, que estuvo inspirada expresamente en la última legislación española que seguía el modelo inquisitivo en su forma más pura, la denominada **Compilación de 1879**. Como destaca Maier, lo paradójico es que ese Código nació **viejo y caduco**, pues el modelo que se copiaba ya había sido derogado hasta en la propia España, que con su **Ley de Enjuiciamiento criminal** de 1882 se había acoplado a los cambios que se operaron en materia de derecho procesal penal durante el siglo XIX a lo largo de toda Europa, incorporando principios tales como la oralidad y publicidad del juicio, o la intermediación y libre convicción en la valoración de la prueba.⁽³⁴⁾

Dejando de lado las reformas provinciales,⁽³⁵⁾ a nivel nacional el CPMP siguió vigente hasta fines del siglo XX, cuando en 1992 se sancionó el nuevo Código Procesal Penal de la Nación proyectado por Ricardo Levene (h.), adoptando el **sistema mixto** que reconoce su antecedente más importante en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808. De cuño bonapartista, el código francés en cuestión había sido la expresión paradigmática del renovado modelo judicial para un Estado moderno. En términos de Julio Maier, el texto refleja el compromiso

entre las máximas de la Inquisición —fundamentalmente: la persecución penal pública y la meta del procedimiento encaminado a descubrir la verdad histórica— y los principios que sobre la organización del Estado republicano, la libertad y la dignidad humanas había establecido la Revolución, que coincidían con las formas acusatorias del enjuiciamiento. (...) El problema político era claro: **¿cómo conciliar una persecución penal eficiente, meta de la inquisición; con el respeto a la dignidad y libertad humanas?**⁽³⁶⁾

(34) *Ibid.*, p. 406 y ss.

(35) Por ejemplo, Códigos de las provincias de Buenos Aires y San Luis de 1915, y Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1940, modelo luego expandido a las provincias de Santiago del Estero (1941), La Rioja (1950), Mendoza (1950), Jujuy (1950), Catamarca (1959), San Juan (1961); entre otros. MAIER, JULIO, *Derecho...*, op. cit., pp. 412 y ss.

(36) MAIER, JULIO, *Derecho...*, op. cit., pp. 412/424, (el resaltado es nuestro).

¿Acaso es posible conciliar ambos objetivos? La interpelación reviste plena actualidad. En aquél momento, el resultado bastante lógico de esas disputas fue la implementación de un proceso penal con rasgos algo esquizofrénicos, conformado por tres etapas: una instrucción preparatoria escrita y secreta en manos de un juez **inquisidor**, un procedimiento intermedio en el que se decide sobre la acusación; y un juicio **oral y público**. En ese marco:

La situación del imputado durante el procedimiento recibió un tratamiento paradójico: mientras en la instrucción preparatoria era un convidado de piedra, que no se enteraba de los actos cumplidos, ni de su contenido, secretos para él y su eventual defensor, en el juicio con debate oral y público resultaba equiparado totalmente al órgano de la persecución penal y garantizada ampliamente su defensa con la publicidad de los actos y su presencia en ellos, la asistencia de un defensor y la posibilidad irrestricta de la contradicción. Durante la instrucción, la misma declaración del imputado era secreta y el prevenido, al declarar, no conocía absolutamente nada —oficialmente— acerca de la imputación que se le dirigía, salvo aquello que el juez de instrucción tuviera a bien comunicarle; no existía derecho alguno a invocar por su parte, en este período, retroceso que involucraba a todas las garantías que, en esta materia, habían resultado de la legislación inmediatamente posterior a la Revolución.⁽³⁷⁾

Plagado de esas tensiones, el Código francés de 1808 fue el modelo para la reforma del sistema inquisitivo que durante el transcurso del siglo XIX alcanzó a todas las leyes procesales penales en el continente europeo, y que nuestro país, a nivel nacional, adoptó a finales del siglo XX con la sanción del aún vigente Código Procesal Penal de la Nación. La recuperación de un modelo mixto, en el que una serie de principios inquisitivos se mantuvieran firme, puede ser interpretada como el resultado exitoso de una contrarreforma ante el proyecto alternativo, y acusatorio, elaborado por Maier y otros desde el retorno a la democracia. Aclara Máximo Sozzo:

Levene, jurista de fuerte pertenencia a la tradición peronista, había sido uno de los más firmes críticos del proyecto de 1986 y era partidario de una lectura conservadora de la tradición ligada a

.....
(37) *Ibid.*, p. 353 y ss.

la formulación de códigos procesales penales ‘modernos’ en la Argentina durante el siglo XX, que plasmó en el citado proyecto presentado por primera vez en el Congreso de la Nación en 1985, y luego transformado en ley, después de ser presentado por el Poder Ejecutivo en mayo de 1990. Este carácter conservador se materializaba en el mantenimiento del juez de instrucción y de generosas facultades concedidas a las fuerzas policiales así como en el bloqueo de algunas propuestas claves del proyecto alternativo elaborado por Maier y sus colegas en 1986, como la inclusión del jurado, el principio de oportunidad o de la *probation*.⁽³⁸⁾

Concluyendo, a nivel nacional, la administración de justicia penal en la Argentina adoptó, a finales del siglo XIX, un modelo inquisitivo puro que tenía más de seis siglos de antigüedad y que había sido reformado ya en gran parte del mundo occidental. Dicho modelo se mantuvo hasta fines de siglo XX, cuando asumió la forma **mixta** de finales de siglo anterior, que históricamente representa la supervivencia de la justicia inquisitiva pero atenuada, en el plano teórico, con una retórica de respeto a los derechos humanos. Pero, por supuesto, las consecuencias de ese permanente atraso no han sido ni son para nada retóricas.

Tal vez la hipótesis central de nuestro trabajo sea que el uso sistemático de la prisión preventiva no puede ser considerado un producto de una tendencia punitivista actual, en la medida que ha estado presente a lo largo del recorrido histórico trazado por el sistema penal argentino, y que la persistencia del sistema inquisitivo en la administración de justicia es uno de los factores que permiten explicarlo.

La historiadora Lila Caimari, en *Apenas un delincuente*, aporta datos relevantes que permiten dar cuenta de ello. Al estudiar las primeras décadas de funcionamiento de la Penitenciaría Nacional, inaugurada en 1877, observa que el proyecto de modernización punitiva que simbolizaba el establecimiento —con su optimismo utilitario orientado por el pensamiento correccionalista— enfrentó desde sus inicios serios obstáculos para su puesta en práctica. Entre ellos, la abrumadora proporción de presos sin condena dentro de esa cárcel, que impedía la aplicación del **tratamiento individual rehabilitador** a la mayoría de las personas que la poblaban.

.....

(38) Sozzo, M., “Política penal...”, en *op. cit.*, p. 174 y ss.

La transformación de la cárcel/fábrica soñada en una cárcel/aguantadero aplicada constituía un motivo de gran preocupación para los teóricos correccionalistas y sus operadores, recuperada también por la prensa de la época:

Para las autoridades, el desafío verdadero no era la prisión, que podía repararse y se fue equipando con los años, sino sus habitantes, que llegaban por caminos tan diversos, con estatus de residencia más diversos aún (...), en 1882, había 479 encausados y 368 condenados; cuatro años más tarde, la proporción era de 565 contra 120; once años más tarde, 708 contra 261 (...) Del vistoso informe presentado por Boerr en 1894 (...), se desprendía que en los 17 años de vida de la Penitenciaría, los internos correccionales y encausados habían sumado cerca de 24 mil personas y los penados 2600. Casi cinco mil de estos huéspedes habían sido menores.⁽³⁹⁾

Pero además de los usos mixtos al interior de la Penitenciaría Nacional, Caimari remarca la ubicación de ese establecimiento modernizante en el marco de una constelación de encierros que siquiera programaban la corrección del individuo: instituciones con funciones eminentemente cautelares donde los acusados esperaban el **verdadero** castigo, y por donde pasaban personas sujetas a potestades punitivas muy diversas (acusados por faltas públicas y privadas, enfermos mentales, deudores, mendigos, acusados de vagancia y novias sospechadas de **vida escandalosa**, entre otras). Siguiendo la poética definición de la historiadora, la Penitenciaría Nacional se integraba así a unos pantanos punitivos en los que la función correccional del encierro no era más que una opción marginal: el archipiélago penitenciario argentino alojaba, en 1910, a ocho mil reclusos de los cuales solamente el 10% estaban presos en ella.

El diagnóstico de Lila Caimari sobre los motivos del histórico carácter mixto de la población penal argentina —reunión de procesados y condenados—, que se mantiene hasta nuestros días, y coincide con la propuesta central de nuestro trabajo. Para ella, la principal explicación hunde su raíz en la legislación inquisitiva que regulaba, y regula, el funcionamiento del sistema judicial:

.....

(39) CAIMARI, LILA, *Apenas un delincuente*, Bs. As., Siglo XXI, 2004, p. 59 y ss.

Antes de la sanción de un Código de Procedimientos, la lentitud y complicación procesal [que entre otros problemas, carecía de suficientes jueces letrados departamentales para gestionar las causas] mantenía anualmente encerradas a centenares de personas cuyos juicios resultaban en absolución o en sentencias menores que el tiempo sufrido en confinamiento preventivo. En 1889, el Código (...) redactado por Manuel Obarrio instituyó la prisión preventiva sin límite de tiempo para procesados por numerosos crímenes graves, así como el proceso escrito, que para los casos 'criminales' pasaba al menos por tres tribunales (instrucción, primera y segunda instancia).

(...) Este sistema procesal configuró en el largo plazo el estatus jurídico de la población carcelaria. De los ocho mil presos en 1906, más del sesenta por ciento eran personas técnicamente inocentes que aguardaban el resultado de sus juicios en reclusión. La proporción de procesados encarcelados del país fluctuaría merced a diversas leyes de excarcelación, pero se mantendría por encima del cincuenta por ciento a lo largo de todo el siglo XX. Estas cifras serían más altas aún si a las estadísticas realizadas exclusivamente en las instituciones del Servicio Penitenciario se agregaran las de los presos alojados en comisarías o depósitos de contraventores (...). En el piso de las leoneras o fiambreras, como se llamaba a las cuadras policiales de la Capital, (...) se amontonaban durante meses y en condiciones infrahumanas, la mayoría de los acusados de hurto, robo o lesiones de la ciudad de Buenos Aires".⁽⁴⁰⁾

La persistencia de la prisión preventiva se observa también en otra obra ineludible para el estudio del sistema penal en el país. En 1968 Neuman e Irurzun convocaban

a tomar conciencia de que las cárceles están repletas de procesados, es decir, inocentes, mientras no se diga técnicamente lo contrario, y que, dado el estado de los establecimientos y la situación deplorable en que allí se sobrevive, al poner un pie en la cárcel comienzan a cumplir una atroz condena (...).

(40) CAIMARI, *ibid.*, p. 111.

Una estadística de muertes en prisión podría conducir a un cruel ejercicio de necrofilia, pero también a la conclusión de que cuando un juez ordena una detención preventiva o una privación de libertad, está condenando un poco a la muerte. Será preciso olvidar aquello que no se quiere ver.⁽⁴¹⁾

El diagnóstico, trazado a finales del siglo XIX y presente a lo largo del XX, mantiene plena actualidad: lentitud de los procesos, profusión de la prisión preventiva impuesta a personas que luego resultan absueltas o que al momento de la condena ya cumplieron el tiempo de pena que allí se les fija, detenciones en comisarías y dependencias policiales, principalmente en los sistemas provinciales, hacinamiento, pésimas condiciones de habitabilidad, son lugares comunes en nuestro sistema penal. Todos estos factores, entrelazados entre sí, son previos a la emergencia de un populismo punitivo local. En el próximo apartado se proponen algunos apuntes exploratorios para pensar el peso de la cultura judicial en las prácticas de la administración de justicia penal y en el uso extendido de la prisión preventiva.

5 | Prisión preventiva y cultura judicial: ¿víctimas o victimarios?

Como ha sido propuesto hasta aquí, un análisis sobre prisión preventiva que quite del centro de la escena a la cultura judicial, tiende a observar a los operadores jurídicos como agentes que están sujetos a la presión del poder político y la opinión pública para la utilización del encierro cautelar como regla, en el marco de un populismo punitivo que desnaturaliza a esta medida transformándola en una pena anticipada. En ese enfoque, los jueces serían poco menos que **víctimas** de condicionamientos externos, y ajenos a aquellas tendencias.

Se propone aquí que incorporar el concepto de cultura judicial, con el auxilio de la sociología de la administración de justicia, permitirá enriquecer el análisis y la eficacia de las recomendaciones que se propongan para revertir una situación estructural y problemática.

(41) NEUMAN, ELÍAS e IRURZUN, VÍCTOR, *La sociedad carcelaria*, Bs. As., Depalma, 1994, pp. 13 y 33.

Adquiere centralidad para este trabajo la cultura institucional **al interior** de la administración de justicia penal, que tiene al uso sistemático de la prisión preventiva como práctica fuertemente arraigada en sus dinámicas de funcionamiento. La **tradición inquisitiva**, por recuperar el término utilizado por Binder⁽⁴²⁾ y Anitua,⁽⁴³⁾ supone un conjunto de hábitos, discursos y prácticas cuya complejidad excede por mucho a las formas procesales en abstracto.

Nuestra cultura jurídica es, en gran medida, un reservorio autoritario que se reproduce a través de otras prácticas de enseñanza, formal e informal, que todavía no hemos aprendido a criticar en profundidad y menos aún a modificar. Ella ha sido moldeada por la tradición inquisitorial y, a su vez, reproduce y perpetúa esa tradición del modo más fuerte posible, es decir, sin gran conciencia de ello.⁽⁴⁴⁾

Un concepto de **tradición inquisitorial** así delineado implica asumir una perspectiva sobre el uso de la prisión preventiva que no forma parte del discurso jurídico-legal sino que es propia de la sociología del derecho y de la administración de justicia. Una aproximación tal, en términos de Boaventura de Sousa Santos, implica estudiar las dimensiones procesales, institucionales y organizacionales del derecho, y examinar la administración de justicia como una institución política y profesional, visualizando a los tribunales como un subsistema del sistema político global, lo que ha traído aparejado dos consecuencias:

Por un lado, puso a los jueces en el centro del campo analítico. Sus comportamientos, las decisiones proferidas por ellos y las motivaciones que constan en ellas pasaron a ser una variable dependiente, cuya aplicación se buscó en las correlaciones con las variables independientes, fueran ellas el origen de clase, la formación profesional, la edad o, sobre todo, la ideología política y social de los jueces. La segunda consecuencia consistió en desmentir por completo la idea convencional de

(42) BINDER, ALBERTO, "La fuerza...", *op. cit.*

(43) ANITUA, GABRIEL I., *Justicia penal pública*, Bs. As., Del Puerto, 2003.

(44) BINDER, "La fuerza...", *op. cit.*, p. 8 y ss.

la administración de justicia como una función neutra protagonizada por un juez dispuesto sólo a hacer justicia por encima y equidistante de los intereses de las partes.⁽⁴⁵⁾

Una lógica argumental que, sin dejar de lado las presiones externas de la estructura social, recupere el peso de la cultura institucional al momento de tomar decisiones judiciales, se apuntala en la obra del sociólogo francés Pierre Bourdieu. Su concepto de *habitus* —sistema de disposiciones duraderas, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, sistema que, en definitiva, es producto de las prácticas judiciales mientras las genera al mismo tiempo— permite comprender mejor el desenvolvimiento de los actores en el campo judicial que una lectura monocausal centrada en las presiones externas o las decisiones internas. Bourdieu plantea que existe una lucha simbólica permanente entre teóricos y prácticos para imponer su interpretación sobre el derecho, de modo que la significación práctica de una ley no se determina realmente sino dentro de la confrontación entre los distintos cuerpos profesionales, la cual no excluye la complementariedad de sus funciones:

Los jueces, por medio de la libertad más o menos grande de apreciación que se les deja en la aplicación de las normas, introducen cambios e innovaciones indispensables para la supervivencia del sistema, que posteriormente los teóricos deberán incorporar al mismo. Por su parte los juristas, con su trabajo de racionalización y formalización al que someten al cuerpo de normas, cumplen la función de asimilación, adecuada para asegurar a través del tiempo la coherencia y constancia de un conjunto sistemático de principios y de reglas [fundado en principios éticos y racionales y universales]. Participan al mismo tiempo de un modo de pensar teológico [buscan la revelación de lo justo en la escritura de la ley y del modo de pensar lógico al poner

(45) SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE, "La sociología de los tribunales y la democratización de la justicia", en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes, 1998, p. 200 y ss. La sociología de los tribunales, en términos del autor portugués, constituye una rama especializada de la sociología general posterior a la segunda guerra mundial, que reemplaza las propuestas previas de juristas y científicos sociales basadas en una visión normativista y sustantivista que explícitamente tematizaba las articulaciones del derecho con las condiciones y las estructuras sociales en que actúa, perspectiva que dicho autor observa en, por ejemplo, Savigny, Bentham, Marx y Durkheim.

en práctica el método deductivo], buscan fundar una ciencia nomológica que enunciaría los modos del deber ser científicamente.⁽⁴⁶⁾

Trascendentales resultan también los aportes de Malcolm Feeley en su estudio etnográfico realizado sobre tribunales penales de “casos comunes” en una ciudad norteamericana. Sus conclusiones afirman que aquellas instituciones, base de la administración de justicia penal, no pueden ser caracterizadas como burocracias en el sentido weberiano del término, ni tampoco su funcionamiento es entendible a partir del declive del sistema acusatorio o adversarial. Por el contrario, Feeley propone un enfoque diferente y sistémico:

Mientras que la organización burocrática se centra en objetivos compartidos, la supervisión global del sistema, las sanciones para inducir conformidad y la jerarquía, la teoría de los sistemas es más expansiva. Define a un sistema como cualquier serie de elementos en la cual hay patrones regulares y recurrentes de interacción. Caracterizar el proceso criminal como un sistema implica dejar un poco de lado el debate sobre la estructura burocrática y los objetivos compartidos, focalizándose en cambio en la naturaleza y los patrones de las interrelaciones dentro del sistema. Es concentrarse en los intereses individuales de los componentes del sistema, y buscar determinar cómo cada uno es perseguido a la luz de los intereses de los demás.⁽⁴⁷⁾

Feeley intenta así explicar las dinámicas y procesos subyacentes en la organización de los tribunales, y en esa búsqueda es central para su trabajo las nociones de **discrecionalidad** y **opinión moral**, como antítesis del juzgamiento basado en reglas. Es clave, por ende, su aporte para la comprensión de la tensión existente entre el derecho, la racionalidad formal y las abstracciones legales, por un lado, y los imperativos e impulsos institucionales, por otro:

.....

(46) BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2005, p. 174.

(47) FEELEY, MALCOLM, *The process is the punishment*, New York, Russel Sage Foundation, 1992, p. 17. La traducción es de los autores.

El sistema parece ser una anomalía; es un sistema racional y formal que obtiene a su personal de forma tradicional, irracional, reclutando sobre la base de la recompensa política, la amistad y los lazos familiares en vez de la competencia técnica (...) Esto es una paradoja solamente si el sistema de administración de justicia criminal es concebido como un sistema cerrado, una organización enfocada y con una serie de objetivos claramente articulada (...). Sin embargo, hay otra forma de visualizar al sistema de justicia criminal, una que emplea una concepción de organización sustancialmente diferente. Esta visión se acerca al proceso penal como un sistema abierto, uno basado primariamente en la cooperación, el intercambio y la adaptación. En vez de ser el foco de atención primordial, las reglas formales y el profesionalismo desinteresado —las características distintivas de la organización racional— pueden ser vistas como sólo uno de un número de factores que dan forma a las acciones de los oficiales en el sistema (...). Las reglas eficaces seguidas por los oficiales de los tribunales y sus participantes no son necesariamente las reglas formales e ideales, los objetivos que persiguen no son necesariamente los formales (...). En cambio, las reglas que los miembros de la organización son más propensos a seguir son las costumbres o las 'reglas del juego' informales e internas de la organización.⁽⁴⁸⁾

Enfocado nuestro comentario nuevamente en la región, y más precisamente en el funcionamiento de la administración de justicia nacional, observaciones similares se desprenden de las investigaciones de antropología jurídica intentadas por María José Sarrabayrouse Oliveira. Entre sus conclusiones, destaca que transversalmente a la estructura formal de funcionamiento de la justicia penal, existe una urdimbre de relaciones basadas en el parentesco, el estatus y las jerarquías que atraviesa la estructura, dando un sentido particular a la acción de los actores y a la que se hace imprescindible recurrir para comprender el funcionamiento institucional.⁽⁴⁹⁾

(48) FEELEY, *op. cit.*, p. 57 y ss.

(49) SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA J., "La justicia penal y los universos coexistentes", en Tiscornia (comp.), *Burocracias y violencia*, Bs. As., Eudeba, 2004, p. 203 y ss.

La influencia de esas relaciones informales, y la más amplia cultura judicial, en las prácticas de los operadores de justicia en general, y al momento de utilizar excesivamente y como regla la prisión preventiva, debe ocupar un lugar central en el análisis de los factores que provocan su uso excesivo, junto a las presiones externas que ejercen otros actores sociales e institucionales. Solo así, una pluralidad de observaciones y recomendaciones efectivas podrán ser propuestas ante un diagnóstico tan acuciente como el descrito con precisión por el *Informe...*

6 | Últimas reflexiones

Al momento de concluir este comentario al *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*, es necesario comenzar por asumir su lectura como un material imprescindible para el estudio del funcionamiento de las agencias penales en nuestra región, principalmente la prisión y la administración de justicia penal.

Su diagnóstico certero reconoce como un problema de primer orden el uso exacerbado de la prisión preventiva en las Américas. Aun cuando una notoria cantidad de Estados se hayan negado a brindar información, entre ellos la Argentina, solo cuatro de los que han colaborado utilizan la prisión preventiva de un modo relativamente excepcional, con porcentajes de presos cautelares sobre la totalidad de la población reclusa inferiores o iguales al 25%. En consecuencia, las mismas cifras oficiales reconocen el uso extendido de la prisión preventiva como respuesta ordinaria, y no excepcional, de la administración de justicia penal en la región. También ha reseñado adecuadamente la CIDH las consecuencias lesivas que provoca en los detenidos, sus familiares, los sistemas penitenciarios, y hasta las mismas finanzas del Estado.

Entre las causas o factores que provocan esta respuesta institucional, sin embargo, asigna el peso principal a la presión que la opinión pública y los medios de comunicación —populismo punitivo— y otros actores políticos estatales —afectación a la independencia— ejercen sobre las decisiones de los operadores judiciales. Reduce, aun cuando lo reconozca, el impacto que la cultura de la administración de justicia penal genera en el uso no excepcional de la prisión preventiva. Este trabajo, aun reconociendo los aciertos del *Informe...*, intenta aportar algunas reflexiones iniciales para explorar en ese factor mencionado marginalmente en él.

Ciertamente, el tema que aquí ha sido propuesto requiere de un análisis mucho más exhaustivo. Nuestro comentario se encuentra atravesado por la preocupación en mostrar que la tradición inquisitiva que impone una **visión** apriorística de **culpabilidad** y de prisión durante el proceso al mismo tiempo que una **ceguera** respecto de las realidades impuestas a las personas involucradas en los conflictos, tiene raíces históricas en la conformación y funcionamiento de nuestro sistema penal y es un fenómeno cuyas dimensiones exceden por mucho a las (actuales) reformas procesales, y que, por ende, no puede ser solucionado únicamente **al interior del derecho**.

Los aportes de los estudios sociales sobre cultura judicial permiten trazar las primeras líneas desde donde indagar la forma discrecional, y excesiva, en que se utiliza la prisión preventiva como expresión de la tradición inquisitiva. Si bien dicho uso tiene en las reglas formales uno de los factores que condiciona su existencia, no es entendible con la sola referencia a ellas ni a las presiones externas de otros actores institucionales y sociales, sino a través de una interacción de prácticas del sistema que forma un patrón de funcionamiento que condiciona el accionar de los agentes. Los trabajos que pretendan continuar esta propuesta necesitarán profundizar explicaciones sobre el modo en que esa tendencia se genera en jueces y operadores jurídicos, hasta el punto de representarse a la prisión preventiva, en sus propias prácticas, como **una medida normal** y no como excepción.

Según Alberto Binder,

El 'expediente judicial', el 'sumario', la 'causa' o como se lo llame en los distintos países, es un conjunto de prácticas provenientes de la 'tradición inquisitorial' que conforman toda una estructura de funcionamiento. Este 'expediente' [que para legitimarlo algunos llaman 'juicio' cuando es todo lo contrario a un juicio] es tanto una realidad objetiva como una realidad subjetiva. Más precisamente, es un modo de interacción entre actores que se objetiviza, pero que es producción de la subjetividad de esos actores. Estas dos dimensiones son inescindibles, el expediente está tanto en el mundo exterior, por así decirlo, como en el espíritu de quien lo fabrica día a día, por rutina, convicción o sin clara conciencia de que lo están haciendo. La fuerza estructurante de la tradición se manifiesta en el carácter sacramental

de ese expediente, que reclama ser custodiado, cosido, foliado, etc., como si fuera un objeto de culto y las fallas en su mantenimiento [la falta de firmas, su pérdida, errores en la foliatura, etc.] se consideran faltas graves del funcionamiento de la justicia penal (...). Si analizamos con más detalle el 'tipo de interacción entre prácticas' que se objetiva en el expediente, podremos observar que normalmente el ejercicio directo de la violencia queda apenas registrado o fundamentado, que existen muchas actividades repetitivas de fórmulas, que el mantenimiento de la secuencia o el trámite se impone a cualquier otra consideración, que los involucrados en el drama real son convertidos en 'actas' y desaparecen como personas de carne y hueso, que no existen discusiones sino innumerables peticiones a la 'autoridad'.⁽⁵⁰⁾

Coincidentemente, se sostiene aquí que la tradición inquisitorial también crea importantes presiones hacia la utilización desmesurada de la prisión preventiva a raíz de, cuanto menos, dos factores. Primero, el sistema judicial inquisitivo lleva inscripto en su genealogía, como característica fundamental, una ahora inconfesable **presunción de culpabilidad**, así como el objetivo de **indagar** al reo desplegando otros medios coactivos para obtener la confesión, y la potestad y superioridad del **soberano** para custodiar y encarrilar la investigación hacia la búsqueda de la verdad. Segundo, e intrínsecamente relacionado con el primero, el carácter escrito, cerrado, secreto y críptico de la **causa**, que impone una fuerte distancia entre los operadores jurídicos y las personas destinatarias de las sanciones penales.

Sobre el primer punto, y aun cuando los fundamentos de las prácticas sociales no puedan desprenderse únicamente del texto legal, ha sido señalado ya que el Código Procesal Penal de la Nación actual mantiene un esquema de doble instancia que conserva el modelo inquisitivo con algunos **ropajes** pretendidamente acusatorios, en una mixtura estructuralmente problemática. Un buen ejemplo de esa tensión es, justamente, que a pesar de prescribir que la restricción de la libertad personal **debe ser** excepcional, en su articulado existen conceptos tales como **libertad provisional**, **exención de prisión** y **excarcelación**, que parten del encierro durante el proceso como premisa lógica: es imposible **excarcelar** a quien

.....
(50) BINDER, ALBERTO, *op. cit.*, pp. 8/10.

no está ya preso, **eximir de prisión** a quien se presume que no debería estar preso, y/o hablar de **liberar provisoriamente** a quien se presume que es inocente. Pueden ser interpretados de un modo similar los parámetros relacionados con la gravedad de la pena establecida para el delito reprochado, utilizados como indicios del riesgo de fuga al momento de fundamentar una prisión preventiva.⁽⁵¹⁾

Respecto al segundo punto, resulta evidente que, en el **mundo del expediente**, las personas contra los que se dirige la persecución penal son poco menos que invisibles como seres humanos y que existe un desconocimiento casi total acerca de la realidad en la que estos se ven inmersos por la **restricción cautelar de la libertad ambulatoria**, resultado de la decisión institucional de los operadores de la administración de justicia penal. La prisión preventiva es prisión, es cárcel. Parece una afirmación sobreabundante. No lo es.

Sólo por ofrecer un ejemplo, al efectuar una simple búsqueda en las páginas web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Centro de Información Judicial,⁽⁵²⁾ se puede constatar que en todos los casos en que ese Tribunal y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal examinaron estas cuestiones a lo largo del 2013 y hasta el día de hoy, las palabras **cárcel** o **preso** no aparecen en ninguno de los fallos, mientras que el sustantivo **prisión** solo puede ubicarse dentro de la noción abstracta y legal de “prisión preventiva”, o referida a otro concepto distinto de la prisión sin condena. En su lugar, el encierro es descrito siempre como **medida, medida cautelar, medida de coacción personal, medida precautoria, privación de libertad, detención**; y el preso como **detenido, imputado, cautelado, encartado, encausado**, etc.

Quedará planteado, a modo de hipótesis, que este vocabulario puede ser leído como un recurso retórico que se ejerce y se reproduce más o menos inconscientemente —según Binder, de la **forma más poderosa posible**— permitiendo neutralizar, a través de la asepsia del lenguaje —y en las representaciones de los actores judiciales—, sus propias acciones.

(51) CPPN, arts. 312 a 333.

(52) Ver [en línea] <http://www.csjn.gov.ar> y <http://www.cij.gov.ar/sentencias.html>. Última consulta: 30/06/2014.

Es que, como propuso Nils Christie hace más de tres décadas, las palabras son un buen escudo frente a realidades que incomodan, frente a lo descarnado de las condiciones materiales que exceden al discurso.⁽⁵³⁾

Los efectos lesivos de sus propias prácticas están al descubierto. El 73% de las 3376 personas privadas de su libertad en cárceles federales argentinas por decisión de la administración de justicia penal federal carecen de condena firme.⁽⁵⁴⁾ Son presos preventivos, e inocentes, aunque las decisiones judiciales los definan como cautelados, encartados o encausados. Y la propuesta de recomendaciones de políticas institucionales destinadas a revertir esta problemática podrá verse enriquecida en caso de devolver al centro de la escena las responsabilidades de una cultura judicial de tinte inquisitorial.

(53) CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*, México, FCE, p. 16.

(54) Ver [en línea] <http://fiscales.gob.ar/violencia-institucional/informe-de-la-procuvin-no-tiene-condena-un-73-de-los-detenidos-encerrados-a-disposicion-de-jueces-federales>. Última consulta: 12 de julio de 2014.

Derecho a la vida familiar de las parejas de mismo sexo

TEDH, *VALLIANATOS y OTROS c. GRECIA* [GC]
7 de NOVIEMBRE de 2013

por **GEOFFREY WILLEMS**⁽¹⁾

I | Introducción

Con fundamento en las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio) que garantizan el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8º),⁽²⁾ el derecho a casarse y a fundar una familia (art. 12),⁽³⁾ y que prohíbe cualquier discriminación en el goce de los

.....
(1) Docente e investigador (Centro de Derecho de la Familia de la Universidad de Lovaina, Bélgica). Correo electrónico: geoffrey.willems@uclouvain.be

(2) 1) Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2) No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. CONSEJO DE EUROPA, "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", [en línea] http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

(3) A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho. CONSEJO DE EUROPA,

derechos garantizados (art. 14),⁽⁴⁾ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal o la Corte) desarrolló progresivamente una amplia jurisprudencia relativa a los derechos de las personas homosexuales.

La presente contribución da cuenta del fallo *Vallianatos y otros c. Grecia*,⁽⁵⁾ respecto a la posibilidad de que las parejas homosexuales accedan a alguna forma de partenariado civil reconocido y protegido por el Estado.

2 | Los hechos del caso

Este caso trata demandas interpuestas. Por una parte, cuatro parejas homosexuales y, por otra, una asociación sin fines de lucro que se dedica al apoyo psicológico y moral de las personas homosexuales (Synthessi-Information, sensibilisation, recherche). Los peticionarios consideraban que la ley griega 3719/2008 entrada en vigor el 26 de noviembre de 2008, al crear un "pacto de vida en común", suponía una discriminación fundada en la orientación sexual. Esta ley instituía por primera vez en Grecia un partenariado oficial distinto del matrimonio pero, según el art. 1º, el "pacto de vida en común" solo podía estar contratado entre dos personas mayores de edad y de sexo opuesto.

Durante el debate parlamentario, el Ministro griego de justicia declaró, simplemente, que la sociedad no estaba lista para aceptar la convivencia de parejas homosexuales. La Comisión nacional de derechos humanos y el Consejo científico del Parlamento se opusieron al proyecto de ley, pues consideraron que la exclusión de las parejas homosexuales violaba la exigencia de no discriminación contenida en el art. 14 del Convenio.

.....
 "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", [en línea] http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

(4) El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. CONSEJO DE EUROPA, "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales", [en línea] http://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

(5) TEDH, *Vallianatos y otros c. Grecia* [GC], 07/11/2013.

3 | El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

3.1 | La admisibilidad del caso

El Gobierno griego planteó dos excepciones preliminares.

En primer lugar, cuestionó el estatus de víctima de los peticionarios. Puesto que, por un lado, ninguna de las cuatro parejas sufría “consecuencias negativas directas y concretas” de la imposibilidad de concluir el pacto.⁽⁶⁾ Por otro lado, la asociación “Synthessi-Information, sensibilisation, recherche” no podía ser considerada víctima de la violación de los artículos mencionados por tratarse de una persona jurídica.

La Gran Sala destacó que la ley 3719/2008 denegaba a las personas físicas del mismo sexo la posibilidad de contratar un “pacto de vida en común”. Por consiguiente, las parejas homosexuales no podían organizar sus relaciones según el régimen jurídico previsto por esta legislación y sí tenían la calidad de víctima. Pero, por el contrario, una asociación sin fines de lucro que se dedica a la asistencia de las personas homosexuales no podía ser considerada directamente afectada por la legislación litigiosa.

En segundo lugar, el Estado afirmó que los peticionarios no habían cumplido la obligación de agotar las vías de recursos internas prevista en el art. 35 del Convenio. En virtud de la ley griega, los peticionarios podían presentar una acción en reparación del daño causado por el Estado y cuestionar la conformidad de la ley 3719/2008 con el Convenio.

La Gran Sala observó que esta acción solo permitía obtener una reparación económica. Si el recurso era fundado, el Estado no estaba obligado a cambiar la ley. Por tanto, la posibilidad indicada por el Gobierno no ofrecía una alternativa real de rectificar la situación litigiosa y no era un recurso efectivo ni suficiente en el sentido del art. 35. La segunda excepción preliminar del Estado griego debía entonces rechazarse.

.....

(6) Por ejemplo, podían prever contractualmente obligaciones alimentarias o establecer un testamento el uno en favor del otro.

3.2 | El fondo del caso

3.2.1. La comparación de las situaciones y la existencia de una diferencia de trato

Verificada la admisibilidad del asunto, la Gran Sala pasó a analizar la queja de los peticionarios. Según ellos, la imposibilidad de contratar el “pacto de vida en común” constituía una violación de los arts. 8° y 14, combinados.

El Tribunal señaló que en el asunto *Schalk y Kopf* había decidido que era necesario reconocer que “una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable de facto, está incluida en el concepto de vida familiar, exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación”.⁽⁷⁾ La Corte consideró entonces que los peticionarios se encontraban en una situación similar a la de una pareja de distinto sexo con respecto al reconocimiento jurídico y a la protección de sus relaciones y que la ley 3719/2008 constituía una diferencia de trato basada en la orientación sexual.

3.2.2. La justificación de la diferencia de trato

Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal, tales diferencias requerían como justificación, razones “particularmente graves” o “razones convincentes y de peso”.⁽⁸⁾

El Gobierno afirmó, en primer lugar, que las parejas homosexuales no sufrirían ninguna desventaja sustancial en la medida en que podían organizar sus relaciones mediante el derecho contractual común. Pues, la Gran Sala considera que como forma de vida en común oficialmente reconocida por el Estado jurídico, el partenariado civil organizado por la ley 3719/2008, tiene un valor propio independientemente de sus consecuencias jurídicas extensivas o restringidas.

En segundo lugar, el Estado sostuvo que la ley 3719/2008 perseguía el objetivo de proporcionar a las parejas heterosexuales una forma alternativa de reconocimiento legal con el fin de proteger a los niños nacidos fuera del matrimonio, y a sus padres que por convivir conforman una pareja de hecho.

.....

(7) TEDH, *Schalk y Kopf c. Austria*, 24/06/2010, párr. 94.

(8) TEDH, *X. y otros c. Austria*, 19/02/2013, párr. 99.

De este modo, la ley fortalecía indirectamente la institución del matrimonio promoviendo “la idea de que la decisión de casarse corresponde únicamente a la voluntad de compromiso mutuo de dos personas independientemente de la presión exterior o de la perspectiva de tener un niño”.⁽⁹⁾

El Tribunal reiteró tres principios desarrollados en su jurisprudencia:

1. ... la protección de la familia en el sentido tradicional, es en principio, una razón de peso y una razón legítima que podría justificar la diferencia de trato [pero este objetivo] es más bien abstracto y conlleva una gran variedad de medidas concretas que se pueden llevar a cabo para su implementación.⁽¹⁰⁾

2. ... dado que el Convenio es un instrumento vigente, que puede ser interpretado en las condiciones actuales, el Estado (...) necesariamente debe tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en las ideas sociales, sobre el estado civil y las cuestiones relacionales, incluyendo el hecho de que no es solamente una forma o una opción cuando se trata de mejorar la vida privada y familiar de uno.⁽¹¹⁾

3. ... en los casos en donde el margen de apreciación se encuentra limitado, como en una posición en donde hay una diferencia de trato por razón de sexo u orientación sexual, (...) hay que demostrar que es necesaria, con el fin de lograr ese objetivo, la exclusión de ciertas categorías de personas (...) del ámbito de aplicación de las disposiciones que se traten.⁽¹²⁾

A la luz de esos principios, el objetivo perseguido por la ley 3719/2008 era legítimo pero correspondía al Gobierno demostrar que su consecución requería la exclusión de las parejas homosexuales del ámbito de aplicación del “pacto de vida en común”.

.....

(9) TEDH, *Vallianatos y otros c. Grecia*, fallo cit., párr. 83.

(10) TEDH, *X. y otros vs. Austria*, fallo cit., párr. 139; TEDH, *Karner c. Austria*, 24/07/2003, párr. 41; TEDH, *Kozak c. Polonia*, 02/03/2010, párr. 98.

(11) TEDH, *X. y otros c. Austria*, fallo cit., párr. 139.

(12) TEDH, *Karner c. Austria*, fallo cit., párr. 41; TEDH, *Kozak c. Polonia*, fallo cit., párr. 99.

La Gran Sala subrayó que, a pesar de la insistencia del Gobierno griego sobre la protección de los niños nacidos fuera del matrimonio y de sus padres, la ley tenía como principal objeto el reconocimiento jurídico de un partenariado registrado distinto del matrimonio.⁽¹³⁾ A este respecto, el Tribunal formuló dos críticas: 1) el argumento del gobierno no explica la diferencia de trato entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales sin niños; 2) la protección de los niños nacidos fuera del matrimonio y de sus padres no supone la exclusión de las parejas de mismo sexo del ámbito de aplicación de la ley. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que las parejas de sexo diferente se benefician —incluso antes de la entrada en vigor de la ley 3719/2008— del reconocimiento jurídico de sus relaciones, ya sea mediante la institución del matrimonio o, de manera más limitada, mediante las disposiciones del Código Civil relativas a las uniones de hecho. Al contrario, las parejas homosexuales no se benefician de ningún reconocimiento, por eso tenían, entonces, especial interés en el acceso al “pacto de vida en común”.

La Gran Sala completó su razonamiento señalando que el informe explicativo de la ley no proporcionaba ningún justificativo para excluir a las parejas homosexuales y que, tanto la Comisión nacional de derechos humanos como el Consejo científico del Parlamento consideraron que la ley suponía una discriminación basada en la orientación sexual. En fin, el Tribunal constató que en Europa estaba generándose un consenso sobre el reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo; pues 9 de los 47 Estados miembros reconocen la igualdad de acceso al matrimonio⁽¹⁴⁾ y 17 Estados miembros proporcionan a las parejas homosexuales acceso a alguna forma de unión registrada.⁽¹⁵⁾ Lituania y Grecia son los dos únicos países donde tal unión queda reservada para las parejas de distinto sexo.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal estimó que las autoridades nacionales vulneraban los arts. 8 y 14 combinados.

.....

(13) TEDH, *Vallianatos y otros c. Grecia*, fallo cit., párrs. 87/88.

(14) Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Islandia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia.

(15) Alemana, Andorra, Austria, Bélgica, España, Finlandia, Francia, Hungría, Islandia, Irlanda, Liechtenstein, Luxemburgo, los Países Bajos, la República Checa, Reino Unido, Eslovenia, Suiza.

4 | El voto discrepante

Considerando que la mayoría del Tribunal ignoraba el principio de subsidiariedad, el juez Pinto de Albuquerque expresó un voto parcialmente discrepante. Afirmó que el sistema griego de control de constitucionalidad proporcionaba un recurso eficaz para remediar violaciones del Convenio y que, en virtud del art. 35, los peticionarios tenían que cuestionar incidentalmente la conformidad de la ley 3719/2008 mediante la acción en reparación del daño causado por el Estado antes de recurrir al Tribunal.

Subrayó que en caso de violación del Convenio, constatada por el juez nacional, el Estado tenía la obligación de cambiar su legislación; pues de lo contrario se expondría a un recurso basado en el art. 6° del Convenio que impone la ejecución de las resoluciones judiciales definitivas. A este respecto, no hace falta que el derecho interno prevea formalmente una obligación de cambiar la ley: esta obligación proceda directamente de la incorporación del Convenio en el derecho nacional.

El Juez portugués concluyó que la mayoría de la Gran Sala rechazó al Estado griego la oportunidad de corregir las violaciones alegadas antes de que se sometieran al Tribunal. Según él, daba la impresión de que el Tribunal quería asumir un papel de “legislador positivo” —supranacional— haciendo caso omiso del principio que dice que “el mecanismo de protección establecido por el Convenio es subsidiario a los sistemas nacionales de salvaguarda de los derechos humanos”.⁽¹⁶⁾

5 | Consideraciones finales

La decisión adoptada por la Gran Sala implica que cuando un Estado resuelve introducir en su ordenamiento jurídico un medio alternativo de reconocimiento legal, este debe ser proporcionado tanto a las parejas homosexuales como a las parejas heterosexuales.

Desde el punto de vista de los principios, es importante subrayar la reafirmación que hace la Gran Sala en cuanto a la premisa de que “las parejas del mismo sexo tienen la misma capacidad que las de sexo contrario para

(16) TEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 07/12/1976, párr. 48.

comprometerse en relaciones estables” y que “por tanto, se encuentran en una situación relevantemente similar a una pareja de distinto sexo con respecto a su necesidad de reconocimiento jurídico y protección de la relación”.⁽¹⁷⁾

Pero cabe destacar que, en el día de hoy, los Estados miembros no tienen la obligación de ofrecer a las parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento: los países del Consejo de Europa pueden, sin contravenir a las disposiciones del Convenio, optar por no proponer ninguna alternativa al matrimonio.

En efecto, en la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria* del 24 de junio de 2010, la Corte consideró que “los Estados que otorgan reconocimiento legal a las parejas del mismo sexo no son aún mayoría” y que “el área en cuestión debe considerarse aún, por tanto, como un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido” de manera que “los Estados deben disfrutar de un margen de apreciación en cuanto al momento de introducir las modificaciones legales”.⁽¹⁸⁾ Además, según la misma sentencia, si un Estado opta por ofrecer a las parejas del mismo sexo un medio alternativo de reconocimiento, no “está obligado otorgarles un estatus que, pese a tener otra denominación, se corresponda a todos los efectos con el del matrimonio” desde que “los Estados disfrutaban de cierto margen de apreciación respecto a la situación concreta derivada de los medios alternativos de reconocimiento”.⁽¹⁹⁾ En síntesis, los Estados tienen un amplio margen de apreciación tanto sobre el ritmo de las reformas como sobre el contenido material de los estatutos proporcionados a las parejas de mismo sexo.

En la sentencia *Schalk y Kopf*, el Tribunal afirmó también claramente que la apreciación de la oportunidad de autorizar el propio matrimonio entre personas del mismo sexo corresponde por el momento al legislador nacional, por la razón que el matrimonio “tiene profundas connotaciones sociales y culturales que pueden diferir grandemente entre distintas sociedades”.⁽²⁰⁾

(17) *Ibid.*, párr. 78.

(18) TEDH, *Schalk y Kopf c. Austria*, fallo cit., párr. 105.

(19) TEDH, *Schalk y Kopf c. Austria*, fallo cit., párr. 108.

(20) *Ibid.*, párrs. 61/62.

Al mismo tiempo, la Corte se enfrenta también con la cuestión de los derechos parentales de las parejas de mismo sexo. En la sentencia *X. y otros c. Austria* del 19 de febrero de 2013, la Gran Sala decidió que es contraria al Convenio la prohibición absoluta de la adopción por un segundo padre a las parejas del mismo sexo cuando tal adopción es posible para parejas heterosexuales no casadas. Consideró que el Gobierno austríaco no presentaba “ningún estudio científico o cualquier otra evidencia que demuestre que una familia con dos padres del mismo sexo en ningún caso podrían facilitar de forma adecuada, las necesidades del niño” y que no era suficiente la justificación que “el legislador había querido evitar una situación en la que un niño tenga dos madres o dos padres a efectos legales”.⁽²¹⁾ Por contraste, se justifica la imposibilidad por una mujer de adoptar el niño de su pareja de mismo sexo cuando tal adopción es imposible también para los heterosexuales no casados, aunque ellos tengan la posibilidad de casarse y entonces de tramitar la adopción considerada. Según la Corte, “los Estados contratantes no están obligados a permitir que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio y teniendo en cuenta la situación especial conferida al matrimonio, la situación legal de [esas mujeres] no [es] comparable a la de un matrimonio”.⁽²²⁾

En conclusión, la jurisprudencia reciente demuestra la voluntad del Tribunal Europeo de permitir que las familias de facto, basadas en parejas del mismo sexo, puedan obtener un reconocimiento legal y protección. Es probable que en un futuro próximo el Tribunal obligara a los Estados miembros del Consejo de Europa a proporcionar a esas parejas un *partenariad*o civil con efectos parecidos a los del matrimonio. Por tanto, parece hoy en día más dudosa una evolución rápida hacia la afirmación por el Tribunal de Estrasburgo del derecho al matrimonio de las personas de mismo sexo.⁽²³⁾ Con respecto a los niños, si un Estado permite la adopción por un segundo padre a las parejas heterosexuales no casadas, se ve obligado a permitirla también a las parejas de mismo sexo.

(21) TEDH, *X. y otros c. Austria* [GS], fallo cit., párrs. 142/144.

(22) TEDH, *Gas y Dubois c. Francia*, 15/03/2012, párr. 68.

(23) Incluso es posible que haya pronto otro fallo respecto del matrimonio homosexual: tres parejas italianas interpusieron en 2011 un recurso contra la imposibilidad de casarse por parte de homosexuales italianos. Este asunto —TEDH, *Oliari y otros vs. Italia*, 21 de marzo de 2011— fue comunicada al gobierno italiano el 3 de diciembre de 2013 (demandas 18766/11 y 36030/11).

Al mismo tiempo, en unos países, el Tribunal Europeo tiene que garantizar la propia posibilidad para las personas homosexuales de reclamar nuevos derechos materiales. En la sentencia *Alekseyev c. Rusia* del 21 de octubre de 2010, constató que la prohibición y la dispersión por las autoridades de las marchas del "Orgullo Gay" organizadas en Moscú constituyeron una vulneración del art. 11 del Convenio. Aprovechó la ocasión para afirmar claramente que la falta de acuerdo entre los países europeos sobre el ritmo y las modalidades del reconocimiento jurídico de la familia homosexual no podía justificar restricciones del derecho fundamental de las personas homosexuales de reclamar más derechos materiales por ejemplo ejerciendo su derecho a la libertad de reunión pacífica.⁽²⁴⁾

(24) TEDH, *Alekseyev c. Rusia*, 21/10/2010, párr. 84.

Derecho a la intimidad

Derechos de los niños y adolescentes

TEDH, *SÖDERMAN c. SUECIA* [GC],
12 de NOVIEMBRE de 2013

por **MARISA HERRERA**⁽¹⁾

I | Palabras introductorias

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es un tribunal regional especializado de funcionamiento permanente; de allí que su caudal de sentencias o doctrina jurisprudencial sea cuanti y cualitativamente más extensa que la que se puede observar en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Este no es un dato anecdótico, sino de suma importancia a la hora de pretender elaborar un análisis comparativo sobre la mirada de ambos tribunales en lo que respecta a algún tema o problemática particular.

Esta es una de las limitaciones con la que nos encontramos al pretender trazar análisis respecto del derecho a la intimidad e integridad psíquica de personas menores de edad, en particular, adolescentes mujeres (dato no menor ya que la perspectiva de género es una variable de estudio obligada a la luz del desarrollo de la doctrina internacional de los derechos humanos y de los instrumentos normativos que la auspician), desde este doble crisol jurisdiccional, el americano y el europeo.

.....

(1) Investigadora del CONICET. Profesora adjunta de la Facultad de Derecho (UBA) y de la Universidad de Palermo.

Pero ciertas limitaciones pueden ser, a la vez, oportunidades. En este caso, para que de este lado del Atlántico conozcamos qué es lo que acontece en la otra orilla en torno a un conflicto que tiene aristas similares o comunes a otros, tales como: 1) la interacción entre el derecho penal y el derecho civil —en particular, en lo relativo a la reparación del daño—; 2) la violación de derechos humanos dentro del ámbito que debería ser el que brinda mayor protección: la familia; 3) el lugar de los adolescentes en procesos judiciales que los involucra en forma directa; y 4) el rol del Estado para dar visibilidad, a través de sus tres Poderes, a las situaciones de violencia, sobre todo las que afectan a un sector que, por estar compuesto personas que son menores de edad⁽²⁾ y mujeres, es doblemente vulnerable. Estos serían los pilares o bases fundamentales, sobre las cuales se edifica el presente comentario a un fallo de la Gran Sala⁽³⁾ del TEDH en el caso Söderman contra Suecia del 18/11/2013, cuya plataforma fáctica y jurídica se pasa a sintetizar en el próximo apartado para poder después ingresar al análisis de algunos de los principales tópicos que observa este precedente.

2 | Plataforma fáctica y algunas connotaciones jurídicas

Sucintamente, nos concentramos en este segundo apartado a destacar las principales consideraciones fácticas para comprender el planteo judicial llevado a los estrados de la Gran Sala del TEDH el 18/11/2013 en toda su extensión. Señalaremos las normativas puestas en crisis o, más bien, como se verá en el desarrollo de este comentario, la falta de esas normativas y

(2) De la lectura del fallo, parece que la condición de persona menor de edad está más presente que la de mujer. A tal punto esto es así que esta primera consideración fue puesta de resalto en algunas oportunidades y, en particular, es la que es aludida en el primer párrafo del voto en disidencia del magistrado Kalaydjieva, quien afirma: “Estoy totalmente de acuerdo con la mayoría que la integridad personal de la solicitante fue violada por los actos cometidos por su padrastro y que su situación se vio agravada por el hecho de que ella era menor de edad...”.

(3) Dice el art. 43 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en relación a la intervención de la Gran Sala que “1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia”.

las resoluciones judiciales dispares que se han dado en el ámbito interno del Estado de Suecia.

En septiembre de 2002, una adolescente de 14 años de edad, después de tomar una ducha habitual en el baño de su casa, descubre que su "padrastro"⁽⁴⁾ había escondido una cámara de filmación en el cesto de la ropa del baño, habiéndola dejado en modo de grabación, es decir, encendida, y con la angulación dirigida al lugar donde la adolescente se había desnudado antes de tomar su baño. Inmediatamente advertida de esta situación, la joven recurre a su madre llorando, con la cámara filmadora envuelta en una toalla. El autor del hecho interviene y toma la cámara de las manos de su pareja. Al rato, la joven presencia el momento en el que su progenitor afín y madre procen a quemar la cinta de filmación. Cabe advertir, por la discusión posterior referida a la tipificación penal de dicha conducta, que ninguna persona había llegado a ver el contenido de aquella filmación. En ese momento, el hecho quedo silenciado siendo conocido solo puertas adentro del hogar familiar de la adolescente que vio conculcado sus derechos a la intimidad, dignidad y honor.

Es recién dos años más tarde, en septiembre de 2004, que la madre denuncia a la policía el incidente ocurrido con su hija, impulsada por la imputación de abuso sexual que había recibido su pareja, en ese momento ya ex pareja, por parte de la prima de su hija, también adolescente: en este caso, de 16 años de edad. En síntesis, el padre afín había sido acusado, además, por dos cargos de abuso sexual —por haber acariciado el muslo, por mirarla desde la ventana mientras se cambiaba y por haber expresado su deseo de tener relaciones sexuales— cometidos entre el verano y primavera del año 2003 contra la prima de su "hijastra".⁽⁵⁾

Respecto del incidente del año 2002, el padre afín fue acusado por el delito de abuso sexual por el Ministerio Público conforme el art. 7° § 3, del capítulo 6, del Código Penal sueco. Asimismo, el 20/01/2006, la adolescente,

(4) Término peyorativo, según el desarrollo doctrinario nacional. Se trata de una consideración que, más adelante, se retomará para comprender porqué en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial —en debate en el Congreso de la Nación— se reemplaza por la noción de "progenitor afín".

(5) El entrecomillado responde que también este término ha sido puesto en crisis por su carga peyorativa, por lo que en el mencionado Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación se promueve su reemplazo por el de hijo o hija afín.

representada por su abogado, incoa una reclamación por daños y perjuicios de 25.000 coronas suecas (SEK) —15.000 SEK, en concepto de indemnización por la violación de su integridad personal y los 10.000 SEK restantes, por el dolor y el sufrimiento—, unida a los procesos penales, es decir, supuestamente, sujeta a la comprobación del hecho delictivo por el cual el padre afín fue procesado en sede penal, pues no alegó en su solicitud ninguna norma específica de la ley de responsabilidad civil.

El 14/02/2006, el Tribunal de Distrito condenó al padre afín por los tres cargos de abuso sexual bajo el art. 7° § 3, del Código Penal. En cuanto al cargo de abuso sexual que nos interesa en el presente comentario —el perpetrado por el progenitor afín a su hija afín— se demostró que el primero había tenido una intención sexual al ocultar la cámara en el cesto de la ropa y dirigirla al lugar donde ella habitualmente se desvestía. Independientemente del hecho de que después nadie había verificado el contenido de la película, se consideró que dadas las circunstancias, el padrastro había filmado a la joven mientras ella se desnudaba en el baño.

De este modo, en primera instancia, el autor del hecho fue condenado a realizar tareas o servicio comunitario obligatorio de setenta y cinco horas y se le reconoció a la adolescente una indemnización por daños de 20 000 SEK.

Sin embargo, la sentencia fue apelada y el 16/10/2007, el Tribunal de Apelación de Svea confirmó los dos cargos de abuso sexual en el caso de la prima pero, pese a considerar la conducta del progenitor afín como fuertemente reprehensible, lo absolvió del cargo de abuso sexual en el caso de su hija afín, denegándole a esta todo reconocimiento de indemnización por daño.

Para así resolver, se citó jurisprudencia anterior del mismo tribunal, afirmandose: a) que el acto aislado de la filmación no era un delito en sí mismo porque en la legislación sueca no había ninguna prohibición general contra la filmación de una persona sin su consentimiento; b) que a pesar de que la situación del padre afín fue, obviamente, de carácter sensible en cuanto a la integridad personal de la demandante y de que la violación fue particularmente grave en razón de la edad de la solicitante y la relación de afecto con el autor, este no podía ser considerado penalmente responsable por un acto aislado, como había sido la filmación de la demandante sin su conocimiento y; c) que aunque, si se tiene en cuenta la edad del

solicitante, el acto podría haber constituido un delito de pornografía infantil, dado que ningún cargo de ese tipo se había interpuesto contra el padre afín, se entendía que ello no podía ser examinado ni considerado por el tribunal ni podía considerárselo responsable de ese delito.

Contra esta resolución se alzó la joven, siendo que el 12/12/2007 el Tribunal Supremo (*Högsta domstolen*) denegó la autorización para apelar. Ante esta negativa, la actora planteó ante el TEDH que el Estado sueco no había cumplido con su obligación en virtud de lo establecido en el art. 8º del Convenio Europeo de Derecho de Humanos, al no facilitarle los recursos pertinentes contra la violación de su derecho a la intimidad e integridad personal por parte de su progenitor afín, quien, como se señaló, había intentado filmarla secretamente desnuda en su cuarto de baño cuando ella tenía 14 años. También invocó la conculcación del art. 13 de la mencionada Convención referido al “derecho a un recurso efectivo”.

Antes de adentrarnos en el análisis de la sentencia de la Gran Sala, es dable recordar tanto la normativa sueca respecto al delito de acoso sexual y pornografía infantil, como la ilación o vinculación entre la denuncia penal y el reclamo de daños en sede civil. Asimismo, cabe hacer notar que durante estos últimos años las normativas se fueron modificando, agregándose supuestos antes inexistentes:⁽⁶⁾

• **Abuso sexual:** Antes del 01/04/2005, en el art. 7º, Capítulo 6 del Código Penal sueco se leía:

(1) Si una persona toca sexualmente a un menor de quince años de edad de forma distinta a la prevista anteriormente en el presente capítulo, o induce al niño a realizar o participar en un acto con implicaciones sexuales, una multa o la prisión de un período máximo de dos años serán impuestas por abuso sexual.

(2) Una condena por abuso sexual también se impondrá a una persona que por la coacción, la seducción u otro tipo de influencia indebida induzca a una persona que ha alcanzado la edad de quince años pero no los dieciocho años para llevar a

.....
 (6) A continuación se exponen las principales normativas puestas en tensión en la sentencia en análisis, aclarándose que la traducción corresponde a la autora del presente comentario y que fue hecha solo a los fines de facilitar al lector los antecedentes normativos del caso.

cabo o participar en un acto con implicaciones sexuales, si el acto es realizado con elemento en la producción de imágenes pornográficas o posando pornográficamente en circunstancias distintas de las relativas a la producción de una imagen.

A partir del 01/04/2005, la siguiente provisión fue incorporada en el art. 10, Capítulo 6 del Código Penal sueco:

(1) Una persona que, de otro modo que a lo dispuesto anteriormente en este capítulo, toca sexualmente a un menor de quince años de edad o induce al niño a realizar o participar en un acto con implicaciones sexuales será condenado por abuso sexual a una multa o a una pena de prisión de un período máximo de dos años.

Debe tenerse en cuenta que para el Código Penal de Suiza una persona no puede ser considerada responsable por un acto parcial del contenido de abuso sexual, como el intento o la preparación de un crimen (en tal sentido, véase, por implicación inversa, artículo 1, Capítulo 23 del Código Penal sueco).

- **Pornografía infantil:** El artículo 10 bis, Capítulo 16, sobre los delitos contra el orden público señala:

Una persona que

- 1) retrata a un niño de una imagen pornográfica;
- 2) difunde, las transferencias, subvenciones uso de, objetos expuestos, o de cualquier otra manera toma una imagen de un niño a disposición de alguna otra persona;
- 3) adquiere u ofrece una imagen de un niño así;
- 4) provoca el contacto entre un comprador y un vendedor de tales imágenes de niños o toma cualquier otra medida similar para facilitar la negociación de estas imágenes; o
- 5) posee una imagen de un niño, será condenada por el delito de pornografía infantil a la prisión de un plazo máximo de dos años, o, si se trata de un delito menor, a una multa o la prisión de un período máximo de seis meses.

Por niño se entiende una persona cuyo desarrollo de la pubertad no es completo o es menor de 18 años de edad. Si el desarrollo de la pubertad de una persona es completo, se impondrá la responsabilidad por hechos cometidos en los puntos 2-5 sólo si es evidente, a partir de la imagen o de sus circunstancias, que la persona representada es menor de 18 años de edad.

- **Reclamo por daños en sede civil:** En lo que aquí interesa, el Código de Procedimiento Civil de Suecia⁽⁷⁾ establece en el art. 6, Capítulo 291:

... Cuando una demanda privada se une a la fiscalía, la conclusión del tribunal de la responsabilidad penal será obligatoria para la adjudicación de la demanda privada.

Finalmente, y previsiblemente —ya que Suecia fue denunciada ante la instancia judicial regional máxima en materia de derechos humanos—, el parlamento promulga la Ley SFS 2013:366, el 29/05/2013, que introduce la penalización de la fotografía intrusiva, es decir, que resuelve el vacío legal infra convencional al que estuvo sujeto el caso bajo análisis. De aquí en adelante, el art. 6 bis del Capítulo 4 del Código Penal sueco, en materia de delitos contra la libertad y la paz, dice lo siguiente:

Una persona que ilícitamente, con la ayuda de medios técnicos, registra secretamente una imagen de alguien que está dentro de una casa o en un cuarto de baño, en un vestuario u otro espacio similar, será sancionado por la fotografía intrusiva a una multa o pena de prisión de un máximo de dos años.

Ninguna responsabilidad criminal se impondrá si el acto se justifica teniendo en cuenta su objeto y demás circunstancias.

Con esta somera síntesis sobre los principales aspectos fácticos y legales comprometidos en el caso, pasamos a analizar qué dijo la Gran Sala del TEDH respecto del caso en el que el derecho a la intimidad e integridad personal de una persona menor de edad se encuentran comprometidos, suscitándose un hecho que perpetra dentro de su núcleo familiar.

.....

(7) Rättegångsbalken 1942: 740.

3 | En torno a los derechos humanos involucrados: de la convencionalidad a la legalidad

Tratándose de derechos humanos que titularizan niños y adolescentes, el instrumento jurídico básico para tomar como punto de partida para cualquier tipo de análisis que se pretenda desarrollar, es la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), la normativa que mayor fuerza ostenta en el plano internacional ya que es la que ha recibido mayor cantidad de ratificaciones y se ha logrado en el menor tiempo. A ello debe agregarse un dato no menor: no solo trata de titularidad de derechos humanos, sino también del ejercicio por parte de la propia perjudicada; en el caso que comentamos, al momento del hecho la adolescente involucrada contaba con edad y grado de madurez suficientes para desencadenar un planteo judicial. Con mayor precisión, la joven contaba con 14 años, siendo que en varios países —en especial de América Latina— el concepto de adolescencia desde el plano jurídico se suele fijar a los 12⁽⁸⁾ o 13⁽⁹⁾ años de edad.

Veamos: el hecho dañoso que dio lugar al fallo en comentario (más allá de que constituya o no, según el ordenamiento nacional, un delito o ilícito penal y, a la vez, civil), compromete tanto al derecho a la intimidad como a la integridad psicofísica. Ambos derechos tienen reconocimiento expreso en la CDN.

(8) Entre otros podemos mencionar al Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, ley 1098, 08/11/2006 que, en su art. 3, establece: “Para todos los efectos de esta ley son titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña a las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescente a las personas entre 12 y 18 años de edad” y al Estatuto del Niño y Adolescente de Brasil, ley 8069 de julio de 1990 que, en su art. 2, expresa: “Se considera niño, para los efectos de esta ley, a la persona hasta doce años de edad incompletos, y adolescente a aquella entre doce y dieciocho años de edad”.

(9) Esta es la edad que establece la ley 17.823 de Uruguay, promulgada el 07/09/2004 y la que se prevé en el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial de la Sanción, sancionada por la Cámara de Senadores el 28/11/2013 y a estudio de la Cámara de Diputados, cuyo art. 25 dispone: “Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”.

Si bien la Gran Sala del TEDH entendió que la situación fáctica-jurídica planteada involucraba los arts. 19 y 34 CDN —el primero, relativo a la protección de niños y adolescentes “contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”; y el segundo, dirigido al compromiso de los Estados partes de proteger a niños y adolescentes “contra todas las formas de explotación y abusos sexuales”, los que deben implementar medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral para impedir “a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal; b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales; c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos”—. No obstante, entendemos que el Tribunal omite mencionar el art. 16, referido a las “injerencias arbitrarias o ilegales” en la vida privada, familiar, domicilio, correspondencia de niños y adolescentes, y a los “... ataques ilegales a su honra y a su reputación”. ¿Acaso en la sentencia no se indaga, entre otras cuestiones, en el cumplimiento o incumplimiento estatal respecto de la tipificación penal de hechos en el que se violan la intimidad de las personas, como el que nos ocupa? Si una ley prohibiera ese tipo de intromisiones a la intimidad de las personas, como es filmar a alguien sin que lo sepa mientras se está bañando, esta conducta implicaría de por sí —por imperativo legal— una injerencia en la vida privada, lo que estaría en total consonancia con lo previsto en el mencionado art. 16.

Llama la atención que no se haya citado el art. 16 cuando una de las normativas centrales de la Convención Europea de Derechos Humanos que se encuentra involucrada en el caso, el art. 8º referido, precisamente se refiere al respeto del derecho a la vida privada y familiar, expresando en su primer apartado: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”; una aseveración que se profundiza en el segundo apartado, que dispone:

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Otro de los instrumentos que destaca la Gran Sala, dentro del apartado dedicado a los convenios internacionales, es el Convenio del Consejo de Europa sobre la Protección de los Niños contra la Explotación Sexual y el Abuso Sexual del 25/10/2007, que entró en vigor el 01/07/2010. El Capítulo IV se dedica a disposiciones de “derecho penal sustantivo”, regulando delitos “relativos a la prostitución infantil” (art. 19); delitos “relativos a la pornografía infantil” (art. 20); y “proposiciones a niños con fines sexuales” (art. 23), extendiendo estos delitos tanto a los casos de “complicidad” como a los de “tentativa” (art. 24). Respecto del delito de tentativa, que sería el supuesto que aquí se analiza, se afirma: “Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito toda tentativa intencional de cometer cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio”. Este Convenio fue ratificado por Suecia el 28/06/2013 y el interrogante cuasi obligado que se deriva es si habrá influido para ello la presión que implica para un Estado Parte ser sometido a un proceso judicial ante el TEDH por presunto incumplimiento o violación de derechos humanos previstos en la Convención Europea de Derechos Humanos.

En esta síntesis de convenios internacionales que elabora la Gran Sala, se evidencia un gran ausente: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), el instrumento jurídico en el plano internacional de mayor peso y dedicado a otro grupo social vulnerable, las mujeres. ¿Acaso no es un dato significativo que la principal víctima o protagonista del fallo en comentario sea una adolescente de sexo femenino, que se encuentra vinculada a un accionar de índole o con connotaciones sexuales, que viola el derecho a la intimidad? Podríamos esgrimir algunas respuestas plausibles ante este interrogante que denota un grave silencio legislativo-convencional por parte del tribunal regional más importante en derecho humanos en Europa.

Veamos, cabe recordar que la CEDAW fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1979 y entró en vigor en septiembre de 1981, 30 días después del depósito del vigésimo instrumento de ratificación. Más allá de las lecturas o interpretaciones dinámicas que hay que darle a todos estos textos escritos hace décadas para que realmente tengan actualidad y puedan ser una herramienta útil para resolver conflictos que acontecen en las sociedades de hoy —tanto más complejas que la que existían al momento del debate y posterior sanción de la Convención que

nos ocupa— lo cierto es que si bien la CEDAW se centra en un cúmulo de discriminaciones o desigualdades entre el hombre y la mujer que eran elocuentes en ese época, el avance o el desarrollo de la cibernética ha planteado o ampliado el cúmulo de vías o medios para la explotación, uso y abuso de las mujeres. Así, hoy se da cuenta de la pedofilia, “ciberacoso” o “bulling cibernético” y, cuando se encuentran involucrados menores de edad, de delitos específicos como el “grooming”, tal como ha acontecido en el Código Penal argentino que, tras la sanción de la ley 26.904 a fines del 2013, incorpora el siguiente texto legal en el art. 131: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”.⁽¹⁰⁾

Si bien, por el contexto temporal en el cual se aprobó la CEDAW, algunas violaciones de derechos humanos que comprometen o involucran en mayor medida a niñas, adolescentes y mujeres (o sea, al género femenino), carecen de una presencia expresa y fuerte en el texto convencional, no se puede negar que estas nuevas figuras también integran la tésis de esta normativa. Un claro ejemplo —nuevamente apelando al derecho argentino— es la ley 26.485, que involucra conceptos e ideas más amplias respecto de situaciones o actos que implican violencia. Así, en el art. 4, en relación a la definición de violencia indica:

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal.

Asimismo, en su art. 5º.2, define violencia psicológica en los siguientes términos:

La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias

(10) Ver CARBONE, CARLOS A., “El nuevo delito de grooming (art. 131, Cód. Penal). Ley 26.904”, en JA 2013-IV.

y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

Ahora bien, acciones como la que han dado lugar a la sentencia en análisis no solo pueden ser pasibles de una sanción de índole penal sino también de una de carácter civil, como bien se explicita en el fallo. Más allá de que los perjuicios estén regulados de manera expresa o no, si cumple con los requisitos generales de daño —antijuridicidad, factor de atribución y relación de causalidad—, habilitan la correspondiente reparación civil.

A modo de ejemplo, en España, la Ley Orgánica 1/1982, del 05/05/1982, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dedica su Capítulo II —“De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen”— a la temática, expresando en su art. 7°:

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley:

- 1) El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
- 2) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (...)
- 5) La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8°.2.⁽¹¹⁾

(11) El art. 8°.2 dispone: “1) No se reputarán, con carácter general intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley,

Esta solución civil ante actos violatorios del derecho a la intimidad y al honor también se observa en el Proyecto de Reforma del Código Civil Argentino, cuyo Capítulo 3 del Libro I —“Derechos y actos personalísimos”— se inaugura expresando que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad” (art. 51). Tras este principio, se alude de manera expresa a aquellos supuestos en los cuales se producen “afectaciones a la dignidad”, afirmándose que:

La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.

Asimismo, se dedica una disposición especial al derecho a la imagen, señalándose que:

Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general....⁽¹²⁾

.....

ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. 2) En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten al anonimato de la persona que las ejerza”.

(12) Continúa diciendo el art. 53: “En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

¿Cuál es el rol del Estado cuando, a través de la ley, sanciona civil y/o penalmente determinadas conductas? Esta es una de las cuestiones que subyace en el caso en estudio. ¿Bastaría regular una figura penal o prever de manera expresa una reparación civil para dar cumplimiento al deber estatal de dar soluciones o respuestas jurídicas precisas a determinadas acciones que violan derechos humanos —en este caso, la intimidad, dignidad e integridad psicofísicas—?

Si bien es cierto que la sanción penal y la civil responden a fuentes, objetivos y principios diferentes, no sería un dato menor en términos de cumplimiento y consecuente visibilidad, que un Estado dé una respuesta desde alguno de estos dos órdenes. Esta es una de las afirmaciones que esgrime la Gran Sala para destacar que Suecia es responsable por no haber podido dar una solución precisa ante un hecho dañoso desde ninguno de estos dos ámbitos. Esta línea argumental merece un análisis más comprometido, ya que en, la realidad, hay varias acciones que comprometen respuestas de ambas ramas del derecho.

4 | ¿Remedio penal, civil, ambos u otros?

Desde una obligada perspectiva sistémica que tenga en cuenta todas las diferentes vías para la reparación de una lesión o perjuicio en sentido amplio —incluido la faz relativa a la prevención o agravamiento del daño—, situaciones como las resueltas en el caso Sodeman permiten advertir las diferentes y coadyuvantes vías, modos o herramientas jurídicas para que un mismo hecho despierte diversos intereses.

Si bien en el caso se le otorga preeminencia a la faz penal y a la obligación estatal, o no, de tipificar como delito conductas como la que aquí han acontecido —es decir, aquellas que no terminan de ingresar en el concepto de “abuso sexual”—,⁽¹³⁾ lo cierto es que el hecho excede el ámbito

(13) Esta preeminencia no es sostenida por la actora, quien, como bien señala el Tribunal en la sentencia “... además de quejarse de la falta de un recurso penal en relación con la construcción del delito de abuso sexual y la ausencia de la legislación sueca de un delito separado de filmación encubierta o ilícito, también se quejó de que el sistema sueco no ofreciera su remedio civil para protegerla contra el acto del padrastro. Más concretamente, la demandante sostiene que los tribunales nacionales no habían cumplido sus obligaciones

penal: por un lado, repercute en el campo del derecho privado en lo atiente a la responsabilidad civil y, por el otro, alcanza al tema de la prevención, ya que el acto de violación a la intimidad cometido por una persona hacia una joven de 14 años, habría sido seguido por conductas de mayor gravedad contra la prima de la víctima de 16 años.⁽¹⁴⁾ ¿Por qué se tarda en denunciar hechos de violencia en sentido amplio, que comprometen a miembros de un mismo núcleo familiar?, ¿por qué, cuando suele estar involucrada la pareja —matrimonial o convivencial— de un progenitor, este tarda en realizar la denuncia —en el caso en análisis, la denuncia se realizó dos años después al hecho—?, ¿cuáles son los miedos que están detrás de una denuncia, para animarse a “destapar” situaciones que conculcan violaciones de derechos de personas menores de edad por parte de quienes tienen a su cargo su cuidado? Estos siguen siendo los interrogantes “típicos” que cabe formularse en casos de violaciones a la intimidad —que se pueden producir por medio de diferentes conductas y revisten diverso grado de intensidad y gravedad— en las familias y que se siguen esgrimiendo en la actualidad.

La cuestión temporal no es un tema menor. Es sabido que en las relaciones de familia, el tiempo consolida los vínculos, pero también los odios, las angustias y dolores. ¿Acaso no repercute en el agravamiento del daño el hecho de que la madre, en representación y protección de su hijastra, se haya animado a denunciar lo sucedido recién dos años después de que este aconteciese? Amén de que en el campo del derecho penal las consecuencias probatorias se tornan más complejas cuanto más alejada esté la denuncia del hecho, ¿cómo se puede evitar, al menos, el retraso o la tardanza en denunciar, en que ingrese “la ley” en la intimidad de la familia cuando tal intimidad ya ha sido violada por parte de uno de sus integrantes en contra de otro de ellos? He aquí una cuestión que excede el ámbito penal y el civil pero que, en definitiva, repercute en ambos. Los temas

positivas a causa de su incapacidad para concederle indemnización, ya sea sobre la base de la Ley de responsabilidad por daños o la Convención. En consecuencia, la demandante no alegó que el recurso al derecho penal era la única manera de que Suecia podría cumplir su obligación en virtud del art. 8 de protegerla contra el acto de su padrastro” (párr. 87).

(14) Sobre este tema, en el fallo se puntualiza que el Tribunal de Apelación de Svea había condenado al “padrastro” por los dos cargos de abuso sexual cometidos en contra de la prima (del fallo no surge información detallada sobre el tipo de conductas), habiéndose dispuesto una pena suspendida y el pago de una multa de 50 coronas por día, lo cual hacía ascender el monto a un total de 3000 SEK.

relativos al lugar de las políticas públicas en la prevención de la violencia familiar y al rol de la escuela en el acompañamiento de las víctimas (tén-gase en cuenta que muchas veces son los primeros actores sociales que están en condiciones de darse cuenta de que algo extraño ha sucedido en la familia de un alumno) constituyen elementos básicos a tener en cuenta desde una mirada más integral, compleja y sistémica. A esto mismo se refiere el TEDH cuando en su sentencia refiere de manera expresa lo dispuesto por el art. 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

No obstante, el aspecto en el que más se ha detenido la Gran Sala en el caso Sodeman fue el de la previsión o no de un delito que pudiera abarcar o contener la situación fáctica planteada. Como síntesis de la importancia que la Gran Sala le confiere al tema, valga el siguiente fragmento de la sentencia:

Por otra parte, el propio Gobierno reconoció que se necesitaban nuevas modificaciones al Código Penal para tipificar como delito la conducta de la parte demandada. Es por ello que se aprobó la reciente ley sobre la fotografía intrusiva y filmación. De hecho, esta iniciativa legislativa no puede sino interpretarse como una confesión por parte del Gobierno de la existencia de un defecto legal en el sistema de derecho penal interno (...) Queda por ver si esa deficiencia es relevante en términos de la protección exigida por los derechos de la Convención [lo que parece ser así, de acuerdo a lo resuelto por el Tribunal]

Es por ello que el TEDH le dedica un apartado especial o autónomo a indagar sobre el delito de tentativa de pornografía infantil. En tal sentido, se detiene en la reforma del Código Penal y en las modificaciones que, en torno al tema, se introdujeron el 01/01/2011: la especificación de cuáles son los actos o hechos que dan lugar al delito de pornografía infantil; es decir, qué tipo de mensaje o comunicación debe contener una imagen para que sea considerada inmersa en este delito.

El debate generado por el caso Soneman habría dado lugar a que el Gobierno sueco adoptara, el 20/12/2012, otra propuesta de modificación del Código Penal para que se regule un nuevo tipo penal. Toda vez el Consejo Jurídico de ese país no tuvo comentarios al respecto, el Gobierno presentó al Parlamento sueco un Proyecto de Ley en el que se proponía criminalizar

la “fotografía intrusiva. Es por ello que, en la actualidad, el art. 6 bis del capítulo 4 del Código Penal, “Delitos contra la libertad y la paz”, expresa:

Una persona que ilícitamente, con la ayuda de medios técnicos, registra secretamente una imagen de alguien que está dentro de una casa o en un cuarto de baño, en un vestuario u otro espacio similar, será sancionado por la fotografía intrusiva a una multa o pena de prisión de un máximo de dos años. Ninguna responsabilidad criminal se impondrá si el acto se justifica teniendo en cuenta su objeto y demás circunstancias.⁽¹⁵⁾

Es decir, de manera expresa se señala que este delito no se aplica cuando la persona lleva adelante ese tipo de conductas en el ejercicio de sus funciones, en nombre de una autoridad pública.

En segundo lugar, aparece en escena la reparación civil, la que parecería ser para el Tribunal —no para la actora— un modo de reparación “supletorio” ante la falta de la reparación “principal” que implicaría la vertiente penal.

.....

(15) Un aspecto muy propio del TEDH como elemento argumental de peso gira en torno al panorama legislativo europeo sobre el *thema decidendum*. Esta perspectiva de análisis no está exceptuada en este fallo, en el que se afirma que “[según] la información a disposición de la Corte, incluyendo un estudio de treinta y nueve del Consejo de los Estados miembros de Europa, parece que la pornografía infantil está tipificada como delito en todos los Estados”. Tras esta aseveración, y a modo de consideración general, se agrega que el acto aislado de filmación encubierta/no consensual, fotografía o retrato de un niño con fines sexuales es criminalizada —ya sea como la pornografía infantil o como un delito específico— en 33 de los Estados miembros estudiados (Albania, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, República Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Alemania, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Luxemburgo, Moldavia, Montenegro, Países Bajos, Noruega, Polonia, Rumania, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, Turquía, Reino Unido y Ucrania), mientras que, en los 6 Estados miembros restantes (Azerbaiyán, Dinamarca, Francia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Mónaco y Lituania), solo puede obtenerse una condena cuando el intento de distribución del material pornográfico puede ser probado. Asimismo, se señala que en la mayor parte de los últimos países, la conducta en cuestión aun podría ser ilegal en virtud de otras disposiciones del Código Penal relativas a los delitos sexuales. Además, se agrega que el acto aislado de “infiltrados” o “intrusión” no consensual mediante filmación/fotografía de una persona (sea un niño o un adulto) con fines no sexuales se considera un delito penal en 25 de los Estados miembros estudiados (Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Georgia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, Rusia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suiza, Turquía y Ucrania), entendiéndose como una expresa violación del derecho a la intimidad. También se señala que en 11 de los 14 Estados miembros restantes que no incluyen crímenes de privacidad en sus Códigos Penales, se prevén recursos civiles contra las infracciones de la privacidad de una persona; y que 3 de los Estados miembros examinados no tienen un procedimiento de derecho civil para los reclamos en contra de la captura de imágenes encubierta/no consentida de la imagen de una persona (ver párrs. 53/ 55 del fallo).

Sobre este punto, el TEDH comienza señalando que en Suecia el debate en torno a la posibilidad de reparación civil a un particular por violaciones a derechos —lo que fue regulado en la Convención Europea de Derechos Humanos— ya estaría sorteado. Al respecto, de manera tajante, en el párr. 48, afirma: “El derecho a obtener una indemnización sobre la base de una presunta violación de la Convención fue posteriormente reconocida por el Tribunal Supremo en sus sentencias en diciembre de 2009 (NJA 2009 N 70), junio de 2010 (NJA 2010 p. 363) y abril de 2012 (NJA 2012 p. 211)”. Y más aún, destaca que en el Estado demandado

Se propone incluir una disposición explícita en la Ley de Responsabilidad Civil Extracontractual que permite a las personas físicas y jurídicas obtener la reparación de daño material e inmaterial del Estado o de un municipio para violaciones de la Convención (...). Tal acción contra las autoridades públicas sería examinada por un tribunal ordinario que primero tendrá que establecer que un derecho en virtud de la Convención ha sido violado. El objetivo de la propuesta es para cumplir, junto con los otros recursos legales ya existentes, y las obligaciones de Suecia en virtud del art. 13 de la Convención.

Explicitado este principio, el TEDH comienza por recordar que “el objeto del artículo 8 es esencialmente el de proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos”, pero afirma que ello no se limita a la obligación de no hacer o de abstención por parte del Estado en tales interferencias, sino que señala: “... además de esta tarea principalmente negativa, existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. Estas obligaciones pueden implicar la adopción de medidas destinadas a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en la esfera de las relaciones de los individuos entre sí”.

Además, sienta otro principio que, justamente, se aplica para el caso en análisis: “Cuando una faceta muy importante de la existencia o identidad de una persona que está en juego, o cuando las actividades en juego implican un aspecto más íntimo de la vida privada, el margen permitido al Estado se reduce correspondientemente”. Es decir, la posibilidad de que el Estado pueda eximirse de responsabilidades en su esfera positiva es mucho más restrictiva en estos casos, máxime cuando los principales

comprometidos o víctimas son personas menores de edad.⁽¹⁶⁾ En efecto, toda vez que, como bien señala el Tribunal, los menores son particularmente vulnerables, afirma:

... las medidas aplicadas por el Estado para protegerlos frente a los actos de violencia que entran dentro del ámbito de aplicación de los arts. 3° y 8° deben ser eficaces e incluir medidas razonables para prevenir los malos tratos a los que las autoridades tenían, o debería haber tenido, conocimiento y disuasión eficaz contra estas infracciones graves a la integridad personal [párrafo 81].

En tal sentido, el TEDH se centra en el siguiente aspecto:

... si en las circunstancias específicas del asunto del que conoce, Suecia contaba con un marco jurídico adecuado que proporciona el solicitante de la protección contra las acciones concretas de su padrastro y voluntad, con este fin, evaluar cada uno de los remedios supuestamente disponibles para ella [párrafo 89]

En lo que respecta al derecho civil y a la reparación en el caso en análisis, el Tribunal señala que

... no está convencido de que en la situación específica que nos ocupa, aunque el acto en cuestión no estaba cubierto legalmente por la disposición sobre el acoso sexual y donde la filmación encubierta, en general, no constituía un delito, la demandante no tenía un recurso civil disponible para ella [párrafo 114].

Esta aseveración, conjuntamente con la mirada restrictiva que había desarrollado la jurisprudencia sueca en torno a que no era posible fundar la reparación civil de un particular en la Convención Europea de Derechos

(16) El Tribunal cita un precedente, *KU c. Finlandia* (n° 2872/02, §§ 45/49), en el que también se encontraba involucrado el art. 8° y la obligación del Estado de proteger a una persona menor de edad por un acto menos dañoso, como es la tergiversación maliciosa, en el que se alegó: "en ese caso no se trataba de ningún tipo de violencia física, pero no puede considerarse trivial, ya que suponía una amenaza potencial para el bienestar físico y mental del menor, provocada por la situación impugnada, a saber, que le hicieron el objetivo de los enfoques por pedófilos. El acto constituye un delito en el derecho interno y la Corte consideró que la protección práctica y efectiva de la solicitante requiere la disponibilidad de un recurso que permite al autor material a ser identificados y llevados ante la justicia" (párrafo 84).

Humanos (aseveración que después modificó), hizo dudar al TEDH de que efectivamente, los demandantes hubieran tenido en el orden nacional vías hábiles para reparar un acto que implicaba de por sí una violación “a la integridad del solicitante [la que] se vio agravada por el hecho de que ella era menor de edad, que el incidente tuvo lugar en su casa, donde se suponía que debía sentirse a salvo, y que el agresor era su padrastro, una persona a quien ella tenía derecho en confiar”. Por lo tanto, se entendió que se encontraba conculcado el art. 8° de la mencionada Convención y se hizo lugar a la reparación civil en el ámbito regional.

5 | No todas las familias son “Ingalls”

El hecho dañoso sobre el cual gira el caso Södeman se desarrolla en el contexto familiar, en un ámbito social que puede ser el de mayor protección o desprotección. Sucede que en la intimidad del hogar suelen acontecer situaciones de grandes violaciones de derechos humanos donde “lo sexual” juega un rol importante. ¿Qué sucede cuándo quienes están en mejores condiciones para cuidar, son las personas que además de descuidar, llevan adelante actos de violencia que comprometen la intimidad e integridad psico-física de quienes integran un grupo social de alta vulnerabilidad, como son los niños y adolescentes?

Vale recordar que en el caso Södeman se trata de una adolescente de 14 años que descubre que la pareja de su madre (como ya se adelantó, denominado “progenitor afín”, según los términos que utiliza el Proyecto de reforma del Código Civil del 2012, estén o no los adultos unidos en matrimonio), había escondido una cámara de video en el cesto de la ropa ubicada en el baño, con el objetivo de grabar a la adolescente desnuda mientras se bañaba; un material que no fue reproducido porque la cinta fue quemada.

Estos dos elementos, víctima menor de edad y contexto familiar, son muy tenidos en cuenta por el TEDH cuando, en primer lugar, destaca lo siguiente en el apartado referido a la aplicación de ciertos principios al caso concreto:

La Corte observa que el Tribunal de Apelación consideró que el acto del padrastro constituía una violación de la integridad

personal del solicitante (...). El Tribunal respalda este hallazgo y considera, por una parte, que las circunstancias se vieron agravadas por el hecho de que la demandante era menor de edad, que el incidente tuvo lugar en su casa, donde se suponía que debía sentirse segura, y que el delincuente era su padrastro, una persona de la cual se espera que confíe [párrafo 86].

¿Constituye un agravante que la violación al derecho a la intimidad provenga de alguien con quien se tiene un fuerte vínculo afectivo y de confianza, y que integra el grupo familiar conviviente? Sin lugar a dudas, la respuesta positiva se impone. Las consecuencias negativas de un accionar como el descrito —que viola el derecho a la intimidad— se agravan considerablemente cuando tal acto proviene de quien debería proteger a la joven, lo que implica a la vez, una abierta decepción, desconfianza y ruptura de los lazos de afecto que se forjan en las familias convivientes. Este especial contexto que se deriva de “lo familiar” genera un daño mayor, que debe repercutir de manera directa en la reparación civil —la que también debería ser más extensa—.

Si bien en el caso en análisis no se aclara si el llamado “padrastro” se encontraba casado o en pareja con la madre, lo cierto es que ello no debería ser una diferencia jurídica sustancial a la hora de analizar la entidad del daño ocasionado. Sucede que al ordenamiento jurídico le debería importar más el vínculo socioafectivo entre la pareja (casada o no) del progenitor conviviente y su hijo, que la existencia o no de un vínculo de parentesco. En tal sentido, cabe señalar que, según el derecho argentino, solo si el progenitor está casado se genera un parentesco por afinidad en primer grado. Por el contrario, las convivencias de pareja no son causa fuente de relaciones de parentesco. La postura de que esta diferencia es jurídicamente insignificante es la que adopta el Proyecto de reforma del Código Civil: así, al regular a la llamada “familia ensamblada”,⁽¹⁷⁾ advierte: “Se

(17) Para profundizar sobre este tema ver: BRUNEL, TAMARA F., “Familias ensambladas: ¿un fenómeno social que anhela ser reconocido por el derecho argentino?”, en *RDF*, 2013, pp. 59/183; FELDMAN, CLAUDIA K., “Un fallo señero que consolida la constitucionalización del derecho de familia. El progenitor afín: obligación alimentaria finalizada la convivencia”, en *RDF* 2013-III-117; JAUREGUI, RODOLFO G., “La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos”, en *DFyP*, 66, marzo, 2013; y MOLINA DE JUAN, MARIEL, “El parentesco en el anteproyecto de Código Civil”, en *JA* 2012-II-1307.

denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente” (art. 672).⁽¹⁸⁾

Esta consideración por la cual se valora más el vínculo socioafectivo que la noción de parentesco no solo debería importar o incidir en el ámbito civil, sino también en el penal; puede ser un agravante o eximente de determinados delitos. ¿No sería un agravante el homicidio de un hijo afín por parte de su progenitor afín, ya sea que este se encuentre casado o en convivencia con el progenitor biológico? Si bien esta disyuntiva no fue materia de debate en el fallo en análisis, este se preocupó por si el Estado sueco debía prever en su legislación penal un tipo delictivo que involucre la situación fáctica acontecida. No obstante, lo cierto es que además, debería haberse indagado en el agravamiento de la pena cuando involucra a un familiar y, en ese caso, en qué se entiende o con qué extensión se debería conceptualizar esta noción.

Este agravamiento de ciertos delitos fundado en el vínculo afectivo —no siempre, a la vez, de parentesco— estaría detrás del argumento del Tribunal Supremo sueco que, si bien consideró tanto que la filmación era un acto aislado que no configuraba un delito según el ordenamiento jurídico sueco como que tampoco había alguna prohibición general contra la filmación de una persona sin su consentimiento, reconoció que la especial situación del “padrastro” era de “carácter sensible en cuanto a la integridad personal de la demandante y que la violación fue particularmente

(18) Esta misma línea más flexible en torno al concepto o ámbito de aplicación personal de la “familia ensamblada” es la adoptada por el JCont., Adm. y Tribut. N° 14, CABA en los autos “D. G. F. contra OSBA sobre AMPARO (art. 14 CCABA)”, 17/02/2014, al resolver una acción de amparo contra ObSBA, en el que se plantea la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del art. 6°, inc. e), del Reglamento de Afiliaciones de dicha obra social (R.A.), para que se proceda a afiliar a una persona menor de edad, hijo del conviviente del afiliado. Para hacer lugar al pedido se tuvo en cuenta que “Se advierte que el concepto de familia concebido por el legislador primigenio se ha visto ampliado a situaciones no previstas, producto de los diferentes cambios sociales y culturales que tienen lugar en nuestro país. En este contexto, resulta de público y notorio la existencia de las denominadas “familias ensambladas”, término con el cual se define a aquellos grupos familiares en los que uno o ambos miembros de la pareja conviviente, tienen, a su vez, uno o varios hijos de relaciones anteriores, y deciden unirse y constituir un nuevo grupo familiar, ya sea a través del matrimonio, la unión civil o la simple convivencia. Este tipo de uniones es frecuente en caso de personas que han quedado viudas y encuentran un/a nuevo/a compañero/a de vida, como así también en separados y divorciados, situación que se observa con mayor frecuencia en los últimos tiempos”, [en línea] http://www.infojus.gov.ar/jurisprudencia/NV7262-dalles_amparo-ciudad_de_buenos_aires-2014.htm?2).

grave en razón de la edad del solicitante y la relación con su padrastro". Precisamente, la relación familiar afectiva que está presente en el caso en análisis sería el principal argumento por el cual, más allá de que para este tribunal estatal el hecho no configura un delito penal, considera que se ha producido un daño que debe ser reparado.

En definitiva, lo familiar es un elemento esencial para que la Gran Sala del TEDH arribe a la conclusión de que Suecia habría violado el art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, considerado sólo y en relación con el art. 13 del mismo cuerpo normativo que regula el "derecho a un recurso efectivo".

6 | El rol del adolescente en el proceso regional

Si bien esta no es la oportunidad para profundizar sobre un tema que estaría recién en sus albores —como es la participación de niños, niñas y adolescentes⁽¹⁹⁾ en los procesos o instancias judiciales en el ámbito regional—, lo cierto es que el fallo en comentario insta, al menos, a señalar algunas consideraciones al respecto.

Como se ha puntualizado a lo largo del presente trabajo, la plataforma fáctica que ha dado lugar a la intervención de la Gran Sala del TEDH que

(19) Mucho se ha avanzado sobre este tema en el ámbito estadual. Para ahondar sobre la cuestión en los procesos judiciales regionales debería tomarse como punto de partida todo el desarrollo doctrinario e incluso jurisprudencial elaborado en torno a la participación en los procesos ordinarios. Por ello se recomiendan, entre tantos otros: FAMÁ, MARÍA VICTORIA y HERRERA, MARISA, "Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina", en Jorge L. Kielmanovich y Diego Benavides (comps.), *Derecho Procesal de Familia*, San José, Costa Rica, Jurídica Continental, 2008, p. 179 y ss.; FAMÁ, MARÍA VICTORIA, "Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia", en *SJA*, 01/07/2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "El derecho constitucional del menor a ser oído", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. "Derecho privado en la reforma constitucional"*, n° 7, 1994, p. 157 y ss.; PINTO, GIMOL, "La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuados en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México", en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, n° 3, 2001, p. 127 y ss.; CAPPELLA, LORENA S., "'Ver, pensar, sentir... ¿Decir y decidir?'. Reflexiones en torno a la participación del niño, niña, adolescente en los efectos del proceso de divorcio de sus padres", en *RDF*, n° 62, p. 37 y ss. y JUNYENT DE DUTARI, PATRICIA, "La palabra como derecho de niños y adolescentes", en *DFyP* (octubre), 2013, p. 193.

aquí se analiza, tiene como víctima (en el ámbito penal) o damnificado directo (en el ámbito civil) a una persona menor de edad —14 años—, pero que ya cuenta un grado de madurez, por lo que se ajusta a lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y a lo profundizado en la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño del 2009.

¿Cuál ha sido la participación directa de la joven en el proceso ante el TEDH? A la luz de lo expresado en la sentencia, solo habría participado por “representación”, pero no en forma directa, siendo, de mínima, entrevistada por algún magistrado o funcionario del tribunal para conocer de su propia boca sus inquietudes y malestares; y para que se puedan observar los daños verdaderamente causados por el hecho —y también por todo el periplo judicial— y lo que ello significa.

Esta cuestión acerca de la participación de las personas menores en las instancias superiores habría logrado un cierto interés por parte de otro tribunal regional que, por razones de “fuerza vinculante”, importa más en el ámbito nacional. Nos referimos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que en el resonado caso “Atala Riffo vs. Chile”, del 24/02/2012,⁽²⁰⁾ antes de arribar a la decisión final, emitió una resolución centrada en la participación de las tres niñas involucradas en el conflicto de “tenencia” entre sus padres.

De manera harto sintética, cabe recordar que en aquel caso fue la primera vez que la Corte IDH se animó a profundizar sobre la orientación sexual como “categoría sospechosa”, siendo que a la madre se le había denegado

(20) Para profundizar sobre este interesantísimo fallo que observa la jurisprudencial de la Corte IDH, ver, entre otros: CULACIATI, MARTÍN MIGUEL; RODRÍGUEZ ITURBURU, MARIANA, “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *RDF* 01/04/2013, Sección Actualidades; LENTILE, VERÓNICA M., “El caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” y el proceso de reparación en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *RCyS* 2012-VI, 269; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y HERRERA, MARISA, “Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual”, en *LL* 2012-B, 1254; DE LORENZI, MARIANA A., “Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar”, en *RDF* 2012-IV-289; RONCONI, LILIANA - ALDAO, MARTÍN, “La oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso ‘K., A. e Hijas v. el Estado de Chile’”, en *RDF* 2011-III, junio 2011, pp. 262/276 y RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, “La oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso ‘K., A. e Hijas v. el Estado de Chile’”, en *RDF* 2011-III, junio 2011, pp. 262/276.

la “tuición”⁽²¹⁾ de sus hijas por ser lesbiana; a la vez, y como paso previo ineludible, la Corte IDH se ocupó de indagar acerca de la participación de las niñas en el proceso interamericano.

Así, en la resolución titulada “Participación de las niñas”, del 29/11/2011, la Corte IDH aseveró:

La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto. En el presente caso, la Corte observa que el artículo 8.14 de la Convención Americana consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños y niñas, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas provisiones sobre el derecho a ser escuchado del niño, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

Como se puede observar, este tipo de consideración relativa a la participación de los niños, niñas y adolescentes en el proceso, que está totalmente a tono con los postulados que sienta la Convención sobre los Derechos del Niño —Tratado expresamente citado por el TEDH— se encuentra absolutamente silenciado en el fallo en comentario.

¿Acaso el tribunal regional interamericano estaría más avanzado que el europeo en lo atinente a la participación de los niños? Una consideración no menor si se tiene en cuenta que ello se relaciona de manera directa con el derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva?

He aquí un interesante camino para explorar y explotar, que el TEDH aún no se habría animado a transitar.

.....

(21) Así se denomina en el derecho chileno a la mal llamada “tenencia” como se le sigue diciendo en el derecho argentino y que en el proyecto de reforma del Código Civil se reemplaza por la noción de “cuidado personal”, siendo que la idea de “tenencia” responde más a la perimida condición de los niños como “objetos” y no como verdaderos “sujetos” de derecho, tal como lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño.

7 | Breves palabras de cierre

El tiempo es tirano y el espacio también; por eso el cierre será muy breve.

Precedentes como el que se analiza en esta oportunidad, que tiene como protagonista —nada más ni nada menos— al órgano judicial regional más importante en derechos humanos de Europa, son útiles para ver cómo este tipo de tribunales son hábiles para delinear la agenda legislativa de los Estados partes involucrados. Como vimos, la modificación del Código Penal sueco tras la sanción de la ley que introduce el delito de “fotografía intrusiva” constituye una muestra de la clara y evidente presión que ejerce este tipo de tribunales en el interior de cada Estado. ¿Acaso el TEDH no estuvo, casi desde sus orígenes, preocupado por señalar las obligaciones positivas de los Estados partes?

Este fallo viene a reafirmar que las modificaciones legislativas estatales forman parte del compromiso cierto y serio de los países por llevar adelante acciones positivas hábiles para lograr la tan ansiada protección y satisfacción de Derechos Humanos.

Esta conclusión es perfectamente trasladable a nuestro país, el que se encuentra transitando el camino complejo —y tan necesario— de revisar de manera integral y profunda el Código Civil y el Código Penal, y de dar cumplimiento a esa obligación básica y esencial que es repensar la ley desde, en y para los derechos humanos.

Salud mental y deber de realizar el servicio militar

TEDH, *DE PLACÍ c. ITALIA*, 21 de ENERO de 2014

por **MARINA MENDEZ ERREGUERENA**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El demandante, el señor Luigi Plací,⁽²⁾ es un ciudadano italiano que, en 1993, a los 18 años de edad fue convocado a realizar el servicio militar obligatorio. A estos efectos, se le hicieron evaluaciones psicológicas y físicas que concluyeron en que era apto para cumplir con dicha tarea. Sin embargo, el informe detallado de estas evaluaciones —al que el demandante pudo acceder recién en septiembre de 2010, en medio de los trámites que él inició por pensión— consideraba que el señor Plací presentaba cierta lentitud en la comprensión y ejecución de tareas. Si bien su accionar era lógico, tenía una propensión a darse por vencido o desistir. También fueron evaluadas habilidades tales como las culturales y la del lenguaje, la motivación, el desempeño mental y el comportamiento. En cada una de estas áreas, sobre un total de 10, Plací obtuvo 4 puntos.

Inmediatamente antes de iniciar el servicio —el 14 de junio de 1994—, el demandante se sometió a una evaluación médica más en la que

.....

(1) Licenciada en Relaciones Internacionales. Grupo de investigación "Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos", Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos "Alicia Moreau" (Universidad Nacional de Mar del Plata).

(2) TEDH, *De Plací c. Italia* (n° 48754/11), 21/01/2014.

nuevamente se determinó que estaba apto para la tarea, razón por lo cual fue asignado al Batallón N° 123, donde recibió un intensivo entrenamiento físico y mental. Un mes después fue transferido a otro lugar —Aquila—. Allí fue sometido a múltiples castigos por comportarse de manera informal frente a sus superiores, por no cumplir con sus supervisores haciendo reportes, y por no mantener las condiciones del lugar donde dormía.

A fines de 1994 el demandante fue transferido a Lecce. El comandante del lugar notó que Plací sufría de tics nerviosos, dificultades para socializar y aprender, y un comportamiento distraído; por lo que ordenó que se le hiciera una evaluación médica especializada para determinar si se encontraba apto para el servicio militar. Días después fue admitido en un hospital que le diagnosticó un desorden de ansiedad y un frágil estado mental.

En febrero de 1995 un reporte médico indicó que en su juventud Plací había sufrido problemas afectivos-relacionales y dificultades en el aprendizaje. Determinó que era físicamente débil e inseguro, que tenía una baja aptitud para el aprendizaje y que era propenso al aislamiento, además de ser disfuncional e incapaz de asumir responsabilidades. Pues un test reveló que no era capaz de cumplir con tareas asignadas, sufría de un déficit de lógica y memoria. Tampoco era capaz de generar relaciones positivas con otras personas. Todo esto había causado que Plací viviera el servicio militar con ansiedad e incluso miedo respecto de sus compañeros soldados. El reporte consideraba que cuanto más tiempo él permaneciera en servicio, más severa se volvería su ansiedad y se intensificarían sus actitudes defensivas.

Plací permaneció hospitalizado. Finalmente el 8 de abril de 1995 —a menos de un año de su ingreso al servicio— fue diagnosticado con distrofia y desorden de la personalidad, por lo que fue licenciado del servicio militar. El 20 de octubre de 1995 un informe del Servicio Nacional de Salud estableció que, como consecuencia del cese en el servicio militar —lo que le representaba una situación estresante— su condición había mejorado. Sin embargo, aún presentaba signos de un leve déficit intelectual. Por esta razón, el Dr. Russo, médico del demandante, presentó un reporte que establecía que Plací se había enfermado como consecuencia de hacer el servicio militar; postulaba que, al menos, había una relación causal entre ambas cuestiones. En enero de 1996 el demandante requirió al Ministerio de Defensa que pagara daños.

En el marco de la demanda por daños, la Comisión Médica del Hospital Militar Bari estableció que Plací sufría de un desorden obsesivo compulsivo que no era resultado de su servicio militar, sino que era una condición preexistente, y que durante su servicio nunca había tenido que enfrentarse a eventos u obligaciones que, por su importancia, naturaleza o duración, pudieran haber influenciado en la progresión de su problema mental. En otras palabras, la Comisión Médica negó que su desorden hubiera sido causado por el servicio militar y rechazó su demanda por daños y, en varias oportunidades, el acceso a sus archivos.

Más tarde el demandante inició procedimientos ante el Tribunal Regional Administrativo de Lecce. Solicitó que se reconociera la relación entre sus problemas mentales y el servicio militar, y que, en el caso de que la Corte considerara que su padecimiento era preexistente, se indagara en la responsabilidad del Ejército por haberlo reclutado y que se tuvieran en cuenta daños a su favor. Finalmente, el Tribunal estableció que la enfermedad del demandante era preexistente y que el examen médico realizado en junio de 1994 para determinar si Plací era apto para el servicio militar, no había sido exacto ya que debería haber indicado que el demandante no estaba en condiciones de realizar el servicio militar.

En julio de 2008 el demandante acudió a la Corte Suprema Administrativa para apelar a lo dictado por el Tribunal Regional. En este caso, la Corte requirió a la Junta Médica del Ministerio de Defensa que realizara la evaluación médica y los informes necesarios respecto de la salud del demandante. Tres años después, la Corte rechazó el recurso del demandante. Pues consideró nuevamente, en base a los reportes de la Junta, que los padecimientos de Plací eran anteriores a su servicio y que no habían sido detectados en el examen de 1994 porque posiblemente no habían tenido posibilidad de manifestarse por ausencia de estímulos particulares.

2 | Fundamentos jurídicos

El demandante alegó que los hechos anteriormente descritos suponían una vulneración de los arts. 3° y 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH). La falta de una correcta evaluación de su aptitud física y psicológica previo a su incorporación al servicio militar obligatorio, el estricto e intenso entrenamiento recibido y el hecho de haber sido sometido a diferentes castigos, corresponden a un trato contrario al

art. 3°. Además, se demandó la falta de imparcialidad en el proceso, lo que representa una violación al art. 6°.

2.1 | Violación del art. 3°

El art. 3° establece que nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Por un lado, el demandante alegó que la falta de una adecuada evaluación de su estado de salud antes de su entrada al servicio militar obligatorio, resultó una violación de las obligaciones positivas que tiene el Estado italiano bajo este artículo. Por otro lado, una vez en servicio, el entrenamiento y los castigos infligidos implicaron un incumplimiento de las obligaciones negativas del Estado.

Según el demandante, Italia incumplió con el art. 3° ya que las pruebas previas al reclutamiento no fueron apropiadas y, como consecuencia, se vio obligado a realizar el servicio militar aun cuando no estaba apto. Por lo tanto, el demandante cuestionó la eficacia de las pruebas. Pues frente a las dudas sobre su condición física (mencionadas anteriormente), no se llevaron a cabo más pruebas. Plací destacó que, a aquellos que como a él se les imponía el cumplimiento del servicio militar, se les debería hacer exámenes más rigurosos.

Además, si los padecimientos de Plací eran anteriores al servicio, tal y como la Corte italiana sostuvo; entonces el Estado tenía la obligación de conocer su condición y de actuar en consecuencia para proteger su bienestar físico y mental. El demandante también reclamó que, una vez en servicio, recibió sanciones y castigos cuando en realidad necesitaba atención y apoyo psicológico. Sus superiores fallaron en detectar sus problemas de salud, lo que irremediablemente lo perjudicó y lo aisló más aún.

Por su parte, el Gobierno sostuvo que los castigos mencionados por Plací —confinamiento— no podían ser considerados de una severidad tal que implicara una violación al art. 3°. Respecto de su estado de salud previo al servicio, estableció que su padecimiento psicológico no fue descubierto en aquel momento debido a la ausencia de estímulos particulares y a la falta de realización de pruebas especiales que, en aquel momento, no

eran obligatorias si no había una necesidad particular que las justificara. Además, durante su primer mes de servicio militar, el momento de mayor estrés, el solicitante había demostrado una conducta normal. Según el Gobierno, esto demostraría que los resultados médicos previos al reclutamiento fueron correctos.

Finalmente, la Corte afirmó que no podía asegurar que en la fecha de la conscripción del demandante las autoridades italianas tuvieran razones fundadas para creer que, de ser reclutado, su estado de salud se vería en riesgo, proscrito por el art. 3°. Sin embargo, la Corte remarcó que Plací fue sometido a varios castigos como resultado de su indisciplina en Aquila, a ningún superior se le ocurrió que tal comportamiento podía ser el resultado de problemas psicológicos. Pero esta situación sí fue evidente posteriormente para su supervisor, tan solo unos días después de su llegada a Lecce. Además, la Corte puso especial acento en que el Gobierno no explicó si en las unidades había personal responsable y capacitado para detectar este tipo de situaciones. Tampoco el Gobierno italiano brindó información sobre prácticas, normas o procedimientos establecidos para garantizar una identificación temprana de este tipo de situaciones.

Por otro lado, el Gobierno italiano no demostró que el demandante tuviera acceso a algún tipo de apoyo psicológico, examen o supervisión; por lo que la Corte afirmó que Plací fue dejado a su suerte durante los seis primeros meses de su conscripción, a la vez que fue sometido a un tratamiento que para una persona que carecía de la fuerza mental necesaria —por su padecimiento— podría haber constituido una carga excesiva. Dado que Plací era en aquel momento un individuo vulnerable, el sufrimiento al que fue sometido fue mayor al de un recluta regular. En este contexto, además de la ausencia de una detección temprana de su vulnerabilidad, la falta de reacción de sus superiores ante el comportamiento del demandante, y la inexistencia de estructuras capaces de evitar situaciones como las de Plací; la Corte consideró que el Estado italiano no cumplió con su deber de garantizar que el demandante pudiera realizar el servicio militar en condiciones que fueran compatibles con el respeto a sus derechos consagrados en el art. 3°. El demandante fue sometido a un nivel de angustia o sufrimiento que excedió el nivel de las dificultades inevitables e inherentes a la disciplina militar. Como resultado, la Corte Europea de Derechos Humanos estableció que hubo una violación del art. 3°.

2.2 | Violación del art. 6°

Según el demandante, la Junta Médica que brindó toda la evidencia médica crucial en el procedimiento frente a la Corte Suprema Administrativa, fue imparcial y careció de independencia. Además, reclamó la falta de acceso a ciertos documentos —reportes médicos, comunicaciones internas que requerían su evaluación médica—, lo que afectó negativamente su actuación en los diferentes procedimientos legales internos. Todo esto, implica una violación al art. 6° de la CEDH.⁽³⁾

Por su parte, la Corte destacó que la Junta Médica que llevó adelante las evaluaciones médicas sobre las que se basaron las decisiones de la Corte Suprema Administrativa, dependía del Ministerio de Defensa. En consecuencia, su estructura y composición podrían dar lugar a ciertas inquietudes por parte de la demanda.

Teniendo en cuenta que los hallazgos de la Junta Médica fueron aceptados completamente por la Corte Suprema y utilizados para tomar su decisión sin requerir otra evaluación adicional, esta inquietud fue decisiva. Además, cuando el demandante desafió los resultados de la Junta Médica, su reclamo se rechazó con el argumento de que la Corte Suprema no tenía el poder para examinar los méritos de los expertos de dicha Junta; lo que demostró claramente el rol central que esta jugó en la decisión de la Corte Suprema.

En conclusión, la Corte estableció que el demandante tenía razones legítimas para dudar de la neutralidad con la que la Junta Médica actuó en los procedimientos ante la Corte Suprema Administrativa, que hicieron que el demandante no estuviera a la par de su adversario —el Estado italiano— durante los procesos legales. Se quebró así el principio de igualdad. Pues no se le concedió una audiencia justa ante un tribunal imparcial, en condiciones de igualdad ante su adversario durante el procedimiento, en la Corte Suprema Administrativa; de manera que hubo una violación del art. 6°.

(3) Art. 6°: “Derecho a un proceso equitativo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial ...”.

3 | Conclusión del autor

La Corte Europea de Derechos Humanos ha dado lugar a numerosos fallos, muchos de los cuales han tenido gran resonancia por introducir nuevos debates que fijan postura, e incluso instan a los países involucrados a realizar importantes cambios en sus legislaciones internas.⁽⁴⁾ Si bien *Plací c. Italia* no parece ser uno de ellos, algunos elementos pueden ser destacados.

Por un lado, la Corte recuerda que tratar a todas las personas de igual manera puede tener consecuencias negativas. Pues aquellos que por diferentes razones tienen distintas necesidades, se pueden ver desproporcionadamente perjudicados y dañados. En este caso, Plací realizó el mismo entrenamiento que el resto de las personas en su misma posición y fue sometido a los mismos castigos que otros, bajo las mismas circunstancias. Sin embargo, él sufría de un padecimiento —detectado en las evaluaciones e ignorado— que requería de un tratamiento distinto —incluso de la exención del servicio militar— para evitar que el entrenamiento y los castigos ordinarios significaran una carga excesiva. Sin embargo, el Estado falló en atender estas necesidades de Plací en tiempo y forma debido a que, aun cuando la evaluación previa al servicio detectó ciertas dificultades —obtuvo 4 puntos de un total de 10 en cuanto a sus habilidades—, no se le realizaron otras pruebas para descartar posibles futuras complicaciones, o incluso para evaluar la posibilidad de exceptuarlo del servicio.

Todo esto implica una falla en la obligación positiva que tiene el Estado italiano de generar los mecanismos necesarios para evitar que sus ciudadanos reciban tratos contrarios al art. 3°. Pues, una vez en servicio, la ausencia de diferentes instancias y estructuras para detectar y atender situaciones como las de Plací, favoreció a una agudización de su estado de salud. Por lo tanto, frente a la obligatoriedad del servicio militar,⁽⁵⁾ los controles efectuados a las personas deberían ser más precisos y exhaustivos.

(4) Por ejemplo, en el campo de derechos humanos, salud mental y discapacidad podíamos nombrar TEDH, *Stanev c. Bulgaria* [GC], (n° 36.760/06), 2012; TEDH, *HL c. Reino Unido* (n° 45508/99), 2005; TEDH, *Winterwerp c. el Países Bajos* (n° 6301/73), 1979; TEDH, *Shtukaturov c. Rusia* (n° 44.009/05), 2008); entre otros.

(5) La obligatoriedad fue derogada el 1 de enero de 2005.

Se los somete, sin elección alguna, a realizar una tarea que, por su naturaleza, puede tener ciertas consecuencias en la salud física y emocional. Si esto no ocurre o falla, el Estado pone en riesgo la salud de aquellas personas que no se encuentran aptas para el servicio militar.

En conclusión, este fallo puede ser importante para futuros litigantes, en cuanto a que puedan sostener sus reclamos sobre el principio de las obligaciones positivas. En este caso, el Estado italiano no infligió directamente un trato contrario al art. 3°; sin embargo, por omisión y por falta de estructuras de protección —a Plací—, se generaron condiciones que derivaron en un trato desfavorable hacia el demandante. Por esto la Corte consideró al Estado responsable de violación del art. 3°. Podría incluso encontrarse cierta relación con el caso *Storck c. Alemania*,⁽⁶⁾ en el que el Estado alemán fue encontrado responsable por los tratos que recibió una ciudadana en una institución de salud mental que, encima, era privada.

En ambos casos, el principio legal empleado por la Corte es el mismo: el Estado no solo es responsable por aquello que hace sino también por aquello que no hace, por la falta de garantías y estructuras de control y protección, fundamentales para evitar violaciones a los derechos humanos.

Lo anterior guarda estrecha relación con el concepto de protección especial, empleado por la Corte Interamericana en “*Furlan y Familiares vs. Argentina*”.⁽⁷⁾ En este caso, la Corte reiteró que toda persona que se encontrara en una situación de vulnerabilidad —Plací, por ejemplo— era titular de una protección especial en razón de los deberes especiales que el Estado debe cumplir para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

A su vez, el Tribunal enfatizó que no bastaba con que los Estados se abstuvieran de violar los derechos, era fundamental que adoptaran medidas positivas para proteger al sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, por ejemplo, la discapacidad.

.....

(6) TEDH, *Storck c. Alemania* (n° 61.603/00), 2005.

(7) CORTE IDH, “*Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*”, sentencia de 31 de agosto de 2012.

Finalmente, es interesante mencionar que según el art. 1° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁽⁸⁾ Dicha Convención ha sido considerada en el pasado por la Corte Europea de Derechos Humanos en sus fallos, por lo cual la CEDH ha sido interpretada a la luz de lo dispuesto por la CDPD. Sin embargo, en este fallo, esta no ha sido mencionada. Plací podría haber sido considerado una persona con discapacidad conforme el art. 1° y, por lo tanto, deberían haberse aplicado los ajustes razonables necesarios tanto al momento de su admisión al servicio como luego, en el desempeño de las diferentes actividades.

Según la Convención, los ajustes razonables son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no imponen una carga desproporcionada o indebida, que se aplican para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.⁽⁹⁾ En el caso de Plací, tendría que haber existido para él la posibilidad de optar por realizar o no el servicio militar obligatorio. Y, en caso de haberlo elegido, deberían de haberse aplicado los ajustes razonables necesarios para que pudiera cumplir con dicha tarea. Sin perjuicio de que el demandante no haya mencionado la CDPD en su solicitud, la CEDH podría haberse interpretado a la luz de dicho instrumento internacional.

(8) ONU, “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, resol. 61/106, aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006.

(9) ONU, “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *op. cit.*, art. 2.

Derecho a la seguridad social

TEDH, *MOTTOLA* y *OTROS* c. *ITALIA*

4 de FEBRERO de 2014

por **WALTER F. CARNOTA**⁽¹⁾

La interacción entre lo que en nuestro medio se denominan “garantías judiciales” y derechos de fondo, como el de las prestaciones propias u oriundas de la Seguridad Social, ha sido suficientemente destacada en sede teórica como en el derecho judicial de diversas latitudes. Baste decir, adicionalmente, que en la sentencia *Mottola y otros c. Italia*, fallada el 04/02/2014 por la Segunda Sección de la Corte Europea de Derechos Humanos, y su paralela *Staibano y otros c. Italia* de la misma fecha y Tribunal, se vuelve a atisbar esta vinculación entre derecho de fondo y de forma, entre lo material y lo sustantivo, entre el rito —en definitiva— y la sustancia. En el medio, juega la especialización o versación del juez requerido por las convenciones internacionales como afianzamiento de la tutela de los derechos.

Dentro de la densa trama de este pronunciamiento, entonces, no solo se discute la necesidad de “juez” a quien puedan acudir los justiciables para ventilar sus pretensiones, sino “a qué juez” se ocurre en procura de

.....

(1) Abogado y Doctor en Derecho (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Titular Regular de la Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular Regular de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y de la Sociedad Internacional de Derecho Público, y Vocal del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional y de la Mesa Ejecutiva del Comité de Estudios Judiciales Comparados de la Asociación Mundial de Ciencia Política.

justicia (es decir, la **calidad** del magistrado competente): el contencioso u el ordinario, planteos que también se han dado —como veremos, *mutatis mutandi*— entre nosotros.

Comencemos por los hechos de la litis: los demandantes son médicos que trabajan en el policlínico de la Universidad “Federico II” de Nápoles sobre la base de contratos de duración fija. Con posterioridad, suscribieron contratos de trabajo de plazo indeterminado.

Varios colegas de los aquí actores habían entablado acciones de modo exitoso tanto ante el Tribunal Administrativo Regional (TAR) como ante el Consejo de Estado italiano,⁽²⁾ que resultaron en decisiones favorables a sus pedidos, en ejecución por la autoridad universitaria oportunamente requerida.

Los aquí ahora accionantes plantearon un recurso similar ante el Tribunal Administrativo Regional de la Campania, lo cual fue receptado positivamente mediante el pronunciamiento registrado bajo el número 2526 de fecha 10/03/2005 de dicho estrado. Se desechó, de ese modo, una defensa introducida por la Universidad, en cuanto entendía de aplicación la caducidad de la competencia de la justicia administrativa a partir del 15/09/2000.⁽³⁾ Dicho organismo asimiló la situación de estos médicos a la de los profesores e investigadores universitarios,⁽⁴⁾ lo cual significaba o implicaba dejarlos fuera de este cambio de régimen competencial.

Téngase presente que la citada regla del numeral 7 prescribe:

Son atribuidas al juez ordinario, en función de juez del trabajo, las controversias contempladas por el artículo 63 del presente

.....

(2) Recuérdese que, dentro del diseño institucional italiano y con arreglo a las previsiones de la Constitución de 1947, el Consejo de Estado “es el órgano de consulta jurídico-administrativo y de la tutela de la justicia en la administración” (art. 100, párr. 1, Constitución de la República italiana) “y los otros órganos de justicia administrativa tienen jurisdicción para la tutela en los frentes de la Administración Pública de los intereses legítimos y, en las particulares materias indicadas por las leyes, también de los derechos subjetivos” (ver art. 103, primera parte, *id.*). Contrasta el adecuado perfil aquí reglamentado con el carácter más abierto de la Corte Constitucional que tardó ocho años en efectivamente implementarse (CELOTTO, ALFONSO, *El Derecho juzga a la política*, Bs. As., Ediar, 2005, p. 21). Ello fue denunciado en su momento por CALAMANDREI, PIERO, *La Constitución inactuada*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 20.

(3) Art. 69, numeral 7 del decreto legislativo 165 del 30/03/2001, texto único.

(4) Arts. 3° y 63, numeral 4 del referido ordenamiento.

decreto, relativas a cuestiones atinentes al período de relación de trabajo después del 30 de junio de 1998. **Las controversias relativas a cuestiones atinentes a períodos de relación de trabajo anterior a dicha fecha solo son atribuibles a la jurisdicción exclusiva del juez administrativo solo cuando hayan sido propuestas, bajo pena de caducidad, hasta el 15 de septiembre de 2001.**⁽⁵⁾

El Consejo de Estado entendió ahora que debía insistirse con la incompetencia de la justicia administrativa luego de la fecha tope ya consignada, declinando su aptitud jurisdiccional a favor de la justicia ordinaria. Los demandantes interpusieron su reclamo en 2004, es decir, en una fecha excedida con creces en el límite temporal fijado por la norma.⁽⁶⁾

La falta o carencia de “tutela judicial” implica en el caso desconocimiento de derechos humanos, sobre todo los emergentes de la Seguridad Social. Es decir, el “cierre competencial” propinado por el Consejo de Estado a instancias del decreto legislativo en cuestión no era anodino ni mucho menos, sino que conllevaba **puntuales proyecciones en el orden patrimonial**. El propio art. 63 del decreto legislativo referido se relaciona con el art. 3° en cuanto a cuestiones patrimoniales conexas, donde se reduce el espectro a los profesores e investigadores en obsequio a la autonomía universitaria⁽⁷⁾ (memoremos que estos médicos laboraban también en la sede universitaria napolitana).

Suele acontecer que los jueces internos (y es un argumento que reaparece en la defensa del Estado italiano en esta sentencia) clásicamente se sienten adueñados del campo procedimental interno, con sus detalles y vericuetos internos. El Tribunal supranacional suele ser en principio deferente a este “margen de apreciación nacional” llevado al área del procedimiento, y así también cita su derecho sentencial en esa dirección. Pero, sin perjuicio de ello, custodia también otros valores que debe conjugar con

.....

(5) El resaltado nos pertenece.

(6) Recuérdese que el art. 38 del texto constitucional italiano, al prever los derechos propios de las contingencias sociales que sufraga la Seguridad Social, no estipula ningún plazo de caducidad para su otorgamiento o disfrute.

(7) El art. 33 de la Constitución de la República italiana señala en su quinto párrafo: “Las instituciones de alta cultura, universidades y academias tienen derecho a darse ordenamientos autónomos dentro de los límites establecidos por las leyes del Estado”.

los anteriores. Hasta dónde llega ese famoso perímetro, que no implique —por un lado— tirar por la borda todo el derecho adjetivo doméstico como a veces hemos visto en la CIDH, y —por otro— no ir contra otros derechos protegidos en sede convencional, no es cuestión fácil de dilucidar.⁽⁸⁾

La norma del sistema de protección europeo cuya violación se aduce es proverbialmente la del art. 6º, primera parte, del Tratado de Roma que textualmente expresa: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, quien decidirá sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil...”.⁽⁹⁾

Claro está que ambos segmentos del art. 6º CEDH —equidad y acceso a un juez imparcial— están íntima y estrechamente vinculados. Es que:

... consagrado en el art. 6º del CEDH el derecho al proceso equitativo, punto de partida para que este pueda cumplirse es la previa garantía de acceso al proceso y de libre acceso a los Tribunales de justicia, para solicitar ante ellos la tutela de derechos e intereses legítimos a través de un pronunciamiento jurisdiccional fundado, garantía implícita en el sentido del párrafo primero del art. 6.1. No se trata de un derecho absoluto sino que

(8) En el caso específicamente europeo, se ha dicho recientemente que “Europa debe comenzar por problematizarse ella misma. Debe problematizarse ella misma, regenerando el principio constitutivo de su identidad: el principio de la unidad en la diversidad y de la diversidad en la unidad”, MORIN, EDGAR y CERUTI, MAURO, *Notre Europe (Décomposition ou métamorphose?)*, París, Fayard, 2014, p. 90.

(9) Para el caso, podría pensarse que “las referencias a los ‘derechos y obligaciones civiles’ podrían eliminar de la aplicación del artículo 6 de la Convención a la relación entre individuos y gobiernos, esto es, aquellas relaciones donde están involucradas las típicas prerrogativas de poder público. Empero, el término ‘civil’ es un concepto autónomo que se deriva de la Convención y que, de acuerdo a jurisprudencia bien establecida, no puede ser interpretada solamente por referencia al derecho doméstico del actor. Al contrario, deben interpretarse con arreglo al objeto y propósitos de la Convención, y a la luz de las presentes condiciones en sociedades democráticas”, RUILOBA ALBARIÑO, JULIA y GALERA, SUSANA, “European Legal tradition – The Council of Europe”, en Susana Galera (ed.), *Judicial Review (A comparative analysis inside the European legal system*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010, p. 201. Por lo demás, en términos más contextuales, “una creciente judicialización de los derechos económicos y sociales en cuerpos internacionales y supranacionales como la Corte Europea de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conduce a una mayor fuente de consensos o, como un estudioso ha dicho, a un ‘desarrollo normativo’”. YOUNG, KATHARINE G., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 53.

se encuentra sujeto a las condiciones de ejercicio establecidas en las diversas legislaciones internas, reconociéndose un amplio margen de apreciación y actuación a tal fin por los Estados. Es un derecho de configuración legal que debe ejercitarse a través de los cauces legalmente establecidos ajustándose al cumplimiento de los requisitos que a tal efecto se hayan fijado...⁽¹⁰⁾

Al aludir a un juez o tribunal imparcial, pensemos que:

... en el sentido europeo del término, el tribunal es un órgano judicial de plena jurisdicción: es decir que un verdadero control de legalidad debe ser ejercido por el órgano en la causa, tanto sobre las cuestiones de derecho como de hecho. Es decir que ese tribunal no solamente debe ser accesible y adecuado, sino también igualmente apto para decidir. El ejercicio de la plenitud de la jurisdicción por un tribunal supone que no renuncia a ninguna de las componentes de la función de juzgar.⁽¹¹⁾

En el ámbito convergente del derecho comunitario europeo, resulta útil traer a colación al art. 47 de la Carta Europea de Derechos y Libertades que, merced al Tratado de Lisboa, tiene el **mismo valor jurídico** que los tratados fundacionales de la UE.⁽¹²⁾

Apuntemos que el desarrollo jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo siguió al de Estrasburgo,⁽¹³⁾ como la norma de la Carta sigue a la del CEDH.

.....

(10) ARANGÜENA FRANCO, CORAL, "Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el art. 6.1 CEDH, en particular el derecho de acceso a un tribunal", en Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos (El Convenio Europeo de Derechos Humanos)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 274. En su derecho sentencial, el TEDH ha expresado en el caso *Asihgdane c. Reino Unido*, del 28/05/1985 que "el derecho de acceso a un tribunal no es absoluto y puede ser reglamentado por los Estados, si bien tal reglamentación no puede constituir un atentado a la esencia del derecho mismo". Aseveró, asimismo, que "puede variar en el tiempo y en el espacio en función de los recursos de la comunidad y de las necesidades de los individuos".

(11) RENUCCI, JEAN-FRANCOIS, *Traité de Droit Européen des Droits de l'homme*, Paris, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, 2007, p. 394.

(12) Art. 6.1 TUE, versión post-Lisboa.

(13) CARNOTA, WALTER F., "Convergencia entre los sistemas europeos de integración comunitaria y de protección de los derechos humanos: una cuestión de derecho procesal transnacional", en JA, número especial de derecho procesal constitucional, 26/09/2012, p. 91.

En efecto:

... la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha progresivamente desarrollado un derecho a un recurso jurisdiccional o a una protección jurisdiccional efectiva bajo la forma de un principio general de derecho. Este principio se ha presentado por la jurisprudencia como un derecho fundamental indisolublemente unido a la constitución de una Comunidad de derecho afinado en su fondo en una Unión de Derecho (...) La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas se ha inspirado en gran medida en la Convención europea de los derechos humanos para establecer el derecho al juez.⁽¹⁴⁾

Entre las primeras disposiciones de la CEDH que cabe considerar, obviamente está el aludido art. 6°.

Ocurre que:

... el Tribunal de Luxemburgo, para encuadrar su discrecionalidad en este ámbito, declara que su elaboración jurisprudencial de los derechos fundamentales tendrá dos fuentes de inspiración: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que, por lo demás, todos los Estados miembros son parte. Desde entonces, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha apoyado con frecuencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para resolver asuntos en que estaban en juego derechos fundamentales.⁽¹⁵⁾

Además, el art. 6.2 TUE prevé la adhesión de la UE al CEDH, cuyas normas “formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”

(14) RIDEAU, JOEL, “Article II-107”, en Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levaed, y Fabrice Picod (coords.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, parte II, tomo II, Bruselas, Bruylant, 2005, p. 592.

(15) DIEZ-PICASSO, LUIS MARÍA, *La naturaleza de la Unión Europea*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2009, p. 117. Es que existe “la formación de un patrimonio común de principios constitucionales materiales, elaborados en el conjunto de las múltiples sedes donde se produce el derecho constitucional. Se podría hablar, a este propósito, del ‘federalismo de las constituciones’”, en ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La ley y su justicia (Tres capítulos de justicia constitucional)*, Madrid, Trotta, 2014, p. 345.

(art. 6.3 TUE, *in fine*). En palabras coetáneas a dicho acto adhesivo de Pastor Ridruejo:

... no es posible disociar la adhesión al Convenio Europeo de la atribución de valor jurídico vinculante de la Carta de Niza. Ello es así porque el día que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa esa adhesión sea efectiva, la Unión se va a encontrar con dos instrumentos en materia de derechos humanos —la Carta de Niza y el Convenio Europeo—; y ... va a contar con dos jurisdicciones para velar por el respeto de esos instrumentos.⁽¹⁶⁾

La tutela judicial efectiva en la esfera del CEDH tiene un correlato en el derecho material. Ello no es de extrañar, dado que: “Toda persona tiene derecho de acudir a un sistema de impartición de justicia para la resolución de controversias. Bajo ese derrotero, los Estados deben asegurar el debido proceso y la tutela procesal mediante el reconocimiento de derechos procesales y el establecimiento de órganos jurisdiccionales —formal y materialmente—, encargados de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos sustantivos y adjetivos”,⁽¹⁷⁾ conclusiones que los autores hacen comunes al ámbito del CEDH y de la CADH.

Así, y en lo que aquí interesa, el art. 1º del Protocolo N° 1, Adicional a la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, indica explícitamente que: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes”. Se trata, ni más ni menos, que la consagración del derecho de propiedad en el ámbito convencional europeo. Recordemos, con Maskin, que “por la vía de los protocolos adicionales se han incorporado nuevos derechos que la Convención no preveía”.⁽¹⁸⁾ Aquí tenemos la concreción de esa tendencia con la propiedad.

(16) PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en Javier García Roca y Pablo A. Fernández Sánchez, *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 6. En sentido concordante, ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA y VILA COSTA, BLANCA (dirs.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Barcelona, Planeta, 2011, p. 110.

(17) LANDA ARROYO, CÉSAR, ARANGÜENA FANEGO, CORAL y FERRER MC-GREGOR, EDUARDO, “El derecho al debido proceso”, en Javier García Roca, Pablo A. Fernández, Pablo Santolaya y Raúl Canosa (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2012, p. 319.

(18) MASKIN, HÉCTOR, *El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*, Bs. As., Eudeba, 1987, p. 12.

Sucede que “tradicionalmente, el art. 1 del Protocolo número 1 garantiza ‘en sustancia’ el derecho de propiedad. En el estado actual del derecho positivo, el principio de respeto de la propiedad es la primera norma sobre el que se fundan los jueces europeos para controlar toda injerencia que afecte la sustancia misma del derecho así protegido”.⁽¹⁹⁾

Bajo la perspectiva constitucional argentina, recuérdese que para la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, los contenidos patrimoniales derivados de las jubilaciones y pensiones son integrativos del concepto constitucional de la propiedad. Y la aplicación retroactiva de leyes que perjudiquen la expectativa del jubilable sufre una excepción, postulada por Germán J. Bidart Campos, siguiendo en el punto a Marienhoff: “... cuando el afiliado en actividad cumple las condiciones legales para jubilarse, y prosigue trabajando, **adquiere derecho** a que su ‘jubilación futura’ se otorgue, cuando entre en pasividad, de acuerdo a la ley que estaba en vigor al tiempo de reunir aquellas condiciones”.⁽²⁰⁾ Si bien la Corte nacional no ha acompañado esta línea de pensamiento, argumentando que la mutación legislativa en el tiempo no irroga derechos, no deja de ser una opinión que, aunque “de máxima”, sea científicamente interesante a los efectos comparativos. En efecto, la Corte Europea en *Mottola* fue incluso más allá, ya que no quiso afectar acreencias y ya no el “status” de jubilado o pensionado.

En otro análisis complementario del derecho nacional, téngase muy presente que nuestra Corte Suprema tuvo que enfrentarse con una litis algo parecida (en cuanto finalización de competencias en materia de Seguridad Social) en la causa “Itzcovich, Mabel”.⁽²¹⁾ En efecto, en la recordada

(19) RENUCCI, JEAN-FRANCOIS, *Traité de Droit Européen...*, op. cit., p. 513.

(20) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. I-B, Bs. As., Ediar, 2001, p. 361. El resaltado es original

(21) CSJN, “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”, sentencia de 29/03/2005 (Fallos: 328: 556), BO 30.621, 30/03/2005, p. 8 y ss.

Resulta por cierto sumamente inusual que un pronunciamiento de nuestra Corte federal sea publicada en el Boletín Oficial, que no es un *locus* habitual para la difusión de sentencias judiciales. Empero, el carácter expansivo de la decisión debe haber persuadido al Tribunal de su necesidad, ya que su efecto se irradiaba más allá del caso concreto. Así se ordenó, y así se cumplió al día siguiente. En ese pronunciamiento, se declara la inconstitucionalidad del tortuoso recurso ordinario, el que poco tiempo después es derogado por el legislador mediante ley 26.025. CARNOTA, WALTER F., “La operatividad de los derechos humanos en la

decisión se ventiló la validez constitucional del art. 19 de la ley 24.463, en cuanto delineaba un **recurso ordinario de apelación** para las causas previsionales ante los estrados del más Alto Tribunal federal. A partir de ese decisorio en donde la Corte declara la inconstitucionalidad de la norma del año 1995 se desbrozan las aguas, dado que los apelantes solo podrían interponer el remedio federal, y no ya acceder a la Corte por la vía ordinaria sin límite alguno, como hizo perversamente el legislador noventista.

Sin embargo, en “Itzcovich” la Corte no lesionó ningún derecho humano, aún los de raigambre procedimental, ya que estaba aseguradas —en el contencioso de la Seguridad Social delineado por la citada ley 24.463— dos instancias judiciales plenas de revisión. El voto que abre el acuerdo en esa sentencia consigna en el considerando 11, segunda parte: “El fin protector de las prestaciones comprometidas justifica adoptar el criterio que más convenga a la celeridad del juicio, **siempre y cuando las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas con arreglo a las reglas del debido proceso, recaudos que se encuentran asegurados por la existencia de tribunales especializados y la doble instancia**”.⁽²²⁾

Para la Corte, pues, había, según expresa el considerando 14 de esa opinión inicial, una “necesidad de simplificar y de poner límites temporales a la decisión final en las controversias de índole previsional”, lo cual lo logra con la solución arribada al final del considerando 15: “De tal modo, las causas en las que haya sido notificada la sentencia de cámara con anterioridad al momento en que este pronunciamiento quede firme, continuarán su trámite con arreglo a la norma cuya inconstitucionalidad aquí se dispone”. Análogo temperamento siguieron los votos concurrentes de los jueces Maqueda, Zaffaroni (consid. 31) y Lorenzetti (consid. 14).

En suma, la Corte argentina —a diferencia de la Alzada contenciosa italiana en la causa en glosa— se preocupó por no afectar reglas procedimentales básicas que hacen al derecho al recurso, ítem que se vincula —en el

jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local (La Experiencia de una década)*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007, p. 92.

(22) El resaltado nos pertenece.

caso interamericano— con las garantías judiciales delineadas por el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

Recientemente, tanto en la causa “Pedraza”, como en la Acordada 14, ambas del 06/05/2014, la Corte argentina tuvo ocasión de volver a establecer límites temporales (y sobre todo, espaciales) en el contencioso de la Seguridad Social, con motivo de disponer —de oficio— la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley 24.463, que permitía a la Cámara del Fuero especializado conocer en grado de apelación de las sentencias previsionales de los Juzgados Federales de Primera Instancia con aquella competencia a partir del art. 15 del dispositivo aludido.

A través de dichos actos, la Corte dispuso reorientar la competencia y girar los expedientes previsionales oriundos del interior a las Cámaras Federales del resto del país.⁽²³⁾ Una solución originariamente postulada para la acción de amparo pasó a generalizarse para toda una línea de causas.

Parecería que a los ojos de la Corte, el “sistema de litigación”,⁽²⁴⁾ tal como lo define en el consid. 3 de su Acordada 14/14 (incluyendo a la especialización), generó un inadmisibles cúmulo en el atraso de causas. La referida especialización aquí jugaría en detrimento del efecto cumplimiento de derechos de raigambre alimentaria. Por el contrario, en “Itzcovich” la actuación de una jurisdicción especializada aventaba el riesgo generado por la eliminación de un peldaño más de revisión judicial plena dado por el recurso ordinario de apelación ante la Corte Suprema, asegurándose dos niveles jurisdiccionales plenos (uno especializado encima) y dando cabal cumplimiento de ese modo a la **garantía de la doble instancia** contemplada por el art. 8.2, inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica.

En nuestro derecho sentencial de la Corte, entonces, en “Itzcovich” nos encontrábamos en un escenario en donde la especialización jugaba un papel facilitador de derechos, mientras que en “Pedraza” bloquearía

.....

(23) La “federalización” había aumentado el crecimiento de causas. CARNOTA, WALTER F., “La competencia federal del Fuero de la Seguridad Social”, en Silvia B. Palacio De Caeiro (dir.), *Competencia Federal*, Bs. As., La Ley, 2012, pp. 602/603.

(24) Cabría repensar si el pleito previsional, tal como está fraguado entre nosotros, resulta conducente, o no debería enmarcarse en un acuerdo macro entre la administración prestacional y el colectivo de jubilados y pensionados, o en soluciones transaccionales micro, en vez de incentivarse pleitos muy numerosos.

derechos por sobrecarga de la Alzada de la Seguridad Social localizada en el ámbito capitalino. La Corte, a través de la solución adoptada en este último caso, retornaría los expedientes naturales a su “foro natural” a la espera de que resolviesen las Cámaras Federales con más rapidez que la atisigada de Seguridad Social, con lo que amortiguaría las objeciones constitucionales, procesales constitucionales e internacionales de los derechos humanos de detraer causas donde ya estaban radicadas, al intentar acelerar en algo procesos ya dilatados. En *Mottola*, el contencioso italiano daba pie para que los actores ventilasen sus pretensiones de índole prescricional, de allí que querían permanecer en dicho foro y no trasvasar sus demandas a la jurisdicción ordinaria.⁽²⁵⁾

Las reflexiones precedentes inducen a pensar una vez más en la unicidad del fenómeno de los derechos humanos. Asignar una determinada familia de casos a un determinado tribunal o, por el contrario, sustraerlos de determinada jurisdicción, puede tener implicancias en otros derechos. No hay derechos estancos, todos están en interdependencia, mancomunidad y solidaridad.⁽²⁶⁾ Carece, pues, de toda utilidad y sentido aislar un derecho, como el de acceso a la justicia, en solipsismo e insularidad, desprendido de todo el contexto normativo nacional e internacional y de sus implicancias para el conjunto de los derechos humanos.

Muchas veces, los estudios de acceso a la justicia ponen énfasis y acento puro y exclusivamente en el litigio concreto, olvidándose de todo el entorno que puede rodearlo. Al decir de Bobbio, no solo es importante pues el texto, sino el contexto.

A través de los distintos escenarios delineados que nos ha permitido el comentario del fallo *Mottola c. Italia*, hemos observado que el juzgador, sea un tribunal supranacional (como en el caso, la Corte Europea de

(25) Resulta interesante analizar la evolución del derecho administrativo, que hoy se ve imbuido del paradigma de los derechos humanos y a su adecuado cumplimiento. Ello se da en un contexto en donde “la ‘maquinaria’ administrativa ha sido capaz, en el tiempo, de ajustarse a las presiones sociales y políticas, primero expandiendo, luego reduciendo, y ahora re-expandiendo sus propias dimensiones”.

Ver CASSESE, SABINO, “New paths for Administrative law: a manifesto”, en *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n° 3, Nueva York, 2012, p. 609.

(26) Por ejemplo, los derechos económicos, sociales y culturales integran el mapa de los derechos humanos al menos desde 1945. CRAVEN, MATTHEW, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (A Perspective on Its Development)*, Oxford, Oxford

Derechos Humanos con sede en Estrasburgo), constitucional, supremo u ordinario, debe necesariamente **ponderar** los efectos o consecuencias de sus decisiones, sopesando y armonizando la afectación o interferencia a un derecho con las posibles vulneraciones a otros.

El **relato** de los derechos humanos ha sido muchas veces construido a partir de situaciones puntuales, extraviándose el panorama más general. Sin caer en declaracionismos vacuos o ambiguos, la unanimidad de la Sala II del TEDH ha sabido dar una justa composición a la compleja litis que se presentaba, restándole eficacia a regulaciones de reordenamientos competenciales en aras a la consecución de valores de jerarquía superior.

La falta de consolidación de las expectativas jubilatorias de los accionantes hizo que el discurso del TEDH decantara más por el campo del derecho de propiedad clásico que por el de la Seguridad Social. De todos modos, este es el telón de fondo, tanto por lo que perseguían a la postre los actores, como por la diferencia competencial de los sucesivos tribunales.

Amparándose pues en la noción de bienes del art. 1° del Protocolo N° 1, el TEDH indirectamente está defendiendo al Estado de bienestar que en muchas partes de Europa intenta ser desmontado.⁽²⁷⁾ Frente a la llamada "jurisprudencia de la austeridad", el Tribunal está dando una señal —aunque encubierta— de que no está dispuesto a convalidar interpretaciones o desarrollos reglamentarios **regresivos** de los Estados. En un continente signado por la crisis, el desempleo y el monitoreo de la llamada "troika" (la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional), no es un mensaje para nada menor ni baladí.

La "huida" del derecho administrativo, comprensivo de su contencioso y de su procedimiento, en sus exclusiones dispuestas en favor de una visión privatista que se dio en Europa y en América Latina a la par, en obsequio a un supuesto "ajuste estructural" y una correlativa primacía del mercado que lo único que dejó es desempleo, pobreza y desazón, ha encontrado aquí una valla importante en un significativo precedente.

.....

 University Press, 2002, pp. 7/8, por referir un autor muy citado por la Corte argentina en su integración actual en su jurisprudencia más progresista de derechos laborales.

(27) En su último discurso ante el Parlamento holandés, el Rey anunció el fin del *welfare state* en ese país.

Entrevistas

Entrevista a Sévane Garibian⁽¹⁾



SÉVANE GARIBIAN

.....
 Doctora en Derecho.

Profesora-investigadora en las Universidades de Ginebra y de Neuchâtel (Suiza). Trabaja sobre las formas y funciones del derecho frente a la criminalidad del Estado, así como sobre las relaciones entre derecho, historia, memoria y verdad en el tratamiento de los crímenes de masa. En Argentina, estudia el tratamiento jurídico nacional de su propio pasado criminal en contraposición con el caso español. Es autora de numerosas publicaciones en francés, inglés, español y portugués. Página profesional y publicaciones: [en línea] www2.unine.ch/sevane.garibian

En varios Estados de Europa existen leyes que sancionan la negación de los crímenes de lesa humanidad en general y/o del nazismo en especial. ¿Cuál es el origen, sentido e importancia de esas normas?

Tales leyes comenzaron a ser adoptadas en Europa a partir de la década del 90, en un contexto de lucha contra el racismo, la xenofobia y el antisemitismo. Pueden citarse, por ejemplo, los casos de Alemania, Austria, Bélgica, Francia, entre otros Estados que lo hicieron. En Suiza, el art. 261 bis del Código Penal constituye la norma antirracismo del orden jurídico. Su párrafo 4° trata, en particular, las ofensas a la dignidad humana y del negacionismo, el cual es considerado una forma, entre otras, de discriminación racial.⁽¹⁾

En 2008, la Unión Europea adoptó una directiva que apunta a una armonización de los órdenes jurídicos nacionales hacia la lucha contra el racismo y la xenofobia. Allí se considera que son sancionables la apología y la negación o banalización grosera, pública, de crímenes de genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra.

El objetivo buscado con tales normas es la prevención de crímenes de tales características, vedando discursos que tiendan a su justificación, minimización o trivialización.

El Tribunal Europeo ha resuelto un caso que parecería haber servido de antecedente para el fallo *Perinçek* (el caso *Garaudy*, de 2003). ¿Cree que la causa *Perinçek*

.....
 (1) Entrevista realizada por el Dr. Diego A. Dolabjian (abogado y profesor de Derecho Constitucional, UBA), a propósito del fallo del TEDH sobre el caso *Perinçek c. Suiza*, de 17/12/2013, que desarrolla el Derecho a la Libertad de expresión y la negación de graves violaciones de derechos humanos.

se inscribe en la misma senda o implica una ruptura con la jurisprudencia anterior?

El Tribunal Europeo en su célebre decisión en el caso relativo a Roger Garaudy afirmó claramente que la libertad de expresión no puede proteger los discursos negacionistas y/o de odio —en ese caso, se trataba de expresiones negacionistas respecto de la Shoah— porque son contrarios a los valores vinculados por la Convención Europea de Derechos Humanos.

El recurso a la libertad de expresión para justificar este tipo de discursos fue entonces considerado como un “abuso” en el sentido del art. 17 de la Convención. O sea, en este marco, se afirmó que no es válido el argumento de la protección de la libertad de expresión del querellante cuando, obviamente, está utilizando su libertad de manera abusiva por motivos o finalidades propagandistas, ideológicas y políticas indefendibles desde el punto de vista de la filosofía, del espíritu y del fundamento de los derechos humanos.

La sentencia del 17 de diciembre de 2013 dictada en el caso *Perinçek* marca, entonces, una ruptura por lo menos sorprendente respecto del antecedente *Garaudy*, en cuanto pareciera suponer que existe una jerarquía entre los genocidios o crímenes de lesa humanidad y los discursos que pretenden su negación. La decisión adoptada en el caso *Perinçek* da lugar a una situación muy problemática: ¿cómo puede defenderse tal jerarquización y desigualdad entre las víctimas de los crímenes internacionales más graves en el con-

texto o en nombre de los derechos humanos?

¿Es válida la distinción postulada entre la “negación de la cualificación jurídica” y la “negación de los hechos mismos” del genocidio armenio?

Para justificar su sentencia en el caso *Perinçek*, el Tribunal Europeo hace una distinción entre la negación de la cualificación jurídica de genocidio, y la negación de los hechos mismos, afirmando luego que la negación de la cualificación jurídica de genocidio por Dogu Perinçek en este caso no es un problema desde el punto de vista de los derechos humanos porque no existe un “consenso general” sobre tal cualificación. Esta argumentación es débil y problemática por, al menos, dos razones.

Primero, la distinción entre “negar la cualificación jurídica de genocidio” y “negar los hechos mismos” es irrelevante: negar la cualificación jurídica de genocidio significa negar la intención específica que caracteriza este crimen (o sea, la intención de destruir parcialmente o totalmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso); entonces negar esta intención específica significa, precisamente, negar los hechos mismos. Hay que recordar que, para defenderse ante el Tribunal Europeo, Roger Garaudy también había utilizado en 2003 el argumento según lo cual él no estaba negando “los hechos mismos” (o sea la existencia de los crímenes nazis) y que, sin embargo, tal argumento había sido considerado inválido por los jueces.

Segundo, estos hechos históricos son objeto de un “consenso” no solo “general” sino también científico, como lo explican muy claramente los jueces suizos en 2007 en el marco del caso Perinçek, como así también el gobierno suizo frente al Tribunal Europeo. Pero lo más interesante sobre este tema son los largos desarrollos, muy completos, hechos por los dos jueces del Tribunal Europeo en disidencia (los jueces Vučinić y Pinto de Albuquerque).

Por otro lado, hay que recordar que la cualificación jurídica de genocidio no es una condición de aplicación del derecho suizo que prohíbe el negacionismo, ya que el art. 261 bis, párr. 4 del Código Penal protege sin distinción las víctimas de genocidios o de crímenes de lesa humanidad.

Cuando Dogu Perinçek realizó sus manifestaciones en las conferencias que brindó en Suiza, además de la denuncia realizada por la Asociación Suiza-Armenia, ¿recibió algún tipo de condena social por parte de organizaciones sociales, activistas de derechos humanos o miembros de la comunidad?

No, realmente no. Muy pocos son los que, en la sociedad civil suiza, se dan seriamente cuenta de acerca de quién exactamente estamos hablando: de un hombre político que, entre otras cosas, creó el “Comité Talaat Pasha” (el Hitler turco), que se identifica con el genocida y rehabilita sus crímenes acusando a los armenios de ser los agresores, defendiendo así la teoría de la “legítima defensa”.

Su discurso es un discurso de odio y racista, y pone a la luz una estrategia bien conocida que es, a la vez, de negación y de justificación de los crímenes. Esto lo habían demostrado perfectamente los jueces suizos en 2007.

En 2012, el Consejo Constitucional francés declaró inválida la ley adoptada por el Parlamento francés que implicaba penar la negación de la existencia del genocidio armenio. ¿Cree que el fallo del Tribunal Europeo se enmarca en esta misma línea del Consejo Constitucional?

Son decisiones distintas, pero con algunos puntos interesantes en común.

Uno de esos puntos en común es, por ejemplo, el uso —en ambos casos— de una premisa equivocada, errónea: en la decisión del Consejo Constitucional francés, se trata de la impunidad del genocidio armenio, o sea de la falta de reconocimiento judicial de los hechos; en el fallo del Tribunal Europeo, se trata de la falta de “consenso general” relativa a la cualificación de genocidio.

No solo los jueces no conocen —o no dicen— nada de, por ejemplo, los juicios de Constantinopla (1919-1920) que dieron lugar a archivos muy importantes, que contienen las pruebas del plan genocida del partido de los “Jóvenes Turcos” y de su intención de destruir la población armenia del Imperio otomano; sino que, además, omiten también una información fundamental: es la exterminación de los armenios la que originó la creación misma de los conceptos de “crimen

de lesa humanidad” en 1915 y (con las persecuciones a los judíos) de “genocidio” en 1944, formulada por el célebre jurista Raphaël Lemkin. Él mismo se refirió, en su autobiografía recientemente publicada,⁽²⁾ a la influencia decisiva que tuvo el caso armenio en su creación del nuevo concepto de genocidio e, incluso, así lo explicó en una entrevista televisiva realizada por la CBS en 1949 (que incluso puede verse en youtube).

De manera más general, el genocidio armenio tuvo un papel muy importante en la emergencia del derecho penal internacional. Los debates y trabajos generados por la “cuestión armenia” a partir de 1915 —en particular, en el marco de la Conferencia de Paz de París de 1919— tuvieron una importancia fundamental en la preparación y elaboración del derecho de Nüremberg por los Aliados durante la Conferencia de Londres en 1945. Se encuentran referencias a estos momentos históricos fundacionales de la construcción del derecho penal internacional en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para exYugoslavia y Ruanda —por ejemplo, en los casos *Dusko Tadic* y *Jean-Paul Akayesu*—. ⁽³⁾

(2) FRIEZE, DONNA-LEE, *Totally Unofficial. The Autobiography of Raphael Lemkin*, New Haven/London, Yale University Press, 2013.

(3) Al respecto, y para mayor desarrollo, ver: GARBIBIAN, SÉVANE, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne. Naissance et consécration d'un concept*, Schulthess, Bruylant, LGDJ, Genève, Bruxelles, Paris, 2009; y “From the 1915 Allied Joint Declaration to the 1920

Prestigiosos historiadores se han manifestado contra las “leyes de la memoria”, con el argumento de que no es asunto de ninguna autoridad política definir la verdad histórica o restringir la libertad del historiador a través de sanciones penales. ¿Cuál cree que debe ser el rol de un Estado frente a delitos de esta magnitud?

El rol de un Estado frente a delitos de esta magnitud, como frente a la problemática general de la lucha contra la impunidad de los genocidios y crímenes de lesa humanidad, es tener un discurso claro y firme, sin discriminación entre las víctimas y los crímenes en cuestión. Es un tema universal que concierne a todos y todos, fuera de cualquier jerarquización y “conurrencia” entre las víctimas.

El rol de un Estado es, sobre todo hoy en día, la prevención de tales crímenes a través de todos los instrumentos jurídicos a disposición y a la luz de su espíritu y de su evolución desde la Segunda Guerra Mundial.

La lucha contra el negacionismo puede ser considerada como una forma, entre otras, de prevención. Los Estados democráticos tienen una responsabilidad importante en este marco.

Uno puede pensar que una ley que criminalice el negacionismo no constituye una solución eficaz u oportuna. Es una discusión abierta. Pero, independientemente de las opiniones distintas que se

Treaty of Sèvres: Back to an International Criminal Law in Progress, en *Armenian Review*, vol. 52, n° 1/2, 2010, pp. 86/103.

puede tener sobre este punto, el argumento según cual las leyes existentes —por ejemplo, en Francia o en Suiza— definen la verdad histórica e impiden a los historiadores trabajar, proviene de un profundo malentendido.

Tuve la oportunidad de analizarlo y explicarlo en mis trabajos.⁽⁴⁾ Tal argumento, que ilustra un desconocimiento del derecho y de la jurisprudencia en la materia, es incorrecto y genera mucha confusión en el debate.

Además, la denominación “leyes de la memoria” es inexacta. Las leyes que criminalizan el negacionismo en Francia o en Suiza no tienen como objeto ni la memoria en sí, ni la “verdad”, ni tampoco la historia. Su objeto es proteger la dignidad humana, la reputación y el honor de las víctimas frente al abuso que constituye el negacionismo, una ideología peligrosa y condenada en una democracia. Negar por razones políticas obvias la existencia de un genocidio reconocido, apelando al uso de argumentos falaces, a la distorsión de los hechos y al ocultamiento de pruebas, no es hacer una investigación histórica ni adoptar un proceso científico o académico; tampoco es esgrimir un cuestionamiento de manera de hacer avanzar el conocimiento de los hechos.

.....

(4) GARIBIAN, SÉVANE, “Pour une lecture juridique des quatre lois ‘mémorielles’”, en *Esprit*, Février, 2006, pp. 158/173; “Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law”, *The Cardozo Journal of Conflict Resolution*, vol. 9, n° 2, 2008, pp. 479/488; “Derecho, Historia, Memoria. El negacionismo: ¿ejercicio de una libertad o violación de un derecho?”, en *Nueva Doctrina Penal*, vol. 2009/B, 2011, pp. 523/537.

En consecuencia, y por suerte, ningún historiador que haga su trabajo de investigación con buena fe puede estar limitado en su tarea por esas leyes. El negacionismo no es un cuestionamiento histórico; es una falsificación de la historia.

¿Qué incidencia cree que puede tener la decisión del caso *Perinçek* en relación al reclamo de reconocimiento del genocidio armenio y la negativa del Estado de Turquía?

Lamentablemente, yo creo que los efectos de la decisión en el caso *Perinçek*, en el contexto de ante-conmemoración del centenario del genocidio armenio, son desastrosos.

No puede impedir, estrictamente hablando, la lucha por el reconocimiento del genocidio y contra el negacionismo. Pero lo que sí hace es generar una dificultad más desde el punto de vista político: “hace un favor” —o sea, ayuda de facto— a los actores del negacionismo turco.

Desde el punto de vista jurídico, la decisión el Tribunal Europeo genera otro problema: crea una desigualdad de tratamiento entre las víctimas de genocidios y las de crímenes de lesa humanidad ante la ley.

El Gobierno suizo ha solicitado que la decisión del caso *Perinçek* sea sometida a la Gran Sala del Tribunal Europeo, ¿qué puede hacer y que cree que esta hará?

La Gran Sala acaba de aceptar (en junio) el reexamen del caso en el fondo,

lo cual es muy poco común: lo hace solamente en casos considerados graves. Tal reexamen, muy probablemente, dará lugar a desarrollos sobre el margen de apreciación del que disponen las autoridades judiciales nacionales en la aplicación del art. 261 bis del Código Penal suizo. Es muy difícil predecir cuál será la salida, la conclusión de la Gran Sala. Es la primera vez que se pronunciará sobre un caso de negación de genocidio o crimen de lesa humanidad.

La Gran Sala es una formación extraordinaria compuesta por 17 jueces: el presidente y los vicepresidentes del Tribunal Europeo, el juez del Estado implicado en el litigio (Suiza, en este caso), los presidentes de las diversas secciones del Tribunal así como los jueces designados por sorteo. Las sentencias de la Gran Sala son definitivas, sin posibilidad de apelación.

En esta instancia, diversos sujetos pueden formular pedidos de intervención como "terceros" (deben ser autorizados previamente por el presidente del Tribunal Europeo) y, en tal carácter, presentar observaciones escritas o declarar ante el Tribunal (si es que se celebra una audiencia oral, lo cual no siempre ocurre). El gobierno turco, que hasta ahora sostuvo a Dogu Perinçek, ciertamente pedirá autorización para tal intervención. Sería interesante, por no decir determinante, que otros "terceros" también requieran intervenir en el proceso —como por ejemplo las diversas ONGs vinculadas a la lucha contra el racismo y, también, por qué no, el propio gobierno armenio—.

¿Como se explica la decisión del gobierno suizo, en el mes de marzo pasado, de solicitar el reexamen del caso *Perinçek* por la Gran Sala del Tribunal Europeo?

Se puede explicar por varias razones muy pragmáticas, pero hay una en particular que me parece interesante subrayar: la utilización política del caso *Perinçek* por el partido UDC (Unión Democrática del Centro). Se trata de un partido político populista conservador de derecha, que sostiene, entre otras cosas, la necesidad de luchar contra la "inmigración de masa".

Uno de los líderes de ese partido, Oskar Freysinger, presentó en el mes de marzo una moción apuntada a limitar el alcance del art. 261 bis del Código Penal suizo; al tiempo, sostuvo públicamente a Dogu Perinçek en la prensa. Incluso, días antes, el 28 de febrero, Freysinger había realizado una entrevista que fue publicada en Turquía en el diario *Aydinlik*, del partido político de Perinçek. La moción de Freysinger fue rechazada por el Consejo Nacional suizo (o sea, la Cámara Baja del Parlamento) el mismo día en el que el gobierno suizo pidió a la Gran Sala el reexamen del caso *Perinçek*. Ciertamente, en tal contexto, no parece una simple coincidencia.

El año pasado, un día antes de la conmemoración del 99° aniversario del genocidio armenio, el Primer Ministro de Turquía emitió un mensaje acerca de los "acontecimientos de 1915" en el que expresó

“condolencias”. ¿Cuál cree que es el significado de tal declaración?, ¿vislumbra un cambio o una continuidad en la posición oficial de Turquía?

Cuando uno lee íntegramente la declaración emitida por el Primer Ministro de Turquía, Recep Tayyip Erdoğan, resulta claro que su enunciado es parte de la continua estrategia negacionista estatal: en efecto, allí se alude que los armenios no fueron las únicas víctimas, que las muertes y “desplazamientos” masivos de personas fueron causados por la Primera Guerra Mundial, que el Imperio Otomano no fue responsable de lo sucedido, que no hubo ningún genocidio —de hecho, Erdoğan evita usar siquiera dicho término—, sino un contexto de guerra que generó muertes por todas partes, etc. Yo veo a las pretendidas “condolencias” manifestadas por el gobierno turco como la expresión cínica de una estrategia política diseñada y puesta en marcha en ocasión del centenario del genocidio armenio de 1915/1923, para tratar de maquillar su imagen ante la comunidad internacional y, a la vez, desactivar, neutralizar y evadir las exigencias de reconocimiento.

En cuanto a la situación en Turquía, me parece que hay que distinguir la evolución de la mentalidad en el seno de la sociedad civil y la del discurso político. Por un lado, el asesinato del periodista turco de ascendencia armenia, Hrant Dink, en enero 2007, fue como un verdadero “shock” que generó un movimiento minoritario pero muy significativo de apertura y discusión

dentro de una parte de la sociedad turca.⁽⁵⁾ Y allí sí se puede hablar de una cierta evolución, que continua hasta hoy con un “despertar” de los jóvenes como lo atestigua la actualidad del país. Pero, paralelamente, el negacionismo del estado turco permanece inalterable, pese a que el Primer Ministro Erdoğan trate de “disimularlo” adoptando un discurso tan solo aparentemente más presentable, pero que no deja de ser un negacionismo pseudo enmascarado.

El “cambio” en la posición oficial del gobierno turco no es más que un cambio de retórica: de ahora en adelante, pareciera que la negación oficial turca consiste no solo en ocultar el genocidio armenio, sino en disimular la propia negación presentándola como una admisión absolutamente falaz.

Lo ocurrido a la población armenia entre 1915 y 1923 en el Estado turco-otomano funcionó como antecedente para que los casos posteriores no quedaran absolutamente impunes. ¿Pueden las

.....

(5) Hrant Dink fue un reconocido intelectual que se desempeñaba como director del periódico turco-armenio *Agos*. Tiempo atrás, fue perseguido penalmente por las autoridades turcas por haber hecho referencias al genocidio armenio, siendo además víctima de diversas amenazas hasta que, finalmente, resultó asesinado por un joven nacionalista turco a la salida del mencionado periódico en pleno Estambul. En 2010, el Tribunal Europeo condenó a Turquía por no haber adoptado las medidas razonablemente necesarias para prevenir su asesinato (caso *Dink c. Turquía*).

experiencias más recientes contribuir a que se haga justicia también en el caso del genocidio armenio?

Últimamente estoy trabajando sobre distintos mecanismos nacionales de justicia transicional: en particular, mecanismos alternativos, no retributivos, de justicia en contextos de impunidad como, por ejemplo, los juicios por la verdad que nacieron a partir de la década de los 90 en Argentina —o sea, durante la época de “olvido y perdón”—. Es en el marco de un juicio por la verdad, mecanismo judicial *sui generis* inexistente fuera de Argentina, que en 2011 se produjo en Buenos Aires el fallo en el caso “Hairabedian”, que reconoce la existencia del genocidio armenio.⁽⁶⁾

Lo que me interesa es la problemática de la circulación de los modelos, conceptos, derechos y sus límites; como así también la creatividad normativa generada “desde abajo” (demandas de la sociedad civil) ante situaciones de impunidad como una forma muy interesante de resistencia al ocultamiento. Así, por ejemplo, un tema relevante que estoy explorando es el análisis acerca de cómo el “derecho a la verdad”, inicialmente nacido y reconocido en el contexto latinoamericano —pro-

.....

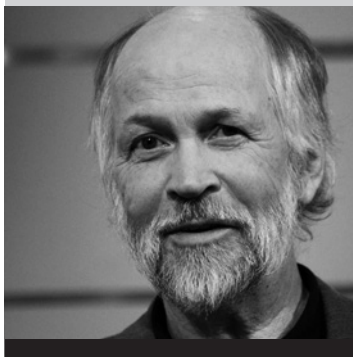
(6) Al respecto, véase GARIBIAN, SÉVANE, “Ghosts Also Die. Resisting Disappearance Through the ‘Right to the Truth’ and the Juicios por la verdad in Argentina”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n° 3, 2014, pp. 515/538; y “La consagración jurídica de testigos olvidados: el juez argentino frente al genocidio armenio”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, n° 92, 2014, en vías de publicación.

ceso en lo cual la experiencia argentina asumió un rol determinante— está ahora siendo interpretado y utilizado (o no) fuera del contexto original de su emergencia; es decir, cuál es su evolución tanto a nivel internacional como específicamente europeo. Y cómo puede relacionarse la garantía del derecho a la verdad a la problemática del negacionismo y/o de la ausencia de reconocimiento y tratamiento estatal de un pasado criminal.

A partir de allí, surge el interrogante acerca de cómo se tratan o se podrían tratar las situaciones de ocultamiento estatal de un pasado criminal, tales como el paradigmático caso turco del genocidio armenio o, también de su lado, del caso español respecto de los crímenes del franquismo. Cada experiencia jurídica novedosa, creativa, requiere ser explorada y estudiada teniendo en cuenta las situaciones y particularidades políticas, culturales, sociales, históricas etc. de cada caso.

La puesta en perspectiva de las herramientas jurídicas es útil y necesaria para entender mejor los procesos existentes, su potencial alcance y límites. La producción de derecho, en todas sus formas, no está desconectada de la realidad. No existe uno solo mecanismo jurídico universal que resulta siempre aplicable en todos los casos de crímenes en masa. Pero, sin dudas, el análisis comparado de lo existente ayuda para pensar nuevas posibilidades. De todas maneras, en última instancia, no puede soslayarse un factor decisivo: la voluntad política, o su ausencia, a la hora de favorecer el avance hacia un cambio.

Entrevista a Rainer Huhle



RAINER HUHLE

Miembro del Comité de la Convención Internacional contra las Desapariciones Forzadas de la Organización de las Naciones Unidas

¿Cuál es su balance sobre el funcionamiento de los Comités como sistema de protección de los derechos humanos en el ámbito universal?

Obviamente es una pregunta que no se puede contestar de manera uniforme para todo el mundo. Hay gobiernos muy receptivos a las recomendaciones de los Comités y otros que no hacen caso. También existen otros que dicen que sí, pero al final el resultado es mínimo. Yo pienso que estamos en un proceso, esperamos que el proceso de reforma que se está llevando adelante haga más eficaz el sistema con la mejoría de la receptividad de los Estados a las recomendaciones de los Comités. En general, mi impresión —y solo conozco un Comité desde la práctica interna— es que las recomendaciones de los Comités tienen relevancia. Por lo menos obligan a los gobiernos a reflexionar sobre sus prácticas, permiten a la sociedad civil algunos argumentos adicionales de lo que seguramente ya han tenido. El error sería fijarse en una sola herramienta, como son las recomendaciones de los Comités, y analizarlas aisladamente del resto del sistema. Son un elemento en un engranaje mucho más amplio.

A nivel interno, ¿qué influencia cree que tienen estas recomendaciones en la modificación de las políticas públicas de los Estados?

Eso va a ser muy diferente en los distintos Estados, pero puedo dar un ejemplo de mi país [Alemania]. Hace pocos días tuvimos una reunión todos los miembros alemanes en los Comités de Naciones Unidas con representantes de los tres ministerios que rinden cuentas ante los Comités; que son Relaciones Exteriores, Justicia, y Trabajo y Asuntos Sociales —este último ministerio porque tenemos un miembro en el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad—. Contó con la participación de algunos académicos

que, justamente, fueron para hablar del impacto del trabajo de los Comités sobre el gobierno alemán. Y me pareció muy fructífero. Vi que realmente le dan mucha importancia. Sin ocultar que también, cuando consideran que algunas recomendaciones son criticables, se toman la libertad de decir que no las aceptan o que les parece un error, que no se analizó suficientemente la realidad del país. Yo creo que si llegamos a esta instancia, en la que el Estado realmente analiza las recomendaciones, hemos dado un paso importante y espero que en muchos Estados suceda de manera similar.

¿Cuál es la incidencia del trabajo de los Comités en el litigio ante los sistemas regionales de protección de derechos humanos, en la medida en que existen tribunales regionales de derechos humanos que, de algún modo, tratan los mismos temas y dictan sentencias obligatorias?

Los informes son muy *sui generis*, porque los Estados no presentan informes ante las cortes normalmente. Ahí creo que es un plus muy importante, obliga al Estado a una revisión completa de su política en el área respectiva de la competencia de algún Comité. En cuanto a las quejas o comunicaciones individuales, creo que puede variar de Comité en Comité y de tratado en tratado. En el nuestro, por lo menos, en este momento tenemos la gran ventaja de la celeridad. Una decisión del Comité contra la Desaparición Forzada, con toda seguridad, va a salir mucho más rápido que la decisión de una corte, sea

la Interamericana o la Europea. Ahora, obviamente el grado de obligatoriedad es un poco más importante con las Cortes, pero también tenemos —y no pocos— ejemplos de Estados que no cumplen con las sentencias de las Cortes. Así que yo creo que las víctimas, quienes quieren interponer una comunicación, deben analizar y equilibrar esos diferentes aspectos. Tener tal vez una decisión muy fuerte, o más fuerte dentro de 10 años, o tener una decisión un poco menos obligatoria pero en un plazo de uno o dos años.

¿Cuál es su balance de lo que ha hecho el Comité contra las Desapariciones Forzadas desde su creación hasta este momento?

¡Pregunta grande! El balance se puede referir básicamente a dos metodologías. La primera es la presentación de informes de cada Estado. Es conocido que ante nuestro Comité está previsto un solo informe de estado global a los dos años de entrar en vigencia la Convención para el respectivo Estado. La segunda se relaciona con las acciones urgentes conforme el art. 30 de la Convención que son obligatorias para todos los Estados miembros. Y tenemos una tercera herramienta que es el art. 31 de la Convención —Protocolos Opcionales, en otros comités— y eso permite recibir quejas sobre cualquier violación de la Convención. Sobre ese último artículo casi no tenemos todavía experiencia de casos.

Puedo hablar de la revisión de informes de Estado y sobre las acciones urgentes. Los informes de Estado tampoco fueron muchos, seis hasta el momento.

En mi apreciación personal fueron muy ricos. Creo que en casi todos los casos fue de carácter muy constructivo. Obviamente, un intercambio, un diálogo, donde dos partes están en el mismo nivel y realmente tratan de analizar el cumplimiento de la Convención es muy útil y lleva, tal vez, a identificar algunos puntos que a la primera lectura de la Convención todavía no eran tan claras. O sea, en ese esfuerzo también el Comité ya dio algunos pasos interpretativos de la Convención que incluso, posiblemente en un futuro podrían traducirse como Observaciones Generales sobre la Convención, otra metodología que el Comité todavía no ha utilizado.

En cuanto a las acciones urgentes, también las veo como una herramienta muy importante. Hemos tenido ya una serie de casos y, si bien no podemos pretender decir que por nuestra intervención se ha rescatado a un solo desaparecido, en todos estos casos sí creemos haber aportado de manera significativa a que el Estado tome más en serio sus obligaciones de indagar por la suerte de la persona desaparecida, a que mejore sus prácticas de búsqueda y haga más intensivos sus esfuerzos por investigar, juzgar y, finalmente, condenar a los responsables. La verdad es que esa acción urgente tiene un efecto inmediato a corto plazo que es el más deseado, buscar y encontrar a la persona desaparecida, pero también tiene un efecto a mediano y largo plazo que implica mejorar el comportamiento de los Estados, tanto en la prevención como en la búsqueda y persecución y condena del crimen.

Son dos aspectos diferentes, pero a mi modo de ver, igualmente importantes.

¿Qué expectativa tiene con la eventual puesta en práctica del sistema de peticiones individuales? En particular, con relación a los tiempos de duración de los procesos y el volumen de trabajo.

Ahora la acción urgente tiene un mecanismo súper rápido que es muy propio de esta acción. No puede repetirse o reproducirse de la misma manera con las quejas sobre violaciones en la Convención bajo el art. 31, porque esto último es ya un procedimiento de carácter judicial o cuasi judicial con consecuencias legales, en tanto son una opinión bien fundada del Comité. Por eso el procedimiento interno del Comité debe ser distinto al tratar comunicaciones en casos de acciones urgentes. Sin embargo, hasta ahora no hemos tenido muchas de esas quejas, no solo porque únicamente la tercera parte de los Estados que han ratificado la Convención también reconocen esta posibilidad para las víctimas, sino porque aun todavía el mecanismo no es muy conocido. Han sido pocos los casos hasta ahora y no creo que lleguemos en poco tiempo a una situación como la que tiene el Comité de Derechos Humanos, con años para llegar a una decisión. Creo que, todavía, es un camino de gran apertura y realmente espero que más gente aprenda a utilizarlo.

¿Existe algún tipo de relación entre el Comité contra las Desapariciones

Forzadas y los demás Comités del sistema universal? ¿o cada uno trabaja por separado?

Ese es uno de los grandes temas del proceso de reforma: lograr que las vías de comunicación e incluso de correlación entre los Comités sean más eficaces. Un tema que de alguna manera puede entrar en contradicción con la independencia de los Comités es que, legalmente, están obligados frente a los Estados partes y al texto de su Convención y no todas las convenciones son iguales ni tienen los mismos mecanismos. Pero sí hemos hecho mucho esfuerzo para coordinarnos con los demás Comités. Hemos tenido reuniones conjuntas, hemos invitado a representantes de otros Comités para que asistan a una conferencia o un conversatorio con nuestro Comité, y estamos muy atentos a los precedentes que ellos han tenido en casos no solo de desaparición forzada —que, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos ha tenido muchos—, sino también otros Comités —como el Comité contra la Tortura, que también puede tener casos con problemáticas por lo menos similares—.

El Comité le ha recomendado a Uruguay diferentes medidas vinculadas con las adopciones y guardas que tienen como origen la desaparición forzada y el análisis del interés superior del niño y su derecho a ser oído en cada caso. ¿Cuáles le parecen que son las mejores formas de prevenir

adopciones de este tipo y, eventualmente, repararlas?

Personalmente no soy especialista en el tema, pero en el Comité tenemos un gran especialista: el compañero argentino Luciano Hazan, que siempre nos informa sobre los detalles de ese tema. Lo que sí puedo decir es que esa preocupación por los niños forma parte muy pronunciada del texto de la Convención. Es un tema que aparece en todas nuestras revisiones de informes de Estado. Siempre hemos puesto bastante énfasis en esto, incluso en los Estados donde no nos han informado de problemas reales actuales en este sentido. O sea, falsas adopciones o secuestros de niños son una preocupación constante del Comité, por lo que nos sentimos obligados a transmitir esa prominencia también en las relaciones con los Estados.

En cuanto a los métodos de selección de candidatos para integrar el Comité, sabemos que este incorporó a su Reglamento las directrices de Addis Ababa. ¿Cuáles son, a su criterio, las mejores prácticas que los Estados deben incorporar para mejorar la idoneidad de quienes son seleccionados en los organismos internacionales?

A primera vista parece que el mejor mecanismo podría ser una competición abierta, pública, transparente; donde los candidatos puedan aplicar a estos puestos, tal y como se da en algunos Estados. En otros Estados es un

privilegio de los gobiernos buscar y seleccionar o nombrar como candidato a las personas que más les parezca. Aunque yo mirara el resultado de ambos procedimientos no podría decir que uno produce mejores resultados que el otro, porque un gobierno que realmente pretende respetar la independencia de los candidatos de los miembros de los Comités también lo puede hacer sin concurso público. No quiero entrar ahora en ejemplos, pero un concurso tampoco es garantía de que realmente salga la persona más independiente. Porque, al final, siempre es un órgano gubernamental el que decide entre los diferentes concursantes. Así que yo creo que lo importante es insistir, también en los discursos públicos; insistir en que los gobiernos realmente busquen personas independientes y no coloquen ahí personas por alguna obligación que tengan con ella o por ser cercanas a la ideología del gobierno de turno. El panorama, para cualquiera que conozca la realidad de los Comités, es mixto, hay de todo. Lo que no creo que haya que hacer es lo que se hizo al inicio del proceso de reforma por parte de algunos Estados. Se cuestionó la independencia de los expertos por su cercanía a la sociedad civil. Ahora en la práctica también ocurre. Varios colegas me lo han comentado, lo han vivido en los Comités. La tendencia en los Comités va hacia una mayor independencia de los expertos, incluso para las personas que tal vez no la tenían desde sus inicios. Es un proceso de auto educación que se da por la necesidad de interpretar fielmente la letra de los convenios.

¿Qué piensa sobre la posibilidad de celebrar audiencias públicas, donde los candidatos expongan y respondan a una serie de preguntas para mostrar sus opiniones sobre diversos temas ante la sociedad civil o ante los mismos organismos que los deben elegir?

En principio me parece bien. Seguramente mejore la transparencia del proceso, pero tampoco puede ser una garantía, porque lo que uno dice en una audiencia y lo que uno hace en la práctica no necesariamente es lo mismo. Igualmente creo que es una buena idea. Tal vez, incluso, si en el proceso de preselección existiera en cada país una convocatoria pública, donde se puedan hacer propuestas, sería una buena idea para mejorar el proceso hacia una mayor independencia.

En los procesos donde se investigan desapariciones forzadas, en general, siempre hay una atención especial en evitar la revictimización de la víctima o de sus familiares. ¿Qué recomendaciones cree que podría haber para mejorar esos procesos dentro de los Estados?

Primero debo señalar que en los Comités, por lo menos, no aparecen las víctimas directamente —el proceso de comunicación es por escrito—. Pueden estar sus representantes, con quienes llevamos a cabo los diálogos, y ni siquiera necesariamente con aquellas. Así que, en ese sentido, no pueden suceder situaciones tan dramáticas

como las que ocurren, por ejemplo, en la Corte Penal Internacional o en instancias donde la víctima realmente tiene que aparecer y presentar sus puntos de vista, e incluso exponerse a cuestionamientos o interrogatorios poco dignos, en algunos casos. Ese peligro no existe en la práctica de los Comités. Hay otros elementos que pueden contribuir a una revictimización. Por ejemplo, el lenguaje muy burocrático, frío, poco entendible; la lentitud de los procedimientos; la falta de comunicación. Yo creo que todo eso se puede mejorar mucho. En el Comité hemos hecho todo lo posible para evitarlo y respetar la dignidad y las necesidades de las víctimas en la medida en que nos es accesible. En este momento estamos preparando con algunos miembros del Comité, de algunos otros Comités, y con algunos expertos independientes, una conferencia para promover las mejores prácticas para no victimizar, para no desilusionar, para dignificar a las víctimas en todos estos procesos que muchas veces son muy burocráticos, muy legalistas, muy lejanos de la realidad de las víctimas. Espero que de eso resulten algunas respuestas muy concretas sobre este tema.

¿Qué balance hace de las diferentes experiencias de justicia transicional que hubo en África, Asia y América Latina?

El término "justicia transicional", para mí, es un término de moda que quiere englobar demasiado y al final no dice mucho. No solo hay problemas con el término justicia, sino también con el

término "transicional". Ahora hablan muchísimo de justicia transicional, por ejemplo, en México, en Colombia, y yo me pregunto qué transición. ¿De dónde y a dónde? No lo sabemos. Es un término que uno ubica, su origen, a fines de los 80, sobre la base de las experiencias de Chile, Argentina y, un poco más tarde, Sudáfrica. Pero nuestro gusto, el de los politólogos, por hacer de tres ejemplos una teoría global, me parece de poca ayuda. La búsqueda de justicia ha tenido matices. Podríamos hablar de las comisiones de la verdad, de los esfuerzos por lograr una memoria histórica, o de la realización de juicios penales. Incluso de las depuraciones del servicio público, práctica poco desarrollada en América Latina, en comparación con Europa Oriental. Creo que deben balancearse estas herramientas y no usar una para poner en un segundo plano las otras. No soy un conocedor de la experiencia de Sudáfrica, pero mi impresión es que ahora se están cosechando un poco los frutos de las deficiencias de la Comisión de Verdad. O sea, la negligencia de la justicia penal en todo este proceso y, sobre todo, la inconsecuencia en el cumplimiento de la reparación de los daños bajo las décadas de *apartheid*. Si uno mira a la sociedad sudafricana hoy en día, seguramente no podrá echarle la culpa a la Comisión de la Verdad o al proceso transicional. Tampoco se puede pretender que ese proceso fue un elemento creador en una sociedad justa, equitativa y tolerante.

Por otra parte, creo que hay que distinguir los procedimientos de justicia transicional después de dictaduras

represivas y aquellos después de conflictos armados. Al inicio, la idea de justicia transicional se aplicaba a casos postdictaduras. Después se ha aplicado a situaciones de postguerra, que a todas luces son situaciones muy diferentes. Hay una gran diferencia si tú tienes dos partes en una sociedad que se combaten mutuamente en un conflicto armado. Sobre todo porque casi todas las guerras fueron guerras civiles en los últimos tiempos. En estos casos, puede haber víctimas y victimarios en la misma persona. Eso crea situaciones mucho más complejas que necesitan también otros métodos de acercamiento y otras soluciones.

En la Argentina las investigaciones penales por los crímenes de la última dictadura han avanzado; hay muchas condenas. En los últimos tiempos se está empezando a reflexionar sobre la atribución de responsabilidad a civiles o a personas jurídicas por las violaciones de derechos humanos. ¿Cuál es su opinión al respecto?

Creo que son desarrollos muy interesantes. La responsabilidad penal de instituciones toca principios muy fundamentales de lo que uno entiende por pena y por responsabilidad penal. El mayor juicio de Nüremberg incluyó seis organizaciones del Estado y del sistema nazi, también acusados y declarados, algunos de ellos, como organizaciones criminales. Ahora, ¿qué significa una sentencia en ese sentido, en la práctica? Puede significar dos cosas:

una es que el Estado sucesor o responsable de esas organizaciones tiene la responsabilidad civil de reparar el daño causado por esas instituciones. Segundo, será más fácil hacer responsables individualmente a los miembros de esas organizaciones. Esa era la idea también en los juicios de Nüremberg. Pero, que yo sepa, no se ha seguido mucho ese camino.

Me pregunto a dónde queremos llegar con la figura de una responsabilidad penal de una empresa. Porque las empresas no van a la cárcel, para decirlo de manera muy sencilla. O se identifican a los managers responsables que tomaron las decisiones y, si son criminales, esos altos funcionarios de las empresas tienen que pagar con la cárcel; o la empresa como tal, si se considera implicada en actos criminales, entonces la sentencia será civil —pagar indemnizaciones o, en caso extremo, obligar su disolución—. De alguna manera, me parece que el reto es encontrar nuevas formas de combinar las responsabilidades penales y civiles cuando se trate de llamar a las empresas a responder.

Quizá se vincule con el derecho a la verdad, para entender mejor cuáles fueron las razones que llevaron a los crímenes. Es decir, entender que no fue la decisión del señor X, sino que formaba parte de la política de algunas empresas, más allá de que finalmente quien vaya a ser condenado sea el señor X. Dejar en claro que la decisión de X no fue aislada puede

ser útil a los fines de la reconstrucción histórica de lo ocurrido.

Claro, pero la pregunta es: ¿una corte penal es el ente indicado para hacerlo? Porque esa no es su función primordial. Es un tema muy discutido desde Nüremberg en adelante. Yo diría que normalmente los tribunales solo aportan pequeños granitos de arena para construir una verdad, pero nunca la verdad que históricamente queremos tener. Y ese es el gran valor de las comisiones de verdad y, por supuesto, de la ciencia histórica en general.

Usted es miembro fundador del Centro de Derechos Humanos de Nüremberg. En Alemania hay muchísimos museos y muchísimos lugares históricos que recuerdan lo ocurrido durante el nazismo. ¿Cuál es su opinión sobre cómo se debe lidiar con el pasado a nivel de construcción de monumentos y el mantenimiento de la memoria?

Ese es un tema que trabajo mucho y me parece muy complejo, difícil de resumir en pocas frases. Por mi experiencia he notado que a veces en América Latina hay una confusión sobre la situación de Alemania. Tienen una imagen súper positiva sobre este tema que, en la práctica, no es tan color rosa. Lo que no se entiende muchas veces es que el paisaje de memoriales en Alemania, en ex campos de concentración y otros lugares históricos o monumentos independientes, como el monumento del holocausto en Berlín, es de tiempos bastante recientes. Han pasado

décadas donde se hizo muy poco y cuando se empezaron a tomar medidas no fue tanto por acción del Estado sino por presión de los afectados, de los sobrevivientes y de algunos grupos políticos aliados a ellos. Y poco a poco —yo diría cuando el costo político ya era mínimo— las instancias del Estado asumieron ese deber e hicieron suyas esas ideas, pusieron personal y fondos para reinstalar estos lugares y construir monumentos.

En cuanto a la discusión sobre el contenido de los lugares de memoria, creo que lo importante es no hacer desaparecer la memoria, pero no creo que haya un solo camino para hacerlo. No creo que preservar de manera completa e intacta un centro de detención de tortura sea el único camino para no perder esa memoria. Además, creo que sería muy interesante que en un lugar de memoria se hagan visibles también los pasos del tiempo y de la historia después del origen de ese monumento. Porque la manera de recordar, la manera de hacer memoria también varía con el tiempo. Lo que nos parece importante hoy no es lo mismo que les pareció importante hace unas décadas. Por ejemplo, en Alemania, en todos los tiempos de la República Democrática Alemana, en los campos de concentración se conmemoraba ampliamente, pero exclusivamente, la resistencia comunista a los nazis. Los judíos, los gitanos, los homosexuales y muchos otros grupos que habían sido víctimas, estaban puestos en un segundo lugar, o ni siquiera. Eso ha cambiado mucho después de la unificación de Alemania. Se ha buscado más justicia para todos

los grupos de víctimas. Tal vez en unos cuarenta años más descubramos otros aspectos que hemos olvidado. Hoy en Alemania tenemos en todas partes monumentos de los caídos en las guerras mundiales, e incluso de antes de las guerras mundiales. Son muy provocativos, transmiten una ideología que no tiene nada que ver con nuestra visión de esas guerras hoy en día. Pero, ¿cuál es la solución?, ¿derrumbarlos y destruirlos? En algunos casos se ha optado por complementarlos, por ejemplo, recordar no solo a los soldados alemanes, sino también a los soldados de la otra parte que murieron en las guerras. Me gusta mucho la idea de hacer visi-

ble el paso de la historia en los mismos monumentos y lugares de memoria. La memoria no es solamente sobre la historia, sino que es también historia. Tal vez valga la pena que en algún lugar se preserve algo enteramente para que, realmente, generaciones posteriores puedan tener una idea física. En otros casos quizás no se justifica. Por ejemplo, en Nüremberg los nazis habían dedicado una quinta parte del territorio municipal a sus festejos anuales de los días del partido. Yo no veía justificación para que Nüremberg preservara una quinta parte de su territorio a recordar las locuras de los nazis. Y por supuesto no se hizo.

Fuentes ciudades

Fuentes citadas

- ABELLÁN HONRUBIA, VICTORIA y VILA COSTA, BLANCA (dirs.), *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*, Barcelona, Planeta, 2011.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Autonomía y subsidiariedad: El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2011.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR, “De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *Revista Sur*, n° 11, 2009.
- AMNESTY INTERNATIONAL, “Kazakhstan: No effective safeguards against torture”, [en línea] http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/kazakhstan_ai_2010_no_effective_safeguards.pdf
- ANDREU GUZMÁN, FEDERICO, *Responsabilidad penal del superior jerárquico y crímenes internacionales. El crimen internacional de desaparición forzada*, Colombia, Comisión Colombiana de Juristas, 2012.
- ANITUA, GABRIEL y GUAL, RAMIRO, “Cuando se ‘paga’ más de lo debido. Prisión preventiva y tiempo de pena”, en Gómez Urso (comp.), *Fallos de la Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires*, año 5, n° 5, Bs. As., Di Plácido, 2013.
- ANITUA, GABRIEL, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Bs. As., Del Puerto, 2005.
- ANITUA, GABRIEL, *Justicia penal pública*, Bs. As., Del Puerto, 2003.
- ARANGÜENA FRANCO, CORAL, “Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y a las exigencias contenidas en el art. 6.1 CEDH, en particular el derecho de acceso a un tribunal”, en García Roca y Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos (El Convenio Europeo de Derechos Humanos)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- BALIBAR, ÉTIENNE, *Nosotros, ¿Ciudadanos de Europa?*, Madrid, Tecnos, 2003.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Bs. As., Ediar, 1986.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*”, en Bidart Campos y Bossert, *Régimen jurídico de los alimentos*, Bs. As., Astrea, 1998.
- BINDER, ALBERTO, *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- BINDER, ALBERTO, “La fuerza de la inquisición y la debilidad de la república”, en *La implementación de una nueva justicia penal adversarial*, Bs. As., Ad-Hoc, 2012.
- BOVINO, ALBERTO; LOPARDO, MAURO y ROVATTI, PABLO, *Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y práctica*, Bs. As., Editores del Puerto, 2013.
- BOURDIEU, PIERRE, “Elementos para una sociología del campo jurídico”, en *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2005.
- BRUNEL, TAMARA, “Familias ensambladas: ¿un fenómeno social que anhela ser reconocido por el derecho argentino?”, en *RDF*, 2013.

FUENTES CITADAS

- CAIMARI, LILA, *Apenas un delincuente*, Bs. As., Siglo XXI, 2004.
- CAIMMI, LUIS y DESIMONE, GUILLERMO, *Los delitos de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar e insolvencia alimentaria fraudulenta*, Bs. As., Depalma, 1997.
- CALAMANDREI, PIERO, *La Constitución inactuada*, Madrid, Tecnos, 2013.
- CAMPS, CARLOS y NOLFI, LUIS, “La obligación alimentaria derivada de la patria potestad y el conflicto originado en su incumplimiento”, *JA* 2001-I-823.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO, *Los tribunales internacionales contemporáneos y la humanización del derecho internacional*, Ad-Hoc, Bs. As., 2013.
- CARBONE, CARLOS A., “El nuevo delito de *grooming* (art. 131, Cód. Penal). Ley 26.904”, en *JA* 2013-IV.
- CARNOTA, WALTER, “Convergencia entre los sistemas europeos de integración comunitaria y de protección de los derechos humanos: una cuestión de derecho procesal transnacional”, en *JA*, Número Especial de Derecho Procesal Constitucional, 26/09/2012.
- CARNOTA, WALTER, “La competencia federal del Fuero de la Seguridad Social”, en Palacio De Caeiro (dir.), *Competencia Federal*, Bs. As., La Ley, 2012.
- CARNOTA, WALTER, “La operatividad de los derechos humanos en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Abramovich, Bovino y Courtis (comps.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local (La experiencia de una década)*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007.
- CARRANZA CASARES, CARLOS A. y CASTRO, PATRICIA E., “Las astreintes y el cumplimiento puntal e íntegro de la obligación alimentaria”, *LL* 1987-C-594
- CARRANZA, ELÍAS y OTROS, *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, México D. F., Siglo XXI, 2001.
- CARRANZA, ELÍAS, “Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer?”, [en línea] <http://www.anuarioodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
- CASSESE, SABINO, “*New paths for Administrative law: a manifesto*”, en *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n° 3, Nueva York, 2012.
- CHERTCOFF, MARINA, “Debido proceso. Derecho al acceso a un tribunal y publicidad de las sentencias. TEDH, *Fazliysky c. Bulgaria*”, en *Revista de Derechos Humanos*, n° 5, año II, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014.
- CHERTCOFF, MARINA, “Garantías del debido proceso penal. TEDH, *Zahirovic c. Croacia*”, en *Revista de Derechos Humanos*, n° 5, año II, Bs. As., Ediciones Infojus, 2014.
- CHRISTIE, NILS, *Los límites del dolor*, México, FCE, 1984.
- CELOTTO, ALFONSO, *El Derecho juzga a la política*, Bs. As., Ediar, 2005.
- CERIANI CERNADAS, P.; GÓMEZ SALAS, ANA y HERNÁNDEZ BOLOGNA, AGOSTINA, “¿Estado de derecho o estado de excepción? La detención de migrantes en Estados Unidos según el Informe de la CIDH”, en *Revista Derechos Humanos*, año II, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- CERIANI CERNADAS, PABLO (coord.), “Niñez detenida. Los derechos de niños, niñas y adolescentes migrantes en la frontera México-Guatemala”, [en línea] <http://ninezmigrante.blogspot.com.ar/2014/04/ninez-detenido-los-derechos-humanos-de.html>

FUENTES CITADAS

- CITRONI, GABRIELLA, “Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario español de Derecho Internacional XIX*, Universidad de Navarra.
- COUTURE, EDUARDO, “Formas penales de la ejecución civil”, en *Rev. de Derecho Civil*, Montevideo.
- CULACIATI, MARTÍN y RODRÍGUEZ ITURBURU, MARIANA, “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *RDF*, Sección Actualidades, 2013.
- GRAVEN, MATTHEW, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (A Perspective on Its Development)*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- DE LORENZI, MARIANA, “Un dolor que no tiene precio. Prejuicios y derechos a la igualdad, a la identidad y a la vida privada y familiar”, en *RDF*, 2012-IV-289.
- DÍEZ-PICASSO, LUIS, *La naturaleza de la Unión Europea*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2009.
- DI CORLETO, JULIETA, “Medidas alternativas a la prisión y violencia de género”, en *Revista Electrónica Género, Sexualidades y Derechos Humanos* (Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), 2013, v. I, n° 2, [en línea] http://www.cdh.uchile.cl/media/redes/boletin/Revista_Nro2.pdf
- DUTIL, CARLOS y RAGENDORFER, RICARDO, *La Bonaerense*, Bs. As., Planeta, 1997.
- FAMÁ, MA. VICTORIA y HERRERA, MARISA, “Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina”, en Kielmanovich y Benavides (comps.), *Derecho Procesal de Familia*, San José, Costa Rica, Jurídica Continental, 2008.
- FAMÁ, MA. VICTORIA, “Alcances de la participación de los niños y adolescentes en los procesos de familia”, en *SJA*, 01/07/2009.
- FEELEY, MALCOLM, *The process is the punishment*, New York, Russel Sage Foundation, 1992.
- FELDMAN, CLAUDIA K., “Un fallo señero que consolida la constitucionalización del derecho de familia. El progenitor afín: obligación alimentaria finalizada la convivencia”, en *RDF*, 2013-III-117.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y castigar*, Bs. As., Siglo XXI, 2008.
- FRULLI, MICAELA, “Nino Cassese and the Early Stages in the Fight against Enforced Disappearances”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, n° 4, 2014.
- GARLAND, DAVID, *La Cultura del Control (2001)*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 49.
- GARRETÓN, R., “Principio de no devolución. Fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria del Coloquio Internacional, San José, ACNUR/IIDH, 1995.
- GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, (coord.), *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*, Bs. As., Ediar, 2000.
- GROSMAN, CECILIA, *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Bs. As., Universidad, 2004.
- GONZÁLEZ, PABLO, “Derecho a la libertad de expresión. TEDH, *Björk Eidsdóttir c. Islandia* y *Erla Hlyndssottir v. Islandia*”, en *Revista de Derechos Humanos*, n° 3, año II, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- JÁUREGUI, RODOLFO G., “La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos”, en *DFyP*, 66, marzo, 2013.

FUENTES CITADAS

- JØRGENSEN, N. H. B., *The responsibility of States for International Crimes*, Nueva York, Oxford University Press, 2000.
- JUNYENT DE DUTARI, PATRICIA, “La palabra como derecho de niños y adolescentes”, en *DFyP*, octubre, 2013.
- JURY, ALBERTO, “Incumplimiento de la cuota alimentaria”, en Kemelmajer-Molina (dir.), *Alimentos*, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y CACCIALI PUGA, ANDRÉS, “La prestación alimentaria, su incumplimiento y las sanciones penales”, en Kemelmajer-Molina (dir.) *Alimentos*, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2014.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA y HERRERA, MARISSA, “Una voz autorizada del ámbito regional manda no discriminar en razón de la orientación sexual”, en *LL* 2012-B, 1254.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA, “Principios Procesales en el derecho de familia contemporáneo”, en *Derecho de Familia*, n° 51, AbeledoPerrot, septiembre 2011.
- IENTILE, VERÓNICA M., “El caso ‘Atala Riffo y Niñas vs. Chile’ y el proceso de reparación en lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *RCyS* 2012-VI, 269.
- LANDA ARROYO, CÉSAR, ARANGÜENA FANEGO, CORAL y FERRER MC-GREGOR, EDUARDO, “El derecho al debido proceso”, en García Roca; Fernández; Santolaya y Canosa, (eds.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2012.
- LLOVERAS, NORA y SALOMÓN, MARCELO, “El paradigma constitucional familiar: análisis a una década de su reformulación”, *JA* 2005-II-888.
- LOCHAK, DANIELE, *Face aux migrants: état de droit ou état de siege?*, París, Textuel, 2007.
- MAIER, JULIO, *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, t. 1, Bs. As., Del Puerto, 2004.
- MASKIN, HÉCTOR, *El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*, Bs. As., Eudeba, 1987.
- MÉNDEZ COSTA, MARÍA J. y D’ANTONIO, DANIEL, *Derecho de Familia*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2001.
- MOLINA DE JUAN, MARIEL, “El parentesco en el anteproyecto de Código Civil”, en *JA* 2012-II-1307.
- MORIN, EDGAR y CERUTI, MAURO, *Notre Europe (Décomposition ou métamorphose?)*, París, Fayard, 2014.
- NEUMAN, ELÍAS e IRURZUN, VÍCTOR, *La sociedad carcelaria*, Bs. As., Depalma, 1994.
- NIKKEN, PEDRO, “Sobre el concepto de Derechos Humanos”, en *Rev. Estudios Básicos de Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994.
- O’NIONS, HELEN, “The Erosion of the Right to Seek Asylum”, en *Web Journal of Current Legal Issues*, [en línea] <http://webjcli.ncl.ac.uk/2006/issue2/onions2.htmlK>
- OSSOLA, FEDERICO A., “Las astreintes y los incumplimientos en el régimen comunicacional”, en Faraoni-Famacciotti-Rossi (dir.), *Régimen Comunicacional*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011.
- OTERO, DANIEL, *Maten a Gutiérrez. Un crimen de la Aduana Paralela*, Bs. As., Planeta, 1998.
- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ A., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en García Roca y Fernández Sánchez, *Integración europea a través de derechos*

FUENTES CITADAS

- fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- PELLET, A., “Can a state commit a crime? Definitely, yes!”, en *European Journal of International Law* 10(2), 1999.
- RENUCCI, JEAN-FRANCOIS, *Traité de Droit Européen des Droits de l’homme*, París, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 2007.
- RIDEAU, JOEL, “Article II-107”, en Burgogue-Larsen, Levade y Picod (coords.), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe*, parte II, tomo II, Bruselas, Bruyant, 2005.
- RONCONI, LILIANA y ALDAO, MARTÍN, “La oportunidad de ampliar el principio de igualdad en manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso ‘K., A. e Hijas v. el Estado de Chile’”, en *RDF* 2011-III.
- ROSENBLAT, KATIA, “Derecho a la privacidad. TEDH, *Alkaya c. Turquía*” en *Revista de Derechos Humanos*, n° 3, año II, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013.
- RUHS, MARTIN, “Migrants Don’t Need More Rights”, en *The New York Times*, 18/12/2013, [en línea] http://www.nytimes.com/2013/12/19/opinion/migrants-dont-need-more-rights.html?_r=0
- RUHS, MARTIN, “Migrants Rights, Immigration Policy and Human Development”, [en línea] http://www.upf.edu/depis/_pdf/2008-09/forum/Ruhs_HDRP_2009_23.pdf
- RUILOBA ALBARIÑO, JULIA y GALERA, SUSANA, “European Legal tradition – The Council of Europe”, en Galera (ed.), *Judicial Review. A comparative analysis inside the European legal system*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.
- SAGÜÉS, NÉSTOR, *Derecho Procesal Constitucional, Recurso extraordinario*, t. I, 4ª ed., Bs. As., Astrea, 2002.
- SAGÜÉS, NÉSTOR, *Elementos de Derecho Constitucional*, 2ª ed., t. I, Bs. As., Astrea, 1997.
- SAIN, MARCELO, *El Leviatán Azul. Policía y política en la Argentina*, Bs. As., Siglo XXI, 2008.
- SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA J., “La justicia penal y los universos coexistentes”, en Tiscornia (comp.), *Burocracias y violencia*, Bs. As., Eudeba, 2004.
- SOUSA SANTOS, BOAVENTURA DE, “La sociología de los tribunales y la democratización de la justicia”, en *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes, 1998.
- SOZZO, MÁXIMO, “Política penal, elites y expertos en la transición a la democracia en Argentina”, en *Revista Nova Criminis*, 2011.
- TAWIL, GUIDO, *Estudios de Derecho Administrativo*, Bs. As., AbeledoPerrot, 2012.
- WALSH, RODOLFO, “Carta abierta de un escritor a la Junta Militar”, 24/03/1977, párr. 2, [en línea] http://conti.derhuman.jus.gov.ar/_pdf/serie_1_walsh.pdf
- YOUNG, KATHARINE G., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *La ley y su justicia (Tres capítulos de justicia constitucional)*, Madrid, Trotta, 2014.
- ZANNONI, EDUARDO, *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. II, Bs. As., Astrea, 2005.

Índice temático

A

ACCESO A LA JUSTICIA P. 187, 195, 196, 197

C

COMUNIDADES INDÍGENAS *Véase*
PUEBLOS ORIGINARIOS

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 122,
127, 135, 138, 139, 146, 148, 149, 151, 153, 154, 160, 178,
182, 213, 217, 237, 238, 239, 279, 318, 319, 321, 322, 346,
400, 437, 440, 441, 482, 485, 486

control de constitucionalidad P. 138, 140,
155, 192, 227, 233, 237, 238, 369

declaración de inconstitucionalidad P. 112,
137, 138, 139, 140, 145, 150, 191, 237, 394, 435, 446, 447,
448

reforma constitucional P. 135, 148, 395

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
P. 137, 138, 140, 237, 238, 287, 293

CORRUPCIÓN P. 17, 18, 19, 22, 26,
66, 71, 75, 81, 141, 142, 252, 253, 266, 317, 337, 339, 409

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
NACIÓN P. 56, 120, 127, 139, 142, 150, 155,
157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 169, 175, 180, 182, 185,
195, 209, 211, 231, 234, 237, 238, 263, 309, 311, 329, 340,
360, 410, 411, 425, 428, 446, 447, 448, 467, 470, 492

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD
Véase DELITOS DE LESA HUMANIDAD

D

DEBIDO PROCESO P. 7, 29, 71, 93,
95, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129, 134, 136, 140,
142, 162, 256, 264, 271, 273, 274, 280, 283, 285, 286, 318,
321, 327, 328, 329, 332, 412, 413, 445, 447, 470, 471, 477

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 6,
7, 30, 113, 169, 172, 175, 176, 177
genocidio P. 6, 7, 147

DEMOCRACIA P. 6, 7, 18, 22, 148, 251, 252, 268,
299, 342, 343, 344, 348, 412, 490

DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRE-
SIÓN *Véase* LIBERTAD DE EXPRESIÓN

DERECHOS DE LAS MUJERES P. 199
Convención sobre la Eliminación de To-
das las Formas de Discriminación con-
tra la Mujer P. 211, 382, 383
violencia contra la mujer P. 186, 187,
188, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 210, 211, 383

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIA-
LES Y CULTURALES P. 5, 30, 85, 89, 126, 287, 449

DERECHOS HUMANOS P. 8, 10, 14, 18, 19, 20,
87, 100, 132, 157, 163, 186, 192, 231, 285, 288, 291, 307, 399,
405, 433, 443, 451, 469, 484, 491

Comisión Interamericana de Derechos
Humanos P. 23, 84, 104, 106, 121, 125, 126, 187,
190, 195, 196, 220, 221, 241, 254, 293, 300, 320, 322, 327,
333, 334, 335, 336, 338, 341, 357, 442, 484

Convención Americana de Derechos
Humanos P. 120, 122, 123, 124, 128, 136,
137, 141, 153, 155, 159, 162, 165, 166, 181, 217, 221, 222,
235, 237, 239, 242, 245, 246, 247, 248, 249, 254, 265, 266,
269, 272, 274, 275, 278, 279, 283, 285, 286, 288, 291, 292,
293, 295, 304, 305, 306, 310, 311, 313, 317, 327, 397, 402, 445

Corte Interamericana de Derechos Hu-
manos P. 30, 86, 89, 95, 105, 120, 121, 122, 123,
124, 125, 126, 129, 131, 132, 136, 137, 138, 140, 153, 167,
183, 184, 235, 236, 237, 238, 241, 242, 244, 245, 246, 247,
248, 249, 250, 251, 254, 255, 256, 258, 260, 262, 263, 264,
265, 269, 271, 272, 273, 284, 287, 288, 291, 292, 293, 294,
295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306,
307, 310, 311, 315, 317, 321, 324, 326, 327, 328, 329, 330, 331,
373, 396, 397, 430, 454, 455, 472, 483

Sistema Interamericano de Derechos
Humanos P. 4,

ÍNDICE TEMÁTICO

44, 62, 120, 125, 127, 131, 157, 163, 231, 251, 252, 253, 254, 285, 291, 297, 307, 399, 402, 405, 433, 451, 469, 491

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

P. 30, 125, 285, 323, 324, 325, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 377, 379, 381, 382, 388, 389, 390, 391, 392, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 405, 406, 408, 409, 411, 412, 413, 415, 416, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 429, 430, 433, 435, 436, 437, 439, 443, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 457, 459, 460, 461, 462, 465, 466, 467, 471, 472, 474, 483, 487, 488

violación de derechos humanos P. 4, 6, 25, 40, 49, 241, 251, 252, 256, 264, 266, 299, 374, 382, 383, 430, 462, 465

DERECHOS POLÍTICOS P. 485

derecho al voto P. 488, 485, 486, 490

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

P. 7, 39, 42, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 243, 297, 298, 300, 301, 302, 303, 304, 305

desaparecidos P. 12, 103, 106, 107, 108, 178, 302, 303

DICTADURA MILITAR P. 6, 104, 105, 106, 107, 343

DIGNIDAD HUMANA P. 13, 14, 248, 249, 347, 375, 383, 385, 386

DISCRIMINACIÓN P. 6, 8, 12, 13, 19, 20, 22, 26, 29, 30, 36, 66, 85, 89, 97, 100, 107, 121, 196, 206, 252, 289, 363, 364, 368, 420, 421, 433, 435, 436, 474, 476, 487, 489

discriminación racial P. 474

principio de no discriminación P. 26, 30, 89, 97, 100, 289, 364, 421, 433

G

GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO
véase DEBIDO PROCESO

GARANTÍAS JUDICIALES P. 40, 120, 121, 124, 136, 210, 254, 255, 269, 291, 310, 312, 315, 439, 448, 483

cosa juzgada P. 213, 255, 305

defensa en juicio P. 124, 127, 128, 158, 167, 219, 395, 470, 471

derecho al patrocinio letrado P. 469, 470, 471

derecho al recurso P. 163, 167, 317, 318, 320, 326, 328, 377, 395, 444

fueros especiales P. 317, 318, 325, 327

garantía del plazo razonable P. 119, 120, 124, 127, 128, 132, 133, 136, 141, 249, 255, 279

imparcialidad P. 11, 136, 137, 300, 328, 426, 480, 492

independencia P. 11, 136, 137, 198, 300, 328, 337, 339, 340, 341, 357, 428

notificación personal de la condena P. 163, 164, 166

presunción de inocencia P. 311, 339, 478, 481, 483

I

IDENTIDAD DE GÉNERO P. 5, 6, 541

orientación sexual P. 5, 8, 231, 364, 366, 367, 368, 396

parejas de mismo sexo P. 363, 366, 368, 369

parejas homosexuales P. 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371

IGUALDAD P. 26, 29, 30, 90, 100, 121, 152, 153, 155, 187, 192, 224, 248, 249, 289, 327, 368, 396, 413, 419, 420, 421, 428, 431, 433, 471, 481, 489

igualdad ante la ley P. 29, 121, 192, 249, 327

INTEGRIDAD PERSONAL P. 244, 246, 258, 291, 305, 306, 313, 316, 374, 376, 377, 379, 391, 392, 394

derecho a la integridad personal P. 245, 247, 250, 254, 280, 292, 306, 313

L

LIBERTAD DE EXPRESIÓN P. 29, 41, 400, 402, 403, 459, 460, 462, 463

M

MERCOSUR P. 7, 86, 210, 283

MIGRACIONES P. 83, 84, 88, 91, 92, 93, 94, 97, 99, 270, 283, 287, 288

asilo P. 269, 270, 274, 275, 277, 278, 280, 281, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 309

deportaciones P. 85

migrantes P. 6, 18, 72, 84, 85,
86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 270,
272, 273, 283, 284, 288, 289, 435
políticas migratorias P. 8, 85, 92
principio de no devolución P. 269, 272,
273, 274, 277, 284, 286, 288
refugiados P. 18, 270, 271, 272,
273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281, 282, 284, 285, 286,
287, 288, 289, 309

N

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES P. 85,
86, 221, 270, 281, 287, 288, 334, 395, 397
Convención sobre Derechos del Niño
P. 86, 87, 219, 281, 282, 380, 381, 395
derechos de niños, niñas y adolescen-
tes P. 29, 87, 89, 93, 96, 222, 234, 235, 246,
247, 248, 250, 282, 373, 380, 388, 396
interés superior del niño P. 235, 236,
239, 247, 248, 282

O

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES
UNIDAS P. 48, 22, 112
Asamblea General P. 11, 12, 28, 34,
47, 103, 108, 382
Comité Asesor del Consejo de Dere-
chos Humanos P. 9, 11, 13, 14, 15, 23, 26
Comité contra la Desaparición Forzada
P. 103, 108, 116
Comité de Derechos Humanos P. 27, 28,
30, 31, 35, 37, 38, 39, 40, 42, 93, 104, 109, 110, 111, 323, 469,
470, 471, 472, 473, 474, 475, 477, 478, 479, 482, 483
Consejo de Derechos Humanos P. 9,
10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 25, 26, 31, 94
Corte Internacional de Justicia P. 65, 95
Subcomité de Prevención de la Tortura
de Naciones Unidas P. 43, 44, 45, 46,
47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63,
64, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 78, 80, 82

P

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD P. 213,
214, 219, 229
Pena de muerte P. 477
PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 13,
15, 68, 157, 158, 159, 161, 171, 221, 233, 235, 236, 429, 430,
431, 485, 486, 487, 488, 489, 490
interdicción P. 29, 485, 486, 488
PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
P. 45, 46, 47, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 66, 68, 69, 72, 74, 75, 76,
79, 80, 340
condiciones de detención P. 46, 47,
66, 67, 74, 340
detención preventiva P. 173, 334,
335, 341, 352
lugares de detención P. 45, 46, 47,
49, 50, 51, 52, 53, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71,
72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82
PODER JUDICIAL P. 18, 120, 128,
131, 135, 136, 138, 252, 256, 257, 268, 287, 299
PRINCIPIO DE IGUALDAD *véase*
IGUALDAD
PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 181,
183, 310, 320, 321, 322, 323, 324, 330
PRISIÓN PREVENTIVA P. 46, 70, 71,
76, 169, 172, 232, 235, 311, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339,
340, 341, 342, 344, 345, 349, 351, 352, 353, 357, 358, 359,
360, 478, 492
prisión domiciliaria P. 169, 171, 172, 1
74, 176, 177, 231, 232, 233, 234
prisión efectiva P. 213, 218, 320
PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD *véa-
se* PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD
PROBATION *Véase* SUSPENSIÓN DEL
JUICIO A PRUEBA
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
P. 119, 120, 121, 123, 127, 129, 133, 134, 137, 142, 143, 270,
280, 283, 410
PUEBLOS ORIGINARIOS P. 145, 146, 147, 148,
149, 151, 152, 153, 154, 155
derechos de los pueblos originarios
P. 147, 149, 152

R

- RECURSOS** P. 165, 173, 181, 183
- recurso de casación P. 137, 165, 186, 189, 213, 234, 238
- recurso extraordinario P. 130, 165, 169, 173, 180, 181, 182, 183
- RESPONSABILIDAD DEL ESTADO**
P. 186, 222, 250, 306, 455
- obligación de investigar P. 116, 251, 263, 265, 295, 299, 453
- responsabilidad internacional del Estado P. 132, 241, 242, 244, 254, 330

S

- SEGURIDAD JURÍDICA** P. 125, 174, 407, 466, 467, 468
- SEGURIDAD SOCIAL** P. 126, 158, 433, 439
- SERVICIO MILITAR** P. 405, 423, 424, 425, 426, 427, 429, 430, 431
- SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA**
P. 185, 188, 189, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 198, 199, 215, 216, 219

T

- TERRORISMO** P. 307, 308, 309
- terrorismo de Estado P. 3, 6, 251, 253
- TORTURA** P. 8, 21, 23, 29, 30, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 105, 202, 259, 260, 266, 280, 291, 292, 293, 294, 295, 298, 303, 307, 308, 313, 314, 315, 381, 391, 426, 477, 480, 491, 492, 493, 494
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas P. 43
- Mecanismos Nacionales de Prevención P. 46, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 72, 74, 78
- TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES , INHUMANOS O DEGRADANTES** véase TORTURA
- TRATA DE PERSONAS** P. 114, 201, 203, 204
- Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata P. 201, 203, 206
- TUTELA JUDICIAL** P. 159, 161, 219, 265, 397, 441, 445
- ## V
- VERDAD JURÍDICA OBJETIVA** P. 133, 142, 159