



Derechos Humanos

AÑO I NÚMERO 1

Director: Sebastián A. Rey



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO I - NÚMERO 1

Derechos Humanos

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA

JURÍDICO LEGAL

Dra. María Paula Pontoriero

Revista Digital de Derechos Humanos
Año I - N° 1 - Noviembre 2012
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.
Directora: María Paula Pontoriero
Director Editorial: Sebastián Alejandro Rey
Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La Revista Digital de Derechos Humanos y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

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

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

Sebastián Alejandro Rey

Director

Alejandro Turyn - Fernando Valsangiacomo Blanco

Juan Pablo Vismara

Secretarios de Redacción

Pablo Barbuto - María Laura Iseas

Iñaki Regueiro de Giácomi

Colaboradores

Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

Juliana Bravo Valencia

Pablo Ceriani Cernadas

Luciana Díaz Ávila

Guillermo Díaz Martínez

Marcos Ezequiel Filardi

Leonardo Franco

Lila Emilce García

Silvina González Napolitano

Alan Iud

Nicolás Laino

María José Lubertino

Stella Maris Martínez

Rodolfo Mattarollo

Diego Morales

Pedro Mouratian

Marcelo Raffin

Alejo Ramos Padilla

José Ernesto Rey Cantor

Fabián Salvioli

Liliana Tojo

Juan Antonio Travieso

Carolina Varsky

José Luis Zerillo

Silvina Zimmerman

Editorial

El año 1945 no sólo marca la creación de la Organización de las Naciones Unidas. También es la fecha del surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tal cual lo conocemos en la actualidad. La comunidad internacional, luego de los horrores de la Segunda Guerra Mundial que se cobró la vida de más de setenta millones de personas, asumió que el derecho internacional debía sufrir algún tipo de modificación para que estos hechos no se repitiesen y, en este contexto, la promoción y protección de los derechos humanos —que revestirán el carácter de universales— pasaran a ocupar un rol fundamental.

El desarrollo posterior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vio el surgimiento de una serie de procedimientos y mecanismos que, a pesar de tener sus raíces en el derecho internacional, fueron diseñados para proteger a los individuos de las violaciones a sus derechos cometidas por los Estados bajo cuya jurisdicción se encuentren. En este sentido, el concepto de derechos humanos internacionalizado permitió que los Estados ya no pudiesen sostener la idea tradicional de sus soberanías como ilimitadas y libres de cualquier control externo y que el respeto de los derechos de los individuos sea un asunto de carácter doméstico.

La Revista Digital de Derechos Humanos de Infojus tiene como objetivo asegurar el acceso de los magistrados, funcionarios y empleados de la justicia, investigadores, abogados y el público en general, a los avances que han operado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al mismo tiempo, apuesta a crear una publicación donde puedan exponer sus ideas tanto juristas consagrados como jóvenes investigadores.

En este sentido, se reflejarán los nuevos criterios jurisprudenciales de los tribunales internacionales encargados de aplicar los tratados de derechos humanos —principalmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos— y se analizarán las de-

cisiones de los tribunales nacionales que aplicaron, cuestionaron o desarrollaron estos criterios durante el primer cuatrimestre del 2012. En este primer número, se resumen los aspectos más novedosos de las sentencias de la Corte IDH dictadas durante los años 2009 y 2010. Asimismo, se analizan fallos que resuelven temas muy variados como la interrupción voluntaria del embarazo, la libertad religiosa y de expresión, la ejecución de la pena privativa de la libertad, las prohibiciones probatorias y las garantías judiciales, el derecho a la igualdad y no discriminación, la desaparición forzada de personas, los derechos de las personas con discapacidad mental, el derecho de los migrantes, la prohibición de devolución y el margen de apreciación de los Estados para expulsar extranjeros y el derecho al voto de las personas que viven en el extranjero.

Por otra parte, la Revista Digital aspira a ser un lugar desde donde se impulsen discusiones doctrinarias novedosas dirigidas a garantizar, de un modo cada vez mayor, el goce de los derechos humanos, eje fundamental del proceso histórico que está consolidando en la Argentina. Ello se realizará a través de la difusión de artículos que estudien tanto temas actuales de derechos humanos de carácter general, como problemas específicos: como el efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales; la igualdad y el género; el trabajo forzado; la libertad sindical y religiosa; el castigo de graves violaciones a los derechos humanos y los derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad. En esta ocasión, Víctor Abramovich reflexiona sobre los nuevos enfoques y las clásicas tensiones que se presentan en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al momento de analizar las violaciones masivas a los derechos humanos y los casos donde se prueban patrones estructurales. Iñaki Regueiro De Giacomi, por su parte, rescata la Ley de Identidad de Género y estudia cómo recepta el derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes. Finalmente, en el artículo "Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?", se aborda la tensión existente entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las decisiones soberanas de los Estados al momento de legislar y, en particular, los límites a las facultades de los pueblos en casos de iniciativas populares o plebiscitos. Para ello, se toma como ejemplo la sentencia del caso "Gelman c/ Uruguay", dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También se realizarán entrevistas a personas que aporten una visión innovadora a las discusiones sobre derechos humanos, basadas en sus experiencias personales y su trayectoria. En esta ocasión, Estela Barnes de Carlotto, Presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo, da su punto de vista sobre la complicidad civil durante la dictadura militar y el rol que jugaron los jueces. Además, reflexiona sobre la causa conocida como “Plan Sistemático de robo de bebés”, los límites éticos para obtener información sobre el destino de los nietos apropiados, el rol de las Abuelas al momento de la adopción de tratados internacionales de derechos humanos y su postura sobre algunos aspectos del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

En la sección Novedades se hará referencia a leyes que hayan sido sancionadas sobre la materia, así como a proyectos que hayan sido presentados en el Congreso, investigaciones que se encuentren en curso, congresos profesionales, charlas y conferencias y demás información que resulte interesante para quienes les interesan los problemas actuales sobre derechos humanos.

Por último, con la sección de reseñas sobre libros de reciente publicación se pretende contribuir a que se visibilicen las nuevas obras jurídicas de relevancia para la materia.

El director

Índice General

Doctrina p. 13

De las violaciones masivas a los patrones estructurales. Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos por VÍCTOR ABRAMOVICH.....p. 15

Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles? por SEBASTIÁN A. REY p. 73

El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes por IÑAKI REGUEIRO DE GIACOMIp. 101

Jurisprudencia Anotada p. 117

Notas sobre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas durante los años 2009 y 2010 por PABLO A. GONZÁLEZ, ROSARIO MUÑOZ, PAULA PRADOS y JUAN P. VISMARAp. 119

La obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Las dos sentencias en la causa “Derecho, René Jesús” por GERMÁN FELDMANp. 161

Ejecución de la pena. CSJN, “Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792”, 14 de febrero de 2012 por GIULIANA MUCCI p. 169

Interrupción del embarazo. CSJN, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012 por CAROLINA CASANOVAS.....p. 175

Derecho a la igualdad y no discriminación. Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239 por JUAN PAZOS y RODRIGO TRISTÁN ROBLES.....p. 181

Desaparición forzada de personas, Corte IDH, “Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de febrero de 2012, Serie C N° 240 por LUCÍA PENSO y AGUSTÍN MOGNI.....p. 191

ÍNDICE GENERAL

Extradición, prohibiciones probatorias y garantías judiciales. TEDH, “Othman Qatada vs. Reino Unido”, 17 de enero de 2012 por MARINA CHERTCOFF p. 199

Derechos de las personas con discapacidad mental. TEDH, “Stanev vs. Bulgaria”, 17 de enero de 2012 por PAULA PRADOS p. 207

Derechos de los migrantes y prohibición de devolución. TEDH, “Hirsi Jaama vs. Italia”, 23 de febrero de 2012 por ROSARIO MUÑOZ p. 213

Margen de apreciación de los Estados para expulsar extranjeros. TEDH, “Emre vs. Suiza (N° 2)”, 11 de octubre de 2011 por MARISOL DORREGO p. 219

Libertad religiosa y debido proceso legal. TEDH, “Francesco Sessa vs. Italia”, 3 de abril de 2012 por GERMÁN FELDMAN p. 225

Libertad de expresión. TEDH, “Aksu vs. Turquía”, 15 de marzo de 2012 y “Vejdeland y otros vs. Suecia”, 9 de febrero de 2012 por PABLO A. GONZÁLEZ p. 231

Derecho al voto de las personas que viven en el extranjero. TEDH, “Sitaropoulos y Giakoumopoulos vs. Grecia”, 15 de marzo de 2012 por JUAN P. VISMARA p. 241

Igualdad de género y licencia por paternidad. TEDH, “Konstantin Markin vs. Rusia”, 22 de marzo 2012 por SEBASTIÁN A. REY p. 249

Entrevista **p. 253**

Estela Barnes de Carlotto p. 254

Reseñas bibliográficas **p. 259**

Aborto y justicia reproductiva por LOURDES BASCARY p. 261

Crímenes de lesa humanidad en la Argentina. De la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio por MARÍA ALICIA LANDABURU p. 267

Novedades **p. 273**



Doctrina

De las violaciones masivas a los patrones estructurales

Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos⁽¹⁾

por VÍCTOR ABRAMOVICH⁽²⁾

I | Introducción

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha incidido en la última década en el proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos en varios países de América Latina. En ese período más países han aceptado la competencia de la Corte Interamericana (como México y Brasil) y le han dado a la Convención Americana rango constitucional o superior a las leyes en sus sistemas jurídicos. Los abogados, los jueces, los operadores jurídicos, los funcionarios y los activistas sociales han aprendi-

(1) Este artículo fue publicado en la Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú, *Derecho PCP*, n° 63, Lima, 2009, pp. 95/138.

(2) Abogado (UBA). LL.M. (American University, Washington College of Law). Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Director del Centro de Derechos Humanos (UNLA). Ex Comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA. Profesor Titular de Derechos Humanos (UNLA). Profesor Adjunto de Derechos Humanos y Garantías (UBA).

do mucho más sobre la lógica de funcionamiento del SIDH y han comenzado a utilizarlo, ya no de manera extraordinaria o selectiva. También han comenzado a citar sus decisiones y argumentar con sus precedentes en las cortes locales y en los debates sobre políticas públicas. Esto llevó a que la jurisprudencia del SIDH se comenzara a aplicar gradualmente en las decisiones de los tribunales constitucionales y las cortes supremas nacionales, y en los últimos tiempos, aun de manera más débil, en la formulación de algunas políticas estatales. Este proceso de incorporación en el ámbito nacional del derecho internacional de los derechos humanos produjo importantes cambios institucionales.

Como ejemplo, basta señalar que los estándares jurídicos desarrollados por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana (CIDH o Comisión) y de la Corte Interamericana (CIDH o Corte) sobre invalidez de las leyes de amnistía de graves violaciones de derechos humanos, le dieron sostén legal a la apertura de los procesos judiciales contra los responsables de crímenes de lesa humanidad, en Perú y Argentina. Esos estándares fijados en el caso “Barrios Altos contra Perú”, han sido definitivos para invalidar la ley de autoamnistía del régimen de Fujimori, y sostener el juzgamiento de los crímenes cometidos durante su gobierno,⁽³⁾ pero la decisión del caso ha tenido un efecto cascada e incidido en la argumentación legal de los tribunales argentinos al invalidar las leyes de obediencia debida y punto final.⁽⁴⁾ La jurisprudencia interamericana, también está presente, aunque de manera más tímida, en decisiones recientes de los tribunales superiores de Chile.⁽⁵⁾ Resulta además relevante en los debates sobre reducción de penas en el marco del proceso de paz con los grupos paramilitares en Colombia, así como en el tratamiento político y judicial de los temas pendientes de justicia transicional en Guatemala, el Salvador, Honduras y Uruguay. Recientemente se han presentado ante la CIDH casos sobre crí-

(3) Ver, entre otros casos de aplicación doméstica de la sentencia de Barrios Altos contra Perú, el caso “Santiago Martín Rivas”, Tribunal Constitucional de Perú, 29 de noviembre de 2005.

(4) “Simón, Julio Héctor y otros”, Corte Suprema de Argentina, 14 de junio de 2005.

(5) La CIDH invalidó la autoamnistía chilena en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, CIDH, 26 de septiembre de 2006. Sin citar este precedente, pueden encontrarse argumentos de derecho internacional humanitario y de derechos humanos internacional en los fundamentos de las decisiones de la Corte Suprema chilena que invalidaron constitucionalmente esa norma. Ver “Hechos acaecidos en el regimiento Cerro Chena”, Segunda Sala de la Corte Suprema de Chile, 13 de marzo de 2007.

menes de lesa humanidad cometidos en el período de la “guerra fría” en Brasil,⁽⁶⁾ Bolivia⁽⁷⁾ y México, lo que ha incidido en las discusiones políticas y judiciales locales.⁽⁸⁾

Este proceso, sin embargo, no es lineal. Enfrenta problemas y obstáculos y ha sufrido también algunos retrocesos. El SIDH, por lo demás, se encuentra en un período de fuertes debates, que procuran definir sus prioridades temáticas y su lógica de intervención, en un nuevo escenario político regional de democracias deficitarias y excluyentes, diferente del escenario político que lo vio nacer y dar sus primeros pasos, en el marco de los procesos dictatoriales en Sudamérica en los años 70 y los conflictos armados centroamericanos de los 80.

Este artículo procura presentar un panorama general de algunas discusiones estratégicas que tienen lugar tanto al interior de los órganos interamericanos, como de la comunidad de derechos humanos, acerca del rol del SIDH en el escenario político regional.

En primer lugar, procuraremos identificar el rol jugado por los órganos del SIDH en tres momentos históricos diferenciados, planteando en cada etapa las prioridades temáticas y las estrategias principales de intervención. Así, describiremos el rol del SIDH en la actualidad, su carácter subsidiario de los sistemas democráticos, su uso estratégico por la sociedad civil local e internacional, y por los gobiernos y otras instancias estatales.

En la segunda parte del artículo describiremos la ampliación de la agenda del SIDH en temas sociales e institucionales, y presentaremos los desarrollos recientes sobre igualdad estructural y reconocimiento de derechos diferenciados a favor de grupos subordinados. En esta segunda parte llamaremos la atención sobre el enfoque de ciertos conflictos de derechos humanos en la región, como evidencia de patrones sistemáticos de racismo, violencia y exclusión, y relacionaremos esta mirada estructural con la

.....
(6) Ver Demanda de la CIDH ante la CIDH, “Julio Gomez Lund y otros (Guerrilla do Araguaia)”, caso 11.552, contra República Federativa de Brasil, del 26 de marzo de 2009.

(7) Ver Demanda de la CIDH ante la CIDH, “Renato Ticona Estrada y otros”, caso 12.527, contra República de Bolivia, del 08 de agosto de 2007.

(8) Ver Demanda de la CIDH ante la CIDH, “Rosendo Radilla Pacheco, caso 12.511, contra los Estados Unidos Mexicanos, del 15 de marzo de 2008.

puesta en contexto de los casos individuales en el marco de prácticas de violaciones masivas durante las dictaduras. También haremos una presentación sumaria de ciertas objeciones que plantean algunos gobiernos a la ampliación de la agenda, y analizaremos brevemente esas críticas y sus consecuencias en la actuación del SIDH.

Por último, en la tercera parte del artículo, presentaremos sumariamente y con la ayuda de información estadística producida por la CIDH, una agenda preliminar de discusión sobre algunos desafíos del SIDH, en especial la tensión entre sus funciones judiciales y de supervisión, la revisión de sus mecanismos de remedios, sus procedimientos de implementación de decisiones, sus reglas procesales para el litigio de casos colectivos, así como y la relación compleja de articulación y conflicto con los sistemas de justicia nacionales.

2 | Cambio de roles en nuevos escenarios políticos

Es indudable que el rol de los órganos del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte, ha variado a la luz del cambio de los escenarios políticos en el continente americano.

En sus inicios el SIDH debió enfrentar violaciones masivas y sistemáticas cometidas bajo sistemas de terrorismo de Estado, o en el marco de violentos conflictos armados internos. Su rol fue, en síntesis, el de un último recurso de justicia para las víctimas de esas violaciones, que no podían acudir a sistemas de justicia interno devastados o manipulados. En esos tiempos iniciales de asfixia política al interior de los Estados nacionales, los Informes sobre países de la Comisión sirvieron para documentar situaciones con rigor técnico, para legitimar las denuncias de las víctimas y sus organizaciones, y para exponer y desgastar la imagen de los dictadores en la esfera local e internacional.

Luego, durante las transiciones post-dictatoriales de la década del 80 y principios de la década del 90, el SIDH tuvo ya un sentido más amplio, pues procuró acompañar los procesos políticos dirigidos al tratamiento del pasado autoritario y sus secuelas en las instituciones democráticas. En

este período, el SIDH comenzó a delinear los principios medulares acerca del derecho a la justicia, a la verdad y a la reparación ante graves violaciones, masivas y sistemáticas, de derechos humanos. Fijó los límites de las leyes de amnistía. Sentó las bases para la protección estricta de la libertad de expresión y la prohibición de la censura previa. Invalidó los tribunales militares para juzgar civiles y casos de derechos humanos, limitando un espacio de acción de las fuerzas militares que eran todavía actores de veto en las transiciones y procuraban impunidad por los crímenes del pasado. Protegió el *habeas corpus*, las garantías procesales y el orden constitucional democrático y la división de poderes estatales, ante la posibilidad —todavía latente en la época— de regresiones autoritarias y de abusos de los estados de excepción.⁽⁹⁾ Interpretó el alcance de las limitaciones que impone la Convención a la aplicación de la pena de muerte, invalidando la pena de muerte a menores de edad y enfermos mentales, la aplicación de pena de muerte como sanción única frente a un crimen, y fijando estándares estrictos de debido proceso, como garantía para limitar la arbitrariedad de los tribunales en la aplicación de la pena capital. Abordó, además, temas sociales que expresaban rezagos discriminatorios en la región, afirmando, por ejemplo, la igualdad ante la ley de las mujeres en sus derechos familiares y matrimoniales, y los derechos hereditarios de los hijos nacidos fuera del matrimonio —que los códigos civiles americanos consideraban todavía como “ilegítimos”—.

Durante la década del 90, además, enfrentó con firmeza regímenes de terrorismo de Estado, como el régimen peruano de Alberto Fujimori, documentando y denunciando, como lo había hecho en Sudamérica en los 70, prácticas sistemáticas de desapariciones y torturas y la impunidad que apañaba esos crímenes de Estado. También fue un actor relevante en el seguimiento de las graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario cometidas en el marco del conflicto armado interno en Colombia.

(9) Ver, al respecto CIDH, Opinión Consultiva Nro. 8/87, “El Habeas corpus bajo suspensión de garantías”, del 30 de enero de 2007, y Opinión Consultiva 9/87, “Garantías judiciales en estados de emergencia”, del 6 de octubre de 1987. También la Opinión Consultiva Nro. 6/86, “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana”, del 9 de mayo de 1986. En estas opiniones la CIDH desarrolla una doctrina básica sobre la relación entre derechos humanos, garantías procesales, estado de derecho y sistemas democráticos, con órganos de representación de la voluntad popular.

El actual escenario regional es, sin duda, más complejo. Muchos países de la región dejaron atrás sus experiencias transicionales, pero no lograron consolidar sus sistemas democráticos. Se trata de un escenario de democracias representativas, que han dado algunos pasos importantes, por ejemplo, en la mejora de los sistemas electorales, el respeto a la libertad de prensa, el abandono de las prácticas de violencia política; pero que presentan serias deficiencias institucionales, tales como sistemas de justicia inefectivos y sistemas policiales y penitenciarios violentos. Democracias que además conviven con niveles alarmantes de desigualdad y exclusión que provocan, a su vez, un clima de constante inestabilidad política.

En este nuevo escenario, los órganos del SIDH han procurado no sólo reparar a las víctimas en casos particulares, sino también fijar un cuerpo de principios y estándares, con el propósito de incidir en la calidad de los procesos democráticos y en el fortalecimiento de los principales mecanismos domésticos de protección de derechos. El desafío del SIDH en esta etapa es mejorar las condiciones estructurales que garantizan la efectividad de los derechos en el nivel nacional. Este enfoque tiene como presupuesto el carácter subsidiario de los mecanismos de protección internacional frente a las garantías de esos derechos en los propios Estados. De tal modo que reconoce los límites claros de la supervisión internacional y, al mismo tiempo, resguarda el necesario margen de autonomía de los procesos políticos nacionales, para alcanzar mejores niveles de realización y vigencia de los derechos humanos.

En la etapa de las transiciones, como dijimos, el SIDH contribuyó a algunos debates institucionales como la subordinación de las fuerzas armadas al control civil y su intervención en asuntos de seguridad interna, y al alcance de los fueros y las competencias de la justicia penal militar. Estos asuntos tenían una vinculación directa con el tratamiento de las violaciones del pasado pues implicaban definir el poder de veto o de presión de los militares en las transiciones. En la etapa posterior a las transiciones, la agenda institucional se amplía considerablemente por el tipo de asuntos que llegan a conocimiento del SIDH.

Un lugar central en la nueva agenda del SIDH lo ocupan los temas relativos al funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, que tienen impacto o relación con el ejercicio de derechos humanos. No sólo las garantías procesales de los imputados en procesos criminales, sino

también el derecho de ciertas víctimas que no logran un acceso igualitario a la justicia y sufren patrones estructurales de impunidad frente a determinados crímenes estatales, como la violencia de las agencias policiales y penitenciarias. Las estrategias de lucha contra el crimen organizado y el terrorismo internacional han recuperado algunas discusiones de la agenda transicional relativas a la administración de justicia, como el debate sobre la competencia del fuero militar. En ese sentido ha cobrado centralidad el seguimiento de las políticas de seguridad ciudadana. También las garantías de independencia e imparcialidad de los tribunales y diferentes cuestiones relacionadas con la amplia protección convencional del debido proceso y el derecho a la protección judicial, incluso en relación con la tutela judicial de derechos sociales.

Otra línea de problemas institucionales examinados por el SIDH en la etapa post transiciones, es la constituida por aquellos temas vinculados con la preservación de la esfera pública democrática en los países de la región. Desde temas relacionados con libertad de expresión, hasta libertad de prensa, acceso a la información pública, derecho de reunión y asociación, hasta libertad de manifestar y, de manera incipiente, algunos temas relativos a igualdad y debido proceso judicial en materia electoral.

Por lo demás, un aspecto prioritario de la agenda del SIDH en esta etapa lo ocupan nuevas demandas de igualdad de grupos y colectivos, que se proyectan sobre muchos de los asuntos institucionales que antes mencionamos, pues abarcan situaciones de sectores excluidos que ven afectados sus derechos de participación y expresión, sufren patrones de violencia institucional o social, u obstáculos en el acceso a la esfera pública, al sistema político, o a la protección social o judicial. Volveremos específicamente sobre esta cuestión en el punto 4 y 5.

Además de la ampliación de la agenda, también se observa en esta tercera etapa un cambio en la formas de intervención del SIDH, y en el efecto que tienen sus decisiones en la esfera local.

La jurisprudencia del SIDH ha tenido un considerable impacto en la jurisprudencia de los tribunales nacionales que aplican las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Es importante considerar que las decisiones adoptadas por los órganos del sistema en un caso particular tienen un valor heurístico, de interpretación de los tratados aplicables al

conflicto, que trasciende a las víctimas afectadas en ese proceso. Esa jurisprudencia internacional suele ser utilizada además como guía para las decisiones que adoptan luego a nivel doméstico los tribunales nacionales, que procuran así evitar que los Estados puedan ser expuestos a peticiones y eventuales condenas ante las instancias internacionales. Este proceso de globalización de estándares de derechos humanos, si bien no ha alcanzado igual grado de desarrollo en toda la región y está sujeto en ocasiones a la precariedad de los sistemas de justicia, ha tenido una indudable incidencia positiva en la transformación de esos mismos sistemas judiciales, y ha generado una mayor atención en las autoridades estatales a los desarrollos del SIDH. Así la jurisprudencia fijada por la Comisión y en especial por la Corte, ha incidido en diversos cambios jurisprudenciales en los países del área, en temas relacionados con la débil y deficitaria institucionalidad de las democracias latinoamericanas. Podemos mencionar, por ejemplo, la jurisprudencia sobre la despenalización del desacato y de la críticas emitidas por la prensa; el acceso a la información pública; los límites en la persecución penal de manifestaciones públicas pacíficas; la fijación de límites y condiciones objetivas para el uso de la prisión preventiva, de las facultades de detención de las policías, y para el uso de la fuerza pública; la determinación de pautas para un sistema penal diferenciado para los menores de edad; el derecho a apelar ante un tribunal superior las condenas penales; la participación de las víctimas de crímenes de estado en los procesos judiciales. También el reconocimiento de mínimos de debido proceso en la esfera administrativa y la revisión judicial de actos administrativos, y de garantías básicas en los procesos de remoción de magistrados, entre otros asuntos de gran relevancia para el funcionamiento de las instituciones y el orden constitucional en los Estados.⁽¹⁰⁾

Ahora bien, la incidencia del SIDH no se limita al impacto de su jurisprudencia sobre la jurisprudencia de los tribunales locales. Otra vía importante para el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en los Estados surge de la capacidad del SIDH de influir en la orientación general de algunas políticas públicas y en los procesos de formulación, implementación, evaluación y fiscalización de las mismas. Así, es común observar que

(10) MENDEZ, JUAN E. y MARIEZCURRENA, JAVIER, "Human Rights in Latin America and The Caribbean: A Regional Perspective", documento enviado para Human Development Report 2000, "Human Rights and Human Development", 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*, Buenos Aires, CELS y Editores del Puerto, 2007.

las decisiones individuales adoptadas en un caso, suelen imponer a los Estados obligaciones de formular políticas para reparar la situación que da origen a la petición, e incluso establecen el deber de abordar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto analizado en ese caso.

La imposición de estas obligaciones positivas es precedida, por lo general, del examen bajo —estándares jurídicos— de las políticas implementadas, o de la falta de acción (omisión) del Estado. Esas obligaciones pueden consistir en cambios de políticas existentes, en reformas legales, en la implementación de procesos participativos para formular nuevas políticas públicas, y, muchas veces, en la reversión de ciertos patrones de comportamiento que caracterizan el accionar de ciertas instituciones del Estado y que promueven violaciones, por ejemplo, la violencia policial, el abuso y tortura en las prisiones, la aquiescencia del Estado frente a situaciones de violencia doméstica, las políticas de desplazamientos forzoso de población en el marco de conflictos armados, los desalojos masivos de poblaciones indígenas de sus tierras ancestrales.

Además, en el marco de los casos individuales el SIDH, en especial la Comisión promueve procesos de solución amistosa o negociaciones entre los peticionarios y los Estados, en los cuales los Estados muchas veces se comprometen a implementar esas reformas institucionales o crean mecanismos de consulta con la sociedad civil para la definición de políticas. Así, por ejemplo, en el marco de diversos procesos de solución amistosa se ha conseguido que algunos Estados modifiquen sus leyes: que, por ejemplo, deroguen la figura del desacato que permitía la penalización de la crítica política; creen procedimientos para averiguar la verdad sobre el paradero de personas desaparecidas; implementen programas masivos de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos o programas de reparación colectiva de comunidades afectadas por la violencia; implementen programas públicos de protección de víctimas, testigos y defensores de derechos humanos; revisen procesos penales en los que se había dictado condenas sin debido proceso o revelan el cierre de causas penales en las que se había absuelto de manera fraudulenta a agentes del Estado acusados de violar derechos humanos; adecuen normas del Código Civil que discriminaban a hijos nacidos fuera del matrimonio, o normas del código civil que discriminaban a las mujeres en sus derechos en el matrimonio, implementen leyes de cupos para las mujeres en los procesos electorales, o leyes sobre violencia contra las mujeres, o protocolos para la

realización de abortos no punibles; deroguen leyes migratorias que afectaban derechos civiles de los inmigrantes.

La CIDH realiza, además, recomendaciones sobre políticas públicas en sus informes generales por países. En ellos, analiza situaciones concretas de violaciones y realiza recomendaciones que orientan políticas estatales sobre la base de estándares jurídicos.⁽¹¹⁾

También puede la Comisión emitir informes temáticos que abarcan temas de interés regional o que conciernen a varios Estados. Este tipo de informes tiene un enorme potencial para fijar estándares y principios y relevar situaciones colectivas o problemas estructurales que pueden no estar debidamente reflejados en la agenda de los casos individuales. Tienen, además, una perspectiva promocional más clara que los informes por país, que suelen ser vistos como mecanismos de exposición de los Estados ante la comunidad internacional y sus audiencias locales. A su vez, el proceso de elaboración de los informes temáticos permite a la Comisión dialogar con actores sociales locales e internacionales relevantes para esa temática, recabar la opinión de expertos, de agencias de cooperación e Instituciones Financieras Internacionales, de los órganos políticos y técnicos de la OEA, e iniciar vínculos con los funcionarios encargados de generar en definitiva políticas en los campos analizados.⁽¹²⁾

(11) Ver, como ejemplo de informe sobre la situación de derechos humanos en un país que recoge la agenda de exclusión social y la perspectiva de incidencia en políticas públicas: *"Justicia e Inclusión Social. Los Desafíos de la democracia en Guatemala"*, CIDH, 29 de diciembre de 2003. También: *"Acceso a la Justicia e Inclusión Social. El Camino hacia el Fortalecimiento de la Democracia en Bolivia"*, CIDH, 28 de junio de 2007.

(12) Sobre el valor de los informes temáticos como herramientas de incidencia de la CIDH en el contexto de democracias deficientes en la región, ver el preciso análisis de FARER, TOM, "The Future of the Inter-American Comisión on Human Rights: Promotion versus Exposure", en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, pp. 515/536. Como ejemplo de este tipo de informes temáticos, ver CIDH, "Informe sobre la Situación de los Defensoras y Defensores de Derechos Humanos en las Américas", 7 de marzo de 2006. Como modelos de informes temáticos pero aplicados a un contexto nacional, ver CIDH, "Las Mujeres frente a la Violencia y la Discriminación derivadas del Conflicto Armado en Colombia", 18 de octubre de 2006; CIDH, "Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: La Igualdad en la Familia, el Trabajo y la Política", 27 de marzo de 2009; CIDH, "El Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití", 10 de marzo de 2009.

Por último la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) puede emitir Opiniones Consultivas, que sirven para examinar problemas concretos más allá de los casos contenciosos, y fijar el alcance de las obligaciones estatales que emanan de la Convención y de otros tratados de derechos humanos aplicables en el ámbito regional, tales como la situación jurídica de los trabajadores migrantes, y los derechos humanos de niños y adolescentes. En estas Opiniones consultivas, en ocasiones, la Corte ha intentado fijar marcos jurídicos para el desarrollo de políticas. Así por ejemplo, en la Opinión consultiva 18 procura definir una serie de principios que deben orientar las políticas migratorias de los Estados, y en especial el reconocimiento de ciertos derechos sociales básicos a los inmigrantes en situación irregular. En la Opinión consultiva 17 procura orientar las políticas dirigidas a la infancia imponiendo límites a las políticas criminales dirigidas a los niños.

3 | El SIDH como escenario del activismo transnacional y de la acción política de los gobiernos

Al mismo tiempo, el SIDH, tanto la Comisión como la Corte, se ha convertido gradualmente en un escenario privilegiado de activismo de la sociedad civil, que ha desplegado estrategias innovadoras para aprovechar en el ámbito nacional la repercusión internacional de los casos y situaciones denunciadas en las denominadas estrategias de bumerán.⁽¹³⁾

Las organizaciones sociales se han valido de este escenario internacional no sólo para denunciar violaciones y hacer visibles ciertas prácticas estatales cuestionadas, sino también para alcanzar posiciones privilegiadas de diálogo con los gobiernos o con aliados al interior de éstos, y para

(13) NELSON, PAUL y DORSEY, ELLEN: "New Rights Advocacy in a Global Public Domain", *European Journal of International Relations*, junio del 2006; RISSE, THOMAS y SIKKINK, KATHRYN, "The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction", en Risse, T., Ropp, S.C. y Sikkink, K., *The Power of Human Rights. International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge Studies in International Relations, Cambridge University Press, UK, 1999, pp. 1/39; SIKKINK, KATHRYN, "La dimensión Transnacional de los Movimientos Sociales", en Elizabeth Jelin, (comp.), "Más allá de la Nación: Las Escalas Múltiples de los Movimientos Sociales", Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2003, pp. 301/335.

revertir las relaciones de fuerza, y alterar la dinámica de algunos procesos políticos. Ello, en ocasiones, ha facilitando la apertura de espacios de participación e incidencia social en la formulación e implementación de políticas, y en el desarrollo de reformas institucionales. También han sido estas organizaciones sociales las que han incorporado con mayor frecuencia los estándares jurídicos fijados por el SIDH como parámetro para evaluar y fiscalizar acciones y políticas de los Estados y, en ocasiones, para impugnarlas ante los tribunales nacionales o ante la opinión pública local e internacional.

En los países de América Latina, muchas organizaciones de derechos humanos y otras organizaciones sociales que actúan con una perspectiva de derechos, —como organizaciones feministas, de control ciudadano, ambientales, y defensoras de usuarios y consumidores, entre otras— además de fiscalizar las acciones estatales, han incorporado nuevas estrategias de diálogo y negociación con los gobiernos, a fin de incidir en la orientación de sus políticas y lograr transformaciones en el funcionamiento de las instituciones públicas. El cambio de perspectiva apunta a incorporar al trabajo tradicional de denuncia de violaciones, una acción preventiva y de promoción capaz de evitarlas.

De tal modo, la comunidad de usuarios del SIDH ha crecido considerablemente en número y se ha vuelto más variada, plural y compleja. El SIDH ha comenzado a ser utilizado de manera mucho más frecuente por las organizaciones sociales locales, y ya no sólo por las clásicas organizaciones internacionales que contribuyeron a darle forma en los primeros tiempos, o por aquellas que se han especializado en sus mecanismos. Algunos de los casos más exitosos en términos de cambios sociales, han sido promovidos y sostenidos por coaliciones o alianzas de “escala múltiple”, esto es con capacidad de actuar en diferentes esferas locales e internacionales. Por lo general se trata de coaliciones formadas por organizaciones internacionales o regionales con experiencia en el uso del SIDH, y organizaciones locales con capacidad de movilización social, diálogo e incidencia en los Gobiernos y en la opinión pública. Este tipo de alianzas ha permitido mejorar la articulación de las estrategias desplegadas en el escenario internacional, con las empleadas en el terreno local.

Al mismo tiempo muchas organizaciones locales han adquirido gradualmente experiencia suficiente para actuar de manera independiente en el

SIDH y, en ocasiones, han impulsado alianzas entre sus pares de otros países del área para impulsar en el SIDH temas regionales de interés común, como la brutalidad policial, el acceso a la información pública o la violencia contra las mujeres.⁽¹⁴⁾ Así, por ejemplo, una red de organizaciones especializadas en temas de violencia policial y sistema penal han promovido que la Comisión se involucre en la preparación de un informe temático sobre seguridad ciudadana y derechos humanos, fijando estándares claros para orientar políticas de seguridad democráticas en toda la región. También ha sido resultado de la incidencia de redes de organizaciones sociales el reciente informe sobre la situación de los defensores de derechos humanos elaborado por la Comisión y el proceso de seguimiento de sus recomendaciones en los Estados. Asimismo, una red de organizaciones no gubernamentales y medios de prensa comunitarios promueve la adopción por la CIDH de una serie de principios mínimos para la regulación de la radiodifusión.

Además de las organizaciones con perfil jurídico, que suelen representar a víctimas o a grupos de víctimas, determinadas acciones ante el SIDH involucran con frecuencia organizaciones de base o comunitarias que integran también redes o alianzas con aquéllas, para impulsar casos, audiencias temáticas o promover informes de la CIDH. En tal sentido, el trabajo de las Relatorías de la CIDH sobre derechos de los pueblos indígenas y sobre discriminación racial, ha ampliado considerablemente la utilización del SIDH por líderes de pueblos indígenas y de comunidades afroamericanas. También ha aumentado la participación de sindicatos en alianza con organizaciones de derechos humanos, planteando temas relativos a libertad sindical, y justicia laboral y previsional.

En los países donde el SIDH es más conocido, como en Argentina y Perú, abogados particulares han incorporado este escenario internacional como una nueva instancia en el litigio de variados temas; por ejemplo, asuntos previsionales relativos a la demora de los procesos y la aplicación de leyes de emergencia, o las garantías de los imputados en procesos criminales.

(14) Ver, MAC DOWELL SANTOS, CECILIA, "El Activismo legal Transnacional y el Estado: Reflexiones sobre los casos contra Brasil en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista Sur*, n° 7, Año 4, 2007.

Pero el SIDH también ha sido utilizado de manera activa por algunos Estados o por organismos públicos con competencia en derechos humanos, para iluminar ciertas cuestiones e impulsar agendas nacionales o regionales. Estos procesos se han favorecido con la paulatina conformación de una burocracia estatal especializada en el manejo de estos temas, que suele incidir en algunos aspectos de la gestión pública, tales como secretarías y comisiones de derechos humanos, direcciones especializadas en las Cancillerías, defensorías del pueblo, procuradurías de derechos humanos, defensorías públicas y fiscalías especializadas, entre otras. En ocasiones, cuando los Gobiernos tienen políticas claras en esta materia, un caso en el SIDH suele ser considerado por las áreas interesadas del mismo Gobierno, como una oportunidad de incidencia política, para superar resistencias en el propio Estado o en otros sectores sociales. Esto puede observarse con claridad en algunos procesos de solución amistosa que motivaron cambios en la legislación y en políticas nacionales.⁽¹⁵⁾ En ocasiones, los peticionarios son también agencias públicas independientes que litigan y, en ocasiones, negocian con la representación del gobierno. El ejemplo frecuente son las defensorías públicas penales que se han convertido en usuarios importante del SIDH.

Algunos Estados han utilizado, por ejemplo, las Opiniones Consultivas de la Corte para impulsar temas de derechos humanos que ocupan un espacio central en su política exterior, como la protección de sus nacionales que emigran a los países centrales. Fue precisamente México el que promovió los pronunciamientos del sistema sobre asistencia consular en procesos con pena capital y sobre derechos laborales de inmigrantes en situación irregular, logrando que Estados Unidos se presentara ante la Corte como *Amicus Curiae* a defender los postulados de sus propias políticas. Recientemente el gobierno argentino, de manera articulada con algunas organizaciones sociales, promovió una discusión sobre la legalidad de la práctica de nombramiento de jueces *ad hoc* por los Estados en los litigios ante la Corte, y la potencial afectación del principio de imparcialidad. En los últimos tres años se han presentado, además, dos demandas interestatales, por primera vez desde la entrada en vigencia de la Convención Americana.⁽¹⁶⁾

(15) Ver TISCORNIA, SOFIA, *Activismo de los Derechos Humanos y Burocracias Estatales. El caso Walter Bulacio*, Buenos Aires CELS y Editores del Puerto, 2008.

(16) Ver CIDH, Informe 11/2007, caso interestatal 01/06, "Nicaragua contra Costa Rica", del 8 de marzo de 2007. En junio de 2009, la Procuraduría de Ecuador presentó una petición contra

También ha crecido el número de funcionarios públicos, jueces, defensores, fiscales y operadores judiciales que han acudido a la CIDH y a la Corte IDH buscando protección cautelar urgente ante amenazas, intimidaciones o actos de violencia como represalia por el cumplimiento de sus funciones. Estas situaciones rompen el esquema clásico del SIDH como protector de víctimas frente a los abusos de los Estados autoritarios y monolíticos, y pone en evidencia que el escenario de acción del SIDH es más complejo en la actualidad, de cara a Estados democráticos que expresan ambigüedades, disputas y contradicciones en su interior.

4 | Una agenda ampliada. La exclusión y la degradación institucional

Este cambio gradual de rol del SIDH en el nuevo escenario político fue acompañado también por un cambio gradual de la agenda de temas tratados por el SIDH. Sin embargo, como vimos, algunos de los viejos temas no han sido superados ni desplazados, como los conflictos de la justicia transicional. La nueva agenda se produce por la incorporación de nuevos temas que conviven con los asuntos tradicionales.

En los últimos años se ha ido consolidando en el SIDH una agenda vinculada a los problemas derivados de la desigualdad y la exclusión social. Ello a partir de la constatación de que luego de procesos complicados de transición, las democracias latinoamericanas se encuentran seriamente amenazadas por el aumento sostenido de las brechas sociales y la exclusión de vastos sectores de la población de sus sistemas políticos y de los beneficios del desarrollo, lo que impone límites estructurales al ejercicio de derechos sociales, políticos, culturales y civiles.

Los problemas de desigualdad y exclusión se reflejan en la degradación de algunas prácticas institucionales y en el deficiente funcionamiento de los Estados democráticos, lo que produce nuevas formas de vulneración

.....

Colombia ante la secretaría ejecutiva de la CIDH alegando violaciones a la Convención Americana, por la muerte del Sr. Franklin Aisalia, como resultado del operativo militar colombiano de marzo de 2008 contra un campamento de las FARC ubicado la localidad ecuatoriana de Angostura.

de los derechos humanos, muchas veces emparentadas con las prácticas de los Estados autoritarios de décadas pasadas. No se trata de Estados que se organizan para violar sistemáticamente derechos, ni que planifican en sus esferas superiores acciones deliberadas para vulnerarlos masivamente, sino de Estados con autoridades electas legítimamente, que no son capaces de revertir e impedir prácticas arbitrarias de sus propios agentes, ni de asegurar mecanismos efectivos de responsabilidad por sus actos, como consecuencia del precario funcionamiento de sus sistemas judiciales.⁽¹⁷⁾ Bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión los sectores sociales son las víctimas principales de este déficit institucional, lo que se refleja en algunos conflictos que ocupan la atención del SIDH: la violencia policial marcada por el sesgo social o racial; el hacinamiento y la tortura en los sistemas carcelarios, cuyas víctimas habituales son los jóvenes de sectores populares; las prácticas generalizadas de violencia doméstica contra las mujeres, toleradas por las autoridades estatales; la privación de la tierra y de la participación política de los pueblos y comunidades indígenas; la discriminación de la población afrodescendiente en el acceso a la educación y a la justicia; el abuso de las burocracias contra los inmigrantes indocumentados; los desplazamientos masivos de población rural en contextos de violencia social o política.

De allí que uno de los principales aportes y, al mismo tiempo, de los principales desafíos del SIDH en relación a los problemas regionales originados en la exclusión y la degradación institucional, reside en la capacidad de guiar con estándares y principios la actuación de los Estados democráticos en las situaciones concretas, tanto la jurisprudencia de los tribunales —a fin de determinar el alcance de los derechos— como los procesos de formulación de políticas públicas, contribuyendo de ese modo al fortalecimiento de las garantías institucionales y sociales de esos derechos en los diferentes espacios nacionales.

Frente a este tipo de situaciones, la CIDH y la Corte IDH han procurado examinar no sólo casos o conflictos aislados, sino también los contextos sociales e institucionales en que esos casos y conflictos se desarrollan y adquieren sentido. Así como en el tiempo de las dictaduras y el terrorismo de Estado el SIDH había observado la situación de determinadas víctimas,

(17) PINHEIRO, PAULO S., "La efectividad de la ley y los desfavorecidos en América Latina", en Juan E. Méndez, Guillermo O' Donell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), *La (in)efectividad de la ley y la exclusión Social en América Latina*, Buenos Aires, Paidós, 2002, pp. 15/31.

la ejecución y la desaparición de determinadas personas, en función del contexto de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, en la actualidad, en numerosas situaciones, ha procurado abrir el foco para enmarcar hechos particulares en patrones estructurales de discriminación y violencia contra grupos o sectores sociales determinados. Para hacerlo, el SIDH se ha basado en una concepción del principio de igualdad que, sumariamente, intentaremos presentar en lo que sigue. La reinterpretación del principio de igualdad ha permitido al SIDH involucrarse en temáticas sociales a partir de una reinterpretación del alcance de los derechos civiles y políticos establecidos en la Convención Americana.

5 | Los derechos en un escenario de desigualdad estructural

Consideramos importante, para ilustrar el cambio de enfoque mencionado, seguir algunas intervenciones del SIDH en asuntos referidos a problemas de igualdad relacionados con diversas formas de violencia, o con asuntos relativos a la participación política y el acceso a la justicia. Estos precedentes marcan una línea jurisprudencial que tiende a una lectura en clave social de numerosos derechos civiles de la Convención Americana, y afirma la existencia de deberes de acción positiva y no sólo de obligaciones negativas de los Estados. Esos deberes positivos suelen ser impuestos con mayor intensidad, como resultado del reconocimiento de que ciertos sectores sociales viven en condiciones estructurales de desventaja en el acceso o ejercicio de sus derechos básicos.

Si observamos la evolución de la jurisprudencia sobre igualdad en el sistema interamericano, concluiremos que el SIDH demanda a los Estados un rol más activo y menos neutral, como garantes no sólo del reconocimiento de los derechos, sino también de la posibilidad real de ejercerlos. En ese sentido, la perspectiva histórica sobre la jurisprudencia del SIDH marca una evolución desde un concepto de igualdad formal, elaborado en la etapa de la transición, hacia un concepto de igualdad sustantivo que se comienza a consolidar en la etapa actual del fin de las transiciones a la democracia, cuando la temática de la discriminación estructural se presenta con más fuerza en el tipo de casos y asuntos considerados por el SIDH. Así, se avanza desde una idea de igualdad como no discriminación, a una

idea de igualdad como protección de grupos subordinados. Eso significa que se evoluciona desde una noción clásica de igualdad, que apunta a la eliminación de privilegios o de diferencias irrazonables o arbitrarias, que busca generar reglas iguales para todos, y demanda del Estado una suerte de neutralidad o “ceguera” frente a la diferencia. Y se desplaza hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación. Esta última noción presupone un Estado que abandone su neutralidad y que cuente con herramientas de diagnóstico de la situación social para saber qué grupos o sectores deben recibir en un momento histórico determinado medidas urgentes y especiales de protección.

En un informe reciente de la CIDH se sistematizan algunas decisiones jurisprudenciales del sistema que marcan esta evolución en el concepto de igualdad en relación con los derechos de las mujeres.⁽¹⁸⁾

Hay algunas consecuencias muy claras a partir de la adopción de una idea de igualdad estructural en el sistema interamericano. La primera es que las acciones de índole afirmativa que adopta el Estado no pueden ser en principio invalidadas bajo una noción de igualdad formal. En todo caso, la impugnación de acciones afirmativas deberá basarse en críticas concretas de su razonabilidad en función de la situación de los grupos beneficiados en un momento histórico determinado. La segunda consecuencia es que los Estados no sólo tienen el deber de no discriminar sino que, ante ciertas situaciones de desigualdad de índole estructural, tienen la obligación de adoptar acciones afirmativas o positivas de equilibrio para asegurar el ejercicio de los derechos por ciertos grupos subordinados. Una tercera consecuencia es que también pueden violar el principio de igualdad, prácticas o políticas que son en apariencia neutrales, pero que pueden tener un impacto o un efecto discriminatorio sobre ciertos grupos desaventajados. Esto ha sido ya señalado por la Corte, en el caso de “Jean y Bosico contra República Dominicana”. Una serie de prácticas que, en apariencia, pueden ser neutrales o pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido, y por ello pueden considerarse violatorias de

(18) CIDH, “El Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, 20 de enero de 2007, pp. 33/51.

la regla de igualdad. Estas consecuencias parten de una lectura en clave social del principio de igualdad, ya que implican reconocer cómo ciertas acciones del Estado pueden impactar no en una persona individual, sino en un grupo o en un sector subordinado de la población. Equivale a cambiar el lente y abrir el prisma. Observar el contexto social y las trayectorias sociales de ciertas personas como parte de un grupo o colectivo sojuzgado o discriminado. De allí que no sólo van a ser violatorias del principio de igualdad aquellas normas, prácticas o políticas que deliberadamente excluyan a determinado grupo, sin un argumento razonable o lógico, sino también las que pueden tener efectos o impactos discriminatorios.⁽¹⁹⁾

Al mismo tiempo, este concepto de igualdad se refleja en la forma en que el SIDH ha comenzado a releer las obligaciones de los Estados en materia de derechos civiles y políticos en ciertos contextos sociales.

Podemos señalar algunos antecedentes importantes sobre la extensión de los deberes de protección del Estado frente a la actuación de actores no estatales, por ejemplo en materia de violencia contra las mujeres. La CIDH fijó deberes especiales de protección estatal vinculados con el derecho a la vida y a la integridad física en función de una interpretación del principio de igualdad en línea con la que expusimos. En el caso de “María Da Penha Fernández contra Brasil”, la CIDH, frente a un patrón estructural de violencia doméstica que afectaba a las mujeres de la ciudad de Fortaleza en el Estado de Ceará, acompañada por una práctica general de impunidad judicial frente a este tipo de casos criminales, y la negligencia del gobierno local en implementar medidas efectivas de prevención, estableció que el Estado federal había violado el derecho a la integridad física de la víctima y el derecho a la igualdad ante la ley. También estableció que los Estados tienen un deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aún frente a la actuación de actores no estatales, con base no sólo en el art. 7 de la Convención de Belem do Para

(19) En tal sentido sostuvo la Corte en el caso Jean y Bosico: “La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. Además, los Estados deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles, en especial en los órganos públicos, y finalmente debe adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

sino también en la propia Convención Americana. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado. La CIDH valora fundamentalmente la existencia de un patrón o "pauta sistemática" en la respuesta Estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada no sólo en perjuicio de la víctima sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. El enfoque, como dijimos, va más allá de la situación particular de la víctima individual, pues se proyecta a la evaluación de la situación de discriminación y subordinación de un grupo social determinado. La situación estructural del grupo de mujeres afectadas por la violencia, califica los deberes de prevención del Estado y sus obligaciones reparatorias en el caso particular, pero además justifica el tipo de recomendaciones de alcance general que fija la CIDH al Estado y que incluyen, por ejemplo, cambios en las políticas públicas, en la legislación y en los procedimientos judiciales y administrativos.⁽²⁰⁾

La CIDH consideró especialmente el impacto diferenciado sobre ciertos grupos sociales de prácticas extendidas de violencia desarrolladas por agentes estatales o por actores no estatales con la connivencia o tolerancia del Estado. En este orden de ideas, la Comisión, por ejemplo impuso responsabilidad a Brasil por no haber adoptado medidas para prevenir desalojos forzosos violentos emprendidos por ejércitos privados de hacendados, que eran expresión de un patrón sistemático de violencia rural tolerado por las autoridades estatales, seguido de un patrón de impunidad en las investigaciones criminales de estos hechos. Para eso la CIDH tuvo especialmente en cuenta la situación de desigualdad estructural en que se encuentra un sector de la población rural en ciertos estados del norte brasileño, y los niveles de tolerancia y connivencia entre sectores poderosos de hacendados, las fuerzas policiales y la justicia estadual.⁽²¹⁾ En otro caso, la CIDH responsabilizó a Brasil por un patrón de violencia

(20) CIDH, Informe 54/01, "Maria Da Penha Maia Fernández contra Brasil", 16 de abril de 2001. Ver también la demanda de la CIDH ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de "Campo Algodonero": Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez (Casos 12.496, 12.497 y 12.498) contra los Estados Unidos Mexicanos, 4/11/ 2007.

(21) CIDH, Informe 25/09, "Sebastiao Camargo Filho", Brasil, del 19 de marzo de 2009.

policial dirigido a jóvenes negros en las favelas de Río de Janeiro, considerando que la ejecución extrajudicial de un joven de este grupo social, era un hecho representativo de ese patrón, el cual a su vez expresaba un sesgo racista en la actuación de la fuerza pública estadual, con la complicidad de la autoridad federal.⁽²²⁾ También la CIDH y la Corte IDH consideraron la situación de vulnerabilidad diferenciada frente a la violencia política de ciertos grupos en el marco del conflicto armado interno en Colombia, imponiendo al Estado deberes específicos de protección que implican restricciones en el uso de la propia fuerza estatal, y protección especial frente a otros actores no estatales, así como obligaciones especiales de reparación de alcance colectivo y políticas sociales diferenciadas y culturalmente pertinentes. Estas medidas de protección parten de la obligación de respetar y garantizar ciertos derechos culturales de grupos étnicos; por ejemplo, restricciones a determinadas actividades bélicas en resguardo de la integridad de territorios colectivos de pueblos indígenas y comunidades negras colombianas.⁽²³⁾

Entre los sectores mencionados por el SIDH como grupos discriminados o excluidos que requieren protección especial o tratamiento diferenciado, se encuentran los pueblos indígenas⁽²⁴⁾ o la población afrodescendiente⁽²⁵⁾ y

(22) CIDH, Informe 26/09, "Wallace de Almeida", Brasil, del 20 de marzo de 2009.

(23) Se puede consultar las medidas provisionales de la CIDH, en el caso del Pueblo indígena Kankuamo y de las comunidades afrocolombianas del Jiguamiandó y el Curbaradó, entre muchas otras. Asimismo, para ilustrar el tipo de situaciones colectivas mencionadas en el marco del conflicto armado colombiano, ver: CIDH, "Informe sobre la visita al terreno en relación con las medidas provisionales ordenadas a favor de los miembros de las comunidades constituidas por el Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, Municipio del Carmen del Darién, Departamento del Chocó, República de Colombia", noviembre de 2008.

(24) Sobre las obligaciones positivas de los Estados de garantizar el ejercicio de ciertos derechos civiles, políticos y sociales por los miembros de las comunidades indígenas, pueden verse los casos: "Masacre de Plan Sánchez vs. Guatemala", del 29 de abril de 20004; "Comunidad Moiwana vs. Suriname", del 15 de junio de 2005; y "Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay", del 17 de junio de 2005. Recientemente, este principio llevó a la Corte a reinterpretar las obligaciones del Estado en materia de derecho a la vida hasta incorporar el deber de garantizar ciertos mínimos vitales de salud, agua, y educación, vinculados con el derecho a la vida digna de una comunidad indígena expulsada de su territorio colectivo, en el caso de "Sawhoyamaya vs. Paraguay", 29 de marzo de 2006, y subsiguientes decisiones de supervisión de sentencia.

(25) Ver FRY, PETER, "Color e imperio de la ley en Brasil", en Juan E. Méndez, Guillermo O' Donell y Paulo Sergio Pinheiro (comps.), op. cit., pp. 191/212; ARIAS O., YAMADA, G. y TEJERINA,

las mujeres en relación al ejercicio de ciertos derechos, como la integridad física⁽²⁶⁾ y la participación política.⁽²⁷⁾ También se ha enfatizado la obligación de garantía de los Estados ante la existencia de grupos en situación de vulnerabilidad: como vimos, los niños que viven en la vía pública o en sistemas de internación, los enfermos mentales en reclusión, los inmigrantes indocumentados, la población campesina desplazada de sus territorio, o las personas pobres portadoras de HIV/SIDA, entre otros.

Esta apretada reseña indica que el SIDH no recoge sólo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio o bien, o el ejercicio de un derecho. Al mismo tiempo obliga a examinar, en un estudio de igualdad, la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación o desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados.⁽²⁸⁾

.....

L., "Ingresos y color en Brasil: una historia compleja", en M. Buvinic, J. Mazza, J. Pungiluppi y R. Deutsch, *Inclusión Social y desarrollo económicos en América Latina*, Washington, BID, 2004, pp. 215/236. Ver el caso Simona André Diniz contra Brasil, Informe 37/02 declarado admisible por la CIDH en el que se alega incumplimiento del deber estatal de protección frente a conductas discriminatorias de particulares, basadas en el color o la raza.

(26) Sobre la obligación de adoptar políticas y medidas positivas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, puede verse el Informe 54/01, "María Da Penha Maia Fernandez contra Brasil", 16 de abril de 2001.

(27) Ver CIDH Informe 103/01, "María Merciadri de Moroni", Argentina, 11 de octubre de 2001, sobre cupos en el sistema electoral argentino.

(28) Para un análisis de estas nociones de igualdad en la filosofía jurídica y en el derecho constitucional pueden verse, a modo de ejemplo, YOUNG, IRIS. M., "Vida Política y Diferencia de Grupo", en *Perspectivas Feministas en Teoría Política*, Madrid, Paidós, 1996, p. 120; FERRAJOLI, LUIGI, "Igualdad y diferencia", en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, pp. 73/96; GARCÍA AÑÓN, J. G., "Current Problems of Legal Dogmatics in European Regulation: The principle of Equality and the Policies of Affirmative Action", en M. van Hoecke y F. Ost (eds), M. Barrére Unzueta, *Discriminación, Derecho Antidiscriminatorio y Acción Positiva*

.....

El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos, en escenarios sociales de desigualdad. Es, además, una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales, tanto su formulación como sus efectos. La imposición de obligaciones positivas tiene consecuencias muy importantes respecto del rol político o promocional del SIDH, pues impone a los Estados el deber de formular políticas para prevenir y reparar violaciones de derechos humanos que afectan a ciertos grupos o sectores postergados.

Además, tiene consecuencias directas en el debate sobre disponibilidad de remedios judiciales pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir en los sistemas de justicia domésticos. En especial, cuando se exige comportamientos positivos para resolver conflictos de naturaleza colectiva.

También las obligaciones positivas entran en tensión con las capacidades estatales de los Estados americanos. El SIDH gradualmente ha ido sumando a los Estados cada vez más deberes de prevención de violaciones y de protección de derechos frente a la acción de actores no estatales en ciertas circunstancias determinadas. Esta ampliación del marco de obligaciones estatales pone en evidencia la brecha existente entre las expectativas puestas en los Estados por el SIDH y la realidad signada por la debilidad de las instituciones y la ineffectividad de las políticas. Para alcanzar los exigentes estándares del SIDH en materia de obligaciones positivas se requieren instituciones con capacidad de planificación y gestión de políticas y con recursos humanos y financieros adecuados. De allí que comience a marcarse con mayor nitidez una creciente brecha entre el discurso normativo y las capacidades reales de satisfacción de las obligaciones impuestas.

Las obligaciones positivas se han fijado también en el SIDH en relación con el ejercicio del derecho a la participación de los pueblos indígenas: entre otras cuestiones, la posibilidad de ejercer su derecho a la consulta previa, libre e informada, respecto a las políticas que pudieran afectar sus

.....
a favor de las mujeres, Madrid, Civitas, 1997; FISS, OWEN., "Grupos y la Cláusula de Igual protección", en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp.137/167; SABA, R. "(Des) igualdad estructural", en Jorge Amaya (ed.), *Visiones de la Constitución 1853-2004*, Buenos Aires, UCES, 2004, pp. 479/514.

territorios comunales, explotaciones económicas y recursos naturales, y a dialogar con las instancias del Estado y con otros actores sociales ha través de sus propias representaciones políticas.⁽²⁹⁾ En este tema se observa la directa vinculación entre el ejercicio de derechos culturales y sociales con derechos civiles y políticos, pues la base de la argumentación es el vínculo especial que tienen los pueblos indígenas con sus territorios y recursos, lo que pone en juego no sólo intereses económicos, sino la preservación de su identidad cultural, y la existencia misma de una cultura.⁽³⁰⁾ Estos derechos, fijados por instrumentos internacionales tales como el Convenio 169 de la OIT, también han recibido reconocimiento con base directa en la Convención Americana, a partir de una relectura en clave social del art. 21 que consagra el derecho de propiedad. En una serie de decisiones, la Corte Interamericana ha establecido la obligación de los Estados de disponer mecanismos adecuados para la participación, producción de información de impactos social y ambiental, y consulta dirigida a la búsqueda de consentimiento de los pueblos indígenas, en aquellas decisiones que pueden afectar el uso de sus recursos naturales o alterar sus territorios. En este sentido, se trata del reconocimiento de facultades de participación diferenciada en decisiones de políticas públicas del Estado nacional pero que, al mismo tiempo, definen más que un derecho procedimental, y alcanzan el reconocimiento de un "derecho especial del grupo" a preservar un ámbito de autogobierno o de autonomía en esas cuestiones.⁽³¹⁾ Si bien la jurisprudencia del SIDH ha establecido que se no se trata de un poder de veto a favor de los pueblos indígenas, es sin duda de uno de los campos más conflictivos dentro de los temas que aborda en la actualidad el SIDH, pues aquí se observa con mayor nitidez la tensión entre el reconocimiento de un derecho diferenciado a favor de un colectivo, y el interés

(29) Ver AYLWIN, JOSÉ, "Derechos Humanos y derechos indígenas en América del Sur: antecedentes, movimientos y desafíos", en *Temas de Derechos Humanos en Debate*, Santiago de Chile, IDL y Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, pp. 153/222.

(30) Sobre los derechos colectivos relativos a la preservación de la supervivencia de una cultura y la neutralidad del Estado liberal, puede ver el clásico ensayo de TAYLOR, CHARLES, *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*, México DF, Fondo de Cultura Económica 1992. También, ANAYA, JAMES. S., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Madrid, Trotta/ Universidad Internacional de Andalucía, 2005.

(31) Corte IDH, caso de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni", sentencia de 31 de agosto de 2001, y también los casos "Plan Sanchez; Moiwana y Yakie Axa", antes citados. Recientemente, CIDH, caso "Pueblo de Saramaka contra Suriname", sentencia del 28 de noviembre de 2007.

público involucrado en ciertas estrategias de desarrollo económico de los gobiernos nacionales.

En una decisión reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para garantizar que los pueblos y comunidades indígenas puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal de que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales, y participar de manera directa y proporcional a sus poblaciones en la dirección de los asuntos públicos, y —hacerlo desde sus propias instituciones políticas y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización—. La Corte, en la sentencia dictada en el caso *Yatama*,⁽³²⁾ consideró que la legislación nicaragüense sobre monopolio de partidos políticos, y las decisiones de los órganos electorales del Estado, habían limitado irrazonablemente la posibilidad de participación en un proceso electoral de una organización política representativa de las comunidades indígenas de la costa atlántica del país. En nuestra opinión, este caso también expresa la afirmación del principio de igualdad estructural, pues la Corte IDH obliga al Estado a flexibilizar la aplicación de las normas electorales de alcance general para adecuarlas a las formas de organización política que expresan la identidad cultural de un grupo. En definitiva, lo que la Corte reconoce es un “derecho especial o diferenciado a favor de un grupo”⁽³³⁾ que fija ciertas “protecciones externas” al grupo minoritario,

(32) Corte IDH, “Caso *Yatama* contra Nicaragua”, 23 de junio de 2005. En esta sentencia la Corte comienza a definir el alcance del derecho a la participación política consagrado en el art. 23 de la Convención Americana y considera que comprende, además de la participación en procesos electorales formales, la participación en otros mecanismos de discusión y fiscalización de políticas públicas. También se procura avanzar en la sentencia en mayores precisiones sobre el alcance de la obligación estatal de garantizar este derecho de participación respecto de sectores sociales excluidos o que se encuentran en situación de desventaja en el ejercicio de este derecho. Para ello el tribunal vincula el derecho a la igualdad, entendido como igualdad no sólo formal sino sustantiva, con el derecho de asociación y de participación política. Ver, en tal sentido, el voto concurrente del juez Diego García Sayán. Para entender mejor el sentido que la propia CIDH le da a su decisión en *Yatama*, se sugiere leer también cómo lo diferencia de un caso posterior sobre exclusión de candidaturas independientes, considerando especialmente en *Yatama* la existencia de un grupo subordinado con características de identidad cultural diferenciadas. Ver CIDH, caso “*Castañeda Gutman Jorge vs. Estados Unidos Mexicanos*”, 6 de agosto de 2008, párr. 172.

(33) Ver al respecto, KYMLICKA, W., “Nacionalismo Minoritario dentro de las Democracias Liberales”, en S. García y S. Lukes (comps.), *Ciudadanía: Justicia Social, Identidad*

consideradas indispensables para la preservación de su autonomía, pero también para su participación en las estructuras del propio Estado nacional.

También se han fijado en el SIDH fuertes obligaciones positivas en relación con el derecho de acceso a la justicia que representan otra proyección, en este campo, de la referida noción de igualdad sustantiva. El SIDH ha fijado estándares bastante precisos sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para demandar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación del Estado no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos, y en especial aquéllos que se encuentran en situación de pobreza o exclusión, puedan acceder a esos recursos. Para ello, el Estado deberá remover los obstáculos sociales o económicos que obstaculizan o limitan la posibilidad de acceso a la justicia, pero además deberá organizar un servicio público de asistencia jurídica gratuita, y mecanismos para aliviar el costo de los procesos y hacerlos asequibles, por ejemplo estableciendo sistemas para eximir gastos.⁽³⁴⁾ Las políticas que apuntan a garantizar servicios jurídicos a personas carentes de recursos actúan como mecanismos para compensar situaciones de desigualdad material que afectan la defensa eficaz de los propios intereses y, por ello, son políticas judiciales que se emparentan con las políticas sociales. El SIDH ha fijado la existencia de un deber estatal de organizar estos servicios para compensar situaciones de desigualdad real y garantizar igualdad de armas en un proceso judicial. Ha determinado, además, algunas obligaciones concretas de

.....
y *Participación*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1999. También KYMLICKA, W., *Ciudadanía Multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

(34) CIDH, Opinión Consultiva OC-11/90, 10 de agosto de 1990, "Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b CA)". Inspirándose en el caso "Airey", la Corte sostuvo que: "la circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso", párr. 28. También la Corte se refirió expresamente a la obligación estatal de garantizar servicios jurídicos gratuitos a las personas sin recursos cuando resulte indispensable para garantizar acceso efectivo e igualitario a la justicia en la OC 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. En este documento la Corte sostuvo: "Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser deportada, expulsada o privada de su libertad, y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no solo formal sino real".

debido proceso que se aplican en relación a los procedimientos judiciales de índole social, como los juicios laborales y previsionales, y las acciones de amparo y desalojo. Recientemente, ha fijado algunos indicadores para evaluar el cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados.⁽³⁵⁾

Esta base de obligaciones positivas impuestas a los Estados, vinculada al reconocimiento de un escenario de desigualdad que caracteriza la realidad americana, sirve en ocasiones como marco para el examen de las políticas públicas en los Informes temáticos y de país, como fuera mencionado arriba, y es una herramienta central para el trabajo promocional de los órganos del SIDH.

6 | Objeciones a la ampliación de la agenda y a los márgenes de la protección internacional

Existe en el ámbito de la OEA un debate político sobre la ampliación de la agenda. Un tipo de críticas a la ampliación de la agenda no se relaciona con el rol del SIDH en particular, sino con una discusión más amplia sobre qué se entiende por derechos humanos y qué tipo de derechos deben ser resguardados por el Estado de modo prioritario. Las posiciones liberales clásicas, expuestas en la OEA por algunos Estados, critican la ampliación de la agenda del SIDH hacia temas de igualdad sustantiva y derechos colectivos, la extensión de las obligaciones positivas y, en especial, el tratamiento, aunque sea indirecto, de derechos económicos, culturales y sociales. Desde estas posturas conservadoras, el concepto de derechos humanos debería limitarse a los derechos civiles entendidos como derechos de individuos y no de grupos, y como fuente de obligaciones esencialmente negativas de respeto o no injerencia de los Estados. Se busca así evitar que, por la vía del reconocimiento de deberes positivos, se avance en el tratamiento en este espacio de cuestiones relativas a políticas sociales o distributivas, y se pierda el foco central en el resguardo

(35) Ver CIDH, "El Acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los Estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", 7 de septiembre de 2007. También se pueden revisar los indicadores sobre acceso a la justicia y derechos sociales desarrollados en el documento de la CIDH, "Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", 19 de julio de 2008.

de las libertades públicas. En sus versiones más pragmáticas, estas posturas no necesariamente cuestionan algunos desarrollos jurisprudenciales del SIDH que mencionamos en el artículo, sino que previenen sobre las consecuencias de que se profundice ese camino en el futuro y se pierda capacidad operativa para el seguimiento de los demás asuntos clásicos de derechos civiles, que todavía están presentes como problemas regionales y que deberían merecer tratamiento prioritario. Este enfoque sobre la noción de derechos humanos, suele contrastar en algunas discusiones en el seno de la OEA con las posturas de otros gobiernos que, con variados matices ideológicos, defienden la existencia de un vínculo de interdependencia entre los derechos civiles y sociales o, directamente en el polo opuesto, plantean que hay que priorizar la defensa de los derechos sociales por sobre los derechos civiles.

Pero, en nuestra opinión, el eje de la discusión particular sobre la ampliación de la agenda del SIDH en los órganos políticos de la OEA no pasa por el alcance de la noción de derechos humanos, ni por las prioridades entre derechos civiles y sociales. Apunta, por el contrario, a la definición del grado de intervención de la instancia internacional sobre los márgenes de autonomía de los Estados. La ampliación de la agenda implica, naturalmente, una extensión de los asuntos sobre los cuales el SIDH ejercerá supervisión y, eventualmente, tomará decisiones que pueden impactar a nivel interno de los países. La discusión es relevante pues se vincula, en definitiva, con la definición del sentido de un sistema internacional de protección de derechos humanos en el actual escenario político regional.

La mayoría de los países de América Latina aprobaron tratados de derechos humanos y se incorporaron al SIDH en la etapa de las transiciones a la democracia, con finalidades diferentes, pero en muchos casos como una suerte de antídoto para aventar el riesgo de regresiones autoritarias, atando a sus sistemas políticos y legales al "mástil" de la protección internacional.⁽³⁶⁾ Abrir los asuntos de derechos humanos al escrutinio internacional fue una decisión funcional a los procesos de consolidación de la institucionalidad durante las transiciones, pues contribuyó a ampliar las garantías de los derechos fundamentales en un sistema político acotado

(36) John Elster planteó esta metáfora para referirse al acto constituyente en su libro *Ulises y las sirenas: estudios sobre racionalidad e irracionalidad*, de 1979.

por actores militares con poderes de veto y presiones autoritarias aún poderosas.⁽³⁷⁾

Muchos líderes y gobiernos entienden que la actual coyuntura regional exige replantear el alcance o grado de intervención del sistema interamericano en asuntos locales que, en su opinión, podrían ser dirimidos por el juego institucional del propio Estado, en un marco de democracias constitucionales.

Así, desde este punto de partida, se construyen argumentos que tienen diferentes tonos. Los más moderados, con rasgos "comunitaristas", apuntan a preservar un espacio de autogobierno para la decisión de ciertos asuntos sensibles y complejos que deberían ser resueltos en el espacio más cercano de la comunidad política nacional.⁽³⁸⁾ Estos argumentos se suelen presentar muchas veces no como cuestionamientos directos a la competencia de los órganos, sino como argumentos estratégicos que procuran velar por la integridad del propio sistema de protección, evitando que abra frentes de conflicto innecesarios con los gobiernos y malverse la noción de derechos humanos al erigirla como una "carta de triunfo" para usar en las situaciones extremas. Es decir, se plantea que una extensión

(37) Para algunos autores, como Andrew Moravcsik, las democracias recientemente establecidas y potencialmente inestables son las que encuentran mayor justificación a la suscripción de tratados de derechos humanos y a la inserción en sistemas internacionales como mecanismos para su consolidación. La renuncia a ciertos niveles de autodeterminación que implica la firma de estos tratados y la aceptación de jurisdicciones internacionales tiene un costo por la limitación de la discrecionalidad gubernamental y del sistema político local, que juega en un balance con las ventajas de la reducción de la incertidumbre política. MORAVCSIK, A., *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, International Organizations, primavera 2000, pp. 217/249. En igual sentido, puede verse KAHN, PAUL W., "El Derecho Internacional y la Comunidad", en *Estado de Derecho y Democracia. Un debate sobre el rule of law*, Buenos Aires, SELA 2000-Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Editores del Puerto, 2001.

(38) En este punto, sólo apuntamos a contestar argumentos corrientes de algunos gobiernos en la OEA y no a dar cuenta del debate más profundo que plantean las posiciones "comunitaristas" a la existencia y el funcionamiento de los sistemas internacionales de derechos humanos y que, como se sabe, no se limita a la definición de un campo de cuestiones que deberían ser resueltas por las comunidades políticas locales, sino también al cuestionamiento de los "déficit de deliberación democrática" que presentan algunos sistemas de justicia internacional. Sin perjuicio de ello, abordamos indirectamente estos asuntos al referirnos al principio de subsidiariedad en este título, a problemas institucionales de transparencia y rendición de cuentas del propio SIDH y al alcance de los remedios judiciales internacionales, en la parte final del artículo (punto 8).

de la noción de derechos humanos en el sistema interamericano podría debilitar los acuerdos políticos que lo sostienen.

Estas posturas, con fundamentos diversos, resultan más o menos refractarias a la injerencia de los órganos internacionales de derechos humanos en ciertos temas sociales e institucionales. Critican concretamente la extensión del concepto de debido proceso que ha permitido al SIDH intervenir en un amplio abanico de temas judiciales que incluyen procesos laborales, de seguridad social, disciplinarios administrativos y casos de remoción de magistrados de altas cortes de justicia. Cuestionan además, que el SIDH se entrometa en asuntos electorales, aún cuando se trate de cuestiones vinculadas con la vigencia de derechos políticos reconocidos por el art. 23 de la Convención. También se oponen a la protección de derechos colectivos que entran en conflicto con las estrategias de desarrollo económico de los gobiernos, tales como la protección de territorios indígenas y el derecho de consulta. Aun algunos gobiernos que defienden el reconocimiento de estos derechos colectivos como asuntos de derechos humanos relevantes, consideran que se trata de cuestiones que deberían ser discutidas y dirimidas esencialmente en el plano político doméstico.

Conviene analizar brevemente estos argumentos con algunas aclaraciones previas.

En primer lugar, en relación con el argumento que procura preservar al SIDH de nuevos “frentes de conflicto” con los gobiernos, es importante señalar que las principales tensiones políticas que provoca la actuación de la CIDH y la Corte —y que, por su complejidad, no vamos a examinar en este artículo⁽³⁹⁾—, no se producen por sus intervenciones en temas sociales o institucionales “novedosos”, sino que obedecen a la reacción de algunos gobiernos al escrutinio del SIDH en temas “clásicos” de violación de derechos civiles que, lamentablemente, siguen teniendo vigencia: ejecuciones extrajudiciales, paramilitarismo militarización y justicia penal

(39) El cuestionamiento a la ampliación de la agenda no es, por supuesto, el único aspecto que recibe críticas de los gobiernos a la CIDH y a la Corte IDH. Las cuestiones son muchas otras, en su mayoría tienen que ver con aspectos procedimentales, tanto del sistema de casos, como de los procesos de elaboración de informes y fijación de audiencias, que no vamos a considerar aquí.

militar, limitaciones de la disidencia política y libertad de prensa, entre otras cuestiones. De allí que es bueno aclarar que no son precisamente los temas de igualdad y derechos sociales los que motivan las reacciones más airadas de los Estados, aunque por supuesto también conllevan aspectos polémicos.

En segundo lugar, corresponde decir que algunas discusiones sobre la limitación de la autonomía política suelen partir de una visión simple o esquemática del proceso de creación de normas internacionales y de su aplicación doméstica. Por un lado, restan importancia a la participación de actores sociales o institucionales locales en la creación de normas y estándares internacionales de derechos humanos. Por otro lado, consideran la aplicación doméstica como si fuera una imposición externa al sistema político y jurídico local, sin considerar que esa incorporación sólo es posible por la activa participación de actores sociales, políticos y judiciales relevantes, así como por la construcción gradual de consensos en los diversos ámbitos institucionales. De allí que suelen marcarse líneas divisorias nítidas entre la esfera internacional y la doméstica, cuando la dinámica de actuación de los mecanismos internacionales evidencia que esa frontera es borrosa y que existe una constante articulación y relación entre la esfera local e internacional, tanto en la creación como en la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos. Así, actores sociales y políticos locales relevantes suelen participar de los procesos de creación de normas en la esfera internacional, tanto de la aprobación y ratificación de tratados como en las decisiones de los órganos internacionales que definen su contenido por vía de interpretación y su aplicación en casos o situaciones particulares. Al mismo tiempo, esas normas internacionales se incorporan al ámbito nacional por la acción de los Congresos, los gobiernos y los sistemas de justicia, y también por la activa participación de organizaciones sociales que promueven, demandan y coordinan esa aplicación nacional con las diversas instancias del Estado. La aplicación de normas internacionales en el ámbito nacional no es un acto mecánico, sino un proceso que involucra también diferentes tipos de participación y deliberación democrática e, incluso, un amplio margen para la relectura o reinterpretación de los principios y normas internacionales en función de cada contexto nacional.⁽⁴⁰⁾ En

(40) Martín Böhmer, al contestar críticas formuladas a la ausencia de validación democrática del derecho internacional, señala que el momento de validación no puede quedar limitado al de la celebración de tratados o la aprobación de normas internacionales, sino que

relación con el SIDH, como vimos en el punto 2 y 3 de este artículo, en la actualidad, a diferencia del periodo de las dictaduras, su intervención en ciertos asuntos domésticos puede obedecer a relaciones de coordinación o articulación con diversos actores locales, públicos y sociales, que participan de la formulación de las demandas ante la instancia internacional, y de los procesos de implementación de sus decisiones particulares o de sus estándares generales en el ámbito interno.⁽⁴¹⁾ De allí que siempre resultara difícil conceptualizar su intervención como una limitación del margen de autonomía de los procesos políticos nacionales. El juego de la intervención internacional en este escenario es variado y complejo pero, por lo general, cuenta con el apoyo de actores locales fuertes que activan la respuesta internacional, y potencian luego sus efectos domésticos. En ocasiones, la CIDH se apoya en la sociedad civil para fiscalizar al gobierno a la manera clásica,⁽⁴²⁾ pero también puede actuar de manera coordinada con los gobiernos federales para lograr la implementación de medidas o políticas a nivel de los estados locales o provincias.⁽⁴³⁾ En otras ocasiones se apoya en decisiones precedentes de los tribunales para tener pautas

.....
 comprende también el proceso de interpretación y de aplicación por los órganos judiciales y políticos locales. Así, las normas internacionales no son un producto acabado y unívoco, sino que están abiertas a diferentes lecturas que se dan en el plano nacional, y autorizan en ese proceso de lectura a incorporar niveles de deliberación, y la consideración del contexto social y político de cada comunidad. En tal sentido, ver BÖHMER, M., "Prestamos y Adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como una estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional", en www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MartinBöhmer_Spanish.pdf

(41) En este orden de ideas, al tratar de responder la pregunta acerca de porqué los Estados deberían obedecer el derecho internacional, Harold Koh propone considerar que la asunción de las obligaciones jurídicas internacionales es fruto de un "proceso jurídico transnacional" que consiste en un conjunto de subprocesos complejos y de variadas dimensiones que incluyen la articulación, la interpretación y la incorporación del derecho internacional en el ámbito local, a través de mecanismos políticos, sociales y jurídicos. KOH, HAROLD H., "Transnational Legal Process", en *Nebraska Law Review*, 1996; "Why do Nations Obey International Law?", en *Yale Law Journal*, 1997; "International Law as Part of Our Law", en *American Journal of International Law*, n° 98, pp. 43/56, 2004.

(42) Por ejemplo cuando recibe información sobre situaciones particulares para elaborar sus informes, ya sea a través de audiencias en su sede, o en las visitas al país.

(43) Esta situación se observa por ejemplo en algunos casos sobre superpoblación y violencia en cárceles estatales en Brasil y Argentina, en los cuales la intervención del SIDH ha motivado distintas formas de intervención de la autoridad federal en los sistemas penitenciarios locales. También, por ejemplo, en un acuerdo reciente de solución amistosa celebrado con el gobierno federal en México que motivó la adopción por Estados locales de un protocolo sobre abortos no punibles.

de seguimiento de acciones del Congreso o del gobierno;⁽⁴⁴⁾ o los gobiernos o los Congresos piden su intervención para contribuir a alcanzar consensos con otros poderes como la judicatura⁽⁴⁵⁾ o para acompañar la implementación de medidas resistidas por actores sociales o políticos locales.⁽⁴⁶⁾ Vimos también cómo en ciertos casos y, en especial, en procesos de negociación o de “solución amistosa”, el juego de alianzas es aún más complejo: incluso agencias públicas son usuarias del SIDH, a veces en alianza con organizaciones sociales, procuran activar el escrutinio internacional sobre determinadas cuestiones. Con esta breve reseña no pretendemos negar la importancia de preservar la autonomía política de los Estados para decidir sobre determinadas materias, sino simplemente relativizar ciertas interpretaciones esquemáticas acerca de cómo funciona en la realidad un sistema de justicia internacional y cómo se relaciona con los procesos políticos nacionales.

Respecto de los cuestionamientos concretos a la ampliación de la agenda del SIDH, es oportuno señalar que esta ampliación no ha sido el fruto de una decisión artificial o arbitraria, sino el resultado de un cambio gradual de prioridades, expresado en la variación de las demandas de ciudadanía en los propios países de la región. Esas demandas, por lo demás, no son sofisticadas o extravagantes, sino que apuntan a derechos que fueron ya reconocidos en la OEA desde 1948, como el acceso a los

(44) Por ejemplo, en Colombia ha sido utilizado como marco para seguir situaciones de derechos humanos en decisiones de la Corte Constitucional sobre desplazados internos. En sentido inverso, algunas decisiones de la Corte Constitucional, por ejemplo sobre mujeres desplazadas en el marco del conflicto colombiano, han impuesto obligaciones de prestación al Estado y han considerado como fundamento, entre otros estándares constitucionales, decisiones y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Incluso una reciente decisión de la Corte Constitucional invita a la CIDH a integrarse a un sistema de monitoreo del cumplimiento de la sentencia doméstica.

(45) Se ha dado esta situación, por ejemplo, en los acuerdos de solución amistosa sobre la amnistía peruana en el caso “Barrios Altos”. En tal caso, el gobierno peruano, los peticionarios y la CIDH le pidieron a la Corte IDH que definiera los estándares sobre compatibilidad de las leyes de amnistía de graves violaciones a los derechos humanos con la Convención Americana, a fin de brindar un marco jurídico a los tribunales nacionales para que procedieran a la reapertura de los casos judiciales cerrados en virtud de esas leyes. También, por ejemplo, los acuerdos de solución amistosa sobre la tramitación de causas judiciales sobre el derecho a la verdad en la Argentina, celebrados por peticionarios y el gobierno, contribuyeron a comprometer la actuación del sistema judicial local en su implementación.

(46) Por ejemplo, la intervención de la CIDH en los conflictos relacionados con la situación de semiesclavitud de familias indígenas guaraníes en haciendas del Chaco boliviano y las trabas

tribunales y los derechos políticos. Dando vuelta el argumento que procura preservar la integridad del SIDH, podríamos preguntarnos cuál sería su relevancia si no hubiera evolucionado en función de estas dinámicas sociales, y hubiese quedado atado a los temas clásicos de derechos humanos, sin reaccionar frente a las situaciones planteadas por peticionarios y víctimas. Quiénes serían hoy sus usuarios, y qué grado de legitimidad tendría el SIDH en nuestras sociedades. En ese sentido, en relación con el argumento de la preservación del sistema, es bueno señalar que éste no se sostiene exclusivamente en el compromiso político de los gobiernos. Una base de apoyo fundamental es la legitimidad alcanzada precisamente en un amplio espectro de organizaciones, comunidades, y movimientos sociales, y en sus propias redes de alianzas y articulaciones en los países del Norte.

Existen, de todos modos, algunos aspectos relevantes a considerar en esta línea de planteos "comunitaristas". El SIDH tiene que dar cuenta del cambio del escenario político regional y no puede intervenir en los procesos nacionales de la manera en que lo hizo para presionar las dictaduras. Este cambio de enfoque no consiste en imponerse restricciones o tabicarse de cara a ciertos temas que están cubiertos por el elenco de derechos humanos reconocidos expresamente en la Convención y los demás tratados e instrumentos interamericanos. Por el contrario, el SIDH se limita cuando fija de forma seria y consecuente su campo de actuación en función de un rol subsidiario de los mecanismos de protección domésticos, de modo que preserva márgenes de acción y prioridad en la intervención a los sistemas de justicia nacionales, y admite que existen aspectos sensibles en ciertos conflictos que, por su complejidad, resultan mejor analizados, comprendidos y resueltos en la esfera local.

De ese modo, el resguardo de la autonomía de los Estados se expresa en el alcance de la interpretación que hace el SIDH de algunas reglas procesales que definen su grado de intervención. Por ejemplo, la regla que exige el "agotamiento previo" de los recursos y remedios disponibles en el ámbito interno del país para remediar la situación; o la regla de la "cuarta instancia", en virtud de la cual el SIDH se inhibe de revisar

.....
.....
a la implementación de la legislación sobre reforma agraria en los departamentos del oriente boliviano. En tal sentido, ver comunicado de prensa 26/08 del 13 de junio de 2008.

el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en materias no regidas directamente por la Convención y, si se respetan, las garantías de procedimiento.

La primera regla, del “agotamiento previo de recursos internos”, si bien tiene naturaleza procesal, resulta un factor clave para entender la dinámica de funcionamiento de todo el sistema interamericano y, en especial, su función subsidiaria. Al obligar a presentar y agotar el sistema de acciones y recursos organizado por el sistema judicial del Estado nacional, se brinda a cada Estado la posibilidad de solucionar el conflicto y remediar las violaciones antes de que el asunto sea examinado en la esfera internacional. En definitiva, el alcance que se le brinda a esta regla en la jurisprudencia de los órganos del SIDH marca los grados de intervención que está dispuesto a ejercer en las diferentes situaciones, sobre la base de la mayor o menor idoneidad y eficacia del sistema judicial nacional.

La segunda regla, denominada de la “cuarta instancia”, funciona como una suerte de margen de deferencia a los sistemas judiciales nacionales, pues les reconoce un amplio margen de autonomía para actuar en la interpretación de las normas locales y la decisión de los casos particulares, bajo la condición exclusiva de que respeten las garantías procesales establecidas en la Convención.⁽⁴⁷⁾

También el SIDH ha dado cuenta del nuevo escenario de democracias constitucionales en la región, reconociendo márgenes de deferencia a los Estados nacionales en la definición de ciertos asuntos sensibles, como el diseño de los sistemas electorales en función de cada contexto social e histórico, y siempre que se respete el ejercicio igualitario de los derechos políticos.⁽⁴⁸⁾

(47) Ver la doctrina expuesta por la CIDH en sus informes de inadmisibilidad más recientes, incluso para inhibirse de revisar condenas penales alegadas como injustas, ante la imposibilidad de reemplazar a los tribunales nacionales en la valoración de la prueba. Por ejemplo, CIDH, Informe 87/2007, Luis de Jesús Maldonado Manzanilla. México, 17 de octubre de 2007. Por supuesto que el límite entre revisión de contenido de las sentencias, o de la evaluación de la prueba del juicio, y el estudio de la vulneración de ciertas garantías procesales fijadas por la Convención, es a veces borroso y requiere afinar los estándares técnicos.

(48) Ver el debate sobre obligaciones positivas del Estado en materia electoral, y el margen de deferencia para diseñar sistemas electorales y de partidos políticos. CIDH, Informe 113/06,

En algunos casos, además, la CIDH ha considerado especialmente en su examen de la aplicación de la Convención en casos particulares, los argumentos desarrollados por los tribunales superiores de los Estados que han aplicado la misma Convención, o analizado los mismos asuntos con sus propios parámetros constitucionales. No se trata del reconocimiento de márgenes de deferencia en sentido estricto, sino de la consideración especial de ciertas decisiones de tribunales internos como punto de apoyo, o como una base de argumentación, que es tenida particularmente en cuenta por la CIDH al realizar su propio examen del caso. Este tipo de argumentación sostenida en decisiones de tribunales locales, se ha considerado, por ejemplo, en análisis sobre la razonabilidad de leyes internas que impusieron restricciones de derechos fundamentales. Lo ha hecho, por ejemplo, al considerar razonables argumentos de tribunales locales que determinaron la proporcionalidad de condenas de daños y perjuicios por difamación, a fin de determinar si se había violado la libertad de prensa.⁽⁴⁹⁾ También al examinar una decisión de un tribunal nacional acerca de la razonabilidad de una reforma del sistema de seguridad social, a fin de determinar si esa reforma cumplía con parámetros de proporcionalidad y progresividad y, por lo tanto, si existían restricciones legítimas de derechos sociales.⁽⁵⁰⁾

Como vimos, la aplicación con mayor rigurosidad de estos institutos procesales y las materias en las cuales el SIDH ha reconocido márgenes de apreciación a las autoridades nacionales, expresan que el SIDH toma en cuenta el nuevo escenario de democracias constitucionales en el continente y procura un equilibrio entre autonomía y protección internacional. Por un lado, el SIDH restringe su intervención con respecto de ciertos asuntos sensibles que, considera, deben ser resueltos en el ámbito del Estado. Por otro lado, se fija una regla general que conduce a modular la intervención en función del grado de desarrollo de la institucionalidad en

.....

Fondo y Admisibilidad, Jorge Castañeda Gutman, México, 26 de octubre de 2006, párr. 173 y 174. Ver, además, la demanda de la CIDH ante la Corte IDH, Jorge Castañeda Gutman, caso 12.535 contra los Estados Unidos Mexicanos. También Corte IDH, caso "Castañeda Gutman, Jorge vs. Estados Unidos Mexicanos", del 6 de agosto de 2008, párrs. 162/166 y párr. 193.

(49) Ver CIDH, Informe 23/08, Fondo, caso "Dudley Stokes", Jamaica, 14 de marzo de 2008.

(50) Ver CIDH, Informe 38/09, caso 12.670, "Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras", Perú, 27 de marzo de 2009.

cada Estado. Así, cuanto mayor es el grado de desarrollo de la institucionalidad doméstica, mayor es el margen de autonomía que se reconoce al Estado y menor el alcance de la intervención del sistema. El SIDH interviene exclusivamente cuando el Estado no logra asegurar un mecanismo idóneo y efectivo para garantizar los derechos en el ámbito interno. Lo cierto es que, precisamente, uno de los mayores déficits de las democracias latinoamericanas reside en la ineficacia e inequidad de sus sistemas judiciales, que no logran remediar la afectación de derechos fundamentales y se vuelven ellos mismos un factor de vulneración de derechos (como veremos en el punto 8).

El argumento de autonomía y el principio de subsidiariedad tienen, además, connotaciones especiales cuando nos referimos a conflictos de vulneración de derechos por patrones de desigualdad o exclusión. Como vimos, esta cuestión no se limita a la afectación de derechos económicos, culturales o sociales, sino que, por lo general, se presenta ante el SIDH como casos de vulneración de derechos civiles y políticos. No son formalmente planteos de nuevos derechos, sino otra dimensión de problemas clásicos de violencia y discriminación. Es verdad que estos casos imponen cargas fuertes a los Estados pues, como dijimos, obligan a acciones positivas de alcance colectivo y extienden la responsabilidad indirecta del Estado por conductas de actores no estatales. Pero el aumento de las cargas estatales se relaciona con la magnitud de los desequilibrios sociales que se procura reparar. Aquí el SIDH está jugando un rol indispensable, que tiene una fuerte relación con el rol que jugó durante el terrorismo de estado en América Latina, y en donde el carácter subsidiario de su intervención debe evaluarse cuidadosamente, en función de las restricciones de la capacidad de acción colectiva y de autodefensa de derechos de los grupos afectados. Esa función del SIDH consiste precisamente en ampliar la voz de los sectores más débiles de la población, aquellos que están fuera del sistema de representación social o política, que no logran acceder con fuerza a la esfera pública, que no alcanzan los sistemas de protección social y judicial del Estado, y que sienten que las reglas del juego político en los Estados nacionales no ofrece salidas y conducen a la reproducción de las injusticias sociales. En ese sentido, la subordinación estructural de ciertos sectores sociales presenta características similares a la asfixia política por el cierre de los esfera pública llevada a cabo por los Esta-

dos autoritarios. Se trata de esas situaciones extremas en las cuales el espacio político del Estado nacional funciona como una prisión. Este tipo de situación expone los límites de las soberanías estatales como mecanismo excluyente de protección de derechos y justifica, en nuestra opinión, una mayor injerencia de la comunidad internacional. Si el Estado no logra revertir patrones estructurales de desigualdad, difícilmente esté en condiciones de invocar su autonomía a fin de resistir el escrutinio internacional de derechos humanos. De allí que planteamos que son precisamente estos asuntos los que justifican una mayor injerencia internacional sobre los procesos internos. En este tipo de conflictos la apertura de la instancia internacional no puede verse exclusivamente como una amenaza para la autonomía de los Estados nacionales. Es común que tenga también un efecto estabilizador, merced a la ampliación de los ámbitos institucionales en que pueden ser planteados, discutidos y procesados ciertos conflictos colectivos que no logran ser dirimidos adecuadamente en los espacios sociales y políticos locales, entre otros factores, por el fuerte desequilibrio de poder entre los actores involucrados.⁽⁵¹⁾

La garantía básica de los derechos en situaciones de desigualdad estructural marcan, en nuestra opinión, la prioridad y el sentido político del SIDH en la etapa posterior al fin de las transiciones, en un escenario de democracias constitucionales caracterizado por el déficit de las instituciones y por la amplitud de las brechas sociales. El abordaje de esta temática, lejos de debilitar al SIDH o desfigurar la noción de derechos humanos, contribuye a definir un núcleo duro de cuestiones prioritarias, que le dan al sistema un renovado sentido en el contexto regional.

En cierta medida, las críticas a la intervención del SIDH en estas nuevas agendas, con frecuencia están reflejando no sólo una mirada acotada del proceso de internacionalización de los sistemas jurídicos locales, sino también las limitaciones y carencias de las políticas públicas de muchos gobiernos latinoamericanos. Incluso de gobiernos que han sido enérgicos y ejemplares en relación con el legado de las dictaduras, pero que no alcanzan a relacionar otro tipo de problemas urgentes,

(51) Ver al respecto, KECK, MARGARET E. y SIKKINK, KATHRYN, *Activist Beyond Borders*, Itaca, Cornell University Press, 1998.

como la violencia carcelaria y la desigualdad social, con las políticas de derechos humanos.

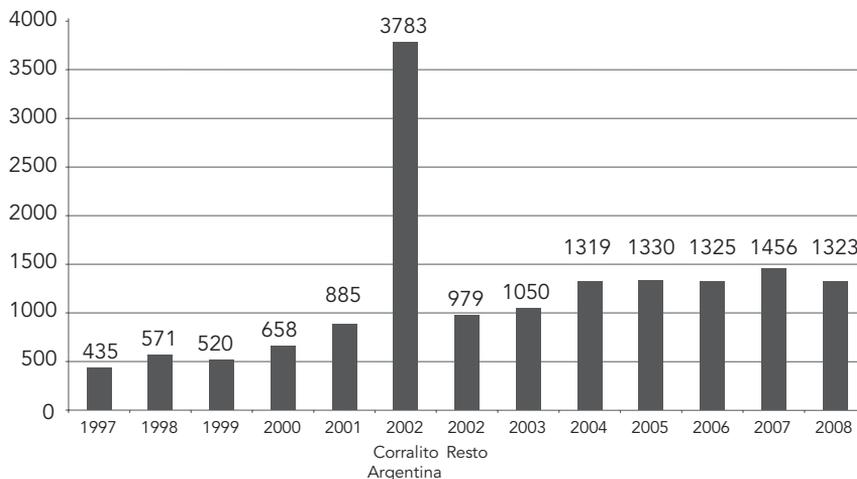
Esta ampliación de la agenda del SIDH y el cambio de enfoque reseñado, —que pone el acento en los problemas estructurales, así como en las políticas públicas y en los remedios de alcance general— requiere una institucionalidad básica para el propio SIDH que desafía las restricciones de diversa índole que enfrenta en la actualidad. El tema tiene enorme complejidad y no vamos a cubrir aquí todos los temas que deberían ser discutidos. En lo que sigue, procuraremos sólo enunciar algunos asuntos que entendemos relevantes para una discusión estratégica sobre el funcionamiento del SIDH.

7 | Articulación y tensión entre el rol judicial y el rol político

En nuestra opinión, una de las principales tensiones institucionales que enfrenta el SIDH, y en especial la CIDH, se da entre la ampliación del cúmulo de casos, y la necesidad de preservar y ampliar su rol de supervisión de la situación de derechos humanos en los países. Como vimos, en la etapa de las transiciones y en la actualidad, la CIDH se plantea dar seguimiento a situaciones generales, a patrones estructurales y a las políticas de protección de derechos humanos de los Estados. Pero la dinámica de actuación del SIDH parece, en ocasiones, marcar un límite a la posibilidad de articular adecuadamente casos y supervisión, rol cuasi-judicial y rol político.

La cantidad de denuncias recibidas por año ante la CIDH como surge del Gráfico 1, ha crecido de manera ininterrumpida en los últimos años. Ello es el resultado de algunos factores positivos ya enunciados, como un mayor conocimiento del sistema y el éxito de sus intervenciones en ciertos países, lo que le ha dado una fuerte legitimidad. Pero también es el resultado de numerosos factores negativos, entre los que podemos mencionar la persistencia de un alto nivel de violaciones de derechos humanos por las diferentes agencias estatales, y las serias deficiencias de los sistemas de administración de justicia en varios países del continente.

GRÁFICO 1: TOTAL DE DENUNCIAS RECIBIDAS POR AÑO



Fuente: CIDH.

En el Gráfico 1 surge que la cantidad de denuncias recibidas por el SIDH ha aumentado año tras año, instalándose desde principios de la última década por encima de las mil denuncias por año, sin retroceso. El promedio de casos en los últimos años de la década del 90, entre 1997 y 2001, era de 600 por año, entre 2003 y 2008, el promedio actual se ha estabilizado en 1.300 casos por año.

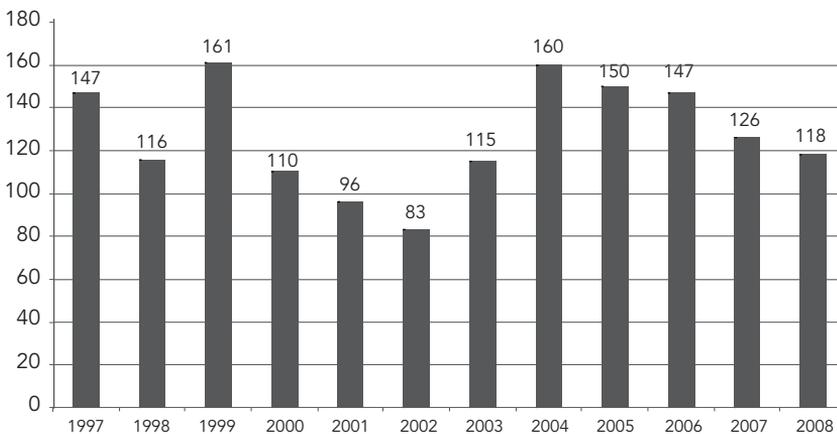
En algunos países, el cúmulo de casos ha tenido directa relación con el resultado de algunos casos previos, lo que, en alguna medida, torna al sistema víctima de su propio éxito. Así, el aumento de peticiones en casos peruanos tiene directa vinculación con el caso “5 Pensionistas” de la Corte, sobre reformas del sistema de seguridad social. Miles de pensionistas acudieron al SIDH ante el rechazo de sus reclamos en instancias locales. También se observa en el gráfico la presentación, sólo en 2002, de 3.783 denuncias relacionadas con el congelamiento de los depósitos bancarios en la Argentina, llevadas adelante por abogados particulares familiarizados con el uso del SIDH.

El aumento progresivo del número de denuncias se ha producido sin que la CIDH haya logrado aumentar sustancialmente su capacidad de procesamiento y evaluación de esas denuncias, lo que acumuló un significativo

atraso procesal. Si bien el ritmo de evaluación aumenta cada año, la capacidad operativa limitada no logra reducir significativamente el atraso procesal de arrastre. En este punto hay que señalar que el sistema sigue funcionando con el mismo promedio de recursos financieros de la década pasada e, incluso, ha sufrido recortes presupuestarios importantes en algunos períodos en los aportes estatales; vacíos que fueron cubiertos con la cooperación internacional privada y por Estados donantes que no integran el sistema, como países europeos. Esto produce un fuerte atraso en la tramitación de los expedientes y afecta sensiblemente la efectividad de la labor de supervisión, si se la analiza en función exclusivamente del sistema de casos. En el año 2006 la CIDH creó un grupo de registro para enfrentar ese tema con financiamiento externo y avanzó en el estudio y la tramitación de expedientes demorados, pero el atraso procesal sigue siendo un problema operativo grave de la CIDH.

En el Gráfico 2 se observa que el número de peticiones abiertas a trámite por año por la Comisión, esto es, las denuncias que presentan a primera vista elementos suficientes para ser tramitadas y que, por lo tanto, se envían en traslado al Estado, se mantiene estable desde los años 90. En relación con el número de denuncias recibidas por año en la actualidad (Gráfico 1), representa en promedio el 10% de éstas.

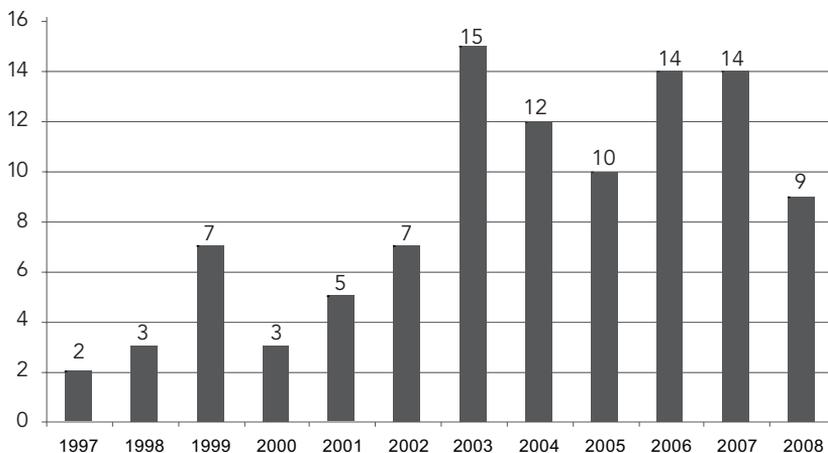
GRÁFICO 2.



Fuente: CIDH.

En el Gráfico 3 se indica el aumento del número de casos sometidos a la Corte por la Comisión.

GRÁFICO 3.



Fuente: CIDH

De dos casos en 1997 a 15 casos en 2003 y, a partir de allí, un número promedio de 12,3 casos por año en el período 2003 a 2008. Esto marca un aumento del número de casos que ingresa a la Corte —en particular desde la reforma de reglamento de la CIDH de 2001⁽⁵²⁾— pero, si lo comparamos con el total de peticiones que ingresan por año a la Comisión (ver Gráfico 1), se puede concluir que el promedio de casos que llegan a la Corte sigue siendo muy bajo, de alrededor del 1% de las denuncias recibidas por año, que es más o menos el promedio histórico del SIDH desde los años 90.

El aumento del número de casos enviados y decididos por la Corte, tiene un aspecto positivo, pues ha contribuido a desarrollar criterios jurisprudenciales claros y precisos en una amplia gama de asuntos, incluso sobre temas de procedimiento. En particular, la jurisprudencia de la Corte es más completa y ayuda a contar con criterios sobre los asuntos que se pre-

(52) Esa reforma invirtió la regla de envío de casos a la Corte, fijando como principio que todos los casos serán enviados a la Corte, salvo decisión fundada adoptada por la mayoría absoluta de la CIDH en función de una serie de principios enumerados en el art. 44 del Reglamento.

sentan a consideración de la CIDH, y brinda también pautas más claras para la argumentación de los peticionarios y los Estados. Es difícil definir tendencias en relación con la tramitación de casos pero, en mi opinión, las decisiones de la CIDH y de la Corte tienen en la actualidad mayor desarrollo conceptual, mayor rigor y coherencia jurídica, y procuran basarse en los precedentes o apartarse de ellos de manera fundada. Esto confiere mayor certeza a los usuarios del sistema y mejora la transparencia de los mecanismos. Estos cambios han ido acompañados de una mayor profesionalización de las secretarías de la CIDH y de la Corte IDH.

La enorme cantidad de casos ha provocado también, en mi opinión, una tendencia no siempre positiva a judicializar la actuación de la Comisión que, como dijimos, es un órgano que además tiene un rol político de supervisión que excede el tratamiento de casos contenciosos. Lo que aquí denominamos tendencia a la judicialización, no está dada por un aumento del número de casos ante la Corte. No se trata de una judicialización a la manera del sistema europeo por una mayor incidencia de la Corte en desmedro de la CIDH y de la tarea de supervisión política. Este argumento, que es planteado por algunos Estados, no tiene correlato en las estadísticas. Como vimos, hay un aumento del número de casos que llegan a la Corte desde la reforma de 2001, pero también hay un aumento simultáneo del número de denuncias que recibe el SIDH por año, de modo que se preserva el promedio histórico del 1% de judicialización ante la Corte, sobre el total de las denuncias recibidas en el SIDH. La participación de la Corte en el total de asuntos del SIDH sigue siendo limitada en cuanto al número de casos en los que interviene. Esto determina una tasa muy baja de judicialización ante la Corte, inferior incluso al promedio de casos que estudian y deciden los tribunales supremos y cortes constitucionales de los Estados, que suele ser de aproximadamente el 10% de los presentados.

Hablamos aquí de judicialización en otro sentido: los informes sobre casos y medidas cautelares suelen cubrir una parte muy importante del tiempo de los Comisionados y del equipo de trabajo de la Secretaría de la CIDH, lo que deja un tiempo mínimo para el desarrollo de la función promocional y la planificación estratégica de su rol de supervisión, y, por lo tanto, suele provocar algunas tensiones. La economía del tiempo de la CIDH no es un tema meramente administrativo: por año, por ejemplo, se celebran habitualmente alrededor de 100 audiencias durante sus períodos regula-

res de sesiones. En la fijación de esas audiencias compiten directamente los casos y las solicitudes de audiencias sobre situaciones de derechos humanos en los países.

Es verdad que existen algunas sinergias entre el rol judicial y el rol político que deben incorporarse al análisis de situación. Los casos que llegan al sistema ayudan al diagnóstico de situación de los países. Las peticiones reiteradas sobre ciertos asuntos son una "señal de alerta" y el registro de casos funciona, de alguna manera, como una "caja de resonancia" de ciertos conflictos extendidos y, a veces, de problemas estructurales, así como de las deficiencias o debilidades de las respuestas institucionales.⁽⁵³⁾

Pero el sistema de casos no puede ser la única fuente de información para definir las prioridades temáticas del SIDH. Los casos no representan la totalidad de los temas centrales en un país y, además, su conformación está también determinada por la posibilidad de ciertas víctimas de llegar con sus reclamos a la instancia internacional. En tal sentido, expresan también las limitaciones y problemas de acceso a la justicia que tiene el mismo sistema interamericano. De allí que muchas veces los casos reflejan la agenda de las organizaciones sociales con mayor capacidad de acción en este ámbito internacional e, incluso, la narración de ciertos conflictos locales en función del enfoque que le dan estas organizaciones, y que no tiene por qué ser la misma perspectiva que adopte el SIDH.

El litigio de los casos tampoco permite cubrir en su complejidad y profundidad los principales problemas de derechos humanos pues se suele recortar aspectos importantes de los conflictos colectivos, más allá de que, como vimos, cada vez más el SIDH procura observar en casos particulares patrones y pautas estructurales.

(53) Este diagnóstico de situación, construido a partir del *docket* de casos, sería una herramienta útil para otros actores regionales y locales, si la CIDH en especial mejorara y refinara su sistema estadístico, clasificando mejor los asuntos planteados en cada petición, quiénes son los usuarios, qué tipo de problemas estructurales se denuncian, etc. No se trata de emitir juicios sobre casos en trámite, sino de aprovechar el cúmulo de información disponible en los legajos de casos para mejorar la labor de supervisión y promoción de la CIDH y brindar información que puede ser relevante para la comunidad de derechos humanos en la región.

Como señalamos, la Comisión y las organizaciones sociales han procurado, como señalamos adaptar, el litigio de casos a sus estrategias de incidencia en políticas públicas, de modo que en la mayoría de los casos reciben el tratamiento de un "litigio paradigmático". Los casos individuales suele ser la plataforma para el debate de cuestiones de interés público que trascienden la situación particular de las víctimas y su reparación, tales como el cuestionamiento de prácticas, políticas de gobierno y patrones estructurales. Por lo demás, en los últimos años ha crecido sustancialmente el litigio de casos colectivos. Esto es, casos en los cuales se plantea la afectación de un grupo o una "clase" de víctimas por la acción u omisión de un Estado. Como ejemplo de ello puede mencionarse los casos sobre pueblos indígenas, así como las recientes medidas provisionales dispuestas por la Corte en materia carcelaria,⁽⁵⁴⁾ y sobre comunidades negras.⁽⁵⁵⁾

La última reforma del Reglamento de la Corte ha ampliado considerablemente la posibilidad de las víctimas, y de las organizaciones no gubernamentales que las representan, de presentar ante la Corte sus propios alegatos y ofrecer su propia prueba, aunque deben sujetarse a los hechos planteados por la Comisión en su demanda. Los representantes de las víctimas tienen, además, plena legitimación procesal en la etapa de reparaciones y suelen fijar sus propios pedidos en cuanto al tipo de medidas de reparación no económica que debería fijar la Corte. En esta etapa se discuten, por ejemplo, reparaciones de alcance general, como el cambio de normas legales o de políticas públicas. Es indudable que esa mayor participación de las víctimas y de las organizaciones que las asisten enriquece el debate y permite disponer medidas de reparación que tienen un rol central en el fortalecimiento de las instituciones nacionales, lo que en

(54) Entre otras puede verse: Corte IDH, Asunto de la cárcel de "Urso Branco" respecto de Brasil, resolución de 18 de junio de 2002 y última resolución de 2 de mayo de 2008; Corte IDH, Asunto de las Penitenciarías de la Provincia de Mendoza respecto de Argentina, resolución del 22 de noviembre de 2004 y última resolución del 17 de octubre de 2008; Corte IDH, Asunto de las personas privadas de libertad de la penitenciaría "Dr Sebastiao Martins Silveira en Araquara, Sao Paulo", respecto de Brasil, resolución del 28 de julio de 2006 y última resolución del 25 de noviembre de 2008; Corte IDH, Asunto de los niños y adolescentes privados de la libertad en el "Complexo de Tatuapé" da FEBEM, respecto de Brasil, resolución del 17 de noviembre de 2005 y última resolución del 25 de noviembre de 2008.

(55) Corte IDH, Asunto comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia, resolución del 7 de marzo de 2006 y última resolución del 5 de febrero de 2008.

cierta medida contribuye a compatibilizar el rol judicial con el rol político o promocional del SIDH.

La incorporación de la voz de las víctimas, y de las organizaciones peticionarias en el litigio ante la Corte, introduce la perspectiva y la "teoría del caso" de los demandantes particulares. A partir de la consolidación de esta tendencia se ha abierto una discusión sobre la necesidad de que la CIDH gradualmente reformule su rol en el litigio ante la Corte. Ello otorgaría a los peticionarios un lugar central, y preservaría un lugar más estratégico, como una suerte de ministerio público para la formulación de asuntos de interés general que estén involucrados en el caso particular. Así, por ejemplo, se podrían señalar aquellos temas estructurales o generales que subyacen a la violación de derechos de las víctimas individuales de un caso, de modo de aportar un enfoque más amplio que, al mismo tiempo, contribuya a articular mejor su función cuasi-judicial con su rol político. La CIDH debería preservar la posibilidad de sugerir a la Corte medidas de reparación de alcance estructural, como cambios de leyes, de prácticas, y de políticas, y podría aportar también sobre la situación de los derechos humanos en el país demandado. Este cambio de rol podría consolidarse sólo en aquellos casos donde los derechos de las víctimas estuvieran resguardados y se asegurara un adecuado equilibrio procesal con los Estados.

Una estrategia importante, que la Comisión ha buscado para articular el sistema de casos con su tarea promocional, es la creación de Relatorías temáticas. Las Relatorías además de interiorizarse en los casos, realizan un trabajo de diagnóstico y seguimiento de los temas específicos de su competencia e impulsan actividades de incidencia de la Comisión sobre las políticas nacionales que los afectan, tales como visitas *in loco*, audiencias de situación general e informes temáticos. Esta actividad permite la utilización, en ocasiones, de los casos en trámite para avanzar en las discusiones sobre temas que la Relatoría considera prioritarios en su propia agenda de diálogo con los Estados y la sociedad civil. Así, la Relatoría sobre pueblos indígenas se ha involucrado en una serie reciente de casos tramitados ante la Corte sobre propiedad comunitaria de territorios ancestrales y participación política. La Relatoría especial para la libertad de expresión ha definido como un asunto central de su agenda la despenalización de la crítica sobre temas de interés público y, además de analizar la temática

en sus informes y comunicados de prensa de manera frecuente, ha acompañado el litigio ante la Corte de algunos casos que procuran avanzar en los estándares del SIDH en este campo. Las decisiones logradas servirán en el futuro como marco conceptual para el trabajo de la Relatoría en este tema, y así, se mejorará la articulación de estrategias judiciales y de promoción.⁽⁵⁶⁾

También puede observarse esa articulación entre los Informes temáticos de la Relatoría sobre derechos de las mujeres y los casos tramitados ante la CIDH sobre violencia estructural, discriminación y denegación de acceso a la justicia. También la Relatoría sobre afro-descendientes y discriminación racial ha comenzado gradualmente a iluminar aspectos particulares de discriminación racial en casos de violencia contra comunidades negras en algunos países.

La búsqueda de articulación de rol judicial y rol político no es sólo una estrategia desarrollada por las Relatorías temáticas, sino también por las Relatorías a cargo del seguimiento de la situación en los países. Así, por ejemplo, el seguimiento que la CIDH ha realizado en los últimos años sobre las actividades de grupos paramilitares en Colombia —sus crímenes masivos y el alto grado de impunidad de sus acciones en la justicia colombiana—, además de ser considerado en informes de país y en el informe anual de la CIDH, y de estar en la agenda de supervisión de los Relatores de país, fue ilustrado por una serie de casos paradigmáticos presentados ante la Corte IDH. En esos casos, no sólo se fijaron estándares jurídicos claros sobre la responsabilidad estatal por los crímenes del paramilitarismo, sino que se analizaron problemas estructurales del funcionamiento de las instituciones judiciales, como la justicia penal militar y el fuero contencioso administrativo. Más recientemente, la CIDH y varios peticionarios pidieron a la Corte IDH que se pronunciara sobre aspectos de la ley de justicia y paz que rige el proceso de desmovilización de paramilitares colombianos. Al mismo tiempo, la CIDH como parte de su rol político, realizó un seguimiento del proceso de desmovilización y un acompañamiento de la misión MAPP/OEA en Colombia, pronunciándose sobre aspectos jurídicos del marco normativo, pero también sobre problemas concretos de implementación de la ley de justicia y paz. De modo que la misma cues-

.....

(56) Ver los casos “Canese contra Paraguay”; “Herrera Ulloa contra Costa Rica”.

ción se abordó y discutió en el contexto de los casos ante al Corte IDH y en la agenda de supervisión de la CIDH. En tal sentido, la jurisprudencia que fue fijando la Corte en diferentes asuntos como el alcance del deber de investigación penal, las medidas adecuadas de protección de víctimas y de testigos, la naturaleza y características de las reparaciones a las víctimas de los grupos paramilitares y la responsabilidad del Estado colombiano al respecto, tuvo un enorme peso en las discusiones internas sobre el alcance de las normas que rigieron la desmovilización y las políticas públicas adoptadas en ese proceso.⁽⁵⁷⁾ La CIDH usó la jurisprudencia de la Corte como base de sus análisis en sus diálogos con agencias del Estado, en sus pronunciamientos públicos y en sus informes.⁽⁵⁸⁾ También funcionó como marco de referencia de algunas agencias del propio Estado, al formular recomendaciones al Gobierno y al Congreso, como la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación de Colombia (CNRR),⁽⁵⁹⁾ y sirvió como marco al trabajo de control que ejercieron las organizaciones de derechos humanos en Colombia.⁽⁶⁰⁾ Las sentencias de la Corte, y las recomendaciones y lineamientos de la CIDH, también fueron considerados relevantes, en varios debates parlamentarios durante el proceso que todavía está en curso: no sólo la discusión en el Congreso de la ley de Justicia y Paz, sino también la reciente discusión sobre una ley general sobre reparaciones a las víctimas del conflicto.

Sin embargo, más allá de estas formas positivas de articulación, en un sistema caracterizado por la limitación de recursos, existe también tensión entre el uso de recursos para avanzar la tramitación de casos, frente al uso de recursos para las actividades de promoción —como las visitas *in loco*,

(57) Ver CIDH, el caso de la “Masacre de Ituango vs. Colombia”, sentencia del 1 de junio de 2006, y CIDH, y el caso de la “Masacre de la Rochela. 11 de mayo de 2007.

(58) Ver CIDH, “Seguimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Proceso de Desmovilización de las AUC en Colombia. Compendio de documentos publicados (2004-2007), 2/07. También CIDH, “Lineamientos Principales para una Política Integral de Reparaciones”, 2008.

(59) Ver, Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, “Recomendación de Criterios de Reparación y de Proporcionalidad Restaurativa”, Bogotá, CNRR, abril de 2007.

(60) Ver por ejemplo, UPRIMNY RODRIGO; BOTERO, CATALINA; RESTREPO, ESTEBAN y SAFFON, MARÍA PAULA (eds.), *¿Justicia Transicional sin Transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2006; DIAZ, ANA M. y MARIN, CARLOS A. (eds.), “Colombia: El espejismo de la justicia y la Paz. Balance de la Aplicación de la ley 975 de 2005”, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas (CCJ), 2008.

las visitas a los países de las Relatorías, las audiencias de situación general, o los procesos de consulta y de elaboración de informes o estudios temáticos—.

Las necesidades que se derivan de la gestión de los casos han predominado también en los criterios de contratación del personal de la secretaría ejecutiva y en su estructura de organización interna, que parece más adaptada a la lógica de un tribunal, que a la de un órgano con dos competencias diferenciadas: cuasi judiciales y de supervisión. Un ejemplo es el predominio de abogados en el equipo de trabajo de la secretaría y la inexistencia de un área que coordine y fije reglas metodológicas comunes para la elaboración de informes, visitas, y actividades de promoción y supervisión.

Además de la limitación de recursos, es común que se invoque el rol cuasi-judicial para inhibir a la CIDH de intervenir o pronunciarse sobre temas que están siendo materia de estudio en el sistema de casos, para evitar eventuales prejuicios. El abuso de este argumento puede conducir a actitudes conservadoras en el ejercicio de las facultades de supervisión. Lo que se contrapone es la necesidad de preservar la imparcialidad para decidir si existió en un caso una violación de derechos, frente a la necesidad de intervenir en situaciones en curso, a través de las vías de supervisión, como las visitas, los informes y los posicionamientos públicos. Sin duda, esta cuestión presenta aristas complicadas y pone en evidencia la naturaleza particular de la CIDH que ejerce, al mismo tiempo, facultades que a veces resultan contrapuestas. La intervención retroactiva que apunta a reparar violaciones consumadas puede, en ocasiones, oponerse a otro tipo de intervención de índole preventiva que actúe sobre situaciones en curso, y que apunte precisamente a evitar que las violaciones se consumen o persistan en el tiempo.

La tensión entre el rol cuasi-judicial y el rol político, propia de un órgano de protección híbrido con amplísimas competencias, caracteriza la dinámica de trabajo de la CIDH. Este tema merece, sin duda, una discusión profunda, y existe un debate sobre la necesidad de separar tajantemente los roles judiciales y políticos, que reserve cada rol para un órgano en particular del SIDH. Es posible que este deslinde contribuya a brindar mayor claridad y certeza sobre el alcances de las competencias de la Comisión y de la Corte, y logre eliminar, algunas de las tensiones antes mencionadas.

Sin embargo, en nuestra opinión, gran parte del valor estratégico de la CIDH reside precisamente en la capacidad de articular esas funciones disímiles, y gestionar adecuadamente esa tensión. Ello permite al sistema en su conjunto montar y ajustar en un único engranaje los casos y la supervisión, como dos vías conectadas para intentar incidir en los conflictos complejos y estructurales que caracterizan el escenario político regional.

8 | La efectividad de las decisiones. La articulación con los sistemas de justicia locales

La autoridad de las decisiones y de la jurisprudencia de los órganos del sistema depende en parte de la legitimidad social alcanzada y de la existencia de una comunidad de actores interesados que acompaña y difunde sus estándares. No se trata de incidir a través de una fuerza coactiva, de la que se carece, sino de una fuerza persuasiva que debe construir y preservar.

Así, en los países en los cuales el derecho internacional de los derechos humanos hace parte cotidiana del discurso jurídico y los argumentos planteados en las cortes, se dan algunos factores para considerar como relevantes. Por un lado, el SIDH tiene un prestigio ganado a partir de ciertas acciones y decisiones que han marcado los procesos políticos del país. Por otro lado, existe una comunidad de actores sociales, políticos y sectores académicos, que se consideran protagonistas de la evolución del propio SIDH. En la Argentina, por ejemplo, la incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional en 1994 fue un paso importante para ello, pero también lo fue el rol jugado por la Comisión en su visita al país en plena dictadura militar en 1979, y su informe que contribuyó a fortalecer a las organizaciones de víctimas y a desgastar al gobierno ante la comunidad internacional. En Perú también ha sido central la legitimidad ganada por la Comisión y la Corte en sus planteos de violaciones de derechos humanos durante el gobierno de Fujimori, lo que ha contribuido a conformar un sector de organizaciones sociales, de académicos, así como un núcleo de jueces y operadores jurídicos, familiarizados con el sistema.

Si bien en la última década se ha avanzado sustancialmente en la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno de los Estados, y en varios países de la región la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte se considera como una guía, e incluso como una “guía ineludible” para la interpretación de la Convención Americana por los jueces locales,⁽⁶¹⁾ no se trata de un proceso lineal y existen voces disidentes. Recientes decisiones de los tribunales superiores en República Dominicana y en Venezuela relativizan la obligación de aplicación automática de las decisiones de la Corte IDH y procuran resguardar para las cortes nacionales una facultad de revisión previa (test de legalidad), acerca de la compatibilidad de la decisión del órgano internacional con el orden constitucional del país. Se trata de un debate abierto en los sistemas de justicia del continente, en el cual las posiciones refractarias a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos tienen todavía un peso considerable.

Un factor importante para la consolidación de una mayor apertura de los sistemas de justicia nacionales a la aplicación del derecho internacional es, en mi opinión, la conformación de una fuerte comunidad académica, que discuta críticamente las decisiones del sistema y aporte insumos para el tratamiento de la jurisprudencia por los jueces y operadores jurídicos. Esta comunidad académica local y regional no sólo es indispensable para asegurar la aplicación de los estándares interamericanos a nivel doméstico, sino también para obligar a rendir cuentas a los propios órganos del SIDH y presionar por una mejora en la calidad, la consistencia y el rigor técnico de sus decisiones. Si bien existen claros avances en los últimos tiempos, aún no es posible afirmar que esa comunidad exista a nivel regional. Las decisiones de la Corte y de la Comisión son poco comentadas, muy poco criticadas y, en varios países, escasamente conocidas. Los tímidos debates originados en los últimos tiempos han obligado a replantear al menos a nivel teórico algunas premisas. Sólo como ejemplo es interesante plantear los cuestionamientos que, desde la dogmática penal tradicional se han formulado al alcance de los deberes de persecución penal de graves violaciones de derechos humanos establecidos en la jurisprudencia del SIDH y sus consecuencias sobre algunas garantías de los imputados, como el

.....

(61) Por ejemplo, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en los casos *Giroldi*; *Poblete*; *Arancibia Clavel* entre otros. Ver Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), *op. cit.*

principio de cosa juzgada y *ne bis in idem*,⁽⁶²⁾ así como las discusiones que un sector de la doctrina constitucional formula al valor de autoridad de las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos, y el cuestionamiento del déficit democrático de estos órganos internacionales o su falta de conocimiento de los procesos que se dan al interior de las comunidades políticas nacionales.⁽⁶³⁾

Es verdad que el nivel de cumplimiento de las decisiones particulares en el SIDH es importante en relación con las medidas reparatorias. También respecto de medidas de reformas legislativas que fueron ya mencionadas. En ambos casos, algunos estudios preliminares sugieren que el nivel de cumplimiento más alto se da en el marco de los procesos de solución amistosa, donde el Estado, de manera autónoma, se fija compromisos de esta índole.

Sin embargo, los principales problemas de incumplimiento tanto, de las recomendaciones de la Corte IDH cuanto de las sentencias de la Corte IDH, están en las medidas de investigación penal de crímenes de Estado, en particular cuando los procesos internos se han cerrado y su reapertura puede afectar las garantías de los acusados. En algunos países se observa un grave deterioro de las instancias judiciales con niveles de impunidad generalizados, esto es, que éstas no se limitan a los casos de violaciones a

(62) Ver por ejemplo, MARGARELL, L. y FILIPPINI, L. (eds.), *El Legado de la Verdad. La Justicia Penal en la Transición peruana*, Lima, ICTJ e IDEHPUEP, 2006.

(63) GARGARELLA, ROBERTO, "Justicia Penal Internacional y Violaciones Masivas de Derechos Humanos", en GARGARELLA, ROBERTO, *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*, Bogotá, Universidad de Los Andes y Siglo del Hombre Editores, 2008. El autor repasa algunos cuestionamientos que pueden formularse desde una teoría de la democracia deliberativa al valor de autoridad de las decisiones de órganos internacionales de protección, muchos de los cuales admitimos en este artículo. Propone una serie de problemas constitucionales y de déficit democrático que los internacionalistas no solemos plantearnos. Ello, pese a presentar una visión a mi juicio un tanto esquemática del proceso social, político y jurídico complejo que condujo a la construcción de nuevos consensos para la invalidación de las leyes de amnistía por el Congreso y la Justicia en Argentina. Para una crítica de algunas objeciones "comunitaristas" a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina, ver ABRAMOVICH, V., "Editorial", en *Nuevo Doctrina Penal*, 2007-B. También puede seguirse el debate entre Carlos F. Rosenkrantz y Leonardo Filippini. Ver al respecto, ROSENKRANTZ, CARLOS F., "En contra de los Préstamos y otros usos no autoritativos del derecho extranjero", en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, octubre, n° 1, año 6, 2005, pp. 71/95; FILIPPINI, LEONARDO "El Derecho Internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", y ROSENKRANTZ, CARLOS F., "Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, septiembre, n° 1, año 8, 2007, pp. 191/213.

los derechos humanos. Hemos visto cómo el SIDH ha utilizado el examen de patrones estructurales de impunidad para invalidar decisiones judiciales que intentan clausurar la investigación de este tipo de crímenes, por lo general para beneficiar a grupos con poder y en perjuicio de ciertos sectores de víctimas.⁽⁶⁴⁾

Por otro lado, no se ha avanzado de manera significativa en mecanismos internos de implementación de decisiones de los órganos del SIDH.⁽⁶⁵⁾ Esto en particular resulta un obstáculo cuando se trata de la imposición de obligaciones positivas. El trámite de un caso internacional y el cumplimiento de las medidas de reparación fijadas, requieren un alto nivel de coordinación entre diferentes agencias de gobierno que no suele alcanzarse. Esto dificulta sensiblemente el trámite del caso, el trabajo de los órganos del SIDH y el cumplimiento de las decisiones. La coordinación al interior del mismo gobierno es compleja, pero más lo es la coordinación del gobierno con el Parlamento o la Justicia, cuando las medidas involucradas en un caso requieren reformas legales o la activación de procesos judiciales. El tema es aún más grave cuando se trata de coordinar agencias del Estado nacional con Estados provinciales en sistemas federales.

La Comisión y la Corte realizan un informe a la Asamblea de la OEA sobre los incumplimientos, pero el tiempo que tienen para plantear y activar los mecanismos de garantía colectiva de los Estados es mínimo. Tampoco existe un debate serio en el ámbito del sistema sobre cómo mejorar los mecanismos de cumplimiento de índole política y alcanzar un mayor compromiso de los diversos órganos de la OEA.

.....

(64) En el caso “Carpio Nicolle contra Guatemala”, la Corte IDH ha considerado el concepto de “cosa juzgada aparente o fraudulenta” en función no sólo de las circunstancias del proceso judicial en estudio, sino también del contexto y de la existencia de un “patrón sistemático de impunidad” de ciertos crímenes de Estado. Nuevamente hay aquí una perspectiva que apunta a examinar desigualdades en la aplicación de la ley penal en beneficio de ciertos sectores privilegiados o en perjuicio de otros sectores sociales sojuzgados. En este caso, la desigualdad ante la ley es el fundamento de la descalificación de la decisión judicial de cierre del proceso y eso permite relativizar también el principio de cosa juzgada y de *ne bis in idem*. Puede consultarse el completo artículo de KRSTICEVIC, VIVIANA, “Reflexiones sobre la Ejecución de las Decisiones del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, en Liliana Tojo y Viviana Krsticevic (coords.), *Implementación de las Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, Normativa y Experiencias Nacionales*, Buenos Aires, CEJIL pp. 15/112

(65) Colombia y Perú han sancionado normas sobre implementación y coordinación intergubernamental que son un modelo a considerar.

El mecanismo más efectivo hasta ahora para lograr resultados en el cumplimiento es la creación de instancias de supervisión internacional como las audiencias de seguimiento ante la Comisión o la Corte. Muchas organizaciones que representan víctimas prefieren estos mecanismos de supervisión internacional a los sistemas de ejecución internos, pues entienden que volver al ámbito nacional implica devolver a las víctimas a una situación de desequilibrio de poder con el Estado que sólo la participación del órgano internacional puede evitar.⁽⁶⁶⁾

Otro punto a considerar cuando se examinan los obstáculos a la efectividad del sistema, es el tipo de remedios que se disponen como medidas de reparación en los casos contenciosos, o en el marco de las medidas cautelares o provisionales. Si bien muchas veces los remedios fijados en los casos obedecen a las sugerencias de los peticionarios y representantes de las víctimas, no existe una línea jurisprudencial consistente sobre esto. Otro problema es que el sistema sigue pensando y diseñando remedios bajo el modelo elaborado en el tiempo de las transiciones, poniendo más énfasis en la investigación y determinación de responsables de las violaciones, y menos en la modificación de los problemas estructurales que esas violaciones evidencian. Este sistema de remedios clásicos no encaja plenamente con el tipo de conflictos propios de la nueva agenda a la que hacíamos referencia. Sobre todo cuando el SIDH no se limita a juzgar hechos ocurridos en el pasado, sino que procura prevenir la consumación de daños, o el agravamiento de situaciones en curso, o pretende incidir en la reversión de patrones sistemáticos o superar deficiencias institucionales. Ello ha quedado expuesto, en mi opinión, con mayor claridad en el marco de las medidas provisionales de la Corte en materia carcelaria. Estos asuntos en los que se plantea la existencia de condiciones inhumanas de detención, y prácticas estructurales de violencia toleradas por autoridades estatales y federales, funcionan como una suerte de "*habeas corpus*" colectivo internacional. En ellos se ha desarrollado un interesante debate sobre el tipo de remedios y los mecanismos de supervisión internacionales y locales. La Corte, a instancia de los peticionarios y de la Comisión, ha ido modificando gradualmente el tipo de remedios impuestos al Estado federal y, por su intermedio, a los Estados provinciales, pero aún no se

(66) Ver al respecto, Abregú, M. y Espinoza, O. "La Eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Aplicación de sus Decisiones por los Estados Parte", en Víctor Abramovich, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.), op. cit., pp. 191/216.

ha conseguido un cumplimiento adecuado de las órdenes establecidas. La lógica de los remedios fijados se asemeja a los remedios del litigio de reforma estructural en los tribunales nacionales. En este tipo de casos se procura equilibrar numerosos intereses contrapuestos y dar al gobierno un margen para definir medidas, presentando planes de acción de mediano y largo plazo. Se busca, además, resguardar el acceso a la información, y la participación de las víctimas y sus representantes en los procesos que definen esas políticas.⁽⁶⁷⁾ Una discusión abierta es si este tipo de medidas de supervisión internacional pueden ser efectivas, sin que se involucre activamente al propio sistema de justicia doméstico, y a órganos públicos nacionales que estén en condiciones de realizar una evaluación y fiscalización de la situación carcelaria permanente en el terreno.⁽⁶⁸⁾

La persistencia de bajos niveles de efectividad de este tipo de remedios estructurales puede conducir a un replanteo de todo el SIDH, y traer costos en término de legitimidad de la Corte. Lo cierto es que el SIDH ingresó en una etapa de desarrollo de un modelo de litigio estructural de protección de grupos o colectivos, sin haber afinado y discutido con profundidad los límites o potencialidades de sus reglas procesales,⁽⁶⁹⁾ su sistema de remedios, y sus mecanismos de seguimiento y supervisión de decisiones.

(67) Ver SABEL, C. y SIMON, W., "Desestabilization rights: How Public law litigation succeeds", en *Harvard Law Review*, 117: 1016, 2004; GAURI, VARUN y BRINKS, DANIEL M., "A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World", en Varun Gauri y Daniel M Brinks. (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Nueva York, Cambridge University Press. 2008; ABRAMOVICH, VÍCTOR, "El Rol de la Justicia en la articulación de políticas y derechos sociales", en Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.), *La Revisión Judicial de las Políticas Sociales. Estudio de casos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp.1/91.

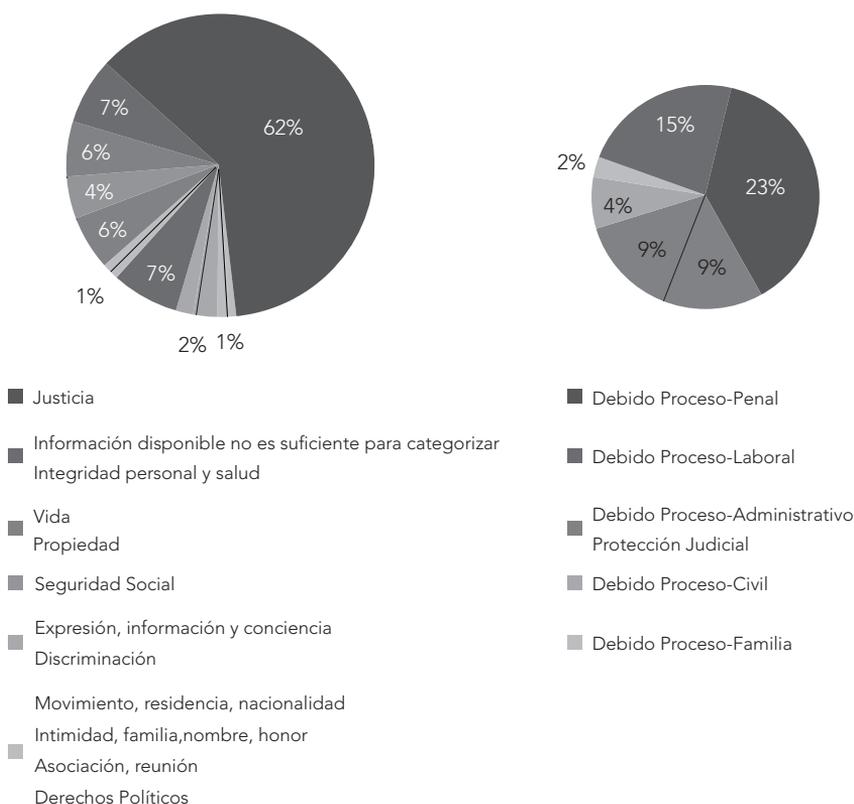
(68) Ver el caso "Lavado, Diego Jorge y otros c. Provincia de Mendoza sobre acción declarativa de certeza". Corte Suprema de Justicia argentina, 6 de septiembre de 2006. Se trata de la decisión de la Corte Suprema de Justicia argentina que discute la implementación de las medidas provisionales dispuestas por la Corte IDH en el asunto de Penitenciarias de Mendoza respecto de Argentina.

(69) Por ejemplo, existe un debate sobre el grado de precisión que se requiere en la identificación de las víctimas en casos de índole colectiva. Se necesita, en todos los casos, nombrar a cada persona afectada. O el SIDH, que ingresó en el tratamiento de patrones estructurales y el reconocimiento de "derechos de grupos", debe adaptar sus procedimientos a esta nueva agenda y aceptar la identificación de grupos o "clases" como víctimas, en especial en la etapa de reparaciones y en el marco de las medidas de protección cautelar. El riesgo es una cierta esquizofrenia, o un desarrollo en direcciones opuestas, entre la jurisprudencia sobre igualdad, y las decisiones en materia procesal.

El debate sobre la efectividad de la supervisión internacional, esta relacionado directamente a una cuestión vital para la calidad de los procesos democráticos, que es la pobre actuación de los sistemas de justicia locales.

En el Gráfico 4, se observa un análisis temático del total de peticiones recibidas en la CIDH en 2008, y surge claramente el lugar central que ocupan los problemas relacionados con el funcionamiento de los sistemas judiciales nacionales: alrededor del 62% de las denuncias contienen esta temática. Dentro de la cuestión justicia, un 23% denuncia violaciones de debido proceso en el ámbito penal, 15% en materia laboral, 9% en procesos administrativos.

GRÁFICO 4: PETICIONES DEL AÑO 2008 EN ESTUDIOS CATEGORIZADOS POR TIPO DE VIOLACIÓN ALEGADA



Fuente: CIDH

Es indudable que una estrategia central para mejorar la efectividad del SIDH es trabajar en mejorar la respuesta de los sistemas de administración de justicia nacionales. El SIDH ha dado pasos importantes en este camino al fijar algunos principios claros acerca de qué debe entenderse por tribunales independientes o imparciales, plazo razonable de los procesos, uso excepcional de la prisión preventiva, el alcance de la cosa juzgada, la revisión judicial de decisiones administrativas, entre otros temas. Una mejor sistematización de esta jurisprudencia podría servir como marco orientador de las políticas de reforma judicial en la región, mejorando la tutela de los derechos en los sistemas judiciales locales. El seguimiento de los sistemas judiciales nacionales debe seguir ocupando un espacio prioritario de la agenda de supervisión política de la CIDH.

El desarrollo de obligaciones positivas en el campo de los derechos humanos, así como de derechos que pueden presentar una dimensión colectiva, exige al mismo tiempo determinar con mayor precisión qué debe entenderse por recursos idóneos y efectivos para protegerlos. Un sistema adecuado y accesible de acciones colectivas —como amparos colectivos, “mandatos de *seguranca*”, acciones de clase y mecanismos de protección cautelar urgente—, puede promover un litigio local de interés público que permita dirimir en los tribunales nacionales muchos conflictos que hoy se dirimen en el escenario internacional. La promoción de vías judiciales para el litigio local de interés público en asuntos de derechos humanos, es, por lo tanto, también estratégica para el SIDH.

9 | Conclusión

Es indudable que el SIDH cuenta con una importante legitimidad, originada en su labor de desestabilización de las dictaduras y, luego, en su rol inverso, definido como de acompañamiento de los procesos de transición a la democracia. En este artículo planteamos que en el actual escenario político de América Latina, el valor estratégico del SIDH consiste en su contribución al fortalecimiento de las instituciones democráticas, en especial la justicia, y a los esfuerzos nacionales para superar los actuales niveles de exclusión y desigualdad. Para ello, además de la solidez de su jurisprudencia y el desarrollo de su sistema de peticiones individuales, el SIDH debe considerar su rol político, poniendo la mira en los patrones

estructurales que afectan el ejercicio efectivo de derechos por los sectores subordinados de la población. Para lograrlo deberá resguardar su función subsidiaria de los sistemas de protección nacionales, y procurar que sus principios y estándares se incorporen no sólo en la doctrina de los tribunales, sino en la orientación general de las leyes y las políticas de gobierno.

Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales.

¿Tres conceptos incompatibles?

por **SEBASTIÁN A. REY**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente trabajo pretende analizar una discusión, que se ha vuelto cada día más relevante en los ámbitos académicos, esto es la tensión existente entre el derecho internacional de los derechos humanos y las decisiones soberanas de los Estados al momento de legislar y, en particular, los límites a las facultades de los pueblos en casos de iniciativas populares o plebiscitos. Para ello, se tomará como ejemplo la sentencia del caso “Gelman c/ Uruguay” dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en el año 2011. Finalmente, se estudiarán los argumentos de dicha decisión a partir de la “teoría de la ponderación” propuesta por Robert Alexy.

.....

(1) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA), Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

2 | Los hechos del caso *Gelman c/ Uruguay*

“Gelman” fue la primera sentencia internacional contra Uruguay por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura cívico-militar entre el 27 de junio de 1973 y el 28 de febrero de 1985. Los hechos del caso tienen la particularidad de que se enmarcan dentro del denominado “Plan Cóndor” plan de coordinación para las desapariciones de personas, la sustracción y apropiación de niños y niñas y, las ejecuciones extrajudiciales de exiliados y refugiados en Argentina luego del golpe de Estado en nuestro país. En este contexto, María Claudia García Iruretagoyena Casinelli y su esposo, Marcelo Ariel Gelman Schubaroff, fueron privados ilegalmente de su libertad por comandos militares uruguayos y argentinos el 24 de agosto de 1976, que los condujeron al centro clandestino de detención conocido como “Automotores Orletti”. Mientras Gelman fue ejecutado en octubre de 1976, García fue trasladada a Montevideo de forma clandestina en avanzado estado de embarazo, habiendo dado a luz a en el Hospital Militar a María Macarena, quien le fue sustraída y abandonada en la casa de un policía uruguayo que la registró como hija propia. En el año 2000, María Macarena se sometió a una prueba de ADN, a los efectos de determinar el eventual parentesco con la familia Gelman, la que resultó en una identificación positiva en un 99,998%.

Por otra parte, el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad que amnistiaba los crímenes cometidos por las fuerzas de seguridad. En 1988 la Suprema Corte de Justicia sostuvo la constitucionalidad de dicha norma. Un año después se interpuso un recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad, el cual no fue aprobado por la ciudadanía uruguaya, pues sólo el 42,4% de los votantes se pronunció a favor de hacer lugar al recurso y el resto en contra. El 19 de octubre de 2009 la Suprema Corte de Justicia en la causa “Sabalsagaray Curutchet” declaró la inconstitucionalidad de la amnistía. Una semana después, se sometió a la “iniciativa popular” un proyecto de reforma constitucional por el cual se introduciría en la Constitución una disposición especial que declarararía nula la Ley de Caducidad, propuesta que sólo alcanzó el 47,7% de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

En cuanto a la investigación de lo ocurrido, en el marco de la dictadura cívico-militar, la Comisión para la Paz redactó un Informe Final en el año 2003, que se asumió como versión oficial sobre la situación de los detenidos-desaparecidos durante el régimen *de facto*. Asimismo, el 19 de junio de 2002 Juan Gelman presentó ante la Justicia una denuncia en relación con la privación de libertad y homicidio de María Claudia García, así como la sustracción de su hija y la supresión de su estado civil. En noviembre de 2003 el Poder Ejecutivo informó que el caso estaba comprendido por los efectos de la Ley de Caducidad por lo que se clausuró la investigación. En el 2004 se desestimó una solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la Ley de Caducidad. Al año siguiente, Gelman solicitó la reapertura de la investigación con base en nuevas pruebas. Ante el cambio de criterio presidencial, se reabrió la investigación, pero el Ministerio Público Fiscal consideró que el caso estaba comprendido en la Ley de Caducidad, lo cual fue ratificado por el Tribunal de Apelaciones. Finalmente, en febrero de 2008 a solicitud de María Macarena se reabrió la causa pero al momento de que la Corte IDH dictó sentencia, no había mayores avances en la investigación, ninguna persona fue formalmente acusada ni sancionada, ni se había logrado determinar el paradero de María Claudia García.

3 | Las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos

A partir de una teoría histórica de los derechos humanos se puede sostener que el reconocimiento del carácter universal de aquellos recién se llevó a cabo luego de la Segunda Guerra Mundial, al configurarse un nuevo orden internacional, que modificó las bases del derecho internacional clásico. En este sentido, se afirma que las graves violaciones de derechos cometidas durante el conflicto sirvieron para que la sociedad internacional se diese cuenta de lo equivocada que era la creencia complaciente de que la única manera de proteger los derechos de los individuos era manteniendo a los gobiernos lo más lejos posible.⁽²⁾

(2) SILBERMAN, ABELLA, R., "The Responsibilities of the State", en Bhatia, Gurcharan, J. O'Neill, Gerald Gall y Bendin, Patrick D. (eds.), *Peace, justice and freedom: human rights challenges for the new millennium*, Edmonton, University of Alberta Press, 2000, p. 324.

Junto al fin del conflicto armado aparecieron nuevos sujetos del derecho internacional, las organizaciones internacionales, que surgen en función de la voluntad de los Estados que las crean a través de un acuerdo multilateral, dotándolas de una estructura funcional y permanente que les permite cumplir con la finalidad para la cual fueron creadas.⁽³⁾ Como sostiene Cassese, las organizaciones internacionales intergubernamentales surgieron como una necesidad de los tiempos modernos, de que órganos conjuntos se encarguen del manejo de los intereses comunes de los Estados en determinadas áreas de las relaciones internacionales. Además, el temor a una Tercera Guerra Mundial motivó que estas agencias intergubernamentales tuviesen cada vez más poderes y autonomía, de modo de poner restricciones más fácilmente a los Estados.⁽⁴⁾

Por ende, la cuestión de las limitaciones a la soberanía estatal a mediados del siglo XX comenzó a debatirse. Empero, ello de ninguna manera implica afirmar que con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas los Estados renunciaron a sus soberanías. La alternativa consistió en que los Estados acordaran, en ejercicio de sus facultades soberanas, el establecimiento de un tipo peculiar de organización internacional intergubernamental con personalidad jurídica propia y vocación de universalidad, en la que la centralización del uso de la fuerza fuese la regla para el ámbito internacional.⁽⁵⁾ De esta manera, en 1945 el ordenamiento jurídico internacional pasó a constituirse en un sistema de normas jurídicas, que regula las relaciones entre quienes son sus sujetos, integrado por un subsistema de coordinación, de tipo descentralizado, basado en el acuerdo de voluntades entre Estados iguales y soberanos⁽⁶⁾ y uno de "cuasi-subordinación", cuyo ámbito de validez material quedó limitado al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales.⁽⁷⁾

(3) LEONE, UGO, *Fondamenti di organizzazione internazionale*, Firenze, Le Monnier, 1986, p. 45.

(4) CASSESE, ANTONIO, *International Law*, New York, Oxford University Press, 2001, p. 69.

(5) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, p. 24.

(6) Ejemplo de ello es el reconocimiento del principio de la igualdad soberana de todos los Miembros de la ONU en el art. 2.1 de la Carta de la organización.

(7) Cf. MONCAYO, GUILLERMO, VINUESA, RAÚL y GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D. T., *Derecho Internacional Público*, 4ªed., Bs. As., Zavalía, 1994, Tomo I, p. 25.

En función de lo señalado, la creación de la ONU coincidió con el surgimiento de la noción de “comunidad de naciones” —en términos habermasianos— o de “comunidad internacional” con sus intereses propios, siendo el más importante la garantía de un nuevo orden público mínimo y necesario para evitar un nuevo derramamiento de sangre.⁽⁸⁾ En palabras de Pinto, esto trae aparejado el surgimiento de una noción vertical del derecho internacional, que conlleva la aceptación mayoritaria de la existencia de normas de *ius cogens*⁽⁹⁾, cuestión que volveré a analizar más adelante. Además, la aparición del derecho internacional de los derechos humanos permitió que los Estados ya no pudiesen sostener la idea tradicional de soberanías ilimitadas y libres de cualquier control externo y que el respeto de los derechos de los individuos sea un asunto de carácter doméstico.⁽¹⁰⁾

En este sentido, se comenzaron a adoptar tratados internacionales de derechos humanos, que creaban mecanismos específicos para su protección e institucionalización.⁽¹¹⁾ A los fines de analizar las relaciones entre esta normativa internacional y el derecho interno existen diferentes teorías. En este artículo se defenderá una posición monista con preminencia del derecho internacional y, en particular, del derecho internacional de los derechos humanos, sobre el derecho interno de los Estados, posición que encuentra respaldo en la jurisprudencia de la totalidad de los tribunales internacionales⁽¹²⁾ y en la gran mayoría de la doctrina. Ello se debe a que

(8) AGUIAR, ASDRÚBAL, “La coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado. Reconstrucción teórica y análisis comparado de la jurisprudencia argentina y venezolana sobre derechos humanos y crímenes de lesa humanidad”, en *Revista de Derecho Comparado*, n° 13, Bs.As., Rubinzal Culzoni, 2009, p. 6.

(9) PINTO, MÓNICA, *L'Amérique latine et le traitement des violations massives des droits de l'Homme*, París, Editions A. Pedone, 2007, pp. 27/28.

(10) BUERGENTHAL, THOMAS, “International Human Rights in an Historical Perspective”, en Symonides, Janusz (ed.), *Human Rights: Concept and Standards*, UNESCO Secretariat, 2000, p. 12; SUDRE, FREDERIC, *Droit international et européen des droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1989, pp. 36/37.

(11) CARRILLO SALCEDO, JUAN A., “Souveranité des Etats et droits de l'homme en droit international contemporain”, en Matscher, Franz y Petzold, Herbert (ed.), *Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies* (in honour of Gerard J. Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG), Köln, Berlín, Bonn y Munich, 1988, p. 92.

(12) La Corte Internacional de Justicia, quizás el tribunal internacional más reconocido, ha reconocido esta supremacía del derecho internacional desde 1872. Ver. CIJ, *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion of 26 April 1988, I.C.J. Reports 1988, párr.

para el derecho internacional, el derecho interno es un mero hecho, al igual que las sentencias locales y las decisiones administrativas.⁽¹³⁾ Incluso la Comisión de Derecho Internacional ha señalado que

“[e]l hecho de un Estado debe calificarse de internacionalmente ilícito si constituye una violación de una obligación internacional, aunque ese hecho no contravenga el derecho interno del Estado, ni siquiera en el caso en que, con arreglo a tal derecho, el Estado esté en realidad obligado a ese comportamiento”.⁽¹⁴⁾

Estos principios fueron codificados en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que cuando dispone que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado(...)”, refleja una norma consuetudinaria de derecho internacional.⁽¹⁵⁾

En virtud de ello, una vez que un tratado de derechos humanos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) entró en vigor para un Estado, éste debe adaptar su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en el mismo instrumento.⁽¹⁶⁾ Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado

.....

57. La Corte Permanente de Justicia Internacional en su jurisprudencia constante también había reconocido que en las relaciones entre las partes en un tratado es un principio generalmente aceptado del derecho internacional que el derecho interno no prevalece sobre las cláusulas del pacto. Ver, CPJI, *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919 (Question of the "Communities")*, Advisory Opinion of July 31, 1930, P.C.I.J., Series B, N°. 17, p. 13 y 32; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, Judgment of June 7th, 1932, P.C.I.J., series A/B, N°. 46, 1932, p. 167 y *Appeal from a Judgment of the Hungaro/Czechoslovak Mixed Arbitral Tribunal (The Peter Pázmány University)*, Judgment of 15 December 1933, P.C.I.J., serie A/B, N°. 61, 1932, p. 243.

(13) Ver, CPJI, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*, Judgment of May 25, 1926, P.C.I.J., series A, N°. 7, p. 19.

(14) AG, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*, 56° período de sesiones, suplemento N°. 10 (A/56/10), 2001, Capítulo IV, Responsabilidad de los Estados, art. 3, p. 57.

(15) Ver. CIJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina c/ Uruguay)*, Judgment of 20 April 2010, párr. 121.

(16) CIDH, “Caso Ivcher Bronstein c/. Perú”. Competencia. Sentencia de 24 /09/1999, serie C N°. 54, párr. 37 y “Caso Lori Berenson Mejía c/. Perú”. Fondo, Reparaciones y Costas

que “de conformidad con el art. 2 de la CADH, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado”.⁽¹⁷⁾

Una de las críticas que ha recibido la Corte IDH consiste en que cuando ordena a un Estado reformar su Constitución política se produce una clara intromisión en asuntos de exclusiva competencia estatal.⁽¹⁸⁾ En igual sentido, al criticar el fallo “Gelman” se afirmó que “...la ley nunca puede aceptar la jurisdicción de un organismo que puede, eventualmente, dictar fallos contrarios a las normas de [l]a Constitución (...) Uruguay —como los otros Estados— no estaría obligado a cumplir con fallos que nos condenen a violar [l]a Constitución”.⁽¹⁹⁾

En primer término, debe recordarse que un Estado no puede alegar su propia Constitución con el fin de eludir obligaciones que le incumben en virtud del derecho internacional o de tratados en vigencia.⁽²⁰⁾

Por otra parte, el propio derecho de los tratados admite como excepción a esta primacía del derecho internacional sobre el derecho interno los supuestos de nulidad de un tratado por haberse brindado el consentimiento de un Estado a obligarse violándose manifiestamente una disposición de

.....
 ,sentencia del 25/11/ 2004, serie C N°. 119, párr. 222.

(17) CIDH, “Caso Caesar c/ Trinidad y Tobago”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 11/03/ 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

(18) MALARINO, EZEQUIEL, “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencia antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en Daniel Pastor,(dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, 1ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2009, p. 50.

(19) PASTORI FILLOL, ALEJANDRO, “Reflexiones sobre los problemas jurídicos vinculados con la ejecución de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso Gelman c/ Uruguay”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Año I, N°. 1, Mendoza 2011, p. 190.

(20) CPJI, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory*, Judgement of 1932, P.C.I.J., series A/B, N°. 44, pp. 24 /25; *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, P.C.I.J., series B, N°. 15, pp. 26/ 27. *Mutatis mutandi S.S. "Wimbledon"*, 1923, P.C.I.J.,series A, N°. 1, pp. 29/30; Greco-Bulgarian "Communities", 1930, P.C.I.J.,series B, N°17, p. 32, *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*, 1930, P.C.I.J., series A, N°. 24, p. 12; Exchange of Greek and Turkish Populations, 1925, P.C.I.J., series B, N° 10, p. 20. Véase también CIJ, *Nottebohm, Preliminary Objection*, ICJ Reports 1953, p. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants*, ICJ Reports 1958, p. 67 y *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, ICJ Reports 1988, párr. 57.

su derecho interno, concerniente a la competencia para celebrar tratados. El requisito adicional que se exige es que esa violación sea manifiesta, es decir, que resulte objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe, y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Entonces, en función del principio de buena fe, que rige las relaciones internacionales, este supuesto deberá ser demostrado en el caso concreto a los fines de afirmar que un tratado no se aplica por violar una norma constitucional pero el mero hecho de que la Constitución contradiga un tratado de derechos humanos no basta para hacer prevalecer a la primera. Un claro ejemplo de ello fue la cláusula de la constitución chilena que admitía la censura previa que generó responsabilidad internacional del Estado.⁽²¹⁾ De este modo, como sostiene Cançado Trindade queda claro que cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango —constitucional o infra-constitucional—, puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos.⁽²²⁾

Una última cuestión se vincula con los hechos internacionalmente ilícitos que se les atribuyen a los Estados. En general, se reconoce que el Estado responde por los actos u omisiones de sus órganos, quedando comprendidos así los tres poderes del Estado. De esto se desprenden dos consecuencias importantes a los fines de este trabajo. La primera, que la Corte IDH ha denominado el deber de realizar un

“...control de convencionalidad”, implica que “cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la CADH, eviden-

(21) Ver, CIDH, Caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) c/ Chile” Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 05/02/2001. Serie C N° 73, párrs. 72 y 98.

(22) Ídem, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 40.

temente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes".⁽²³⁾

La segunda consiste en que los pronunciamientos directos de la ciudadanía relativos a la aprobación o ratificación de una ley tienen naturaleza legislativa por lo que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado.⁽²⁴⁾

3.1 | El respeto de los derechos humanos como límite a la voluntad de las mayorías

En función de la relación existente entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos es que entiendo debe leerse el examen que la Corte IDH hizo en "Gelman" de la Ley de Caducidad de 1986 —la versión uruguaya de la amnistía de los criminales del Cono Sur— teniendo en cuenta que había sido respaldada por un gran número de uruguayos a través del referéndum de 1989 y la "iniciativa popular" de 2009.

El Tribunal señaló que todos los órganos internacionales de protección de derechos humanos y diversas altas cortes nacionales de la región, han concluido que las leyes de amnistía sobre graves violaciones de derechos humanos violan el deber de investigar y sancionar dichas violaciones,

(23) CIDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores c/. México". Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26/11/ 2010, serie C N°. 220, párr. 225. El juez Ferrer Mac-Gregor Poisot entiende que "[a] ser la CIDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la CADH, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la CIDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con efectos subjetivos, y (ii) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo, además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser 'transmitido a los Estados parte de la Convención', para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la CIDH, en su calidad de 'intérprete última' del *corpus iuris* interamericano". Ídem, voto razonado juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 63.

(24) CIDH, "Caso Gelman c/Uruguay". Fondo y Reparaciones, sentencia del 24/02/2011, serie C N°. 221, voto concurrente del juez Vio Grossi.

cuestión a la que regresaré en el apartado § V.⁽²⁵⁾ Al mencionar su jurisprudencia constante sobre este tema, la Corte IDH recuerda, por si a algún/a desprevenido/a se le olvidó, que Uruguay forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por decisión soberana.⁽²⁶⁾

Puntualmente, la Corte IDH no dedica mucha tinta a cuestionar la legitimidad democrática de la amnistía uruguaya. Al referirse a la ratificación o respaldo por la ciudadanía de la norma discutida, en un párrafo concluyó que:

“[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (...) la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías”.⁽²⁷⁾

Además, el Tribunal destacó que ésta había sido también la línea argumentativa utilizada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el Caso “Sabalsagaray Curutchet”, al establecer que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales y la sujeción de los poderes públicos a la ley”.

Ante este breve desarrollo surgieron algunas críticas. Así, Filippini sostuvo que “[e]l caso uruguayo invitaba a argumentar con más solidez acerca del valor de los procesos de construcción de decisiones, vistas las votaciones celebradas en Uruguay en torno a la vigencia de la Ley de Caducidad”.⁽²⁸⁾

(25) Ello acarrea la violación de los arts. 8.1 y 25 de la CADH en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, y en el caso particular, de los art. III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada. Ver REY, SEBASTIÁN A., “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del año 2011”, *Diario La Ley*, 9 de mayo de 2012, pp. 1/6.

(26) CIDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, párr. 197.

(27) Ídem, párr. 239.

(28) FILIPPINI, LEONARDO, “Reconocimiento y justicia penal en el caso Gelman”, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, 2012, p. 191.

El propio autor señaló que:

“[e]s cierto que, como regla, desde la perspectiva del derecho internacional, un plebiscito o un acto unilateral del poder ejecutivo son igualmente hechos del estado obligado. Pero no es menos cierto que uno y otro tienen distintas implicancias para las personas directamente interesadas y que tales implicancias deberían ser ponderadas por un sistema de protección de derechos subsidiario y dirigido a la satisfacción de los derechos de esa misma comunidad”.⁽²⁹⁾

Para Gargarella, la posición del Tribunal llevada a su extremo implicaría que la democracia debe arrodillarse frente al Derecho Internacional, lo cual considera “...gravísimo para quienes pensamos a la democracia en términos de deliberación democrática, [donde] lo central es el origen más o menos democrático de las normas cuestionadas y no el contenido”.⁽³⁰⁾ Esta concepción de la democracia también parecería ser compartida por Filippini cuando señala que la Corte IDH “anula la Ley de Caducidad porque expresó la impunidad, y no una salida auténticamente consensuada”.⁽³¹⁾

En primer lugar, considero destacable que exista un diálogo fluido entre los tribunales internacionales y los órganos de los Estados a los fines de que no existan criterios demasiado dispares sobre cómo interpretar el contenido de los tratados de derechos humanos. Igualmente, las decisiones de los tribunales internacionales deben ser motivadas, lo que es inherente a la correcta administración de la justicia. Empero, las sentencias no son tratados o manuales de derecho internacional. Los jueces tampoco deben explicitar las distintas teorías sobre la democracia que existen y demostrar por qué eligen unas y no las otras. Con esto quiero decir que cuando una cuestión ya ha sido resuelta en numerosas oportunidades de la misma manera y los Estados continúan incumpliendo sus obligaciones, un par de párrafos son más que suficientes. Vale la pena mencionar que

.....
(29) FILIPPINI, LEONARDO, op. cit.

(30) GARGARELLA, ROBERTO, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, 07/06/2011, Publicado en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2011/06/5-comentarios-sobre-la-decision-de-la.html>

(31) FILIPPINI, LEONARDO, op. cit., p. 192.

en el ámbito interamericano ya desde 1974 existen pronunciamientos en contra de la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos.⁽³²⁾ Incluso, en el caso de la Ley de Caducidad uruguaya, en 1992 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el gobierno uruguayo no había cumplido con la obligación de garantizar el respeto a los derechos reconocidos en los arts. 8.1 y 25 de la CADH, sin que resulte importante que la norma haya sido aprobada por la vía de un referéndum popular, toda vez que:

“...a la Comisión no le compete pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad internas de las legislaciones nacionales. Sin embargo, sí es de su competencia la aplicación de la CADH y el examen de los efectos jurídicos de una medida legislativa, judicial o de otro carácter, en tanto y en cuanto surta efectos incompatibles con los derechos y garantías consagrados por la CADH o la DADH”.⁽³³⁾

Con posterioridad sobrevino toda la extensa jurisprudencia de la Corte IDH que reafirmó este criterio. Es decir, en el ámbito americano la obligación de castigar las graves violaciones a los derechos humanos ya no le debería generar dudas a nadie, por lo menos, en lo que hace a su consagración convencional.⁽³⁴⁾ Por lo tanto, si en Uruguay o cualquier otro país se decide actuar manifiestamente en contra de una obligación internacional la responsabilidad será de sus ciudadanos o, en última instancia, de sus gobernantes en el supuesto de que sus habitantes desconozcan el contenido de ésta.⁽³⁵⁾

.....

(32) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo*, op. cit., p. 171 y ss.

(33) CIDH, Informe N° 29/92, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 y 10.375, Uruguay, 2 de octubre de 1992, párr. 31.

(34) En todo caso se podrá seguir dudando sobre la utilidad del castigo penal para prevenir delitos o si logra la reconciliación nacional pero no que tribunales civiles deben juzgar a los responsables de crímenes internacionales.

(35) Sobre este punto es interesante el voto razonado del juez Ventura Robles en el Caso *Del Penal Miguel "Castro Castro C/. Perú"*. El sub lite trataba de las violaciones de derechos humanos cometidas por el estado peruano en 1992 en el denominado "Operativo Mudanza 1", que consistió en un ataque premeditado diseñado para atentarse contra la vida y la integridad de los prisioneros que se encontraban en dos pabellones de dicha unidad de detención, que eran acusados o condenados por delitos de terrorismo y traición a la patria. Ante la negativa del estado peruano a cumplir con algunas de las reparaciones ordenadas por el Tribunal, el magistrado señaló que "la percepción equivocada de una parte de la población peruana de lo que es un proceso ante la CIDH, radica en que cree que éste es

Por otra parte, corresponde recordar que el derecho internacional de los derechos humanos surgió con una clara finalidad de limitar el poder de los Estados de decidir unilateralmente qué derechos va a respetar dentro de sus territorios, y por ende, de su capacidad de regularlos normativamente del modo que fuera —ya sea por decreto, ley o por decisión adoptada por vía de consulta popular—. Esto se desprende principalmente de su carácter universal. El deber de investigar y castigar a los autores de graves violaciones de derechos humanos, por los bienes jurídicos que se encuentran vulnerados, son el ejemplo más contundente de un límite que la comunidad internacional le impone a los Estados. Parecería contradictorio, entonces, afirmar que el Estado tiene la obligación de respetar los derechos humanos mas sus electores no. Este límite que importa el respeto de los derechos humanos a la voluntad de regular las conductas humanas se ve en otra multiplicidad de casos.⁽³⁶⁾ A modo de ejemplo, puede mencionarse el derecho de los pueblos indígenas. Como disponen tanto la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁽³⁷⁾ como el Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes,⁽³⁸⁾ el derecho a la igualdad y no discriminación implica respetar todas las instituciones y costumbres de los pueblos indígenas siempre que éstas no sean incompatibles con las normas internacionales de derechos humanos. En este sentido, comparto parcialmente la idea de Ferrajoli —que Gargarella cuestiona— de que ninguna mayoría, por aplastante que sea, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, o no decidir la satisfacción de un derecho social,⁽³⁹⁾

.....

un tribunal penal internacional que determina responsabilidades penales individuales, que es una instancia superior que conoce el mismo proceso que se desarrolló en el derecho interno y, dentro de él, no solo absuelve a presuntos terroristas, sino que además ordena el pago de una indemnización a su favor”, a lo que agregé que “[d]ebe quedar claro entre la opinión pública, y es responsabilidad de los Estados Partes en la Convención hacerlo saber, la naturaleza diferente de ambos procesos. O sea, aclarar que si el caso llegó a la CIDH, es porque el Estado no subsanó las violaciones mediante sus propios tribunales”. CIDH. “Caso Del Penal Miguel Castro Castro”. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/08/2008, serie C N°181, voto razonado M. Ventura Robles, párrs. 7 y 9.

(36) Ferreira da ejemplos de tribunales del mundo que rechazaron la validez de plebiscitos en cuestiones que involucraran derechos humanos. Ver, FERREIRA, MARCELO, “Los límites de la voluntad popular”, diario *Página 12*, 24 de mayo de 2011.

(37) Art. 34.

(38) Art. 8.

(39) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.

puesto que ésta es una de las características inherentes a la noción actual de derechos humanos. Negarla, en cierto modo, implica negar los cimientos del moderno derecho internacional tal cual surgió luego de 1945. Sin embargo, reconozco que existe una diferencia en relación con el derecho humano que se encuentra protegido y el carácter de la obligación, dado que no será lo mismo si nos encontramos ante una prohibición establecida en una norma de *ius cogens* que ante una restricción de un derecho reconocido en un tratado, donde podría discutirse el margen de apreciación que tienen los Estados para adoptarlas.

Por ende, queda claro que para el derecho internacional de los derechos humanos el contenido de las normas es tan importante como la forma en que fueron sancionadas.⁽⁴⁰⁾ La democracia que los Estados americanos se comprometieron a respetar requiere que se asegure tanto su carácter sustancial como el formal. Esta es la única manera que la comunidad internacional ha encontrado para evitar que nuevamente en la historia de la humanidad un número de personas —mayoría en el nazismo, minoría en el *apartheid* sudafricano— eliminen directamente los derechos de los individuos.

4 | La legitimidad democrática de los tribunales internacionales de derechos humanos

Una de las principales críticas que recibe el control de constitucionalidad de los jueces en el derecho constitucional y que se puede extender a los tribunales internacionales consiste en su déficit de legitimidad democrática. En efecto, se cuestiona por qué razón un cuerpo, que no es elegido por el pueblo les dice a sus representantes —el poder constituido— que no pueden gobernar del modo que ellos desean,⁽⁴¹⁾ vulnerando el princi-

(40) Sobre este aspecto puede recordarse la jurisprudencia de la CIDH de exigir que las restricciones de derechos sean siempre impuestas por ley “en sentido formal” en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación. CIDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A N°. 6, párr. 23.

(41) ELY, JOHN H., *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, , 1980, p. 45; HAMAMOTO, SHOTARO, “An Undemocratic Guardian of Democracy - International Human Rights

pio mayoritario. Esta posición es defendida a nivel doctrinario tanto por aquellos penalistas, que desconocen la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho penal clásico⁽⁴²⁾ como algunos constitucionalistas. Dentro del primer grupo, a modo de ejemplo, puede mencionarse a Malarino para quien la Corte IDH “subestima el valor que representa el principio democrático para una sociedad cuando ordena a un Estado —como reparación de la violación de un derecho protegido en la CADH— que el poder legislativo suprima una ley o bien la sancione o reforme de acuerdo con lo establecido en su sentencia”.⁽⁴³⁾ Por su parte, Gargarella es quien sintetiza la crítica de los constitucionalistas. Para este último, la Corte IDH “no reconoce ni reflexiona sobre las limitaciones propias de su legitimidad —algo que cualquier tribunal hace, cuando define, en casos concretos, los alcances y límites posibles de su decisión; y algo sobre lo cual la doctrina reflexiona desde hace más de doscientos años—”.⁽⁴⁴⁾ Asimismo, destaca “los déficit de legitimidad que suelen afectar a todas las autoridades invocadas como fuente en el derecho internacional” para concluir que:

“...la enorme mayoría de la ciudadanía latinoamericana desconoce la existencia, la misión, las funciones, o la composición de la Corte IDH. Como suele ocurrir con los tribunales internacionales, los miembros de la Corte IDH no son elegidos popularmente y tampoco son removibles por la ciudadanía. Más todavía, la ciudadanía carece de toda forma razonable y alcance para desafiar las decisiones de ese tribunal. Además, las decisiones de tal tribunal suelen ser objeto de interpretaciones que quedan en manos de órganos que, nuevamente, merecen ser señalados por sus problemas de legitimidad”.⁽⁴⁵⁾

.....

Complaint Procedures”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 38, issue 2, 2007, pp. 200 y 201.

(42) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo*, op. cit., pp. 231, 243, 409 y ss.

(43) MALARINO, EZEQUIEL, op. cit., p. 48.

(44) GARGARELLA, ROBERTO, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, op. cit.

(45) GARGARELLA, ROBERTO, “Justicia penal internacional y deliberación democrática. Algunas notas sobre el caso ‘Gelman’”, p.12 Ver texto en <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/>

Para abordar estos cuestionamientos, en primer término, frecuentemente se olvida que los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos tienen una naturaleza subsidiaria y complementaria de las jurisdicciones internas. Por ello, para que una denuncia contra un Estado se declare admisible en el ámbito interamericano, el peticionario previamente debe acreditar que se han interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna idóneos y efectivos para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla o, en todo caso, la imposibilidad de hacerlo.⁽⁴⁶⁾

Como señaló la Corte IDH en el *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, el previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna “busca dispensar [al Estado] de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios”.⁽⁴⁷⁾

Este requisito de admisibilidad para denunciar a un Estado por violaciones de derechos humanos se complementa con la denominada “fórmula de la cuarta instancia”, frecuentemente utilizada en el sistema europeo de protección de derechos humanos y que ha recibido favorable acogida por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los órganos del sistema interamericano han establecido que no constituyen una cuarta instancia,⁽⁴⁸⁾ dado que el “elemento de subsidiariedad respecto de la protección interna es caracterizante de la protección internacional en la situación actual del Derecho Internacional”.⁽⁴⁹⁾

El fundamento normativo de esta fórmula son el Preámbulo y el art. 47.b) de la CADH⁽⁵⁰⁾ y la CIDH ha expresado que su premisa básica “es

(46) Ver art. 28.h) del Reglamento de la CIDH y art. 46.2 de la CADH.

(47) Corte IDH, “Caso de Viviana Gallardo y otras”, Serie A N° 101/81, párr. 26 y “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/. Nicaragua”. Excepciones Preliminares, sentencia de 01/02/2000, serie C N°. 66, párr. 56.

(48) CIDH, Informe n° 87/98, Caso 11216, “Oscar Vila-Mazot C/ Venezuela”, 12/10/1998, párr. 17.

(49) Corte IDH, “Caso Viviana Gallardo y otras”, ídem, párr. 16 y “Caso Ricardo Canese c/. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31/08/2004. Serie C N°. 111, párr. 71.

(50) CIDH, Informe N°. 34/97, “Jorge Enrique Benavides c/ Colombia”, 03/10/1997, párr. 22.

que la Comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención”,⁽⁵¹⁾ pues la jurisdicción interna tiene carácter prioritario con respecto a la internacional.⁽⁵²⁾ En igual sentido, la Corte IDH ha manifestado que puede examinar los procedimientos internos como un todo al solo efecto de esclarecer si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales,⁽⁵³⁾ agregando algunos ex magistrados, que el Tribunal no puede ni pretende convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno.⁽⁵⁴⁾

De este modo, la posibilidad de revisión de un procedimiento interno queda excluida a no ser que sea manifiestamente arbitrario o constituya denegación de justicia,⁽⁵⁵⁾ no haya sido sustanciado por jueces competentes, independientes e imparciales,⁽⁵⁶⁾ no se haya permitido recurrir la

.....

(51) CIDH, Informe n° 39/96, Caso 11673, “Santiago Marzióni C/ Argentina, 15/10/1996, párrs. 49 y 50.

(52) Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez c/ Honduras”. Excepciones Preliminares, sentencia del 26/06/1987, Serie C N° 1, párrs. 92 y 93; “Caso Fairén Garbí y Solís Corrales c/ Honduras.” Excepciones Preliminares. sentencia del 26/06/1987. Serie C N° 2, párrs. 91 y 92; “Caso Godínez Cruz c/ Honduras. Excepciones Preliminares, sentencia del 26/06/1987, serie C N° 3, párrs. 94 y 95 y “Caso Las Palmeras c/ Colombia”. Fondo, sentencia del 06/12/2001, serie C N° 90, párr. 33 y CIDH, Informe N°. 85/98, Caso 11472, “Gilbert Bernard Little c/ Costa Rica”, 28/09/1998, párr. 49.

(53) Corte IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c/ Ecuador”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21/11/2007, serie C N°. 170, párr. 22 y “Caso Alfonso Martín del Campo Dodd c/ México”, Excepciones Preliminares, sentencia de 03/09/2004, serie C N°. 113, párr. 82.

(54) Corte IDH, “Caso Vargas Areco c/. Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/09/2006, serie C N°155, voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 6 y 7 y “Caso Lori Berenson Mejía c/Perú”, ídem, voto disidente jueza Medina Quiroga, párr. XIV.

(55) Ver CIDH, Informe 39/96, cit., párrs. 50/52 y CIDH, “Caso Yatama c/ Nicaragua” Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/06/2005, serie C N°127, voto disidente del juez Montiel Argüello, párr. 8.

(56) CIDH, Informe N°. 74/90, Caso 9850, “Héctor Gerónimo López Aurelli c/ Argentina”, 04/10/1990.

sentencia ante un tribunal superior⁽⁵⁷⁾ o se haya vulnerado alguna de las restantes garantías establecidas en el art. 8 de la CADH.⁽⁵⁸⁾

Por otra parte, un principio básico del derecho internacional es la igualdad soberana entre los Estados, que implica que son iguales jurídicamente y que gozan de los derechos inherentes a la plena soberanía⁽⁵⁹⁾. Es evidente que el concepto de soberanía ya no puede considerarse como la autoridad ilimitada del Estado, puesto que en ese caso no se deja ninguna posibilidad a la existencia de un ordenamiento internacional. Por ende, cuando un Estado ratifica un tratado que le otorga competencia a un tribunal internacional se produce una cierta erosión en su soberanía, que se relaciona con el principio de derecho internacional de buena fe y con la necesidad de garantizar una buena convivencia internacional.⁽⁶⁰⁾

En este contexto, resultan desacertadas las críticas que Gargarella formula a la falta de legitimidad democrática de los jueces de la Corte IDH por no haber sido designados mediante el voto popular o de sus sentencias porque la ciudadanía no puede impugnarlas o, directamente, de los tratados de derechos humanos, porque el pueblo no participa en el debate que culmina en su aprobación.⁽⁶¹⁾

(57) CIDH, Informe 29/88, Caso 9260, "Clifton Wright, Jamaica", 14/09/1988, párrs. 5 y 7.

(58) REY, SEBASTIÁN A., "El litigio en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2009)", sitio web de la Cattedra di Diritto dell'Unione Europea della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Torino, ver texto en <http://www.cortieuropee.unito.it>, 14 de agosto de 2009.

(59) AG, *Resolución 25/2625*. Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, 1883ª sesión plenaria, 24 octubre 1970.

(60) BICUDO, HELIO, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en CIDH, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, 2ª ed., San José, 2003, Tomo I, p. 230.

(61) Entiendo que la crítica sobre el desconocimiento de la enorme mayoría de la ciudadanía latinoamericana de la existencia, misión, funciones o composición de la CIDH es trasladable, por ejemplo, a la gran mayoría de los tribunales nacionales como la Cámara Nacional de Casación Penal y eso no invalida el carácter democrático del proceso penal argentino y de las sentencias de este último tribunal. Por otra parte, me llama la atención que a nivel doctrinario tanta tinta se haya empleado en criticar el carácter antidemocrático de la Corte IDH y no el de otros tribunales que erosionan de manera más clara la soberanía estatal y los derechos del pueblo como, por ejemplo, los tribunales arbitrales del CIADI.

En primer término, los jueces del Tribunal son designados por los representantes de los Estados que ratificaron la CADH en el ámbito de la Asamblea General de la OEA.⁽⁶²⁾ Es decir, son designados por los respectivos gobiernos que son elegidos por el pueblo. En segundo lugar, el propio derecho internacional establece los mecanismos para que un Estado —en función de la decisión soberana de su pueblo— cuestione o recurra una sentencia e, incluso, deje de estar obligado por el contenido del tratado denunciándolo.⁽⁶³⁾ Finalmente, la participación del pueblo en la discusión de la formación del derecho internacional parece una crítica desmedida.⁽⁶⁴⁾ La realidad indica que en la negociación de los tratados de derechos humanos participan delegaciones estatales, que en general, son designadas por los Poderes Ejecutivos —cuya legitimidad democrática nadie cuestiona—. Posteriormente, los Estados tienen la posibilidad de no obligarse por el tratado si es que en el ámbito interno existe una discusión sobre la inconveniencia de hacerlo.⁽⁶⁵⁾ Es más, en algunos Estados se exige que previo a que el Poder Ejecutivo manifieste el consentimiento del Estado en obligarse, el Poder Legislativo apruebe el tratado.

Por lo señalado, entiendo que las críticas al carácter contra-mayoritario de los tribunales internacionales desconocen o pretenden olvidar que los estados se someten a la jurisdicción de los tribunales internacionales justamente por medio de actos voluntarios realizados por sus órganos representativos. De este modo, cuando se sostiene que una sentencia de la Corte IDH vulnera la soberanía estatal por ordenarle al Estado adaptar su derecho interno, se niega al mismo tiempo, la soberanía estatal manifestada al momento de ratificar la CADH.

Este fue el criterio utilizado por la Corte IDH en “Castillo Petruzzi y otros c/ Perú” cuando consideró que el Estado había aceptado las obligaciones convencionales consagradas en la CADH en el ejercicio de su soberanía,

.....

(62) Ver art. 7 del Estatuto de la Corte IDH.

(63) Ver art. 78 de la CADH.

(64) Imagínese, a modo de ejemplo, si vamos a esperar que el pueblo participe en la discusión sobre el precio de los cajones de manzana en un tratado de comercio entre dos estados, para que dicho acuerdo tenga una mayor legitimidad democrática.

(65) Un ejemplo de ello fue la participación de muchos estados en la negociación del Estatuto de la Corte Penal Internacional y la decisión posterior de no ratificarlo.

admitiendo la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, por ende, obligándose, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumiendo las obligaciones que derivan de éstos y, en general, de la aplicación del tratado.⁽⁶⁶⁾

Por otra parte, la legitimidad democrática de las decisiones de la Corte IDH además deriva de un doble control soberano realizado por los Estados, dado que no sólo deciden soberanamente ratificar la CADH —que consagra la obligatoriedad de las sentencias del tribunal y el deber de los estados de cumplir los fallos en todo caso en que sean partes⁽⁶⁷⁾—, sino también reconocen soberanamente y de manera voluntaria, a veces en un acto celebrado muchos años después de ratificar el tratado, la competencia del tribunal sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la CADH.⁽⁶⁸⁾

Pese a que con lo señalado considero que se superan muchas de las críticas recibidas por los tribunales internacionales, otra posible respuesta proviene de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy. Para este autor, “si bien es cierto que en los Estados democráticos existen ciertos principios formales como la competencia para decidir, que está atribuida al legislador legitimado democráticamente,⁽⁶⁹⁾ ello no implica negar la posibilidad de un control judicial. En este sentido, Alexy entiende que la única manera de reconciliar el control de constitucionalidad con la democracia es considerando que aquél también es una forma de representación del pueblo.⁽⁷⁰⁾ Ello se derivaría de que la representación del pueblo en un tribunal constitucional es argumentativa.⁽⁷¹⁾ La clave estará entonces en que el tribunal pueda brindar argumentos correctos o razonables para

.....

(66) Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros c/Perú, ídem, párrs. 101 y 102.

(67) Ver art. 67 y 68 de la CADH.

(68) Ver art. 62 de la CADH.

(69) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 38.

(70) ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Distribuciones Fontamara, 2005, p. 99.

(71) ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op.cit., p. 100.

dejar de lado la decisión del legislador. En el apartado siguiente, analizaré los argumentos esgrimidos por la Corte IDH para declarar a la Ley de Caducidad uruguaya contraria a la CADH.

5 | La fórmula de la ponderación de R. Alexy en la sentencia *Gelman c/ Uruguay*

Como se desprende del resumen de los hechos expuestos en el apartado §II, la sentencia de la Corte IDH en “Gelman” trata sobre el conflicto existente entre la decisión del Parlamento y del pueblo uruguayo de amnistiar a los autores de graves violaciones de derechos humanos y el derecho de estos últimos a que no se los someta a un proceso penal, por un lado, y el derecho de las víctimas, sus familiares y la comunidad internacional a que se investigue y sancione la comisión de crímenes contra la humanidad, se conozca la “verdad” de lo ocurrido —es decir, conocer cuál fue el destino de los desaparecidos y, en su caso, dónde se encuentran sus restos— y se repare integralmente a las víctimas.

Alexy sostiene que en caso de conflicto entre dos principios, la solución radica en la ponderación de los intereses contrapuestos.⁽⁷²⁾

A partir de la fórmula de la ponderación, se debe determinar en el caso concreto el grado de insatisfacción o detrimento de un primer principio. En segundo lugar, se debe establecer la importancia de satisfacer el principio opuesto. Finalmente, se debe determinar si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la insatisfacción del primero.⁽⁷³⁾ De este modo, cuanto mayor es el grado de la afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.⁽⁷⁴⁾

(72) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit., p. 72.

(73) ALEXY, ROBERT, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op. cit., pp. 92/93.

(74) ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, op. cit., p. 66.

En este caso, como ya se señaló, la CIDH sostuvo que la incompatibilidad respecto de la CADH incluye a todo tipo de amnistía de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas “autoamnistías”, dado que no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino de su *ratio legis*, del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los arts. 8 y 25, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la CADH,⁽⁷⁵⁾ cuestión que ya había quedado resuelta a partir de los casos “Almonacid Arellano y otros c/ Chile” y “Gomes Lund y otros c/ Brasil”.⁽⁷⁶⁾

En efecto, para el Tribunal, las leyes de amnistía “...impiden la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos y, consecuentemente, el acceso de las víctimas y sus familiares a la verdad de lo ocurrido y a las reparaciones correspondientes [los derechos a ser oídos por un juez y a la protección judicial], obstaculizando así el pleno, oportuno y efectivo imperio de la justicia en los casos pertinentes, favoreciendo, en cambio, la impunidad y la arbitrariedad, afectando, además, seriamente el estado de derecho, motivos por los que se ha declarado que, a la luz del Derecho Internacional ellas carecen de efectos jurídicos”.⁽⁷⁷⁾

En cuanto al derecho a la verdad, el Tribunal lo encontró “subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento

(75) Corte IDH, *Caso Gelman c/ Uruguay*, ídem, párr. 229.

(76) Corte IDH, “*Caso Almonacid Arellano y otros c/ Chile*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/09/2006, serie C N°. 154, párr. 120 y “*Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) C/Brasil*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 24/11/2010, Serie C N°. 219, párr. 175. Autores como Gargarella critican la interpretación que el tribunal le ha dado a las obligaciones que derivan del artículo 1.1 de la CADH a partir de una lectura literal del texto. Empero debe señalarse que el contenido de los deberes de respeto, garantía y adopción de medidas de derecho interno ha sido desarrollado con características muy similares por los diferentes órganos de aplicación regionales y universales de derechos humanos. Además, a nivel interamericano, sus orígenes se remontan al *leading case* Velásquez Rodríguez c/ Honduras de 1988, jurisprudencia que ha sido mantenida por las diferentes integraciones del Tribunal de los últimos 25 años y no ha sido controvertida por los Estados Partes del tratado.

(77) Corte IDH, “*Caso Gelman c/ Uruguay*”, ídem., párrs. 226 y 227.

que previenen los arts. 8 y 25 de la CADH”.⁽⁷⁸⁾ Al mismo tiempo, destacó que el derecho a la verdad “constituye un derecho de carácter colectivo que permite a la sociedad tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos y, un derecho particular para los familiares de las víctimas, que permite una forma de reparación, en particular, en los casos de aplicación de leyes de amnistía”.⁽⁷⁹⁾ En este sentido, agregó que el derecho que tiene toda persona y la sociedad, de conocer la verdad íntegra, completa y pública sobre los hechos ocurridos, sus circunstancias específicas y quiénes participaron en ellos “no sólo se erige como un modo de reparación y esclarecimiento de los hechos ocurridos [en su modalidad de satisfacción], sino que tiene el objeto de prevenir futuras violaciones y garantías de no repetición”.⁽⁸⁰⁾

En síntesis, la Corte IDH, la auténtica intérprete del sentido de la CADH por voluntad de los Estados soberanos que la crearon, ha considerado que el respeto de los derechos y garantías de los imputados en causas por graves violaciones de derechos humanos, por ejemplo, invocar la prescripción, el *ne bis in idem* y la cosa juzgada o una ley de amnistía- permite que se reasuma la pretensión punitiva en función de que se los debe entender de modo de no sacrificar los derechos a la verdad y a la protección judicial de las víctimas y de la comunidad internacional en su conjunto.⁽⁸¹⁾ Ello obedece fundamentalmente a la importancia que reviste para la comunidad internacional satisfacer el deber estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables. En el derecho internacional, eso se ha manifestado al reconocérsele el carácter de norma de *ius cogens*.⁽⁸²⁾ Sobre este punto,

(78) Ídem, párr. 201. En igual sentido ver Corte IDH, Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo, sentencia de 14/03/ 2001. serie C N° 75, párr. 48; “Caso Gómez Palomino c/ Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 136, párr. 78 y “Caso Chitay Nech y otros c/ Guatemala”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25/05/2010. Serie C N°. 212, párr. 206.

(79) CIDH, Informe N°. 25/98, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.585, 11.595, 11.652, 11.657, 11.675 y 11.705, Chile, 7 de abril de 1998, párr. 88.

(80) Ídem, párr. 95.

(81) REY, SEBASTIÁN A., “Los indultos, la cosa juzgada y la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Bs. As, Lexis Nexis, noviembre de 2007, p. 2153.

(82) CIDH, “Caso Gelman Vs. Uruguay”, ídem., párrs. 64, 75 y 183.

puede mencionarse que con posterioridad a los fallos “Goiburú y otros c/ Paraguay⁽⁸³⁾” y “Almonacid Arellano y otros c/ Chile”,⁽⁸⁴⁾ la CIDH en muchas oportunidades reconoció el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la desaparición forzada de personas y el deber de investigar y sancionar a sus responsables.⁽⁸⁵⁾

Ante esta realidad, los penalistas y constitucionalistas vuelven a levantar sus voces. Así, Gargarella sostiene que:

“nadie —siquiera los expertos en la materia— pueden determinar claramente, para tomar un ejemplo, cuál es el contenido y cuáles los contornos del *ius cogens* —el derecho de cumplimiento obligatorio y que no admite comportamiento en contrario del derecho internacional—. Todos, además, tendemos a disentir cuando nos ponemos a pensar acerca de la mejor interpretación acerca del alcance de ciertos compromisos internacionales en materia de derechos humanos. Todo ello genera el enorme riesgo de que una comunidad termine invocando como indiscutible un mandato cuyo contenido no es claro para nadie, y por lo tanto quedando en manos del intérprete o traductor de ese derecho”.⁽⁸⁶⁾

En este punto comparto la afirmación de Abramovich cuando, al referirse a los autores que se niegan a analizar el Derecho teniendo en cuenta la importancia que el derecho internacional ha adquirido en el mundo globalizado de hoy en día, considera que “algunas de [sus] críticas evidencian cierto desconocimiento de la dinámica de creación del derecho internacional”.⁽⁸⁷⁾

.....

(83) CIDH, Caso “Goiburú y otros C/ Paraguay”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22/09/2006, Serie C N°, 153, párr. 84.

(84) CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros c/ Chile”, ídem, párr. 99.

(85) Corte IDH, “Caso Tiu Tojin c/. Guatemala”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 91; “Caso Anzualdo Castro c/. Perú”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22/09/2009. Serie C N° 202, párr. 59; “Caso Radilla Pacheco c/México”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2009, serie C N°. 209, párr. 139 y “Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala”, ídem., párr. 193.

(86) GARGARELLA, ROBERTO, “Justicia penal internacional y deliberación democrática. Algunas notas sobre el caso ‘Gelman’”, op. cit., p. 11.

(87) ABRAMOVICH, VÍCTOR, “‘Transplante’ y ‘Neopunitivismo’”. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”, en Sofía Tiscornia, *Activismo*

En efecto, a partir de la adopción en 1969 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se ha reconocido positivamente que las normas imperativas o de *ius cogens* son aquellas normas reconocidas y aceptadas por la comunidad de Estados en su conjunto como una norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por otra norma que tenga el mismo carácter. Por ende, son jerárquicamente superiores a cualquier otra norma jurídica del mismo sistema y no pueden ser dejadas de lado por los Estados en sus relaciones mutuas.⁽⁸⁸⁾ En palabras de Cançado Trindade, “[l]a emergencia y consagración del *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional”.⁽⁸⁹⁾

Como ya advertí en otra oportunidad, lo señalado no debe confundir a los juristas cuando intenten relacionar la imperatividad de las normas de *ius cogens* con su obligatoriedad.⁽⁹⁰⁾ Todas las normas jurídicas, por definición, son obligatorias, por lo que lo que caracteriza al *ius cogens* es que no admite alternativas o límites que no estén establecidos en la propia norma imperativa.⁽⁹¹⁾ En virtud de esto, en el caso de una norma de *ius cogens* no se requiere el consentimiento o práctica de un Estado para que se halle vinculado jurídicamente, siendo irrelevante su protesta o aquiescencia respecto al contenido de la norma imperativa:⁽⁹²⁾ el criterio a utilizarse a los fines de la

.....
de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio, 1ª ed., Bs. As., Editores Del Puerto – CELS, 2008, p. 252.

(88) Ver. BIANCHI, ANDREA, “Human Rights and the Magic of Jus Cogens”, *European Journal of International Law*, vol. 19, n° 3, 2008, pp. 494 y 495 y Joyner, Christopher C., “Arresting Impunity: The Case for Universal Jurisdiction in Bringing War Criminals to Accountability”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, n° 4, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, 1996, p. 168.

(89) Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A N° 18, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 66.

(90) REY, SEBASTIÁN A., *Juicio y castigo*, op. cit., pp. 66 y ss.

(91) BASSIOUNI, CHERIF, “International Crimes: ‘Jus Cogens’ and ‘Obligatio Erga Omnes’”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 59, nro. 4, *Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Duke University School of Law, 1996, p. 65.

(92) Ver. BROWNLIE, IAN, *Principles of public international law*, 6ª ed., Oxford University Press, 2003, p. 490.

determinación de su existencia es más cualitativo que cuantitativo.⁽⁹³⁾ Una muestra de ello, fue la negativa de la comunidad internacional a aceptar la objeción persistente de Sudáfrica a la prohibición del *apartheid*.⁽⁹⁴⁾

Para concluir este punto, debe rechazarse la tendencia en ciertos ámbitos del derecho internacional a “buscar” normas de *ius cogens* por doquier, puesto que precisamente atenta contra la utilidad del concepto de norma imperativa. Para la Comisión de Derecho Internacional las normas imperativas reconocidas como tales son muy pocas: la prohibición del uso agresivo de la fuerza, el derecho de legítima defensa, la prohibición del genocidio, la prohibición de la tortura, la prohibición de los crímenes de lesa humanidad, la prohibición de la esclavitud y de la trata de esclavos, la prohibición de la piratería, la prohibición de la discriminación racial y el *apartheid*, la prohibición de las hostilidades contra la población civil —“normas básicas del derecho internacional humanitario”—⁽⁹⁵⁾ y el derecho a la libre determinación de los pueblos.⁽⁹⁶⁾ A nivel doctrinario también se ha mencionado la prohibición de algunos crímenes de guerra,⁽⁹⁷⁾ las prácticas de desapariciones forzadas de personas, las ejecuciones su-

(93) HANNIKAINEN, LAURI, *Peremptory Norms (Ius Cogens) in International Law. Historical development, criteria, present status*, Finnish Lawyers Publishing Company, Helsinki, 1988, pp. 3/189/203 y Kreća, Milenko, “Some General Reflections on Main Features of Ius Cogens as Notion of International Public Law”, en Rafael Gutiérrez Girardot, *At.el* (eds.), *New Directions in International Law. Essays in Honour of Wolfgang Abendroth*, Campus Verlag, Frankfurt, 1982, p. 34.

(94) Ver MERON, THEODOR, *The Humanization of International Law*, cit., p. 376 y Randall, Kenneth C., “Universal jurisdiction under international law”, *Texas Law Review*, March 1988, vol. 66, p. 823.

(95) AG, “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional elaborado por Martti Koskeniemi, 58º período de sesiones, Ginebra, A/CN.4/L.682,13 de abril de 2006, párr. 374. Algunos de estos ejemplos también son mencionados por BROWNLIE, IAN, op.cit., p. 489 ; LINDERFALK, ULF, “The Effect of Jus Cogens Norms: Whoever opened Pandora’s Box, Did You Ever Think About the Consequences?”, *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º. 5, 2008, pp. 867 y 869.

(96) AG, *Informe de la Comisión de Derecho Internacional, Responsabilidad de los Estados*, op. cit., art. 26, pp. 216 /217.

(97) Ver PAULUS, ANDREAS L., “Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation: An Attempt at a Re-appraisal”, *Nordic Journal of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2005, Vol. 74, p. 306.

marías y extralegales y la denegación persistente de las más elementales garantías del debido proceso legal.⁽⁹⁸⁾

A partir de lo señalado, entiendo que debe responderse a otra de las críticas que Gargarella formula a la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando se pregunta “¿por qué la Corte IDH debe comprometerse con esa visión [de la obligación de la sanción penal], si es que una cierta comunidad democrática —pongamos, Uruguay— llegase a la conclusión de no quiere sancionar?”.⁽⁹⁹⁾ La respuesta es que para la comunidad internacional el enjuiciamiento y castigo a los responsables de graves violaciones de derechos humanos es la medida más efectiva para su vigencia, resulta útil en términos de prevención general positiva y permite el reproche a sus autores por no haber realizado el “juicio reflexivo” al que se refiere Hannah Arendt.⁽¹⁰⁰⁾

En síntesis, considero que la Corte IDH realizó una ponderación en términos alexianos y concluyó en que si bien existe cierto grado de insatisfacción de los derechos y garantías de los imputados de graves violaciones de derechos humanos que podrían beneficiarse si se los interpreta de acuerdo al derecho penal clásico, frente a la enorme importancia que tiene para la comunidad internacional la satisfacción del deber de investigar, sancionar y conocer la verdad de lo ocurrido, opta por dar preferencia al segundo principio.

(98) CANÇADO TRINDADE, ANTÔNIO A., *El Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, p. 417.

(99) GARGARELLA, ROBERTO, “5 Comentarios sobre la Decisión de la Corte Interamericana en Gelman”, op. cit.

(100) A los fines de superar la crítica que recibe el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto a su carácter “neopunitivista”, hay que mencionar que la jurisprudencia ha reconocido que el deber de investigar y sancionar penalmente se aplica solo a las graves violaciones. Por ende, el concepto de graves violaciones a los derechos humanos es compatible con el principio de proporcionalidad de los delitos y de las penas, dado que el derecho internacional de los derechos humanos va a consagrar el recurso al derecho penal como *ultima ratio*. En efecto, la pena solo va a ser requerida en conflictos muy graves que comprometen intereses generales. Ello implica que en virtud de los bienes jurídicamente protegidos que se encuentran en juego en los casos de graves violaciones a los derechos humanos la penal es la mejor respuesta posible. Ver REY, SEBASTIÁN A., “La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos”, en Sebastián Rey y Marcos Filardi (comp.), *Derechos humanos. Reflexiones desde el Sur*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, (en prensa).

6 | A modo de conclusión

Para poder analizar sentencias como la de “Gelman c/ Uruguay” hay que, primero, comprender que el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos se da como consecuencia del nuevo orden mundial, que surge luego de las guerras mundiales, donde los Estados aceptaron restringir sus soberanías para mantener la paz y la seguridad internacionales. Como sostiene Pinto, si se reconoce la importancia de los derechos humanos dentro del sistema de normas que regulan las relaciones internacionales, el concepto de soberanía nacional debe ser redefinido en función de aquella, debiendo entonces ser practicada de conformidad con las obligaciones asumidas por los Estados.⁽¹⁰¹⁾ En función de ello, los Estados deben cumplir las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos aun cuando no estén de acuerdo con ellas.

El análisis de la jurisprudencia de los sistemas de protección de derechos humanos, tanto el interamericano como el europeo y el universal, permite concluir que todos los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos coinciden en que existe un deber de perseguir y castigar las graves violaciones.⁽¹⁰²⁾ Esta obligación ha sido reconocida como perteneciente al *ius cogens* por lo que no admite acuerdo en contrario. De este modo, no hay manera para que pese a que exista un consenso total dentro de una sociedad determinada se autorice su violación. Frente a la impunidad de las graves violaciones de derechos humanos la comunidad internacional ya ha dejado sentada su posición y el derecho interno de los Estados —incluso las medidas adoptadas por mecanismos de participación ciudadana por vía directa— no puede vulnerarla.

(101) PINTO, MÓNICA, “La soberanía y el nuevo orden internacional”, Anuario de Filosofía Jurídica y Social”, n° 29, Asociación Argentina de Derecho Comparado, Sección Teoría General, 2009, Bs. As., Abeledo Perrot, 2010, pp. 165/178.

(102) SEIBERT-FOHR, ANJA, “Reconstruction through Accountability”, en von Bogdandy, A. y Wolfrum, R. (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, 2005, vol 9, p. 559.

El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes⁽¹⁾

por IÑAKI REGUEIRO DE GIACOMI⁽²⁾

A J., a quien esta ley la ayudó a volver a la escuela

I | Introducción

La Ley Nacional de Identidad de Género (26.743) fue promulgada el 23 de mayo de 2012. Dicha norma modifica la ley 17.132 del año 1967 de Ejercicio de la Medicina eliminando la prohibición de llevar a cabo intervenciones quirúrgicas de reasignación genital, salvo autorización judicial (conf. art. 19.4 derogado). A su vez, contiene una referencia a la ley 18.248 (“del Nombre”) de 1969, al apartarse del procedimiento también judicial que establecía; y una remisión a la ley 26.061 (“de Protección Integral de Niños/as y Adolescentes”), al mencionar la garantía del/a Abogado/a del/a Niño/a (art. 27.c).

Poco después, el 3 de julio de 2012, el decreto 1007/12 reglamentó la ley en materia registral. Posteriormente, por medio de la Resolución N° 1795/2012, la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas

.....
(1) Agradezco los aportes de Emiliano Litardo, compañero de militancia, referente y hermano.

(2) Abogado (UBA). Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Trabaja en el área de Salud Mental y Derechos Humanos de la Asesoría General Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Integrante del área jurídica de la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI).

garantizó el carácter gratuito del trámite registral conforme lo disponía la ley.

Uno de los aspectos más novedosos de esta ley consiste en su legitimidad: fue impulsada y redactada por organizaciones argentinas de personas trans (travestis y transexuales). Son escasas las oportunidades históricas en las cuales las personas involucradas pueden participar tan activamente en la toma de las decisiones concretas relativas a sus intereses, derechos y vidas. Un ejemplo de esas grietas que se abren fue, en el ámbito internacional, el de la redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2006), donde la gran mayoría del articulado proviene de la pluma de las organizaciones de personas con discapacidad.

El trabajo en comisión de la Cámara de Diputados/as fue arduo y consistió en condensar los numerosos proyectos que existían, presentados por distintas organizaciones de personas trans y sus alianzas políticas con agrupaciones de lesbianas, gays y bisexuales. Éstas dejaron a un lado sus diferencias políticas para llegar a un texto de consenso. En dicha Cámara el proyecto recibió el apoyo de 167 diputados/as (17 en contra y 7 abstenciones), es decir, de más del 87% de los/as presentes (y a 5 votos de obtener una mayoría calificada). En revisión en el Senado, fue aprobada por 55 votos a favor, ninguno en contra y una abstención.

Existía gran expectativa en el mundo del activismo trans, argentino e internacional, en torno a esta ley que representa cabalmente uno de sus reclamos políticos más fuertes y consiste en una reparación histórica. Se llegaba a ese momento como consecuencia de una larga lucha contra la invisibilización y la negación de la humanidad. Dicho grupo social ha sufrido, tanto en nuestro país como en todo el mundo, la violación sistemática de todos sus derechos humanos. Las personas trans encuentran regularmente numerosos obstáculos en el acceso a los derechos a la salud, la educación, el trabajo, la vivienda y la identidad, entre otros.

Entre las repercusiones de la ley se destaca que la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) felicitó al Estado argentino por su sanción por

considerar que es *"pionera en la región e incorpora estándares internacionales de derechos humanos en términos de accesibilidad, confidencialidad y universalidad"*.⁽³⁾

2 | Antecedentes, Principios de Yogyakarta y despatologización

2.1 | Comenzar a hablar del tema

La discriminación contra personas trans y la necesidad de garantizar sus derechos han sido tratadas en forma creciente en los últimos años por parte de tribunales locales y organizaciones internacionales. Por ejemplo, resultó particularmente relevante el fallo "ALITT" del año 2006 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicha sentencia reconoce a la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual la personería jurídica y refiere:

"Que tampoco debe ignorarse que personas pertenecientes a la minoría a la que se refiere la asociación apelante no sólo sufren discriminación social sino que también han sido victimizadas de modo gravísimo, a través de malos tratos, apremios, violaciones y agresiones, e inclusive con homicidios. Como resultado de los prejuicios y la discriminación que les priva de fuentes de trabajo, tales personas se encuentran prácticamente condenadas a condiciones de marginación, que se agravan en los numerosos casos de pertenencia a los sectores más desfavorecidos de la población, con consecuencias nefastas para su calidad de vida y su salud, registrando altas tasas de mortalidad, todo lo cual se encuentra verificado en investigaciones de campo".⁽⁴⁾

(3) El comunicado completo puede ser consultado en: <http://acnudh.org/2012/05/acnudh-america-del-sur-acoge-con-beneplacito-ley-sobre-identidad-de-genero-en-argentina/>

(4) CSJN, sentencia "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Inspección General de Justicia", el 22 de noviembre de 2006.

En el ámbito internacional, fueron pioneros los órganos de seguimiento de los tratados internacionales de derechos humanos. Mencionaremos dos ejemplos (el último de los cuales refiere a nuestro país):

1. En 2008 el Comité de Derechos Humanos de la ONU recomendó a Irlanda que “debería reconocer también el derecho de las personas transgénero a cambiar de género permitiendo que se les expidan nuevas partidas de nacimiento”.⁽⁵⁾

2. En ocasión de revisar un informe presentado por nuestro país, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) dictó una observación final en 2010 donde:

*“insta al Estado parte a que asegure la plena protección de los derechos de las mujeres mayores, las mujeres migrantes, las mujeres con discapacidad y las mujeres **lesbianas, bisexuales y transgénero**, entre otras. Todas las mujeres mencionadas deben poder vivir sin ser discriminadas ni víctimas de violencia y estar en disposición de ejercer todos sus derechos, incluidos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como los derechos sexuales y reproductivos”* (el destacado no pertenece al original).⁽⁶⁾

En el primer pronunciamiento del sistema interamericano, el 7 de junio de 2011, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) resolvió condenar “la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación”.⁽⁷⁾ Asimismo, condena los actos de violencia y recomienda la adopción de políticas públicas contra la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género.

(5) Comité de Derechos Humanos de la ONU, Observaciones finales sobre Irlanda, 93º período de sesiones, 7 a 25 de julio de 2008.

(6) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU, Observaciones finales sobre Argentina, 46º período de sesiones, 12 a 30 de julio de 2010.

(7) Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. n.º 2653 (XLI-O/11), el 7 de junio de 2011.

Días después, y en la primera resolución de Naciones Unidas sobre derechos LGBT, el Consejo de Derechos Humanos de dicha organización expresó “su grave preocupación por los actos de violencia y discriminación, en todas las regiones del mundo, que se cometen contra personas por su orientación sexual e identidad de género,...”.⁽⁸⁾

En dicha decisión se le encomienda al Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos que presente un informe sobre legislación y orientación sexual e identidad de género. El mismo fue presentado ese mismo año y estableció que:

“[e]n muchos países, las personas trans no pueden obtener el reconocimiento legal de su género preferido, incluida la modificación del sexo y el nombre en los documentos de identidad expedidos por el Estado. Por consiguiente, encuentran numerosas dificultades prácticas, en particular cuando solicitan empleo, vivienda, crédito o prestaciones del Estado o cuando viajan al extranjero”.⁽⁹⁾

2.2 | Principios de Yogyakarta y despatologización

El antecedente principal de la ley bajo análisis son los Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (“Principios de Yogyakarta”).⁽¹⁰⁾ En particular, en su art. 2 se establece una definición despatologizadora (es decir, no basada en un diagnóstico médico) de la identidad de género como:

“...la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo

(8) Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Resolución n° 17/19 “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, 34ª sesión, 17 de junio de 2011.

(9) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de la ONU, Informe presentado ante el Consejo de los Derechos Humanos en su 19º período de sesiones, 17 de noviembre de 2011.

(10) Los mismos pueden ser consultados en la siguiente página web: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm

asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales". Se trata de la primera ley nacional que recepta este concepto, lo cual coloca a nuestro país a la vanguardia mundial en materia de reconocimiento de identidad de género.

Gerard Coll Planas sostiene que la patologización es "el proceso por el cual la transexualidad se clasifica como un trastorno mental que requiere tratamiento psiquiátrico. Así lo recoge la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DMS) de la American Psychiatric Association (APA)".⁽¹¹⁾ La norma que analizamos se opone a dicho abordaje y se configura en un motivo válido de revisión de dichas clasificaciones.

Se llega a la sanción de la ley luego de un arduo camino jurisprudencial en nuestro país. Durante muchos años las resoluciones judiciales condicionaban el reconocimiento de la identidad de género a un etiquetado diagnóstico (por ejemplo, "disforia de género").⁽¹²⁾ Poco a poco, los tribunales locales fueron receptando una postura despatologizadora, como el precedente, citado por Litardo, del:

"...Juzgado de Primer Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3, [que] autorizó la intervención quirúrgica de la solicitante haciendo observar solo el criterio de autonomía. La juez Elena Liberatori constató que la decisión de la parte actora a someterse a la mencionada intervención quirúrgica fue resuelta con pleno discernimiento, intención y libertad (conf. art.

(11) MISSÉ, MIQUEL y COLL-PLANAS, GERARD, *El género desordenado: Críticas en torno a la patologización de la transexualidad*, Barcelona, Editorial Egales, 2010, p. 15.

(12) Para mayor información sobre dichos precedentes se puede consultar el apartado jurisprudencial del artículo de Emiliano Litardo, "Panorámicas sobre derecho, identidad de género y sexualidad", en Jorge Raíces Montero (comp.), *Un cuerpo: mil sexos. Intersexualidades*, Buenos Aires, Editorial Topia, 2010.

900 del Código Civil), y habiéndose informado exhaustivamente acerca de las características y consecuencias de la mencionada práctica quirúrgica. No fue necesario ningún criterio biomédico que certifique disforia de género o transexualismo genuino. La sentencia supo resolver la situación desde una visión reparadora en derechos humanos lesionados, enfocando el análisis jurídico sobre la noción de consentimiento informado".⁽¹³⁾

El Principio de Yogyakarta N° 3 ("Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica") establece que "La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad." Asimismo, en sus fundamentos se establece que "una consideración primordial en todas las acciones concernientes a niños y niñas será el interés superior del niño o la niña y que un niño o una niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño o la niña, en función de su edad y madurez". Dicha consideración en materia de infancia es transversal a todo el documento: por ejemplo, el Principio 24.d establece que "[e]n todas las medidas o decisiones concernientes a niñas y niños, velarán por que un niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio pueda ejercer el derecho de expresar sus opiniones con libertad y que éstas sean debidamente tenidas en cuenta en función de la edad y madurez del niño o la niña".

Los Principios de Yogyakarta datan del año 2006 y, si bien no han sido aún plasmados textualmente en un tratado internacional, seguramente constituirán el principal insumo de futuros instrumentos de derechos humanos y, en los hechos, son material de trabajo de distintas agencias, comités y programas de Naciones Unidas. Asimismo, receptan obligaciones que ya se encuentran en tratados vigentes. Dichos principios responden a una convocatoria de la Comisión Internacional de Juristas,⁽¹⁴⁾

.....

(13) LITARDO, EMILIANO, "Habemus Corpus: El acto de juzgar los cuerpos (tod*s)", en Derecho de Familia, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Bs. As., Abeledo Perrot, febrero 2012-I.

(14) Ver comunicado oficial del 01/03/07 en: <http://www.icj.org/yogyakarta-principles/>

así como ocurrió con los Principios de Limburgo de 1986 sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que revisten igual carácter y son de aplicación regular en materia de derechos sociales).

3 | Infancia e identidad de género

El siguiente cuadro intenta reflejar las disposiciones de la norma en relación con niñas, niños y adolescentes, en comparación con lo regulado en materia de personas mayores de edad. Asimismo, se receptan las menciones expresas a la garantía del “abogado/a del/a niño/a” de la ley 26.061, sin perjuicio de la aplicación general de dicha norma.

El grado de desagregación del cuadro puede que nos haga preguntar: ¿Por qué para ejercer estos derechos hay que formalizar instancias y/o recurrir al Estado? ¿Por qué hay que diferenciar los tipos de trámites según los actores que intervengan y regular cada supuesto? Los motivos por los cuales ciertas pretensiones de los individuos y los grupos humanos requieren mayores grados de formalidad y burocratización exceden los límites de este breve artículo. No hay prácticamente actividad humana que se vea exenta de este aspecto de la vida en sociedad que se vincula al rol y funcionamiento del Estado, al afán de documentar (personas y procesos), a la oponibilidad a terceros/as, a la necesidad de obtener reconocimientos —simbólicos y prácticos— por parte del Estado, etc. Estos puntos se vinculan con la necesidad que tenemos todas las personas, en el marco de una sociedad, de brindar y recibir apoyo de pares en función de nuestro carácter gregario.

En última instancia, se trata de exponer una herramienta práctica que venía siendo reclamada.

GRAFICO 1: EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y JÓVENES AL RECONOCIMIENTO A SU IDENTIDAD DE GÉNERO

Edad		Consentimientos		Derechos						
			Trato conforme IG (sexo, nombre e imagen) (art. 12)	Abogado/a del niño/a	Rectificación registral conforme IG (sexo, nombre e imagen) (arts. 1,3,4 y 5)	Abogado/a del niño/a	Terapia hormonal (art. II)	Abogado/a del niño/a	Intervención quirúrgica (art. II)	Abogado/a del niño/a
Más de 18 años	-			-	administrativo	-	sin trámite	-	sin trámite	-
Menos de 18 años	con consentimiento de sus representantes (ambos, de ser dos)		sin trámite	no	administrativo	sí	sin trámite	sí	judicial	no
	sin consentimiento de sus representantes (alguno, de ellos o ambos, de ser dos)			no	judicial	no	judicial	no	judicial	no
Algunos comentarios:										vedado (arts. 2,5 y 12)

- Lo volcado sobre rectificación registral cuenta para la primera que se pida, a partir de la segunda es siempre Judicial

A continuación enumeraremos derechos en orden creciente de “intensidad en la formalidad del trámite” en relación con su puesta en práctica, es decir: desde el trato brindado a una persona trans (por ejemplo, llamarla por su nombre de elección en un hospital), hasta la intervención quirúrgica (que requiere la intervención específica de un servicio de salud, consentimiento informado, etc.). A mayor formalidad requerida, más procedimientos han de activarse y, por lo general, más terceros/as han de involucrarse (médicos/as, jueces/zas, funcionarios/as, abogados/as del niño/a, etc.). Esta estructura que he decidido emplear a efectos expositivos no es un orden de importancia ya que variará en cada persona el grado de centralidad que, para su plan de vida, tenga cada uno de estos derechos. Tampoco implica una progresividad secuencial, en el sentido de que un derecho deba cumplirse para que otro pueda ejercerse; todos los puntos enumerados a continuación son igualmente valiosos, interdependientes y autónomos en tanto derechos consagrados.

Entonces, el derecho a la expresión y vivencia de la propia identidad de género comprende, en lo que nos compete en este análisis, los siguientes supuestos:

1. **Trato conforme a la identidad de género**
2. **Rectificación registral conforme a la identidad de género**
3. **Terapia hormonal**
4. **Intervención quirúrgica**

Veamos sucintamente cada uno de ellos:

1. Trato conforme a la identidad de género

Se encuentra regulado en el art. 12 de la ley. Consiste en erradicar la violencia que implica, en los casos donde no se haya efectuado una modificación registral, ser identificado/a por un nombre, sexo o imagen que no se corresponda con la propia identidad de género. Esto incluye referencias verbales, escritas o de cualquier otra índole. Y se aplica tanto a entidades públicas (hospital, escuela, ministerio, etc.) como privadas (hospital, escuela, obra social, etc.)

En el cuadro se refiere que esta solicitud debe ser atendida “sin trámite” previo alguno ya que la mera expresión desprovista de cualquier grado de formalidad ha de ser suficiente. Es de esperar, no obstante, que ante determinadas dependencias o supuestos, exista la posibilidad de que sea necesario algún tipo de tramitación. No obstante, esto no debe ser un obstáculo para el acceso a este derecho y no debería ser tampoco una carga que deba soportar la persona (en tiempo, dinero, esfuerzos, etc.) El empleo de dicho término (“sin trámite”) se ciñe al articulado de la ley (que no establece pasos o requisitos algunos) y se contrapone al punto siguiente, que sí requiere necesariamente la sustanciación de un expediente administrativo.

Sobre este punto existen numerosos precedentes en todo el país, como la ley 3062 de la C.A.B.A. del año 2009 (que comprende lo dispuesto por la pionera Resolución del Ministerio de Educación del año 2003 N° 122/03 y la Resolución N° 2272/07 del Ministerio de Salud) y la Resolución N° 2359/07 del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires.

2. Rectificación registral conforme a la identidad de género

Regulado en los arts. 1, 3, 4 y 5. Consiste en la modificación registral en la partida de nacimiento de los datos referidos al nombre y sexo de la persona. En razón de dicho cambio, ha de expedirse documentación personal que se condiga con el mismo, comenzando con el Documento Nacional de Identidad (D.N.I.). Estos trámites involucran al Registro Civil de la jurisdicción donde haya nacido la persona, al Registro Nacional de las Personas (RENAPER) y a todo ente público o privado que debe expedir nueva documentación en función del cambio y a mero requerimiento (carnet de obra social, licencia de conducir, certificado de discapacidad, tarjeta de débito, etc.). En toda nueva documentación que requiera fotografía o cualquier otro tipo de identificación, se respetará la identidad de género de la persona.

3. Terapia hormonal

Regulado en el art. 11. Consiste en el tratamiento endocrinológico o de cualquier otro tipo que sea necesario a fin de que una persona pueda adecuarse a la vivencia personal de su cuerpo, en función de una decisión libre y autónoma.

La centralidad que tiene este aspecto en la vida de muchas personas trans se traduce en que no poder acceder a estos tratamientos en forma segura y con el seguimiento correspondiente implica un perjuicio mayúsculo. Los debates actuales en torno a la despatologización presentan una especial preocupación por garantizar y profundizar el acceso a prácticas médicas como parte del derecho a la salud integral (es decir, como *“estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*).⁽¹⁵⁾ En otras palabras, no se trata de negar la asistencia sanitaria sino de adecuarla a fin de que el diagnóstico no sea la llave sin la cual no se puede acceder al servicio público en cuestión. Por otro lado, los centros de salud deben contar con servicios especializados que, asimismo, prevengan la habitual exclusión que padecen las personas trans al momento de requerir atención.

Es de destacar que estos supuestos regulados por la ley deben enmarcarse en la relación médico/a-paciente, y las normas y requisitos que la rigen. Lo mismo ha de ocurrir si existen otras profesiones o disciplinas involucradas. Ningún requisito extraordinario debe ser aludido a fines de obstaculizar el acceso a este derecho. Es por ello que en el cuadro se identifica a esta solicitud como *“sin trámite”*.

Los criterios receptados en la ley en lo que refiere a los servicios sanitarios responden a principios aplicados a todo tratamiento brindado en el marco sanitario. Es de aplicación, entonces, el procedimiento relativo al otorgamiento del *“consentimiento libre, pleno, esclarecido y continuado”* y demás contenidos de la Ley de Derechos del Paciente (26.529).

4. Intervención quirúrgica

Regulado también en el art. 11. El goce y ejercicio del derecho a la identidad de género contempla la posibilidad —no la obligación— de que una persona modifique total o parcialmente su apariencia o función corporal a través de medios quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida.

Es de destacar que todo tipo de seguimiento, asesoramiento y conserjería debe ser entendido como un derecho de la persona a poder comprender

(15) Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19 de junio al 22 de julio de 1946.

cabalmente en qué consisten las prácticas a las cuales sería sometido/a y recibir el acompañamiento necesario en dicho proceso. No deben, por ende, establecerse requisitos no incluidos en la norma que signifiquen obstáculos o etiquetas diagnósticas patologizadoras.

La ley deroga el inc. 4 del art. 19 de la ley 17.132 del año 1967 (de Ejercicio de la Medicina), que establece el requisito de la autorización judicial en casos de intervención quirúrgica de adultos/as. La desjudicialización, eje principal de la ley, evitará distintos inconvenientes tales como largas demoras, procedimientos invasivos de la intimidad de la persona, inseguridad jurídica (incertidumbre en torno al ejercicio del derecho dependiendo de la interpretación del/a juez/a en cuestión), costos, dificultades en el acceso a la justicia, sustitución de la voz y voluntad de la persona trans por la de operadores/as, etc.

En lo que respecta a la decisión autónoma de la persona, se aplica lo expresado en torno al "consentimiento libre, pleno, esclarecido y continuado".

En resumen, los tratamientos hormonales y quirúrgicos son prácticas médicas a las cuales las personas tienen derecho a acceder y, por ende, deben ser garantizadas en el marco exclusivo del sistema de salud. Esto prevendrá que estas prácticas, como ocurre hasta ahora en muchos casos, sean llevadas a cabo en forma clandestina e insegura, lo cual puede provocar lesiones y muertes en muchas personas trans. Esto es particularmente relevante en el caso de personas pobres y esta dimensión de acceso a las prácticas consiste, por ende, en uno de los puntos más destacables de la norma.

3.1 | Cuestiones específicas de infancia

1. Falta de consentimiento por parte de representantes de Niñas, Niños y Adolescentes (NNyA): Salvo en lo que se refiere al trato digno, ante la falta de consentimiento por parte de padres, madres o tutores/as, interviene un/a juez/a. La ley adopta este criterio a fin de que se dirima judicialmente este conflicto entre los intereses del/a NNyA y los de sus representantes.

2. Casos de intervención quirúrgica de NNyA: En igual sentido, la ley sostiene que en todo caso donde se requiera la intervención quirúrgica de

menores de 18 años —con o sin consentimiento de sus representantes—, ha de intervenir un/a juez/a.

3. La figura del/a abogado/a del/a niño/a: El cuadro receta en una columna las menciones expresas que hace la ley al derecho/garantía del/a abogado/a del/a niño/a. No obstante, es de destacar que la ley 26.061 (de Protección Integral de Derechos de NNyA) establece que ha de designarse un/a abogado/a del niño/a en todo expediente judicial o administrativo donde los intereses y/o derechos de un/a NNyA se encuentren involucrados. Dicho/a letrado/a debe garantizar exclusivamente la expresión y defensa de la voluntad del/a NNyA y, en caso de ser necesario, debe ser designado por el Estado.

4. El consentimiento de la propia niña, niño o adolescente: Huelga aclarar que la ley veda toda posibilidad de que se ejerza cualquiera de los derechos enumerados si no es como consecuencia de un pedido expreso que refleje la voluntad del/a NNyA en cuestión. Se impide de esta manera cualquier hipótesis en la que los/as representantes legales decidan, por ejemplo, un cambio registral en sentido contrario a la voluntad del/a NNyA.

4 | Comentarios finales

La norma que analizamos contiene expresas referencias a los “principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061”. Creemos que en cada caso se deberán considerar estos conceptos a la luz del respeto a la identidad de género escogida, vivida, sentida y reclamada por el/a niño/a.

En relación con el derecho a la identidad, esta ley pone en cuestión el carácter estanco de la identidad. La misma se nos presenta como un hecho complejo y variable, que excede toda definición determinista y se vincula más con una construcción autónoma del sujeto, desde su propia palabra y vida. Por ejemplo, la teórica trans Lohana Berkins problematiza en el siguiente pasaje el binarismo esencialista:

“¿Qué es ser mujer? Esta misma pregunta nos conduce a algo que resulta bastante difícil en la práctica, nos conduce al esencialismo. ¿Hay algo que define esencialmente a la mujer? ¿el

cariotipo? ¿los genitales? ¿las funciones reproductivas? ¿la orientación sexual? ¿la conducta, la ropa? ¿todo ello junto? ¿una parte de ello?"⁽¹⁶⁾.

La ley fue nutrida desde los aportes teóricos de esta autora y otros/as destacados/as activistas y teóricos/as trans, lo cual forjó la impronta política que la convierte en un hito legislativo.

La Ley de Identidad de Género rescata el ejercicio de la autonomía personal, junto con otros tantos derechos involucrados (libertad, integridad personal, vida, etc.) en el marco de la diversidad humana.

Negar de plano a los/as niñas, niños y adolescentes un derecho —como éste— que se garantiza a adultos/as, consiste en un atentado a la igualdad y, por ende, a su contracara: la no discriminación. Además y muy particularmente, sin el reconocimiento de la identidad de género se coartan todos los demás derechos en un contexto tan importante de crecimiento y formación: la niñez y adolescencia (a nivel educativo, de salud, de educación, de contención familiar y social, de conformación de horizontes, perspectivas, personalidad, plan de vida, etc.).

Creo que con la aplicación efectiva de esta ley se empezará a forjar un futuro mejor de educación, salud, vivienda, trabajo y dignidad para las personas trans, quienes lucharon y consiguieron este nuevo hito.

(16) BERKINS, LOHANA, "Un itinerario político del travestismo", en Diana Maffia, (comp.) *Sexualidades migrantes, Género y transgénero*, Buenos Aires, Feminaria Editora, 2003. Citado por Litardo, Emiliano, 2012, op. cit.



Jurisprudencia Anotada

Notas sobre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas durante los años 2009 y 2010

por **PABLO A. GONZÁLEZ**,⁽¹⁾ **ROSARIO MUÑOZ**,⁽²⁾ **PAULA PRADOS**⁽³⁾
y **JUAN P. VISMARA**⁽⁴⁾

I | Introducción

El presente trabajo persigue el objetivo de resaltar los principales lineamientos pautados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en

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

(2) Abogada con Diploma de Honor (UBA). Docente de Derechos Humanos (UBA). Se desempeña profesionalmente en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación.

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

(4) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Se desempeña profesionalmente en la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta Sexual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

adelante “CIDH”) durante los años 2009 y 2010, en aquellos aspectos donde ha innovado, avanzado o modificado su jurisprudencia. A fin de no ser reiterativos, evitaremos volver sobre lo dicho en oportunidades anteriores, en aquellas cuestiones que constituyen materia de su jurisprudencia constante. Esperamos, entonces, que las siguientes notas sirvan como un recurso de fácil acceso a los estándares fijados por el Tribunal en diversas materias, que puedan incorporarse al trabajo diario de los operadores de la justicia.

2 | Casos de desaparición forzada de personas

En el conjunto de sentencias que integran el acervo de los años 2009 y 2010 nos encontramos con cinco fallos sobre violaciones a derechos humanos durante las dictaduras cívico-militares que azotaron al continente sudamericano durante la segunda mitad del siglo pasado. Estas sentencias entendieron sobre la situación en Perú, México, Guatemala, Bolivia y Brasil. Este último caso resulta de especial interés porque unos meses antes del dictado de la sentencia de la Corte, el Tribunal Superior brasilero había confirmado la vigencia de la ley de amnistía que impedía las investigaciones de los delitos cometidos en la dictadura.

2.1 | Caso Anzualdo Castro c/ Perú

El caso versa sobre la desaparición forzada del señor Kenneth Ney Anzualdo Castro, a partir del 16 de diciembre de 1993, en manos de agentes del Servicio de Inteligencia del Ejército. Se alegó que el mismo día habría sido llevado a los sótanos del cuartel general del Ejército, donde habría sido eventualmente ejecutado y sus restos incinerados en hornos que existían en esos sótanos.⁽⁵⁾

Estos hechos corresponden, según la Comisión, a una época caracterizada por un patrón de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y masacres atribuidas a agentes del Estado y a grupos vinculados a los

(5) CIDH, “Caso Anzualdo Castro c/ Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22/09/2009, serie C N° 202.

organismos de seguridad, favorecido por un patrón de impunidad en la investigación y persecución de ese tipo de hechos, perpetrados, principalmente, contra estudiantes universitarios.

El Estado planteó una excepción de falta de agotamiento de los recursos internos referida al trámite de una investigación iniciada 15 años después de ocurrida la alegada desaparición forzada. Para la Corte, ésta no puede ser válidamente alegada en tanto el transcurso de esos años parecería confirmar que las víctimas no han contado con recursos efectivos, lo que corresponde al análisis del fondo del caso, declarando improcedente la excepción.⁽⁶⁾

En cuanto al fondo del caso, una vez más la Corte destacará el carácter de violación múltiple de derechos que reviste la desaparición forzada de personas, tratándose de una violación de carácter continuado o permanente. Esta caracterización múltiple surge de la propia definición que establece la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, como así también de sus trabajos preparatorios, preámbulo, y otros instrumentos internacionales, que señalan como “elementos concurrentes y constitutivos de la desaparición forzada: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o paradero de la persona interesada”.⁽⁷⁾

Luego, se avoca a determinar las obligaciones que, de dicha Convención, se derivan para todos los Estados. En este sentido, a las obligaciones emanadas del art. 1.1 que la Corte definió desde Velásquez Rodríguez en adelante, se suman las específicamente definidas en relación con esta violación. Así, la Corte afirmó que:

“...la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, *inter alia*, contra la desaparición forzada. A

.....
(6) Ídem, párr. 19.

(7) Ídem, párr. 60, con citas de “Caso Gómez Palomino c/ Perú”, Fondo, Reparaciones y Costa, sentencia del 22/11/ 2005, serie C N° 136, párr. 97; “Caso Ticona Estrada c/ Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27/11/ 2008, serie C N° 191, párr. 55, y “Caso Heliodoro Portugal c/ Panamá”, *supra* nota 58, párr. 110.

contrario sensu la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida”.⁽⁸⁾

Asimismo, resulta fundamental la existencia de recursos judiciales rápidos y eficaces, al alcance de los familiares del detenido o personas allegadas, para determinar su paradero o estado de salud, o bien para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de la libertad. En definitiva, concluye la Corte, siempre que haya motivos razonables de que una persona haya sido sometida a desaparición forzada, debe iniciarse una investigación de oficio—independientemente de que se presente una denuncia—sin dilación, de manera seria, imparcial y efectiva.⁽⁹⁾

Finalmente, a fin de facilitar la investigación, los Estados que han suscripto la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, tienen la obligación de establecer como delito autónomo a la desaparición forzada en sus legislaciones internas.⁽¹⁰⁾

Sentado lo anterior, la Corte definió entonces que el análisis de una alegada violación de desaparición forzada, debe ser siempre integral, ponderando todas las posibles violaciones de derecho humanos contemplados en la Convención.

En el caso concreto, encontrándose probado que el Sr. Anzualdo Castro fue secuestrado o privado de su libertad y llevado a un centro clandestino de detención, en un contexto de sistemáticas desapariciones forzadas, su traslado coactivo a los sótanos del Ejército y la subsiguiente incomunicación a la que fue sometido:

“...sin duda le provocaron profundos sentimientos de miedo, angustia e indefensión e implicaron someterlo a un grave riesgo de que agentes estatales lo sometieran a actos de tortura o actos crueles, inhumanos o degradantes y, posteriormente, lo

(8) Ídem, párr. 63.

(9) Ídem, párrs. 64 y 65.

(10) Ídem, párr. 66.

privaran de su vida. En razón de estas consideraciones, el Estado incurrió en faltas a su deber de garantizar a toda persona sujeta a su jurisdicción sus derechos a no ser privado de la vida arbitrariamente y a la integridad personal, lo cual comprende la prevención razonable de situaciones que puedan redundar en la supresión de esos derechos, en particular de la práctica de las desapariciones forzadas. De tal manera, el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida del señor Anzualdo Castro”.

Más allá del desarrollo anterior, la nota distintiva de este fallo viene dada por el análisis que efectúa de la violación al art. 3 de la Convención, que implica un vuelco absoluto en la postura hasta entonces sostenida por la Corte Interamericana.

En efecto, ese mismo carácter múltiple y complejo que reviste la desaparición forzada de personas, amerita considerar que esta violación persigue “no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional”.⁽¹¹⁾

Precisamente, en estos casos la negativa del Estado a reconocer que la víctima se encuentra bajo su control y de brindar información al respecto, pretende “generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos”.⁽¹²⁾ Concluye la Corte que:

“...en casos de desaparición forzada de personas se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que imposibilita, obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos en general, en una de las más graves formas de incumplimiento de las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos. Esto se tradujo en una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica del señor Anzualdo Castro”.⁽¹³⁾

(11) Ídem, párr. 90.

(12) Ídem, párr. 91.

(13) Ídem, párr. 101.

De ese análisis integral, se declaran las violaciones a los arts. 7.1, 7.6, 5.1, 5.2, 4.1 y 3 de la Convención, en relación con el art. 1.1 de la misma y con el art. I de la CIDFP, en perjuicio del señor Kenneth Ney Anzualdo Castro.

Al igual que en los anteriores casos sobre desaparición forzada, la Corte hace referencia al derecho a la verdad como parte integrante del derecho al acceso a la justicia y como modalidad de reparación,⁽¹⁴⁾ y se expide también sobre la violación a los arts. 8 y 25 por la falta de investigación y restantes violaciones a las garantías del debido proceso.

2.2 | Caso Radilla Pacheco c/ México

El caso trata sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, la cual tuvo lugar el 25 de agosto de 1974, en manos de efectivos del ejército mexicano. El desconocimiento del destino del Radilla Pacheco, su paradero o el de sus restos se mantienen hasta día de hoy. Asimismo, el Tribunal remarca que en la época en que tuvieron lugar los hechos descritos, existía en México un patrón de detenciones, tortura y desapariciones forzadas de personas militantes de la guerrilla o identificada como simpatizantes.

En el presente, la Corte reitera su jurisprudencia sentada en “Anzualdo Castro c/ Perú” respecto de la desaparición forzada de personas, considerándola como una violación múltiple de derechos, destacando su carácter continuo y permanente, y su consecuente afectación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Un aspecto importante a resaltar es el análisis que hace la Corte respecto del derecho a la integridad personal de los familiares del que desapareció forzosamente. En el mismo se menciona que la desaparición forzosa de Radilla Pacheco tuvo un impacto traumático diferenciado en la familia como colectivo, lo que obligó a la restructuración de roles de cada uno de sus miembros, con las consecuentes afectaciones al proyecto de vida de cada uno de ellos. El Tribunal señala que estas afecciones, además

(14) Ídem, párrs. 118 y 119.

de ser violatorias del derecho a la integridad psíquica y moral, ponen de manifiesto el carácter complejo de la desaparición forzada de personas.⁽¹⁵⁾

Por otro lado, como bien se señaló en el caso anterior, los Estados que han suscripto la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas (como es el caso de México), tienen la obligación de establecer como delito autónomo la desaparición forzada en su legislación interna. En el presente caso, el Estado alegó que no podía aplicar el delito de desaparición forzada toda vez que el presunto responsable de la misma había pasado a retiro con anterioridad a la entrada en vigor del tipo penal. La Corte calificó de "inadmisible" tal alegato, y remarcó que "mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima, la desaparición forzada permanece invariable independientemente de los cambios en el carácter de 'servidor público' del autor. En casos como el presente en los que la víctima lleva 35 años desaparecida, es razonable suponer que la calidad requerida para el sujeto activo puede variar con el transcurso del tiempo. En tal sentido, de aceptarse lo alegado por el Estado se propiciaría la impunidad."⁽¹⁶⁾

Seguidamente, la CIDH examinó la aplicación de jurisdicción militar para conocer y resolver los hechos relativos a la detención y posterior desaparición forzada de Radilla Pacheco. Entre los elementos novedosos que incorpora, la Corte destacó que cuando los tribunales militares conocen de actos constitutivos de violaciones a derechos humanos en contra de civiles ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. En tal sentido, las víctimas de violaciones a derechos humanos y sus familiares tienen derecho a que tales violaciones sean conocidas y resueltas por un tribunal competente, de conformidad con el debido proceso y el acceso a la justicia. La importancia del sujeto pasivo trasciende la esfera

(15) CIDH, "Caso Radilla Pacheco c/ Estados Unidos Mexicanos", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/11/2009, serie C N° 209, párrs. 171 y 172.

(16) Ídem, párr. 240.

del ámbito militar, ya que se encuentran involucrados bienes jurídicos propios del régimen ordinario.⁽¹⁷⁾

Asimismo, agregó que en el marco de un Estado de Derecho la desaparición forzada de personas nunca puede ser considerada como un medio legítimo y aceptable para el cumplimiento de la misión castrense. Por lo tanto, al ser tal conducta abiertamente contraria a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos, se encuentra excluida de la competencia militar.⁽¹⁸⁾

Por otro lado, el Estado alegó que las decisiones dictadas por tribunales militares, son susceptibles de ser revisadas por autoridades ordinarias a través de la figura del amparo, a fin de salvaguardar la garantía de juez natural en los casos donde la víctima del delito considerado del orden militar sea un civil. Al respecto, la Corte señaló que la sola posibilidad de que las decisiones emanadas de tribunales militares puedan ser revisadas por las autoridades federales no satisface el principio del juez natural, ya que desde la primera instancia el juez debe ser competente.

Por último, la CIDH estudió la jurisdicción a la luz de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas. El art. IX del mismo establece que los presuntos responsables de la desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, excluyéndose toda jurisdicción especial, en especial la militar.⁽¹⁹⁾ Por su parte, el art. XIX del mismo instrumento establece que los Estados pueden formular reservas siempre que ellas no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención.⁽²⁰⁾

El Tribunal señala que, en los términos del art. I, la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas “tiene como propósito particular garantizar la efectiva prevención, sanción y supresión de la práctica de la desaparición forzada de personas, evitando sus efectos, esto es, la violación múlt-

.....
(17) Ídem, párr. 275.

(18) Ídem, párr. 277.

(19) Ver art. IX de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

.....
(20) Ver art. XIX de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas.

multiple de derechos humanos".⁽²¹⁾ A su vez, señala que uno de los derechos protegidos por la mencionada Convención, el cual se halla encaminado a lograr la efectiva sanción de los autores del delito de la desaparición forzada, es el del juez natural. En este sentido, destaca que el art. IX de Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, más allá de una regla de competencia, reconoce el derecho al juez natural.

En el presente caso, México formuló reserva respecto de este art., señalando que los delitos cometidos por militares en servicio serán juzgados por la justicia militar. En relación a tal reserva, la Corte remarcó que desconoce el derecho humano al juez natural en la investigación y eventual sanción de los responsables de la comisión de desaparición de personas. Por lo tanto, al ser el derecho al juez natural indispensable para la consecución de los fines propuestos por la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, la CIDH declara inválida la reserva formulada por México.

2.3 | Caso Chitay Nech y otros c/ Guatemala

La desaparición forzada del señor Florencio Chitay Nech, dirigente político indígena maya *kaqchikel* tuvo lugar en la Ciudad de Guatemala el 1 de abril de 1981, cuando un grupo de hombres armados bajaron de un vehículo y lo secuestraron. Ello se dio en el contexto de un conflicto armado interno que tuvo lugar entre los años 1962 y 1996 durante el cual se estima que mas de 200.000 personas fueron víctimas de desaparición forzada y ejecuciones arbitrarias, en en el marco de la aplicación por el Estado de la llamada "Doctrina de Seguridad Nacional". Florencio Chitay continúa desaparecido.⁽²²⁾

Como en todos los casos en los que debió entender sobre desapariciones forzadas de personas, la Corte destacó que se trata de una violación múltiple de derechos humanos que requiere de un análisis sistémico y comprensivo, y que impone la necesidad de tener en cuenta "la natura-

(21) CIDH, "Caso Radilla Pacheco c/ Estados Unidos Mexicanos", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C N° 209, párr. 308.

(22) "Caso Chitay Nech y otros c/ Guatemala", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 25/05/2010, serie C N° 212, párr. 64.

leza continua y el carácter pluriofensivo de la misma".⁽²³⁾ En ese sentido, entiende que se violan en forma interrelacionada el derecho a la libertad personal, a la vida y a la integridad personal⁽²⁴⁾ y que, mientras no se realice una investigación efectiva que garantice el acceso a la justicia con plena vigencia de las garantías judiciales, también, se encuentran violados los arts. 8 y 25 de la Convención.

Asimismo, siguiendo el cambio jurisprudencial realizado con los fallos de Anzualdo Castro c/ Perú y Radilla Pacheco c/ México, recién comentados, la Corte entendió que en esa complejidad de violaciones debe incluirse la violación a la personalidad jurídica reconocida en el art. 3 de la Convención puesto que la "desaparición [forzada] busca no sólo una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una suerte de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive la comunidad internacional".⁽²⁵⁾

Por otro lado, teniendo en cuenta que la desaparición forzada del Sr. Chitay tuvo como objeto impedir que ejerza su participación política, en su perjuicio y el colectivo social que integraba, la Corte se pronunció en los siguientes sentidos: "...los derechos políticos consagrados en la Convención (...) propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. En particular el derecho a una participación política efectiva implica que los ciudadanos tienen no sólo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos. (...) el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención".⁽²⁶⁾

"(...)la comunidad se vio privada de la representación de uno de sus líderes en diversos ámbitos de su estructura social, y principalmente en el acceso al ejercicio pleno de la participación directa de un líder indígena en las estructuras del Estado, donde

(23) Ídem, párr. 81.

(24) Ídem, párr. 89/96.

(25) Ídem, párr. 98.

(26) Ídem, párr. 107.

la representación de grupos en situaciones de desigualdad resulta ser un prerequisite necesario para la realización de aspectos fundamentales como la inclusión, la autodeterminación y el desarrollo de las comunidades indígenas dentro de un Estado plural y democrático".⁽²⁷⁾

Esto llevó a la Corte a concluir que se violó el art. 23.1, inciso a), de la Convención.

Resulta interesante, también, la interpretación que hace la Corte respecto al derecho de circulación y residencia reconocido en el art. 22 de la Convención. En tal sentido, sostuvo que si bien

"...no consta que Guatemala ha restringido de manera formal la libertad de circulación y de residencia de los miembros del núcleo familiar de Florencio Chitay, la Corte estima que en este caso dicha libertad se encuentra limitada por una grave restricción de facto, que se origina en las amenazas y hostigamientos que han provocado su partida, así como el temor fundado generado por todo lo ocurrido a su padre, otros familiares y miembros de la comunidad, aunado a la falta de investigación y enjuiciamiento de los responsables de los hechos, lo que los ha mantenido alejados de su comunidad".⁽²⁸⁾

Finalmente, también resulta relevante la violación del derecho a la vida cultural de los niños indígenas hijos de Chitay Nech. En el presente caso, la Corte además reconoce el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e, incluso, a la comunidad de la cual forma parte.⁽²⁹⁾ Sostiene que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural de los indígenas se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas,⁽³⁰⁾ y que el Estado

(27) Ídem, párr. 113.

(28) Ídem, párr. 150.

(29) Ídem, párr. 159.

(30) Ídem, párr. 168.

violó los arts. 17 y 22 en perjuicio de los hijos de Chitay, y los arts. 17, 19 y 22 en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento en perjuicio de Eliseo, Estermerio y María Rosaura, también hijos del dirigente indígena víctima de desaparición forzada —estos últimos menores de edad al momento de la ratificación de la Convención Estado el 9 de marzo de 1987—.

Para terminar es interesante destacar que —dentro de las medidas de reparación solicitadas por los representantes y la Comisión Interamericana— el reclamo al Estado de hallar y sepultar los restos mortales de Florencio Chitay Nech de acuerdo a las tradiciones y costumbres de la comunidad indígena maya *kaqchikel*.⁽³¹⁾

2.4 | Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolivia

En el marco de una política de represión a grupos y personas que eran identificados por el gobierno como enemigos u opositores del régimen que se registró durante la dictadura militar que azotó Bolivia desde el año 1971 hasta el año 1978, desaparecieron los Señores Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña.⁽³²⁾

Reiteró la Corte las implicancias de las desapariciones forzadas de personas y su naturaleza múltiple y compleja. Esta violación, resaltó, “tiene carácter continuado o permanente y mientras no se conozca el paradero o se hallen los restos de la personada desaparecida persisten las consecuencias sobre el deber de investigar”.⁽³³⁾

En este caso, resultan importantes algunas precisiones respecto del deber de investigar acerca del paradero de la víctima a cargo del Estado. Respecto de la desaparición de Ibsen Cárdenas, el Estado sostuvo que en el año 1983 ya había esclarecido el hecho e identificado sus restos y ubica-

(31) Ídem, párr. 238.

(32) CIDH, “Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1/09/2010, serie C N° 217, párrs. 51 y 53.

(33) Ídem, párr. 57/68.

ción, por lo que en ese año “cesó” su desaparición forzada.⁽³⁴⁾ Ante eso la Corte debió aclarar que:

“...particularmente en relación con este último aspecto, no se trata meramente del acto de encontrar los restos de una determinada persona sino que ello, lógicamente, debe ir acompañado de la realización de las pruebas o análisis que permitan comprobar que, efectivamente, esos restos corresponden a esa persona. Por lo tanto, en casos de presunta desaparición forzada en que existan indicios de que la alegada víctima ha fallecido, la determinación de si se ha configurado dicho fenómeno y la cesación del mismo, en su caso, implica, necesariamente, establecer de la manera más fehaciente la identidad del individuo a quien pertenecen los restos recolectados. En tal sentido, la autoridad correspondiente debe proceder a la pronta exhumación de éstos para que sean examinados por un profesional competente. Dicha exhumación debe llevarse a cabo de forma que proteja la integridad de los restos a fin de establecer, en la medida de lo posible, la identidad de la persona fallecida, la fecha en que murió, la forma y causa de muerte, así como la existencia de posibles lesiones o indicios de tortura”.⁽³⁵⁾

La investigación de 1983, dice la Corte, impide llegar a la convicción de que los restos fueron encontrados en esa oportunidad.⁽³⁶⁾ Finalmente, debe decirse, en 2008, luego de infructuosas investigaciones, se identificó de manera definitiva el paradero de Ibsen Cárdenas.⁽³⁷⁾ No ocurrió lo mismo respecto de Ibsen Peña, cuyo paradero aún se desconoce.

Las investigaciones *ex officio*, dice la Corte, “debe[n] circunscribirse a las actuaciones realizadas en el ámbito jurisdiccional, no siendo posible sostener que se ha cumplido con dicho deber basados en las actuaciones llevadas a cabo por comisiones especiales como, por ejemplo, es el caso la

.....
(34) Ídem, párr. 27.

(35) Ídem, párr. 82.

(36) Ídem, párr. 88.

(37) Ídem, párr. 92.

Comisión Nacional de Investigación de Ciudadanos Desaparecidos creada en Bolivia.⁽³⁸⁾

En cuanto a la obligación de tipificar el delito de desaparición forzada de personas en la legislación interna, ésta fue recién cumplida por el Estado el 18 de enero de 2006. Si bien esto le acarrearía responsabilidad internacional, la Corte sostuvo que como en el caso Ticona Estrada⁽³⁹⁾ ya había declarado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado establecidas en los arts. I.d) y III de la Convención sobre Desaparición Forzada y en el art. 2 de la Convención Americana, no resultaba necesario una nueva declaración sobre el incumplimiento de dichas obligaciones pues aquélla tenía efectos generales que trascienden el caso concreto.⁽⁴⁰⁾

No obstante, la Corte estimó necesario agregar que “una apreciación incorrecta a nivel interno sobre el contenido jurídico de la desaparición forzada de personas obstaculiza el desarrollo efectivo del proceso penal en detrimento del deber de investigar del Estado y del derecho de acceso a la justicia a favor de las víctimas”.⁽⁴¹⁾

Finalmente, vale la pena resaltar que, al momento de analizar el plazo razonable del proceso de investigación del paradero de las víctimas, la Corte debió expedirse respecto del instituto de la excusa judicial, puesto que en el caso se habían verificado 111 excusas. Al respecto señaló que:

“una de las formas de garantizar la conducción imparcial del proceso es mediante el instituto procesal de la excusa, la cual compete al juzgador cuando se estima impedido para conocer de un determinado asunto por considerar que, debido a que se presenta alguna de las causales previstas por la ley para ello, podría verse afectada su imparcialidad (...) Por lo tanto, el recurso a la excusa judicial es una cuestión que necesariamente

.....

(38) Ídem, párr. 159.

(39) “Caso Ticona Estrada y otros c/. Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27/11/ 2008, serie C N° 19.

(40) CIDH, “ Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña c/ Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 01/09/2010, serie C N° 217, párr. 194.

.....
(41) Ídem, párr. 200.

incide en el debido proceso penal, en los términos de la Convención Americana".⁽⁴²⁾

2.5 | Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil

El Tribunal encontró probado que entre los años 1972 y 1974, en la región conocida como Araguaia, agentes estatales brasileños fueron responsables de la desaparición forzada de 62 personas identificadas como presuntas víctimas del presente caso. Transcurridos más de 38 años, contados desde el inicio de las desapariciones forzadas, solamente se han identificado los restos mortales de dos de ellas. El Estado continúa sin definir el paradero de las 60 víctimas desaparecidas restantes, en tanto hasta la fecha no ha dado una respuesta determinante sobre sus destinos.⁽⁴³⁾

Por tratarse de un típico caso de desaparición forzada de personas, la Corte concluyó que el Estado resultó responsable de la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal; establecidos, respectivamente, en los arts. 3, 4, 5 y 7 de la Convención.⁽⁴⁴⁾

En especial, resultan importantes las afirmaciones realizadas respecto de Ley de Amnistía puesto que; en virtud de ella, el Estado no ha investigado, procesado o sancionado penalmente a los responsables de las violaciones de derechos humanos cometidas durante el régimen militar.⁽⁴⁵⁾ Pero lo que torna aún más interesante el caso es que el 29 de abril de 2010 el Supremo Tribunal Federal, por siete votos a dos, afirmó la vigencia de la ley y la constitucionalidad de su interpretación. Una resolución con eficacia *erga omnes* y efecto vinculante contra la cual no cabe ningún recurso.⁽⁴⁶⁾

(42) Ídem, párr. 177 y 178.

(43) CIDH, "Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/11/2010, serie C Nº 219, párr. 121.

(44) Ídem, párr. 125.

(45) Ídem, párr. 135.

(46) Ídem, párr. 136.

La Corte ya se había pronunciado sobre la incompatibilidad existente entre las amnistías y la Convención Americana, en casos de graves violaciones a los derechos humanos relativos a Perú⁽⁴⁷⁾ y Chile.⁽⁴⁸⁾ Respecto de la amnistía brasilera, la Corte sostuvo:

“...dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos. En consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil”.⁽⁴⁹⁾

Respecto de la diferencia existente entre una amnistía y una autoamnistía la Corte dijo que: “la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en la Convención”.⁽⁵⁰⁾

En cuanto a la sentencia del Tribunal Superior brasilero que confirmó la vigencia de la amnistía la Corte señaló que:

“...no fue ejercido el control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales del Estado y que, por el contrario, la decisión del Supremo Tribunal Federal confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obliga-

(47) CIDH, “Caso Barrios Altos c/ Perú”, Interpretación de la Sentencia de Fondo, sentencia del 3/09/2001, serie C N° 83 y “Caso La Cantuta c/ Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29/11/2006, serie C N° 162.

(48) CIDH, “Caso Almonacid Arellano y otros c/ Chile”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26/09/2006, serie C N° 154.

(49) CIDH, “Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c/ Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/11/2010, serie C N° 219, párr. 174.

(50) Ídem, párr. 175.

ciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional, particularmente aquellas establecidas en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”.⁽⁵¹⁾

Por otro lado, se analiza en el caso el acceso a la información reconocido en el art. 13 de la Convención. A criterio de la Corte,

“resulta esencial que, para garantizar el derecho a la información, los poderes públicos actúen de buena fe y realicen diligentemente las acciones necesarias para asegurar la efectividad de ese derecho, especialmente cuando se trata de conocer la verdad de lo ocurrido en casos de violaciones graves de derechos humanos como las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial del presente caso”.⁽⁵²⁾

Por otro lado, la Corte recuerda que las autoridades estatales de no deben “ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información en casos de violaciones de derechos humanos”.⁽⁵³⁾

3 | El derecho a la vida privada y la luz de las nuevas tecnologías

En el año 2009 la CIDH dictó sentencia en dos casos cuyos hechos resultan muy similares, uno seguido contra Panamá y otro contra Perú, ambos referidos a la violación del art. 11 de la Convención Americana, en ocasión de la interceptación, grabación y divulgación de llamados y conversaciones telefónicas sin el correspondiente consentimiento de las partes.

.....

(51) Ídem, párr. 177. Es interesante el relevamiento que la Corte realiza de todos los pronunciamientos de órganos internacionales respecto de la validez de este tipo de normas de amnistía; relevamiento éste que decisiones de tribunales superiores locales. Ver, en tal sentido, los párrs. 149/170.

(52) Ídem, párr. 211.

(53) Ídem, párr. 230.

Debe recordarse, primeramente, que el art. 11, en su numeral 2, establece que “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

En el caso “Tristán Donoso”⁽⁵⁴⁾ la víctima, abogado de profesión, tras prestar sus servicios profesionales al Sr. Salid Zayed, detenido preventivamente en el marco de una causa penal relacionada con el delito de lavado de dinero, alega la violación del art. 11 de la Convención por la interceptación, grabación y divulgación de una conversación telefónica y la posterior apertura de un proceso penal por delitos contra el honor seguido contra éste, por haber realizado comentarios negativos respecto de la gestión del Procurador General.

En este marco, la Corte tuvo la oportunidad de interpretar el mentado artículo entendiendo que, tal como surge del texto del tratado, la vida privada de la familia de las personas, su correspondencia, su domicilio, y también las conversaciones telefónicas ingresan en el ámbito de protección convencional, aún cuando éste último concepto no sea expresamente enunciado por la Convención.

Asimismo, aplicando su consabida doctrina relativa a las restricciones de derechos —toda restricción a un derecho debe estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, deben ser necesarias en una sociedad democrática—, la Corte entendió que la difusión —sin el consentimiento de las partes— de una conversación telefónica entre dos particulares resulta una injerencia ilegítima en la vida privada de las personas, en tanto no se encuentra prevista en ley alguna la potestad de llevar a cabo tal difusión.

Luego, la Corte pasó a analizar la alegada violación al art. 13 de la Convención —el derecho a la libertad de expresión—, jurisprudencia que vino a sumarse a la ya establecida en importantes precedentes en la materia como “Kimel”, “Herrera Ulloa” y “Ricardo Canese”.⁽⁵⁵⁾

.....

(54) CIDH, “Caso Tristán Donoso c/ Panamá”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27/01/2009, serie C N° 193.

(55) Para un análisis más profundo de este derecho ver: “Caso Kimel c/ Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2/05/2008, serie C N° 177; “Caso Ricardo Canese c/ Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31/08/2004, serie C N° 111; “Caso

De conformidad con los alegatos presentados por las partes, la Corte entiende que, una vez más, se encuentra frente al conflicto entre el derecho a la libertad de expresión en temas de interés público y la protección del derecho a la honra y a la reputación de los funcionarios públicos. En tanto ambos derechos revisten suma importancia, debiendo coexistir de manera armoniosa, la Corte entiende que la solución del conflicto requiere el examen caso por caso, conforme a sus características y circunstancias (ver considerando 93).

En el caso concreto, pues, la Corte determina que el derecho a la libertad de expresión se encuentra garantizado a toda persona, por lo que no "cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda" (considerando 114). Por lo tanto, un abogado se encuentra también en condiciones de reclamar la protección del art. 13 de la Convención.

Remitiéndose nuevamente a *Kimel*, la Corte recuerda que, si bien la respuesta penal para casos de expresión de informaciones u opiniones no se encuentra prohibida, la aplicación de medidas penales debe analizarse en cada caso con cautela, ponderando la gravedad de la conducta desplegada por el emisor, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales.⁽⁵⁶⁾

En el presente caso, consideró que las afirmaciones del Sr. Tristán Donoso respecto del accionar del Sr. Procurador revestían un interés público, además de tratarse de afirmaciones respecto de hechos sobre los cuales el Sr. Tristán Donoso tenía fundamentos para encontrarse convencido de su veracidad. De esta forma, la Corte entendió que las sanciones penal y de multa impuestas a la víctima resultan innecesarias a la luz de la alegada afectación del derecho a la honra.

.....
Herrera Ulloa c/ Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 02/07/2004, serie C N° 107.

(56) Ver "Caso *Kimel c/ Argentina*", op. cit., párr. 78.

En el caso “Escher”⁽⁵⁷⁾ —un caso de interceptación y monitoreo ilegal de las líneas telefónicas por parte de la Policía Militar del Estado de Paraná en un contexto de conflicto social relacionado con la reforma agraria en varios estados de Brasil— la Corte continuó con la línea argumentativa planteada en “Tristán Donoso”: determinó que el art. 11 protege las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla. Por lo tanto, el art. 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido, pues la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas.

Dado que en el caso existía una ley que autorizaba al Estado a realizar tales interceptaciones, lo que el Tribunal considera que debe analizarse es si existe un indicio razonable de autoría o participación de los sujetos en las infracciones penales que están siendo investigadas en el marco del proceso donde se ordenan, la determinación del medio que es empleado para tal interceptación y la indicación clara de los hechos que se están investigando. Asimismo, tal medio debe exigirse como el único practicable para obtener esa prueba y, por supuesto, la escucha debe ser dictada por juez competente (ver considerando 134). En tanto ninguno de tales requisitos se respetó en el caso, la Corte concluye que se violó el art. 11 de la Convención por la interceptación de las comunicaciones.

En cuanto a la divulgación de las llamadas, dado que se encontraban amparadas por el secreto de la investigación, su difusión resulta contraria también al art. 11 de la Convención.

4 | La libertad de asociación

En el caso “Kawas”⁽⁵⁸⁾ se analizan dos cuestiones muy interesantes. Por un lado, lo que el título del presente apartado nos anuncia, el derecho a

(57) CIDH, “Caso Escher y otros c/ Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 6/07/2009, serie C N° 200.

(58) CIDH, “Caso Kawas Fernández c/ Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/04/2009, serie C N° 196.

la libertad de asociación; por otro lado, el deber de investigar en relación con el derecho a la vida.

Si bien el deber de investigar traspasa toda la jurisprudencia de la CIDH, desde su primera sentencia y hasta los casos más recientes, no podemos dejar de mencionar el especial análisis que realiza en este caso.

La Sra. Kawas era presidenta de la Fundación para la Protección de Lance-tilla, Punta Sal, Punta Izopo y Texiguat (en adelante, PROLANSATE), organización que tenía por objeto mejorar la calidad de vida de los pobladores de las cuencas hidrográficas de la Bahía de Tela. En tales funciones, la Sra. Kawas había denunciado los intentos de personas y entidades privadas de apoderarse ilegalmente de la Península de Punta Sal, la contaminación de las lagunas y la depredación de los bosques de la región, entre otras cuestiones. Una tarde, mientras se encontraba en su casa, fue asesinada mediante un disparo de arma de fuego.

En el caso, la Corte reitera su jurisprudencia constante en cuanto a que el art. 4.1 no sólo genera una obligación negativa para los Estados —que una persona no sea privada arbitrariamente de su vida—, sino también la adopción de medidas positivas de protección que garanticen este derecho. En casos de muerte violenta, la Corte sostiene que la realización de una investigación *ex officio*, sin dilación, seria, imparcial y efectiva, es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por este tipo de situaciones.⁽⁵⁹⁾ Ello, aún si los hechos han sido ejecutados por particulares, en tanto la falta de investigación se configuraría como un auxilio del poder público, comprometiendo de igual forma la responsabilidad internacional del Estado.⁽⁶⁰⁾

En este sentido, los principios rectores que se deben seguir en toda investigación frente a una muerte violenta, como mínimo, son:

“a) identificar a la víctima; b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; c)

.....

(59) Ídem, párr. 75.

(60) Ídem, párr. 78.

identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones en relación con la muerte que se investiga; d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier patrón o práctica que pueda haber causado la muerte, y e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio. Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen, se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados".⁽⁶¹⁾

En tanto esos principios rectores no se han reflejado en la investigación del caso, la Corte entiende el Estado no cumplió sus obligaciones de respetar y garantizar el derecho a la vida de la señora Blanca Jeannette Kawas Fernández, lo que constituye una violación del art. 4.1 de la Convención.

Ingresando ya en el análisis del art. 16 de la Convención Americana, la Corte sostiene que la libertad de asociación implica "el derecho a agruparse con la finalidad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar dicha finalidad".⁽⁶²⁾ Este derecho tiene una esfera negativa (la no intromisión del Estado) y una esfera positiva "de prevenir los atentados contra la misma, proteger a quienes la ejercen e investigar las violaciones de dicha libertad"⁽⁶³⁾. Estas

.....

(61) Ídem, párr. 102. Ver "Caso Juan Humberto Sánchez c/ Honduras", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 07/06/2003, serie C N° 99, párr. 127; "Caso Escué Zapata c/ Colombia", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 04/07/2007, serie C N° 165, párr. 106, y "Caso Zambrano Vélez y otros", Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 87, párr. 121. Ver también: "Caso de la Comunidad Moiwana c/ Surinam", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15/06/2005, serie C N° 124, párr. 149.

(62) CIDH, "Caso Kawas Fernández c/ Honduras", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/04/2009, serie C N° 196, párr. 143; "Caso Baena Ricardo y otros", Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 96, párr. 156. Ver también "Caso Huilca Tecse c/ Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/03/2005, serie C N° 121, párr. 69, y "Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c/ Perú", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 10/07/2007, serie C N° 167, párr. 144.

(63) "Caso Huilca Tecse c/ Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 183, párr. 76; y "Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c/ Perú", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 183, párr. 141.

.....

obligaciones positivas deben adoptarse, incluso en la esfera de relaciones entre particulares, si el caso así lo amerita.⁽⁶⁴⁾

La particularidad de este caso, es que esa libertad de asociación se asocia al trabajo de promoción y defensa de los derechos humanos. Al respecto, el Tribunal "estableció que:

"...los Estados tienen el deber de facilitar los medios necesarios para que los defensores de derechos humanos realicen libremente sus actividades; protegerlos cuando son objeto de amenazas para evitar los atentados a su vida e integridad; abstenerse de imponer obstáculos que dificulten la realización de su labor, e investigar seria y eficazmente las violaciones cometidas en su contra, combatiendo la impunidad".⁽⁶⁵⁾

De esta forma, el art. 16

"comprende también el derecho de toda persona a formar y participar libremente en organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales orientados a la vigilancia, denuncia y promoción de los derechos humanos. Dada la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos en las sociedades democráticas,⁽⁶⁶⁾ el libre y pleno ejercicio de este

(64) CIDH, "Caso Kawas Fernández c/ Honduras", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/04/2009, serie C N° 196, párr. 144; "Caso Huilca Tecse c/ Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 183, párr. 76; y "Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz c/ Perú", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 183, párr. 141.

(65) CIDH, "Caso Kawas Fernández c/ Honduras", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/04/2009, serie C N° 196, párr. 145, "Caso Nogueira de Carvalho y otro c/ Brasil", Excepciones Preliminares y Fondo, sentencia del 28/11/2006, serie C N° 161, párr. 77; y "Caso Valle Jaramillo y otros". Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 8, párr. 91.

(66) Ver "Caso Nogueira de Carvalho y otro c/ Brasil", Excepciones Preliminares y Fondo, supra nota 186, párr. 74 y "Caso Valle Jaramillo y otros", Fondo, Reparaciones y Costas, supra nota 8, párr. 87. En igual sentido, ver "Medidas Provisionales Mery Naranjo", resolución del 22/09/2006, considerando 8; "Medidas Provisionales Mery Naranjo", resolución del 31/01/2008, considerando 4; "Medidas Provisionales Lysias Fleury", resolución del 7/06/2003, considerando 5; "Medidas Provisionales Lysias Fleury", resolución del 02/12/2003, considerando 10; "Medidas Provisionales Carlos Nieto y otros", resolución del 09/07/2004, considerando 10; "Medidas Provisionales Álvarez y otros", resolución del 08/02/2008, considerando 23; "Medidas Provisionales Internado Judicial Monagas (La Pica)", resolución del 09/02/ 2006, considerando 14; "Medidas Provisionales a favor de los Integrantes del

derecho impone a los Estados el deber de crear condiciones legales y fácticas en las cuales puedan desarrollar libremente su función".⁽⁶⁷⁾

Casos como el presente generan, en palabras de la Corte, "un efecto amedrentador" sobre las personas que se dedican a la defensa del medio ambiente en Honduras, máxime si se tiene en consideración que, en la década posterior a la muerte de la Sra. Kawas cinco personas perdieron la vida también a causa de su defensa del medio ambiente y los recursos naturales en Honduras.

5 | El derecho a la libertad de expresión y los paradigmáticos casos seguidos contra el Estado venezolano

5.1 | Los medios de comunicación y su batalla contra el gobierno venezolano

En este período la Corte Interamericana falla respecto de dos casos cuyos hechos son prácticamente idénticos, alegándose en ellos, principalmente, la violación al derecho a la libertad de expresión. Son casos que resultan por demás complejos, dada la multiplicidad de hechos y víctimas y la coyuntura política que evidencian, aunque haremos un esfuerzo por intentar presentarlos de la manera más breve y clara posible. Se trata de los casos "Ríos"⁽⁶⁸⁾ y "Perozo".⁽⁶⁹⁾

.....

Equipo de Estudios Comunitarios y Acción Psicosocial (ECAP)", resolución del 20/10/2006, considerando 10.

(67) CIDH, "Caso Kawas Fernández c/ Honduras", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 03/04/ 2009, serie C N° 196, párr. 146.

(68) CIDH, "Caso Ríos y otros c/ Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/01/2009, serie C N° 194.

(69) CIDH, "Caso Perozo y otros c/ Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/01/2009, serie C N° 195.

En el caso “Ríos”, la Comisión entiende que los hechos se inscriben en un contexto de inestabilidad institucional y política en Venezuela, con una sociedad polarizada, donde parte de ella exigía la renuncia del Presidente de la Nación. En palabras de la propia Comisión

“se produjeron hechos de violencia que culminaron con un alto número de muertos y heridos, el asalto al gobierno constitucional mediante un golpe de estado y la posterior reposición del orden constitucional. La situación imperante en Venezuela generó un clima de agresión y amenaza continuada contra periodistas, camarógrafos, fotógrafos y demás trabajadores de los medios de comunicación social”.⁽⁷⁰⁾

El Estado, por su parte, hizo referencia a la función que ciertos medios de comunicación han tenido en tal contexto, como opositores al Gobierno y desestabilizadores del orden constitucional, más la Corte argumentó que no se encuentra entre sus funciones la de dirimir qué rol deben cumplir los medios privados de comunicación no siendo tal actuación, de todas maneras, justificativo para que el Estado no garantice los derechos humanos reconocidos en la Convención.⁽⁷¹⁾

La Corte enumera los aportes realizados por la Comisión en su visita a Venezuela y las conclusiones de la Relatoría para la Libertad de Expresión. En tal sentido, afirma hechos que eran de público y notorio conocimiento: funcionarios del Estado que calificaron a periodistas y dueños de medios de comunicación como “enemigos de la revolución”, “enemigos del pueblo de Venezuela”, “los cuatro jinetes del Apocalipsis”, de “perversión golpista y fascista”, entre otras afirmaciones. Asimismo, se enumeran hechos en los que periodistas fueron atacados, —por lo que no pudieron trabajar en condiciones seguras, ni con la protección del Estado—, y donde incluso, particulares han llegado a atacar la sede de algunos medios opositores.

En ese marco, el derecho a la libertad de expresión es analizado en forma conjunta con el art. 5 —la protección de la integridad física—. Tras repasar

(70) CIDH, “Caso Ríos y otros c/ Venezuela”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/01/2009, serie C N° 194, párr. 47.

(71) Ídem, párr. 62.

su jurisprudencia constante en materia de libertad de expresión, la Corte afirma:

“El ejercicio efectivo de la libertad de expresión implica la existencia de condiciones y prácticas sociales que lo favorezcan. Es posible que esa libertad se vea ilegítimamente restringida por actos normativos o administrativos del Estado o por condiciones de facto que coloquen, directa o indirectamente, en situación de riesgo o mayor vulnerabilidad a quienes la ejerzan o intenten ejercerla, por actos u omisiones de agentes estatales o de particulares. En el marco de sus obligaciones de garantía de los derechos reconocidos en la Convención, el Estado debe abstenerse de actuar de manera tal que propicie, estimule, favorezca o profundice esa vulnerabilidad y ha de adoptar, cuando sea pertinente, medidas necesarias y razonables para prevenir o proteger los derechos de quienes se encuentren en tal situación, así como, en su caso, investigar hechos que los perjudiquen”.⁽⁷²⁾

Asimismo, con cita de la Corte Internacional de Justicia, la Corte afirma:

“...las declaraciones de altas autoridades estatales pueden servir no sólo como admisión de la conducta del propio Estado, sino también generar obligaciones a éste. Aún más, tales declaraciones pueden servir como prueba de que un acto es atribuible al Estado que representan esos funcionarios. Para hacer estas determinaciones, resulta importante tomar en consideración las circunstancias y el contexto en que se realizaron dichas declaraciones”.⁽⁷³⁾

(72) Ídem, párr. 107.

(73) Ídem, párr. 120. Con citas de ICJ, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)”, Judgment of 27/06/1986; ICJ Reports 1984, p. 390, § 64 y 65; ICJ, “Nuclear Tests Case (Australia vs. France)”, Judgment of 20/12/1974, ICJ Reports 1974, p. 253, § 43 y 46; y CIJ, “Nuclear Tests Case, (New Zealand vs. France)”, Judgment of 20/12/1974, ICJ Reports 1974, p. 457, § 46 y 49; ICJ, “Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)”, Judgment of 27/06/1986, ICJ Reports 1984, p. 390, § 71; PCIJ, “Legal Status of Eastern Greenland”, Judgment 05/04/1933, Ser. A/B53, p. 69.

De esta forma, si bien las autoridades estatales deben pronunciarse sobre las cuestiones de interés público, al hacerlo están sometidas a ciertas limitaciones, que consideren los efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población. Expresamente, la Corte sostiene que: "Este deber de especial cuidado se ve particularmente acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización social o política, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado".⁽⁷⁴⁾

Precisamente, de la prueba no se desprende una condena firme y categórica a los actos de violencia padecidos por periodistas y medios por parte de funcionarios del Gobierno. Por el contrario, la Corte entiende que:

"el hecho de que en diversos discursos oficiales de altos funcionarios estatales se relacionara a RCTV, en particular a sus dueños y directivos, con planes de desestabilización política, actividades terroristas o con el golpe de Estado de 2002, colocó a quienes trabajaban para este medio particular de comunicación en una posición de mayor vulnerabilidad relativa frente al Estado y determinados sectores de la sociedad".⁽⁷⁵⁾

La responsabilidad del Estado en el caso vino dada, entonces, por esa situación general, más no por los actos concretos de agresión, en tanto no se ha aportado prueba respecto de los particulares que los han llevado a cabo, ni de sus motivaciones, ni de las posibles asociaciones con funcionarios del gobierno. En palabras de la Corte:

"Es posible considerar que dichos pronunciamientos de altos funcionarios públicos crearon, o al menos contribuyeron a acentuar o exacerbar, situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de sectores de la población hacia las personas vinculadas con ese medio de comunicación. El contenido de algunos discursos, por la alta investidura de quienes los pronunciaron y su reiteración, implica una omisión de las autoridades

(74) CIDH, "Caso Ríos y otros c/ Venezuela", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28/01/2009, serie C N° 194, párr. 139.

(75) Ídem, párr. 145.

des estatales en su deber de prevenir los hechos, pues pudo ser interpretado por individuos y grupos de particulares de forma tal que derivaran en actos de violencia contra las presuntas víctimas, así como en obstaculizaciones a su labor periodística”⁽⁷⁶⁾ Por ello, por haber contribuido a esa situación de vulnerabilidad, el Estado es responsable por la violación de los arts. 5 y 13 de la Convención.

Con posterioridad, la Corte analiza las alegadas restricciones indirectas a la libertad de expresión. Como por ejemplo, las acreditaciones o autorizaciones a los medios de prensa para la participación en eventos oficiales. En aplicación de la jurisprudencia constante en el tema, debe demostrarse que su aplicación es legal, persigue un objetivo legítimo y es necesaria y proporcional en relación con el objetivo que pretende en una sociedad democrática. La Corte, con cita del Comité de Derechos Humanos, sostiene que “Los requisitos de acreditación deben ser concretos, objetivos y razonables, y su aplicación transparente”.⁽⁷⁷⁾

En el caso, no se alega la existencia de una normativa, sino un impedimento por vía de hecho,

“...por lo que correspondía a los representantes probar que el Estado restringió el acceso de las presuntas víctimas a determinadas fuentes oficiales de información. Una vez probadas las restricciones por quien las alega, corresponde al Estado sustentar las razones y circunstancias que las motivaron y, en su caso, justificar los criterios en que se basaba para permitir el acceso a los periodistas de algunos medios y no permitirlo a otros”.⁽⁷⁸⁾

Sin embargo, la Corte entiende que siendo el único hecho alegado la su- puesta orden dada por un General de División del Ejército de sacar a la periodista Anahís Cruz de la rueda de prensa e impedir su entrada en la sede del Cuartel Paramaconi en Maracay, Estado de Aragua, no existe un

.....

(76) Ídem, párr. 148.

(77) Ver Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, “Gauthier vs Canada, Communication”, N° 633/1995, U.N. Doc. CCPR/C/65/D/633/1995, 05/05/1999, § 13.6.

.....
(78) Ídem, párr. 347.

impedimento sistemático al acceso a fuentes oficiales de información, ni trato discriminatorio por partes del Estado.

De igual forma, la Corte concluye que el pedido del ente controlador de cambiar de horario un programa con alto contenido de violencia, y las interrupciones de la señal para emitir en cadena nacional, no constituyen restricciones indirectas al ejercicio de libertad de expresión, en tanto, en este último caso, no cuenta con "elementos suficientes para determinar si el número y contenido de los mensajes y alocuciones transmitidos constituyeron un uso legítimo o abusivo de la referida facultad estatal, que perjudicara el ejercicio de los derechos reconocidos en los artículos 13.1 y 13.3 de la Convención".⁽⁷⁹⁾

El caso "Perozo" no presenta grandes diferencias teóricas: se refiere al hostigamiento de personas vinculadas al canal de televisión Globovisión. La única diferencia respecto de su precedente es que se alega la violación al art. 21 de la Convención, el derecho a la propiedad, debido al ataque a las instalaciones de la cadena. Aplicando Ivcher Bronstein, la Corte entiende que los daños a las instalaciones, vehículos y parte de equipos tecnológicos de transmisión, constituyen afectaciones a la sede o bienes de Globovisión, como empresa o persona jurídica, no habiéndose podido demostrar que esos daños se hayan traducido en una afectación de los derechos individuales de las supuestas víctimas, en su calidad de accionistas, por lo que no existe una violación al art. 21 de la Convención.

5.2 | Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela⁽⁸⁰⁾

Francisco Usón Ramírez era General de Brigada en la Fuerzas Armadas de Venezuela. Asimismo, desempeñó varios cargos públicos, dentro de los cuales se destaca el de Ministro de Finanzas. Renunció a este último por disentir con el gobierno y con los miembros del Alto Mando Militar. En el año 2003 pasó a situación de retiro. En mayo de 2004 fue invitado a un programa de televisión durante el cual se debatió la supuesta utilización, en una dependencia militar, de un lanzallamas como medio de castigo

(79) Ídem, párr. 368.

(80) CIDH, "Caso Usón Ramírez c/ Venezuela", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20/11/2009, serie C N° 207.

contra unos soldados. Durante el programa, Usón Ramirez explicó cómo funcionaba un lanzallamas y los procedimientos que se necesitan en la Fuerza Armada para utilizarlo. Además, agregó que “el funcionamiento y la forma como este equipo se prepara para su uso evidencia que existió una premeditación” y añadió que tal situación sería “muy muy grave si resulta ser cierta”. Como consecuencia de sus declaraciones, Usón Ramirez fue juzgado y enjuiciado a cumplir pena de cinco años y seis meses de prisión por el delito de injuria contra la Fuerza Armada Nacional.⁽⁸¹⁾

A la hora de analizar el contenido y el alcance del derecho a la libertad de expresión (art. 13 de la CADH) y del derecho a la protección de la honra, la CIDH aclaró: “[el] artículo 1.2 de la Convención establece que los derechos reconocidos en dicho instrumento corresponden a personas, es decir, a seres humanos y no a instituciones como las Fuerzas Armadas. Por lo tanto, al entrar en el análisis del supuesto conflicto de derechos en el presente caso el Tribunal no pretende determinar el alcance de derechos que pudiera o no tener la institución de las Fuerzas Armadas, puesto que esto quedaría fuera del alcance de su competencia”.⁽⁸²⁾

Por otro lado, es pertinente reparar en la determinación que realiza la Corte respecto de si la protección de la reputación de las Fuerzas Armadas sirve como una finalidad legítima para restringir el derecho a la libertad de expresión. En primer lugar señaló que:

“el artículo 13.2.a de la Convención establece que la ‘reputación de los demás’ puede ser motivo para fijar responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión. Si bien el sujeto del derecho al honor o a la reputación en este caso se trata de las Fuerzas Armadas, no de una persona física, y por ende no está protegido por la Convención, la protección del derecho al honor o a la reputación en sí es considerada en la Convención como una de las finalidades legítimas para justificar una restricción al derecho a la libertad de expresión”.⁽⁸³⁾

(81) Ídem, párrs. 36/38.

(82) Ídem, párr. 45.

(83) Ídem, párr. 63.

Asimismo, agregó que la Convención no prescribe que las únicas restricciones a derechos individuales que puedan ser legítimas son aquéllas que intentan proteger otros derechos individuales. Al contrario, la Convención también contempla que sean legítimas aquellas restricciones que tengan como finalidad otros motivos que no se relacionen con el ejercicio de derechos individuales consagrados en la CADH.⁽⁸⁴⁾ Asimismo, completa esta idea apelando a dos fallos⁽⁸⁵⁾ de la Corte Europea de Derechos Humanos en los cuales se estableció que la protección del derecho a la reputación de compañías, no sólo de los individuos, puede constituir un fin legítimo para restringir el derecho a la libertad de expresión.⁽⁸⁶⁾ Sin embargo, el hecho de que la finalidad que se persigue sea legítima no implica que la restricción en cuestión sea legal. Al respecto es preciso mencionar que la norma penal militar que determinó la responsabilidad penal ulterior de Usón Ramírez fue declarada incompatible con la Convención (en especial con el art. 9 que consagra el principio de legalidad e irretroactividad) toda vez que su formulación era excesivamente vaga y ambigua.

Por otro lado es importante el examen que la CIDH realiza en relación a la restricción de la libertad de expresión y a la libertad condicional con la que se benefició Usón Ramírez. Lo que motivó este análisis fue que al nombrado se le concedió la libertad condicional bajo una serie de condiciones y prohibiciones. Entre ellas, se le proscribió dar declaraciones a medios de comunicación y asistir a manifestaciones.⁽⁸⁷⁾ Al respecto la Corte consideró violado los arts. 13.1 y 13.2 en relación al 1.1. de la CADH, toda vez que "las restricciones impuestas resultan abusivas al derecho a la libertad de expresión, no cumplen con un propósito legítimo, ni son necesarias o proporcionales en una sociedad democrática".⁽⁸⁸⁾

(84) Ídem, párr. 64.

(85) "Steel and Morris vs. The United Kingdom", N° 68416/01, ECHR 2005-II y "Kulis and Rózycki vs. Poland", N° 27909/03, ECHR 2009.

(86) Ídem, párr. 35.

(87) Ídem, párr. 95/97.

(88) Ídem párr. 100.

Otro aspecto importante que la Corte analizó en el marco de las violaciones al art. 8 de la Convención (garantías judiciales), fue el de la competencia y la imparcialidad del tribunal. En lo que respecta al primero, la Corte reiteró que los civiles y militares en retiro no pueden ser juzgados por tribunales militares,⁽⁸⁹⁾ y que en dicho fuero “se debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.⁽⁹⁰⁾ En consecuencia, declaró que Usón Ramírez fue juzgado por un tribunal incompetente ya que si bien era un militar retirado, fue juzgado por un tribunal militar. En segundo lugar, el Tribunal declaró que Venezuela también violó el derecho de la víctima a ser juzgado por un tribunal imparcial, toda vez que uno de los miembros de la sala de casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia que conoció el recurso de casación que el mencionado interpuso contra la sentencia condenatoria, fue el mismo que ordenó iniciar la investigación contra éste.

Esta situación de incompetencia e imparcialidad, señala la Corte, proyecta sus efectos sobre todo el procedimiento, viciándolo desde su origen, así como sobre las consecuencias derivadas del mismo. Entre esas consecuencias se halla la prisión preventiva que padeció Usón Ramírez. Al respecto, el Tribunal refirió que “toda actuación de un tribunal manifiestamente incompetente que derive en una restricción o privación a la libertad personal, como las ocurridas en el presente caso en perjuicio del señor Usón Ramírez, determina la consecuente violación al artículo 7.1 de la Convención Americana”.⁽⁹¹⁾

6 | Pronunciamientos de la Corte en búsqueda de la protección de los grupos vulnerables

En este apartado analizaremos las sentencias emitidas por la CIDH que refieren a grupos vulnerables, como la situación de un pueblo indígena en

(89) Ídem, párr. 111.

(90) Ídem párr. 108.

(91) Ídem párr. 148.

Paraguay, el de un migrante en Panamá cuyos derechos fueron vulnerados por el Estado y un caso de violencia de género en ciudad Juárez, México.

En el caso de la Comunidad Indígena Xakmok Kasek⁽⁹²⁾, la Corte analiza nuevamente el conflicto de derechos entre la propiedad ancestral de los pueblos indígenas y la propiedad privada que se instauró históricamente a partir del colonialismo en Paraguay en detrimento de la primera. No es necesario extenderse demasiado en el presente fallo ya que la Corte reitera la jurisprudencia de similares sentencias dictadas contra Paraguay a favor de las comunidades indígenas Yakye Axa⁽⁹³⁾ y Sawhoyamaxa.⁽⁹⁴⁾

Con fecha 28 de diciembre de 1990, la Comunidad inició un procedimiento administrativo ante el Instituto de Bienestar Rural (actualmente Instituto de Desarrollo Rural y de la Tierra), con el fin de recuperar sus tierras tradicionales, de acuerdo a lo dispuesto en la ley 904/81 sobre el "Estatuto de las Comunidades Indígenas".⁽⁹⁵⁾

El principal argumento del Estado se basó en sostener que no ha podido satisfacer plenamente el derecho a la propiedad comunitaria porque las tierras reclamadas pertenecían a propietarios privados, y "se encuentran racionalmente explotadas, por lo que se ve impedido de hacer efectivo el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad".⁽⁹⁶⁾ La Corte se expide en el sentido de que esta forma de entender la propiedad es violatoria de la Convención y constituye un trato discriminatorio que produce exclusión social".⁽⁹⁷⁾ La pérdida de sus propiedades colocó a la

.....

(92) CIDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/ Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/08/2010, serie C N° 214.

(93) CIDH, "Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay", Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 17/06/2005, serie C N° 125.

(94) CIDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/ Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costa, sentencia del 29/03/2006, serie C N° 146.

(95) CIDH, "Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/08/2010, serie C N° 214, párr. 67.

(96) Ídem, párr. 147.

(97) Ídem, párr. 149.

Comunidad en una situación de vulnerabilidad tal que trajo como fatal consecuencia el fallecimiento de miembros de la misma.⁽⁹⁸⁾

Para finalizar, resulta importante resaltar la interpretación que hizo el Juez Vio Grossi del art. 1.2 de la Convención quien concluyó que "sería procedente, por una parte, incluir en el término '*persona*' contenida en diversos artículos de [la Convención] y como víctimas de violaciones a derechos consagrados por la misma, no sólo a los miembros individualmente considerados de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en cuanto tales";⁽⁹⁹⁾ es decir, como un sujeto colectivo de derechos.

Luego, nos encontramos con el caso del Sr. Vélez Loor:⁽¹⁰⁰⁾ un inmigrante que se encontrándose en una situación de supuesta ilegalidad en el Estado de Panamá por haber eludido una orden de deportación, fue detenido por las fuerzas de seguridad y sometido a un procedimiento administrativo que derivó en la sanción de dos años de prisión.

Reafirmando lo dicho en la Opinión Consultiva N° 18,⁽¹⁰¹⁾ la Corte reafirma que "los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad (...) debido, *inter alia*, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia".⁽¹⁰²⁾

En particular, respecto de la detención y al procedimiento al que fue sometido Vélez Loor, la Corte sostuvo que la garantía del art. 7.5, que implica que una persona detenida deber ser llevada ante un juez o autoridad con funciones judiciales sin demora, puede cumplirse ante la auto-

(98) La Corte resolvió que sólo tenía competencia temporal para entender en el fallecimiento de 28 personas, Ídem, párrs. 218/226.

(99) CIDH, "Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek c/. Paraguay", op. cit, voto concurrente del magistrado Eduardo Vio Grossi, párr. 27.

(100) CIDH, "Caso Vélez Loor c/ Panamá", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/11/2010, serie C N° 218.

(101) CIDH, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", Opinión Consultiva OC-18/03 del 17/09/ 2003, serie A N° 18.

(102) CIDH, "Caso Vélez Loor c/ Panamá", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/11/2010, serie C N° 218, párr. 98.

ridad de migraciones".⁽¹⁰³⁾ En tal sentido señaló que "... serán arbitrarias las políticas migratorias cuyo eje central es la detención obligatoria de los migrantes irregulares, sin que las autoridades competentes verifiquen en cada caso en particular, y mediante una evaluación individualizada, la posibilidad de utilizar medidas menos restrictivas".⁽¹⁰⁴⁾

En cuanto al lugar donde debe llevarse a cabo la pena de prisión, señaló la Corte que "de resultar necesario y proporcionado en el caso en concreto, los migrantes deben ser detenidos en establecimientos específicamente destinados a tal fin que sean acordes a su situación legal y no en prisiones comunes."⁽¹⁰⁵⁾

Finalmente, la Corte, de acuerdo al propio reconocimiento del Estado, determinó que las condiciones de detención del Sr. Vélez Loo en la Cárcel Pública de La Palma y en el Centro Penitenciario La Joyita, en su conjunto constituyeron tratos crueles, inhumanos y degradantes contrarios a la dignidad del ser humano, y por lo tanto, configuran una violación del art. 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, en relación con el art. 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio del señor Vélez Loo.

Finalmente, en el "caso Campo algodouero",⁽¹⁰⁶⁾ la Corte examinó la desaparición y ulterior muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodouero de Ciudad Juárez el día 6 de noviembre de 2001. La Corte constató que los mencionados homicidios estaban enmarcados dentro de un contexto de violencia contra la mujer en dicha ciudad de México.

La CIDH analiza el deber de garantía en relación a la violencia contra la mujer señalando que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las

(103) Ídem, párr. 98.

(104) Ídem, párr. 171.

(105) Ídem, párr. 208.

(106) CIDH, "Caso González y otras c/ Estados Unidos de México", Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 16/11/2009, serie C N° 205.

mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.

La CIDH señaló que el deber de investigar tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal, en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres.⁽¹⁰⁷⁾ Asimismo, agregó que México debe observar lo dispuesto en el art. 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, que obliga a actuar con la debida diligencia y a adoptar la normativa necesaria para investigar y sancionar la violencia contra la mujer.

Por último, es interesante el análisis que realiza la Corte ante la alegada falta de sanción a los funcionarios públicos que entendieron en el caso por irregularidades y omisiones graves. La misma resaltó la importancia de las actuaciones disciplinarias en orden a controlar la actuación de dichos funcionarios públicos, particularmente cuando las violaciones de derechos humanos responden a patrones generalizados y sistemáticos.⁽¹⁰⁸⁾

7 | Las garantías del debido proceso

A continuación veremos tres casos en los cuales la Corte sienta jurisprudencia respecto de las garantías judiciales que son esenciales, tanto para atribuir responsabilidad a un Estado por violaciones a los derechos humanos, como para hacer posible el goce de los mismos.

En una de las sentencias se trata el “deber de investigar” que tienen los Estados parte de la Convención Americana que, aunque no esté contemplado en el articulado de la misma, está implícito en su propio texto, y se encuentra lógicamente en íntima conexión con las garantías al debido proceso.

(107) Ídem, párr. 373.

(108) Ídem, párr. 373.

7.1 | Caso Garibaldi c/ Brasil⁽¹⁰⁹⁾

El presente caso trata sobre el deber de investigar que pesa sobre los Estados. En este sentido ya se ha pronunciado la Corte, expresando la naturaleza de dicho deber: "La obligación de investigar los hechos violatorios de derechos humanos y sancionar a los responsables de ellos deriva de la Convención Americana, que también establece el deber del Estado de no dictar normas o adoptar medidas que pudieran contravenir los términos del propio tratado internacional".⁽¹¹⁰⁾

Séptimo Garibaldi era miembro de una de las aproximadamente 50 familias vinculadas al MST que ocupaba una hacienda ubicada en el Estado de Paraná. El 27 de noviembre de 1998, alrededor de las 5:00 a.m un grupo de 20 hombres encapuchados y armados llegó a la mencionada hacienda, y, disparando al aire, ordenó a los trabajadores salir de sus barracas. Cuando Garibaldi se dispuso a salir, uno de los individuos encapuchados le disparó provocándole la muerte. Como consecuencia de los hechos relatados se inició una investigación policial que, luego de casi 6 años, fue archivada en mayo de 2004.

La Corte hizo especial énfasis en las particularidades y recaudos que se deben observar durante la investigación de una muerte violenta. Para ello volvió a reiterar su jurisprudencia sobre el tema, aunque agregó: "La Corte considera que los órganos estatales encargados de la investigación relacionada con la muerte violenta de una persona, cuyo objetivo es la determinación de los hechos, la identificación de los responsables y su posible sanción, deben llevar a cabo su tarea de manera diligente y exhaustiva."⁽¹¹¹⁾

En el presente caso, la CIDH comprobó que durante la investigación se observaron una serie de fallas y omisiones graves,⁽¹¹²⁾ así como también que

(109) CIDH, "Caso Garibaldi c/ Brasil", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/09/2009, serie C N° 203.

(110) CIDH, "Caso Castillo Páez c/ Perú", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3/11/1997, serie C N° 34, voto concurrente del Magistrado Sergio García Ramírez, párr. 3.

(111) CIDH, "Caso Garibaldi c/ Brasil", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23/09/2009, párr. 130.

(112) Para citar un ejemplo, se extravió un arma de fuego y casquillos que habían sido secuestrados en el lugar de los hechos.

la duración de la misma sobrepasó excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable. Por lo tanto, se advirtió que el Estado incumplió con su deber de investigar de forma diligente y exhaustiva, aun cuando se trataba de un caso de muerte violenta donde el estándar exigido es más alto que cualquier otra violación de derechos humanos.

7.2 | Caso Barreto Leiva c/ Venezuela⁽¹¹³⁾

El presente caso se relaciona con el proceso penal mediante el cual el Señor Oscar Enrique Barreto Leiva fue condenado a un año y dos meses de prisión por delitos contra el patrimonio público, como consecuencia de su gestión en el año 1989 como Director General Sectorial de Administración y Servicios del Ministerio de la Secretaría de la Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela: el señor Barreto fue citado a declarar como testigo, pero posteriormente se decretó un auto de detención en su contra. La Corte analizó las diversas irregularidades que se observaron durante el mencionado proceso.

En el presente fallo la Corte realiza un extenso análisis del art. 8 (garantías judiciales) de la Convención en donde se pueden observar aspectos novedosos que, a continuación, desarrollaremos.

Durante la etapa sumaria y antes de su detención, Barreto Leiva concurrió a declarar ante autoridades judiciales en tres oportunidades. La Corte determinó que mientras que en una de ellas concurrió en calidad de testigo, en las restantes lo hizo como investigado, es por ello que el Tribunal estudia la exigencia de comunicación previa y detallada de la acusación prevista en el art. 8.2.b de la CADH remarcando que si bien Barreto Leiva pudo haber conocido por los medios de comunicación o por su declaración previa ante el Congreso los hechos que eran materia de la investigación que se estaba realizando, ello no libera al Estado de cumplir con lo dispuesto por el art. 8.2.b de la Convención.

Por otro lado, es pertinente señalar que Barreto Leiva no tuvo acceso al expediente hasta tanto fue detenido por lo que, se afectó el art. 8.2.b de la CADH en relación al art. 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Barreto.

(113) CIDH, "Caso Barreto Leiva c/ Venezuela", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17/11/2009, serie C N° 206, párr. 24.

En lo que respecta al “secreto de sumario” que imperó hasta que la víctima fue privada de su libertad, aunque puede llegar a ser admisible si las circunstancias lo requieren, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado. Por lo tanto, la Corte consideró que se violó el derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, consagrado en el art. 8.2.c de la Convención.

En otro orden de cosas, se analizó también la violación al art. 8.2.d de la CADH, el cual establece del derecho del inculpado a ser asistido por un defensor de su elección. Si bien el Estado arguyó que en todas las declaraciones estuvo presente un representante del Ministerio Público, no pueden reunirse facultades antagónicas en una misma persona ya que no es razonable que el Ministerio Público acuse y defienda a la vez.⁽¹¹⁴⁾

Por último, es importante destacar el análisis que realizó la Corte respecto de la violación del derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior (art. 8.2.h de la CADH.)

Como en el proceso penal seguido contra Barreto Leiva estaban siendo investigados también el Presidente de la Nación (Carlos Andrés Pérez Rodríguez), un diputado y un senador; el tribunal que lo llevó adelante, conforme a lo prescripto por el ordenamiento jurídico venezolano, fue la Corte Suprema de Justicia, no pudiendo así recurrir el fallo condenatorio. Por ende, Venezuela violó el derecho en cuestión, toda vez que la condena provino de un tribunal que conoció en única instancia y el sentenciado no dispuso, en consecuencia, de la posibilidad de impugnarlo.

7.3 | Caso Reverón Trujillo c/ Venezuela⁽¹¹⁵⁾

La demanda se relaciona con la supuesta destitución arbitraria de María Cristina Reverón Trujillo del cargo judicial que ocupaba, ocurrida el 6 de febrero de 2002. El 13 de octubre de 2004 la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia decretó la nulidad del acto de destitución por considerar que no estuvo ajustado a derecho, pero no ordenó la

(114) Ídem, párr. 63.

(115) CIDH, “Caso Reverón Trujillo c/ Venezuela”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30/06/ 2009, serie C N° 197.

restitución de la presunta víctima a su cargo, ni el pago de los salarios y beneficios sociales dejados de percibir.

El caso versó principalmente, respecto de la violación del art. 25; es decir, en relación con la existencia de un recurso judicial efectivo, ya que la Corte establece que aún cuando el nombramiento de la Sra. Jueza fuese provisorio, los jueces provisorios en Venezuela ejercen las mismas funciones que los jueces titulares y, por tanto, deben estar rodeados de las mismas garantías al momento de decidir.⁽¹¹⁶⁾ La Corte consideró que existe en el caso una violación al art. 25.1 de la Convención, en tanto el recurso de nulidad invocado no resultó efectivo pues, si bien decretó la nulidad, no reparó en forma alguna el daño causado.

8 | Análisis de un caso con contenido patrimonial

Por último, veremos un fallo en el cual el Estado de Perú ha vulnerado el derecho de propiedad en perjuicio de empleados públicos con un derecho adquirido a recibir sus pensiones laborales: el caso "Acevedo Buendía y otros c/ Perú".⁽¹¹⁷⁾

El caso versa sobre el supuesto incumplimiento, por parte del Estado de Perú, de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional del Perú de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpla en abonar a los 273 integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de la Contraloría General de la República las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que perciben los servidores en actividad de la citada Contraloría que desempeñen cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados.

En el caso no se encuentra en discusión el derecho de las presuntas víctimas a cobrar su pensión, en tanto esto ha sido resuelto en las sentencias

.....
(116) Ídem, párr. 114.

.....
(117) "Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") c/ Perú", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 01/07/2009, serie C N° 198.

del Tribunal Constitucional, a nivel interno. El problema se genera con posterioridad, al no ejecutar plenamente esas sentencias.

En tanto las sentencias que así lo declaran aún no han sido cumplidas, la afectación al patrimonio continúa. Por lo tanto, la Corte considera que hubo violación al art. 21 de la Convención.

9 | Palabras finales

Durante los años 2009 y 2010 la Corte Interamericana dictó relativamente pocas sentencias; sin embargo, de cada una de ellas pueden extraerse comentarios que siguen enriqueciendo el acervo jurisprudencial del Tribunal.

En los párrafos precedentes se resaltaron interpretaciones que contribuyen a la formación de la jurisprudencia constante de la Corte y, principalmente, se remarcaron afirmaciones que contribuyen a la interpretación de la Convención Americana en aspectos que antes no habían sido analizados, o bien, que habían sido entendidos en otro sentido.

El estudio de los fallos de la Corte Interamericana permite a los operadores jurídicos no sólo conocer las principales directrices en materia de derechos humanos en la región, si no también acercarse a realidades fácticas y jurídicas que, si bien muchas veces desconocidas, se presentan en los países hermanos.

La obligación del Estado de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos.

Las dos sentencias en la causa “Derecho, René Jesús”

por **GERMÁN FELDMAN**⁽¹⁾

I | Los hechos

Los días 5 y 6 de abril de 1988 el Sr. Juan Francisco Bueno Alves, de nacionalidad uruguaya y residente en Argentina, fue objeto de una detención por parte de efectivos de la Policía Federal Argentina. Mientras permaneció en una dependencia de dicha institución, fue objeto de torturas consistentes en golpes en los oídos y el estómago al tiempo que se le privó del acceso a medicamentos y se lo insultó por su nacionalidad. Estos hechos se habrían realizado con el propósito de que emitiera una declaración que comprometiera penalmente a su abogado, el cual habría denunciado en reiteradas oportunidades actividades delictivas de la institución policial.

.....

(1) Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.

Los hechos fueron puestos en conocimiento de la justicia el día 8 de abril de 1988, pero no se logró identificar a los responsables de las prácticas referidas y se declaró la prescripción de la acción penal respecto del comisario René Derecho, presunto autor de las torturas alegadas por la víctima. Posteriormente, el 11 de agosto de 2004, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la sentencia de primera instancia. Ante esta situación, el abogado de la víctima interpuso recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) alegando que los hechos padecidos por Bueno Alves constituyen crímenes de lesa humanidad y que, por tanto, son imprescriptibles.

2 | Primer fallo de la CSJN

El 11 de junio de 2007, la CSJN emitió su primer fallo en esta causa, en el que por voto mayoritario declaró procedente el recurso extraordinario y confirmó la sentencia apelada. Para argumentar este voto, los ministros se remitieron al dictamen del Procurador General de la Nación. La única disidencia fue la de la ministra Argibay, quien fundó su voto en la inadmisibilidad del recurso extraordinario presentado conforme al art. 280 del Código Procesal Civil de la Nación.

De acuerdo con el dictamen del Procurador, el recurso era admisible “toda vez que se halla cuestionada la interpretación de normas de rango constitucional y del derecho de gentes”,⁽²⁾ debiéndose dilucidar entonces si los hechos que se denunciaban eran o no crímenes de lesa humanidad. De esta manera, el Procurador desarrolló la evolución de la tipología de los crímenes de lesa humanidad, destacando como punto más importante en lo que hace a su definición, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que los define como “ataques generales o sistemáticos contra la población civil con conocimiento de dicho ataque”. No se entrará aquí en el detalle de los actos referidos como posibles crímenes de la lesa humanidad; lo que sí resulta de importancia es la solución que se da al problema de cómo diferenciar un crimen de lesa humanidad de uno que no lo es. La primera respuesta que propone el dictamen es que: “la distinción tiene su punto de partida en que los crímenes de lesa humanidad no lesionan sólo a la

(2) Dictamen del Procurador General de la Nación, “Derecho René Jesús, Incidente de prescripción de la acción penal Causa N° 24079”, 01/09/2006, p. 2.

víctima que ve cercenados por el delito sus derechos básicos, sino que también implican una lesión a toda la humanidad en su conjunto".⁽³⁾ Sin embargo, afirma el Procurador, esta distinción sigue sin resolver cuándo un crimen lesiona a la humanidad como un todo. Dirá, entonces, que no se trata del acto sino del contexto en que sucede, ya que lo que los distingue no son las características del acto por más depravado que fuera sino el que se realizara por parte de organismos del Estado o cuasi-estatales en contra de grupos civiles. De esta manera, el Procurador consideró que: "se podría configurar ese criterio como un test general bajo la pregunta de si el hecho que se pretende poner a prueba puede ser considerado el producto de un ejercicio despótico y depravado del poder gubernamental".⁽⁴⁾

La aplicación del test anteriormente referido le permite afirmar al Procurador que los hechos a los que fuera sometido Bueno Alves, aun cuando fueran demostrados, no constituyen un delito de lesa humanidad por cuanto hacia 1988 no existía en Argentina una institución del Estado que evidenciara la comisión sistemática o general de los mismos.

Para concluir, es preciso detenerse en las consideraciones con que finaliza el dictamen. El Procurador pareciera adelantarse a un posible fallo de la Corte IDH respecto a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de sanción a los responsables de los hechos investigados. Así, el Procurador se introduce en el problema de la prescripción penal de una violación a los derechos humanos y la obligación estatal de investigar y sancionarlas. En el presente caso, entendió que al tratarse de un delito que no es imprescriptible, el hecho de que constituya una violación a los derechos humanos no constituye fundamento suficiente para proseguir una acción penal que fue declarada extinguida. Es decir, la obligación de investigar y sancionar debe tener lugar en el marco y mediante los instrumentos del Estado de derecho —auto-limitación del proceso penal en el tiempo, irretroactividad de la ley penal, entre otros instrumentos jurídicos—. Concluyó entonces el Procurador afirmando que: "[e]sto, naturalmente, deja abierta la cuestión referida a una eventual responsabilidad internacional del Estado si es que se ha dejado de investigar o sancionar por inactividad, morosidad o cualquier otra falta imputable a sus órganos.

.....
(3) Ídem, p. 10.

(4) Ídem, p. 12.

Lo que no es admisible es que se prosiga una persecución penal *contra legem* del imputado para evitar una eventual condena internacional del Estado".⁽⁵⁾

3 | La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bueno Alves c/ Argentina

El 11 de mayo de 2007, es decir, un mes antes del dictado del fallo de la CSJN que se comenta, la Corte IDH había dictado sentencia en el caso "Bueno Alves c/ Argentina".

Observando la fecha de la sentencia de la Corte IDH, resulta llamativo que el Máximo Tribunal argentino no sólo no se hizo eco de la misma sino que actuó en sentido distinto al ordenado por el tribunal interamericano,⁽⁶⁾ como a continuación se comentará.

La sentencia de la Corte IDH declaró que el Estado argentino violó los arts. 5.1 y 5.2 ("Derecho a la integridad personal"), 8 ("Garantías judiciales") y 25 ("Protección judicial") de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el artículo 1.1 ("Obligación de respetar los derechos") del mismo instrumento. La violación de estos derechos ya había sido reconocida por el Estado argentino durante el trámite de la petición ante la Comisión Interamericana, lo que consta en el Informe N° 26/05.

La representante de la víctima también alegó ante la Corte Interamericana la violación de otros derechos consagrados en la Convención, como son los reconocidos en los arts. 7 ("Derecho a la libertad personal"), 11 ("Protección de la honra y de la dignidad") y 24 ("Igualdad ante la ley").

(5) Ídem, p. 24.

(6) Nótese que si bien el Dictamen del Procurador General de la Nación es anterior a la sentencia de la CIDH, no lo es el fallo de la CSJN. A los fines del análisis sobre las obligaciones emanadas de la sentencia del tribunal interamericano decidimos exponer primero el fallo de la CSJN, luego la sentencia de la CIDH y finalmente el segundo fallo del máximo tribunal nacional.

Empero, el tribunal concluyó que el Estado no incurrió en la violación de estas disposiciones.

Debe destacarse que la Corte IDH coincidió con el Estado argentino en que las violaciones a los derechos humanos padecidas por el Sr. Bueno Alves no constituyen crímenes de lesa humanidad. Aun así, la Corte IDH afirmó que: “el deber de investigar constituye una obligación estatal imperativa que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole. Como ya ha señalado este Tribunal, en caso de vulneración grave a derechos fundamentales, la necesidad imperiosa de prevenir la repetición de tales hechos depende, en buena medida, de que se evite su impunidad y se satisfagan las expectativas de las víctimas y la sociedad en su conjunto de acceder al conocimiento de la verdad de lo sucedido. La obligación de investigar constituye un medio para alcanzar esos fines, y su incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado”.⁽⁷⁾ De esta manera, aquello que introducía como posible el dictamen del Procurador General de la Nación, formó parte sustancial de la sentencia del tribunal interamericano.

4 | Segundo fallo de la CSJN

En función de la sentencia dictada por la Corte IDH contra el Estado argentino, el 29 de noviembre de 2011 la CSJN emitió su segundo fallo en esta causa. La argumentación del voto mayoritario de los ministros es concisa ya que para éstos resulta aplicable el precedente “Espósito”. De este modo, resolvió hacer lugar al recurso de revocatoria presentado por el abogado de la víctima y dejar sin efectos el fallo apelado a fin de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH.

Resulta de interés detenerse en el precedente “Espósito” puesto que en éste se desarrollan algunos argumentos —problemas de vital importancia para el presente caso—, tales como la paradoja que sostiene la mayoría de la CSJN “de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de dere-

.....

(7) CIDH, “Caso Bueno Alves c/ Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 11/05/2007, Serie C, N° 164, párr. 90.

chos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana".⁽⁸⁾ Esta colisión entre derechos —a ser juzgado en un plazo razonable y a una defensa amplia para el imputado con el de conocer la verdad y que se sancione a los responsables de los hechos investigados— es resuelta por la Corte IDH en favor de los últimos en tanto consideró que la tortura es una grave violación a los derechos humanos. Para los ministros de la CSJN que formaron parte del voto mayoritario, esta ponderación de la Corte IDH sería correcta para generarle al Estado una responsabilidad internacional pero no para "especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho origina la declaración de responsabilidad internacional".⁽⁹⁾ Aun con las salvedades mencionadas, la CSJN resolvió, por tratarse de una sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos contra el Estado argentino, que debía darle cumplimiento por ser ésta obligatoria en función de lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención Americana y los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*, esenciales para el funcionamiento del derecho internacional.

5 | Palabras finales

Resulta, en primer lugar, notable la equivocación en que incurre el abogado de Bueno Alves al pretender inscribir las violaciones a los derechos humanos padecidas por su defendido como crímenes de lesa humanidad. Es en función de esto que se debe atender a la importancia del primer fallo de la CSJN ya que, a través de éste, el Máximo Tribunal busca sentar jurisprudencia sobre qué va a considerar un crimen de lesa humanidad con su correspondiente imprescriptibilidad. Esta cuestión resultaba imperiosa luego de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de impunidad sobre los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado.

Por otra parte, la sentencia de la Corte IDH vuelve a poner de relieve su carácter vinculante para con las obligaciones del Estado argentino, lo que

(8) CSJN, "Espósito Miguel Ángel, Incidente de prescripción de la acción penal", 23/12/2004, párr. 16.

(9) Ídem, párr. 14.

es reafirmado con claridad por todos los ministros de la CSJN. Sin embargo, el voto en disidencia de los ministros Fayt y Argibay pone en discusión hasta dónde llega el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH. Para éstos, la condena recayó sobre el Estado nacional pero no puede implicar dejar sin efecto una sentencia que pasó a ser cosa juzgada y a través de la cual se declaró la prescripción de la acción penal contra un individuo. Puesto que, si así fuera, sostienen, se estaría asumiendo que las sentencias de la Corte IDH implican una decisión sobre la responsabilidad penal de un individuo. Si bien es interesante la disquisición planteada por estos ministros, es preciso recordar que el sistema interamericano de derechos humanos determina las obligaciones de los Estados, por lo que no resuelve ni se pronuncia sobre la situación penal de un individuo sino sobre el cumplimiento o no del Estado de su deber de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos. Su entrelazamiento, si bien cierto como ocurre en el caso "Derecho", no puede ser solucionado de manera tal que permita que una violación a los derechos humanos quede impune y esto es lo que resultaría en los hechos de los votos en disidencia del segundo fallo de la CSJN. Contrariamente, en este caso vuelve a quedar patente cómo el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos posee la facultad de ordenar a un Estado que continúe investigando violaciones a los derechos humanos que considera grave sin importar la interpretación de los tribunales internos sobre la cosa juzgada.

En función de esto último, y aun considerando los nudos problemáticos mencionados, es trascendente la obligatoriedad que para la justicia argentina posee la presente sentencia de la Corte IDH. Aun cuando no se trató de un crimen de lesa humanidad, el Estado sigue obligado, como parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a posibilitar en el derecho interno la búsqueda de la verdad y la correspondiente sanción a los responsables de un caso de tortura.

Ejecución de la pena

CSJN, “Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792”,
14 de febrero de 2012

por **GIULIANA MUCCI**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente caso trata de un recurso de hecho planteado por la defensa de Karina Germano en la causa “Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792”, para decidir sobre su procedencia.

Karina Germano es hija de desaparecidos (su padre fue secuestrado y torturado en la ESMA), vivió buena parte de su vida en el exilio en Europa y, desde su vuelta al país en 1998, ha militado activamente en la agrupación HIJOS.

En el año 2002, fue detenida en San Pablo, Brasil, junto con un grupo de militantes políticos, acusada de haber participado en un secuestro extorsivo. Fue así que, durante el juicio al que fueran sometidos los detenidos, uno de ellos reconoció su propia responsabilidad en el acto, negando la de Germano puesto que ella simplemente estaba de paso por el domicilio de uno de los imputados. Asimismo, ninguno de los testigos de la causa la

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

reconoció ni se encontraron rastros en su domicilio, que pudieran avalar la acusación que caía sobre ella.

Sin embargo, fue condenada, junto a otras personas, inicialmente a 16 años de reclusión. Esta pena mutó a 30 años por el Tribunal de Justicia del Estado de San Pablo.

Durante los años de detención, Germano se vio afectada por un proceso judicial que la terminó condenando por un vínculo no comprobado y también, por condiciones inhumanas en la prisión de Carandirú, San Pablo, hasta que fue enviada, luego de un pedido hecho por su madre, a la Argentina para que continúe cumpliendo su condena.

A su vuelta, volvió a verse afectada, ya que en Argentina comenzaban a regir las "leyes Blumberg", que contrarías a la normativa internacional en materia de derechos humanos, endurecieron las condiciones procesales en cuanto a las salidas de los detenidos.

Estando ya en prisión en la Argentina, se enteró de que, merced a un *habeas corpus*, se les había otorgado a sus compañeros de causa alojados en el Brasil, un régimen de salidas temporarias, al haber cumplido un sexto de la condena.

Alegando una situación de inferioridad, ya que la ley penitenciaria argentina no contempla esa posibilidad hasta no haber cumplido la mitad de la condena, hizo su primer pedido de que se le diera en nuestro país igual beneficio que el conseguido por sus compañeros.

El titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 resolvió, en ausencia de fundamentos, no hacer lugar al nuevo pedido de la defensa que Germano para que obtuviera salidas transitorias.

Mas allá de la interpretación literal que realizaron los jueces de la casación sobre el art. 11 del Tratado sobre Traslado de Condenados entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil,⁽²⁾ que impone que la ejecución de la sentencia se rige por la ley del Estado receptor, lo cierto es

(2) Tratado sobre Traslado de Condenados entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, aprobado por ley 25.306, art. XI.

que si Germano no hubiera elegido lo que creyó un beneficio, el de purgar en su país, estaría gozando de los efectos de la extensión del *habeas corpus*, es decir, habría accedido a salidas transitorias.⁽³⁾

Ante el rechazo, el letrado interpuso recurso de casación, el que fue declarado mal concedido por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, habilitada la vía extraordinaria, en una segunda intervención, la CSJN hizo lugar a la petición.

2 | El principio *pro homine*

Mónica Pinto afirma que el principio *pro homine* contiene un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar **siempre a favor del hombre**.

La autora agrega que: “Esta pauta se encuentra consagrada positivamente”. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos (vg. art. 5 PIDCP; art. 29 CADH); art. 5 (PIDESC); art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño).⁽⁴⁾

(3) Ídem, párr. 8.

(4) MÓNICA PINTO, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales*, Cels, Editores del Puerto, 2004, p. 163.

Martín Abregú añade que: “no se trata de un criterio para la opción entre dos normas, sino que es una guía para la protección de un derecho en cada caso particular. La diferencia entre uno y otro criterio significa que no habrá una norma que sea, en todos los casos, la más garantizadora, sino que ello dependerá de su aplicación en cada caso particular”.⁽⁵⁾

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos define el principio *pro homine* expresando que: “en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos”.⁽⁶⁾

3 | La sentencia del Tribunal

La defensa planteó como hecho nuevo la circunstancia de que los co-condenados en la misma causa, que cumplen su pena en Brasil, ya “han accedido al beneficio de las salidas transitorias y las mismas se han producido”, igual que su traslado a un establecimiento a un régimen semiabierto.⁽⁷⁾

Los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Zaffaroni consideraron que si los co-condenados en la misma causa que la de la presentante que cumplen su pena en otro país han accedido al régimen de salidas transitorias, corresponde proceder con igual temperamento con respecto a la condenada que cumple su pena en la Argentina —incluso cuando el beneficio no está disponible aún para ella por la ley local—, pues, ello resulta una aplicación más respetuosa de la obligación internacional contenida en el Tratado sobre Traslado de Condenados y de los principios *pro homine*, igualdad y no discriminación.

Por su parte, el ministro Maqueda fundamentó la apertura del recurso en que razones de humanidad, equidad y estricta justicia impedían soslayar

.....
(5) Ver la Introducción de Martín Abregú, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), op. cit., p. 19.

(6) CIDH, “Jorge, José y Dante Peirano Basso”, Informe 35/07 —caso 12.553—, República Oriental del Uruguay, 01/05/2007.

.....
(7) Ídem, párr. 12.

las particulares implicancias y duración del encierro, por lo que debía equipararse la situación de Germano a la de menor restricción de la libertad de los brasileños, sobre la base de lo que ya había sostenido en otra presentación efectuada por la nombrada Germano.⁽⁸⁾

La solución que se propició no sólo esta basada en el **principio general de interpretación *pro homine* de los instrumentos internacionales**, sino que se adecuaba, por su sentido de equidad, al de la “reinserción social de las personas condenadas”, finalidad superior que informa el Tratado y nuestra Ley de Ejecución Penal (24.660).⁽⁹⁾

Esto permitió, sin que se desnaturalice el sistema penitenciario nacional, hacer una excepción a la letra del art. 17 de la ley 24.660, en cuanto exige, para la concesión de las salidas transitorias o la incorporación al “régimen de la semilibertad”, un tiempo mínimo de ejecución de la mitad de la condena. La ley citada ha querido y plasmado expresamente que el régimen penitenciario se basara en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o a secciones separadas regidas por el principio de auto-disciplina. También ha previsto, en su art. 7, que el condenado podrá ser promovido excepcionalmente a cualquier fase del periodo de tratamiento que mejor se adecue a sus condiciones personales, de acuerdo con los resultados de los estudios técnico-criminológicos y mediante resolución fundada de la autoridad competente.⁽¹⁰⁾

El Tribunal consideró este caso una situación de excepción, sobre todo teniendo en cuenta que si en Brasil —donde rigen parecidos principios penitenciarios, y el tratado es una prueba de ello— se consideró que ese tratamiento era suficiente para la reinserción social de los compañeros de Germano, no había motivos para que ello no ocurriera con Karina.

(8) CSJN, “Germano, Karina Dana s/recurso de casación”, G.942.XLIV, 01/12/2009.

(9) Ídem, párr. 14.

(10) Ídem, párrs. 15/18.

4 | Consideraciones finales

En esta oportunidad, la Corte Suprema hizo lugar al pedido planteado. Como sostiene el procurador, el régimen penitenciario se basa en la progresividad y en la promoción, en la medida de lo posible, de la incorporación de los condenados a instituciones semiabiertas o abiertas.

En consecuencia, la disposición contenida en el art. 7 de la ley 24.660 que invoca el Procurador Fiscal, resulta una aplicación más respetuosa de la obligación internacional y de los principios *pro homine*, igualdad y no discriminación.

Esta pauta se encuentra consagrada positivamente. Así, en general, los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida de la prevista, a limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor, ni a excluir o limitar el efecto que puedan producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos.⁽¹¹⁾

(11) V. gr., art. 5, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); art. 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); art. 5, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); art. 1.1, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño.

Interrupción del embarazo

CSJN, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, 13 de marzo de 2012

por **CAROLINA CASANOVAS**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El día 14 de enero del año 2010, A. F. en representación de A.G, su hija de 15 años de edad, recurrió a la Justicia Penal de la Provincia de Chubut para solicitar que se dispusiera la interrupción del embarazo de la niña, producto de haber sido abusada sexualmente por el marido de ella, con base en lo dispuesto por el art. 86, incs. 1 y 2, del Código Penal. Ante ese mismo fuero tramitaba además, la denuncia realizada el 3 de diciembre del 2009 contra O.C (esposo de la presentante) por la violación sufrida por A.G. el día 23 del mismo mes y año, un certificado médico daba cuenta que la niña se encontraba cursando la octava semana de gestación.

El Juez penal a cargo de la causa sostuvo que no se encontraba facultado para resolver dicho requerimiento y remitió nuevamente el expediente a manos del Fiscal. Asimismo, la Fiscalía consideró que no era ese el fuero competente, para resolver la cuestión. A raíz de estas negativas, la madre de A.G presentó la medida autosatisfactiva que luego diera origen al fallo

.....

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

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De forma simultánea, se solicitó en enero del año 2010 la interrupción del embarazo ante la Justicia de Familia de la Provincia de Chubut. El pedido de la madre de A.G fue rechazado tanto en primera instancia como en la Cámara de Apelaciones, no obstante las pruebas aportadas donde se detallaban diversos trastornos que venía padeciendo la niña, provocados por un embarazo no deseado producto de una violación.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Chubut toma conocimiento en la causa, y el día 8 de marzo del 2010 decide revocar la sentencia que fuera apelada y autorizar a la peticionante a practicar la interrupción del embarazo de su hija, entendiendo que el caso en cuestión encuadraba perfectamente en el tipo de "aborto no punible" previsto por el art. 86, inc. 2 del CP.

Dicho procedimiento se llevó a cabo efectivamente, el día 11 de marzo del 2010 en el Centro Materno Infantil del Hospital Zonal de Trelew. Esta decisión fue recurrida mediante recurso extraordinario ante la Corte Suprema, por el Asesor General Subrogante en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces, quien argumentó que dicha sentencia violaba el plexo constitucional con aquella interpretación tan amplia del inciso 2 del art. 86 del CP.

Por su parte, la Defensora General de la Nación, asumiendo la representación de la niña, manifestó su consentimiento con el fallo emanado por el Tribunal Superior de Justicia de la Nación.

Así las cosas, y habiéndose practicado ya la intervención abortiva, la CSJN, hace lugar al recurso extraordinario planteado, y emite su opinión al respecto.⁽²⁾

2 | Los fundamentos de la Corte

A pesar de que dictar una sentencia nueva en este caso, carecía por completo de utilidad —pues la práctica abortiva se había realizado tiempo atrás— la Corte disiente con el dictamen del Procurador General de la

(2) Ver CSJN, "F., A. L. s/ Medida Autosatisfactiva", 13/03/2012, Fallos, 25. XLVI, Considerandos 1/4.

Nación, y enfatiza su necesidad de intervenir, argumentando que “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas”.⁽³⁾ Para ello, se cita en la sentencia el famoso caso “Roe Vs. Wade” de la Corte Suprema de los Estados Unidos,⁽⁴⁾ donde ésta cuestión ha sido analizada de manera exhaustiva.

A partir de estos fundamentos, la Corte afirma que, si bien los agravios planteados por el recurrente suscitan cuestión federal suficiente para avallar su intervención en el caso, máxime cuando se hallan comprometidos preceptos constitucionales o supranacionales, los cuales podrían comprometer la responsabilidad internacional por parte del Estado argentino, estos agravios no encuentran asilo en las normas del Derecho Internacional citadas en dicho recurso.⁽⁵⁾

En términos generales, la Corte entiende que su deber consiste únicamente en realizar un análisis armónico entre todas las leyes que se encuentran en conflicto, y resuelve, que de ninguna de estas normas —nacionales o internacionales— puede inferirse la prohibición a la interpretación amplia de lo dispuesto por el art. 86, inc. 2 del CP.

Por el contrario, utiliza esta fórmula para sostener su necesidad de recurrir a una forma de interpretación menos restrictiva del artículo en cuestión, en virtud de que por su redacción ambigua, había sido utilizado anteriormente tanto para fundamentar la legalidad del aborto en casos de violación, como para negar este derecho.

En este orden de ideas, la Corte basa principalmente su decisión en los principios de igualdad y de prohibición de discriminación, asumiendo que si se entendiera el art. 86 inc. 2 del CP de modo restrictivo —asumiendo que la norma permite tan solo el aborto sin considerarlo punible cuando se tratare de una mujer idiota o demente— se estaría violentando a todas luces el derecho de aquellas víctimas de delitos análogos pero que no

(3) Ídem, considerando 5, párr. 2.

(4) 410 U.S. 113-1973.

(5) Ídem, considerandos 6/7.

sufrieran ningún padecimiento mental; en especial, cuando es obligación del Estado prestar la debida atención médica a las víctimas de estos delitos en situaciones de emergencia, y de forma continuada.⁽⁶⁾

Uno de los fundamentos más relevantes del fallo, reside en el hecho de que, para extender el ámbito de aplicación de la norma cuestionada, la Corte afirma expresamente que con arreglo a las normas internacionales que promulgan el derecho a la dignidad de las personas, no puede exigirse a una mujer víctima de una violación sexual, llevar a cabo un embarazo que no es más que el resultado de un ataque sistemático a sus derechos fundamentales, y que vulnera su derecho a decidir acerca de llevar adelante o no semejante sacrificio, al cual el mismo Tribunal describe como **“imposible de conmensurar”**.⁽⁷⁾

En este punto, la Corte considera necesario transcribir el art. 86 incs 1 y 2 del CP, el cual en su parte pertinente reza: “el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º) Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2º) Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”, con el aparente objetivo de realizar un análisis, respecto de la forma de redacción del mismo, intentando así obtener otro argumento a favor de su modo de interpretación. Para conseguirlo, la Corte enfatiza en la conjunción utilizada en el inc. 2 del mencionado artículo, advirtiendo que a su entender, de haber sido intención del legislador permitir la práctica abortiva no punible, únicamente en los casos de atentado al pudor de mujer idiota o demente, no hubiese diferenciado al redactar el artículo, la “violación” del “atentado al pudor”. De esta forma, pretende el Tribunal dejar en claro que dicho inciso regula dos supuestos diferentes de aborto no punible, pudiendo encuadrar el fallo en análisis, en el primero de estos supuestos.⁽⁸⁾

.....
(6) Ídem, Considerando 15.

(7) Ídem, Considerando 16.

.....
(8) Ídem, Considerando 18.

La Corte establece durante el final de la sentencia que, los requerimientos formulados por los profesionales de la salud sobre autorizaciones judiciales para llevar adelante una práctica, que en nuestro ordenamiento jurídico no es punible, redundan en un sinnúmero de trámites burocráticos que resultan innecesarios y hasta incluso los llega a tildar de ilegales puesto que, en su opinión, contrarían al principio establecido por el art. 19 CN, cuando dispone que nadie será obligado a hacer lo que la ley no mande. De este modo, exhorta a los profesionales médicos a evitar la imposición de barreras que no fueron impuestas por la ley.⁽⁹⁾

Finalmente, la sentencia expresa a modo de afirmación que no puede ni debe existir persecución penal alguna para el médico que lleve a cabo la práctica abortiva, siempre y cuando la víctima del delito de violación, manifieste esta situación al profesional que la asiste, y lo deje asentado mediante una declaración jurada. Sostiene el Tribunal entonces, que cualquier otro requisito exigido tornaría la práctica demasiado burocrática y violatoria de los derechos de la mujer víctima.

Luego de una extensa manifestación de consideraciones sociopolíticas, basada principalmente en recomendaciones a los distintos niveles de gobierno acerca de cómo debían reglamentar el derecho que se da aquí por garantizado, la Corte declara por voto mayoritario procedente el recurso planteado, confirma la sentencia apelada, exhorta a las autoridades a que se tomen las medidas necesarias para dar cumplimiento con lo dispuesto en la sentencia, y por último, exhorta al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales a que se abstengan de judicializar el acceso a los casos de aborto no punible.⁽¹⁰⁾

Tanto la Dra. Argibay como el Dr. Petracchi, votaron con la mayoría, pero según su voto, y consideraron que el recurrente no había podido explicar por qué era válido permitir el acceso al aborto no punible a la víctima de un ataque sexual que padecía deficiencias psíquicas, y no cuando la mujer víctima se encontraba mentalmente sana, puesto que según ellos, lo fundamental del caso era al fin, que la niña había sido víctima de un abuso sexual, y así ella tuviera o no una deficiencia mental, de todos modos se

.....

(9) Ídem, Considerandos 20/29.

(10) Ídem, Considerandos 30/31.

encontraba por igual vulnerado el derecho a la vida de la persona por nacer, no encontrando razón en ello para marcar una diferencia entre ambos casos.⁽¹¹⁾

3 | Consideraciones finales

Este fallo ha resultado polémico y nefasto para algunos doctrinarios y tan sólo mediático para otros. Si bien la sentencia en sí, no genera sorpresa alguna en la jurisprudencia argentina, el hecho de que el Máximo Tribunal de la Nación se ocupe de dar instrucciones acerca de cómo debe reglarse un derecho por ellos reconocido, y exhorte a los más altos órganos del poder político a tomar determinadas medidas, ha dado lugar a un sinnúmero de críticas y debates en la sociedad argentina. Por tratarse de un tema tan cuestionado como lo es el derecho a la vida, resulta evidente la necesidad de la Corte de aprovechar la situación planteada en este fallo, que en otro momento podría haber sido considerado abstracto, para emitir los resultados de un análisis que, en su opinión, pareciera ser sumamente necesario dar a conocer.

Sin embargo, a pesar de que la Corte se esfuerza lo suficiente por no ser pro-aborto ni tampoco anti-abortista, sí resulta llamativa la simpleza con la que intenta solucionar el acceso a dicho procedimiento, considerado por la Corte como un "derecho" ni más ni menos, por cuanto establece que con tan sólo una declaración jurada de la mujer encinta, el médico quedará libre de culpa y cargo para proceder con el aborto, actuando el Tribunal de esta forma de modo cuasi-legislativo.

Más allá de estas consideraciones, no se da en la sentencia ninguna discusión o análisis de fondo respecto de los derechos aquí en pugna: el de la salud de la madre, y el de la vida de la persona por nacer (sólo lo menciona en su voto concurrente la Dra. Argibay), lo cual nos deja con la sensación de que no debemos esperar que la Corte avance mucho más allá de esto en el tema aborto.

(11) Ídem, voto de los ministros Carmen M. Argibay y Enrique Santiago Petracchi, según su voto.

Derecho a la igualdad y no discriminación

Corte IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C N° 239

por **JUAN PAZOS** y **RODRIGO TRISTÁN ROBLES**⁽¹⁾

I | Introducción

En el presente trabajo daremos cuenta de un fallo paradigmático sobre igualdad y vida privada, desde una perspectiva inclusionista en materia de género.

Para la exposición, haremos nuestro el orden que la Corte utilizó en su sentencia,⁽²⁾ respecto de las violaciones de derechos humanos en la perso-

.....

(1) Integrantes del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.

(2) Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas c/ Chile”, sentencia del 24/02/2012. Fondo, Reparaciones y Costas.

na de Karen Atala Riffo, exponiendo el análisis del derecho de la siguiente manera:

1. La violación de los derechos del niño, a la vida privada, vida familiar, igualdad y no discriminación, garantías judiciales y protección judicial, en relación con la obligación de respetar y garantizar, ocurrida en el marco del juicio de tuición.⁽³⁾
2. La violación de los derechos a las garantías judiciales, vida privada, igualdad y no discriminación, en relación con la obligación de respetar y garantizar, que tuvo lugar en el marco del proceso disciplinario.⁽⁴⁾

1.1 | En el proceso de tuición

Surge de los hechos del caso, que el ex marido de la víctima inicia acciones en la Justicia de Familia chilena, tendientes a obtener la tutela de sus hijas, fundamentándose, básicamente, en que su madre, Karen Atala Riffo, a cargo de las niñas, se declaraba abiertamente lesbiana, y vivía con su pareja. En el marco de ese proceso, las niñas son concedidas en tutela provisoria a su padre aunque, posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia, otorgó la sentencia a la madre de las niñas. Esa misma sentencia, apelada, fue acogida por la Cámara de Apelaciones. Por último, en mayo de 2004, la Corte Suprema de Chile, a instancias de un recurso de queja cursado por el padre de las niñas, le otorgó a éste la tutela. El fundamento de esta sentencia era la protección del Interés Superior de las hijas de la víctima, que, a juicio de los jueces, incompatibilizaba con la orientación sexual de su madre.

1.1.1. Derecho a la Igualdad y No Discriminación

La Corte, *prima facie*, reitera su jurisprudencia constante, en el sentido de que la obligación de No Discriminar, contenida en el art. 1.1 de la Convención, es una norma general que debe considerarse en relación a la observancia de los derechos convencionales mientras que, por su parte, el art. 24, refiere a “no sólo a los derechos consagrados en dicho tratado, (...) sino a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación”.⁽⁵⁾

.....
(3) Ídem, pp. 13/66.

(4) Ídem, pp. 66/75.

(5) Ídem, párr. 82.

Se reconoce a la obligación de No Discriminar, su carácter principal, al punto de concederle la jerarquía de norma de *ius cogens*, y principio de orden público nacional e internacional. En ese sentido, la Corte considera que el art. 1.1 de la Convención obliga al respeto y garantía de los derechos fundamentales allí contenidos, "sin discriminación alguna", por lo que toda acción u omisión, cualquiera sea su forma, que pueda considerarse discriminatoria de cualquiera condición social de una persona, es incompatible con la Convención.

La Corte afirma que la orientación sexual, aunque no esté nombrada en la enumeración taxativa del art. 1.1, es una causal de discriminación proscrita por la Convención. En apoyo de tal inteligencia recurre a los principios *pro persona* y de interpretación de los tratados como instrumentos vivos, no ajustados a la realidad social contemporánea al momento de su celebración.⁽⁶⁾ Ergo, en justicia con la interpretación más favorable y protectora del hombre, y la necesidad de interpretar las obligaciones internacionales como destinadas a una vigencia futura, ajustándose a una constante evolución y no relegadas al anquilosamiento, se considera a la discriminación por orientación sexual como una categoría de discriminación proscrita por el art. 1.1 de la Convención. Con esto, la Corte rechaza de plano el argumento del Estado de que "los Estados presentaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían",⁽⁷⁾ y que implicaría un rol "demasiado regulador"⁽⁸⁾ de la Corte, no considerar "el sentir mayoritario de los Estados".⁽⁹⁾ Esta interpretación es desechada toda vez que la presunta ausencia de consenso social fronteras adentro u otras excusas del mismo tenor, no derogan en absoluto las obligaciones de los Estados, ni mucho menos, son fundamento suficiente para sustraerse de la compe-

(6) Art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y normas concordantes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Así mismo, la Corte recurre a la consagración de esta interpretación en numerosos instrumentos y pronunciamientos de organismos internacionales.

(7) Corte IDH, "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", *supra* nota 1, párrs. 74/75.

(8) Ídem.

(9) Ídem.

tencia contenciosa de la Corte, quien debe decidir sujetándose estrictamente a la Convención y demás normas vinculantes.⁽¹⁰⁾

A los fines de identificar una violación a la obligación de garantía y respeto, la Corte analiza si existió respecto de la víctima, una diferencia de trato, basada en la consideración de su orientación sexual. Siguiendo precedente del Tribunal Europeo⁽¹¹⁾ se observa que, en el análisis del caso concreto, a los efectos de detectar tratos discriminatorios, deben someterse a escrutinio conductas, lenguaje, contexto, etcétera, en que los mismos se efectúan. Ergo, no se requieren referencias explícitas, o que, particularmente en este caso, la orientación sexual de Atala fuera único fundamento que sostenga la sentencia.

La Corte observa que la orientación sexual de la víctima, efectivamente, fue considerada por los juzgadores chilenos, con "relevancia significativa".⁽¹²⁾ En ese punto, el tribunal analiza si la diferencia de trato constituye discriminación, toda vez que la misma fue justificada, en la defensa del Estado, arguyendo la protección del Interés Superior del Niño, supuestamente vulnerado como consecuencia de la orientación sexual de Atala.

Primeramente, el Tribunal observa que la sola invocación del Interés Superior del Niño, no es suficiente argumento para justificar una restricción legítima del derecho a no ser discriminado. Que la pretendida vulneración de aquel, aclara, no debe afincarse sobre consideraciones estereotipadas. Seguidamente, la Corte realiza un desglose de los fundamentos que, directamente relacionados con la orientación sexual de Atala, a juicio de ambos Tribunales, afectaban el Interés Superior del Niño y, en las defensas del Estado, justificaba el cercenamiento del derecho de la Jueza Atala, a no ser discriminada.

Primero, se dijo, las niñas podían sufrir o efectivamente sufrían discriminación social debido a la orientación sexual de su madre. La Corte rechaza tal fundamento en tanto 1) la discriminación que pudiere acontecer en ciertas sociedades, no justifica diferencias de trato, toda vez que aquello implica-

(10) Ídem, párr. 92.

(11) T.E.D.H, "Case of E.B Vs. France", (N° 43546/02), Sentencia del 22/01/2008.

(12) Corte IDH, "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", *supra* nota 1, párrs 96/97.

ría consentir y perpetuar la situación de discriminación, e incumplimiento responsable del Estado en sus obligaciones de prevención, adopción de medidas, etcétera. Que, en definitiva, es deber de los Estados y vocación del Derecho promover una sociedad tolerante, y no lo contrario. 2) Que Atala no tenía por qué ver cercenados sus derechos, porque la sociedad no tolera su orientación sexual.

Otro de los argumentos esgrimidos por los juzgadores chilenos, ha sido la confusión de roles que podría producirse en las niñas, por convivir con su madre y su pareja. Dice la Corte, que una restricción pretendida al derecho a ser no discriminado, debe fundarse en razones de “mucho peso”, ya que, la carga de la prueba se invierte, siendo el Estado el que debe probar a la justicia de la restricción pretendida. En este caso, el daño que invoca debe sostenerse con rigor científico y experto, pues, de no ser así, sus fundamentos devendrían en un estereotipo. La Corte determina que los tribunales chilenos no fueron más allá de una especulación y/o presunción del daño que sufrirían las niñas. Además, advierte, no debe perderse de vista que no se ha mostrado rigurosamente que las parejas homosexuales sean más “peligrosas” que las heterosexuales para la crianza de sus hijos.

Los tribunales chilenos también tuvieron en consideración el hecho de que Karen Atala, al explicitar su orientación sexual y vivir con su compañera, en la casa en que criaba a sus hijas, si bien no era reprochable al derecho, implicaba sí, privilegiar sus intereses respecto de la crianza de sus hijas. La Corte resalta que la orientación sexual de una persona, debe ser defendida íntegramente, alcanzando esta defensa también las conductas que en ejercicio de ese derecho llevan las personas, como ser, la vida en compañía de la persona con quien han proyectado su vida.

Con todo, dice la Corte, los Tribunales del Estado han visto esta situación bajo el cristal de una concepción tradicional, en que las mujeres crían a sus hijos primero, y relegan su proyecto de vida. En consecuencia, para criar a sus hijas, Atala debería “haber renunciado a un aspecto esencial de su identidad”.⁽¹³⁾ Pretender que la libre orientación sexual configure un privilegio de intereses y no un ejercicio pleno de la personalidad, no se comparece con la protección del Interés Superior del niño sino, que pareciera, la consagración de un estereotipo.

.....
(13) Ídem, párr. 140.

Por último, se argumentó también que las hijas de Atala tenían derecho a una “familia normal y tradicional”, “normalmente apreciada en el medio social”, en “una sociedad heterosexuada y tradicional”.⁽¹⁴⁾ La Corte señala que la Convención no consagra tipo de familia alguno, y que el lenguaje utilizado por los tribunales chilenos, evidencia a las claras una percepción limitada y estereotipada del concepto de familia, la “familia tradicional”.

Con todo lo expuesto, la Corte considera que el Estado no pudo establecer causalidad entre la restricción del derecho de la Jueza Atala, y la protección del Interés Superior del Niño con lo que sus fundamentos sólo se redujeron a estereotipos que constituyen discriminación, violando el art. 24, en relación con el art. 1.1 de la Convención.

A los efectos de saber si dicha discriminación se extendió también a las hijas de la jueza Atala, la Corte consideró oportuno interpretar la prohibición de la discriminación, a la luz del art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se resalta que: “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados [...] y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, [...] o cualquier otra condición del niño, de sus padres, o de sus representantes legales.” Habiendo entendido que la madre fue discriminada, la Corte entiende que la decisión de la Corte Suprema discriminó también a las niñas y su trato discriminatorio “irradió sus efectos”,⁽¹⁵⁾ respecto de las mismas. Ergo, encuentra violación por parte del Estado, del art. 24 de la Convención, en relación con los arts. 19 (Derechos del Niño) y 1.1.

1.1.2. Derecho a la Vida Privada y derecho a la Vida Familiar

La Corte establece que el art. 11 de la Convención (“Protección de la Honra y la Dignidad”) consagra el derecho a la Vida Privada, el que no es susceptible de definición taxativa, pero que incluye, entre otros aspectos de la personalidad, la orientación sexual.⁽¹⁶⁾ Entendido que la orientación sexual de la jueza Atala, comprende un ámbito protegido por el derecho a la vida privada, la Corte analiza si, efectivamente, las decisiones de los

(14) Ídem, párr. 141.

(15) Ídem, párr. 155.

(16) CIDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, ídem, párr. 156.

Tribunales chilenos importaron una “injerencia arbitraria”⁽¹⁷⁾ en la esfera privada de Atala. En efecto, la vida privada no es un derecho absoluto por lo que toda injerencia requiere un fin legítimo, y ser idónea y proporcional al mismo.⁽¹⁸⁾ La alegada defensa del Interés Superior del Niño, si bien es fin legítimo, no es proporcionado a los efectos de resolver un procedimiento de tuición, donde las circunstancias a tener en cuenta son aspectos específicos de la conducta parental, y no la orientación sexual como cuestión excluyente del análisis, en suma, bajo el tamiz de un estereotipo.

En las decisiones de los tribunales de Chile, la convivencia de Atala con su pareja fue determinante. La Corte, considera que la vida privada (art. 11.2 de la Convención), y la vida familiar (art. 17) están estrechamente relacionadas, toda vez que la injerencia arbitraria en la vida familiar, importa una violación de la protección a la vida en familia. Entiende el Tribunal que la familia, en un concepto amplio, se define por elementos como la vida en compañía, la duración de la relación, y el compromiso mutuo de tener hijos. En consecuencia, la jueza Atala, sus cuatro hijos, y su compañera, constituían un núcleo familiar habida cuenta de la convivencia, cercanía personal, contacto frecuente y afecto.⁽¹⁹⁾ En el caso, entonces, las decisiones que se tuvieron en el procedimiento de tuición, fundadas en el interés superior del niño, conllevaron una injerencia arbitraria en la vida privada y familiar de la jueza Atala y su familia, y tuvieron además, el efecto de separar a las niñas de ese núcleo, todo sin justificación otra que una concepción tradicionalista y estereotipada de la vida familiar.

1.1.3. Garantías Judiciales y Protección Judicial

La Corte no considera violadas las garantías judiciales reconocidas en la Convención, toda vez que ni los representantes ni la Comisión han podido probar la parcialidad de los jueces de la Corte Suprema que alegaban, ni irregularidades relativas al recurso de queja otorgado, como violatorias del principio de independencia judicial.

(17) En línea con lo dispuesto en el art. 11.2 de la Convención Americana.

(18) Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, ídem, párr. 164.

(19) Ídem, párr. 176.

Respecto de las niñas, la Comisión y los representantes entendieron violado su derecho a ser escuchadas, el que sí se efectivizó en los tribunales de instancia pero no en la queja cursada frente a la Corte Suprema.

La Corte repite, que tiene establecido que el derecho de los niños a ser escuchados, tiene utilidad a los efectos de conocer su Interés Superior. El Estado observa que no era oportuno que la Corte escuchase a las niñas en el proceso de queja, que el Tribunal tuvo en consideración las declaraciones que ellas efectuaron en las primeras instancias, con lo que era impropio volver a citarlas a declarar. Además, arguye que la importancia del derecho a ser escuchado de los niños, no implica delegar en ellos la responsabilidad de resolver los conflictos en que se encuentran, toda vez que sus deseos pueden contradecir su interés genuino, el cual debe prevalecer.

En el caso, la Corte señala que la Primera Instancia oyó debidamente a las niñas, y atendió con cuidado que sus declaraciones debían comprenderse acorde a la capacidad de las mismas en relación a su edad. Entendió también, que nuevas declaraciones de las niñas no tenían lugar en el marco de una queja, donde la revisión se hace en base a la prueba producida. Además, agrega la Corte, el niño no debe ser entrevistado con mayor frecuencia de la necesaria en cuestiones que investiguen acontecimientos dañinos o conflictivos para él.

Sin embargo, observa, aún en el marco de la queja, el Tribunal no debe sustraerse la obligación de considerar las declaraciones de los niños que provinieran de los autos recurridos. Es más, tales opiniones son directrices al momento de resolver, a no ser que las mismas no redunden en el genuino Interés Superior del Niño, lo cual debe ser suficientemente acreditado por los jueces. La Corte Suprema de Chile, se apartó de las declaraciones de las niñas, justificando tal apartamiento o desconsideración en la sola invocación del Interés Superior del Niño. Por ello, la Corte Considera violado el derecho de las niñas a ser escuchadas.

1.2 | En el proceso disciplinario

Otro de los aspectos de la controversia es el proceso disciplinario llevado a cabo en contra de la jueza Atala. La corte de apelaciones de Temuco, en abril de 2003 inició cargos contra la víctima, por el supuesto uso de implementos y personal del juzgado para asuntos de interés personal (pun-

tualmente, se alegó el hecho de liberar actuaciones respecto del Tribunal donde se tramitaba la tutela de sus hijas y el uso indebido del sello de jueza), y publicaciones en la prensa, donde se expresaba la relación que ésta mantenía con otra mujer.

Estas acusaciones tuvieron como antecedente inmediato, las acusaciones del Ministro Visitador de la Corte de Apelaciones de Temuco, quien cursó una visita al sitio de trabajo de la jueza, donde consideró constatar lo manifestado por una serie de publicaciones de prensa respecto de la orientación sexual de la Jueza Karen Atala Riffo. La corte de apelaciones de Temuco aprobó esta diligencia, y la investigación disciplinaria que sustentó, se basó en las consideraciones del Ministro, en donde se concluía que los hechos denunciados revestían una especial gravedad debido al cargo que ocupaba Atala. A su vez, destacó el hecho de que “su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito de lo privado, [...] lo que claramente daña la imagen del poder judicial”.⁽²⁰⁾ Mediante la averiguación sobre la orientación sexual de la jueza, el Estado buscaba proteger la imagen del Poder Judicial chileno. La Corte consideró que, el hecho de incorporar como materia investigable en el proceso disciplinario la orientación sexual y la relación con una persona del mismo sexo, significó un trato diferenciado en perjuicio de la señora Atala. Y sostuvo que el fin que se invoque al efectuar una diferencia de trato de este tipo, debe ser concreto y no abstracto. La alegada protección de la imagen del Poder Judicial, no puede justificar una diferencia de trato basada en la orientación sexual. En el particular, el Tribunal no observó relación alguna entre un deseo de proteger la imagen del Poder Judicial y la orientación sexual de la señora Atala, y sostuvo que no existe la más mínima conexión entre el correcto desempeño de la labor profesional de la persona y su orientación sexual. Concluye entonces, en que el Estado vulneró el art. 24 en relación al art. 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de Karen Atala Riffo.

Por otra parte, repitiendo lo expuesto respecto del derecho a la Vida Privada, en el sentido de que toda injerencia arbitraria es prohibida por el art. 11.2 de la Convención, la Corte consideró que también se había vulnerado este derecho, toda vez que, en las diligencias que llevó a cabo el Ministro Visitador, este llegó a indagar a colegas y a todo el personal del juzgado donde trabajaba, revisar los sitios web que había leído y de-

(20) Corte IDH, “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, ídem, 1, párr. 214.

más actos los cuales se referían exclusivamente a conocer si Atala era o no lesbiana. Por otro lado, en el informe que resumía sus actuaciones, daba cuenta de que la jueza era visitada por mujeres, por su pareja, y los padres de ésta, cuestiones en las que se basó a la hora de emitir su dictamen. Todo esto, habida cuenta de la irrelevancia que, como se ha dicho, la orientación sexual tiene a los efectos de evaluar el desempeño profesional, no tiene otra razón que una mera arbitrariedad.

Respecto de las Garantías Judiciales de la víctima, la Corte consideró que existió violación del principio de imparcialidad subjetiva allí contenido, toda vez que el fundamento del proceso disciplinario se fundaba en los informes precitados, los cuales, a su vez, se basaban en opiniones personales respecto de la orientación sexual de Atala, y su desempeño en el Poder Judicial chileno.

2 | Conclusión

Entre todo lo expuesto en el fallo Atala, es destacable la inclusión de la orientación sexual como una categoría de discriminación proscrita por la Convención.

También merece especial consideración la reiteración de que las obligaciones a las que los Estados suscriben, no son manipulables por ellos en atención a los consensos de las poblaciones más o menos tolerantes, sino que obedecen a un estándar en constante mutación y desarrollo, cuya vocación primera es siempre la defensa de la persona y su plena realización. En este caso, particularmente, asombran los fundamentos esgrimidos por la justicia chilena, los cuales evidencian el hecho de que los estereotipos anidan no sólo en la sociedad civil, sino también en el Estado, en los poderes que ejercen nada menos que la defensa de los derechos de las personas. Es fundamental, entonces, que los Estados avancen en promover la erradicación de la discriminación no sólo entre los particulares, sino también, y especialmente, entre los agentes estatales.

Desaparición forzada de personas

Corte IDH, “Caso González
Medina y familiares vs.
República Dominicana”,
Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas,
sentencia del 27 de febrero de 2012,
Serie C N° 240

por LUCÍA PENSO y AGUSTÍN MOGNI⁽¹⁾

I | Síntesis de los Hechos

El día 26 de mayo de 1994 se produce la desaparición forzada del señor Narciso González Medina, abogado, profesor universitario, columnista crítico y líder de la oposición, en la República Dominicana (de ahora en adelante el “Estado”). La sustracción se produce en los días posteriores a un intenso ejercicio político con el fin de obtener apoyo de toda la sociedad, y sobre todo del ámbito académico, para que haya algún tipo de condena

.....
(1) Integrantes del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.

sobre Joaquín Balaguer, entonces presidente de la República Dominicana, luego de ganar en los comicios el 16 de Mayo del mismo año de manera fraudulenta. En los días posteriores, el Sr. González Medina publica notas describiendo por qué considera a Balaguer "lo más perverso que ha surgido en América",⁽²⁾ y llama al ámbito académico a combatir al presidente con la desobediencia civil y no con simples documentos.

En dicho fraude se encontraban involucrados la gran mayoría de los aparatos estatales entre ellos las Fuerzas Armadas, institución que denuncia fuertemente el Sr. González Medina. El contexto se completa con persecuciones, secuestro y censura a personalidades opositoras al gobierno de Balaguer. El Estado no sólo no aportó pruebas en contra del clima que descripto sino que durante una visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997, el Procurador General de la República Dominicana reconoció que la policía torturaba a personas al realizar investigaciones, dejando por sentado el sistemático accionar del aparato estatal.⁽³⁾

Posteriormente, y frente a la denuncia de sus familiares el día 28 de mayo de 1994, el Estado no pudo dar una respuesta fehaciente a la desaparición de González Medina y realizó distintos tipos de investigaciones, hechas por diferentes organismos por comisiones extrajudiciales formadas por la Policía Nacional ("Junta Policial"), o por el organismo recientemente nombrado y las Fuerzas Armadas ("Junta Mixta"); además de la investigación judicial. A su vez, los familiares y amigos crearon la "Comisión de la Verdad" con el fin de obtener el paradero de González Medina, realizaron un recabo de información detallado que no fue tenido en cuenta por los organismos investigadores pero que la Corte reconoce el rol activo en la búsqueda de ellos. En todas las investigaciones de los aparatos estatales se puede encontrar un denominador común: fallas en el desarrollo, omisión de testigos importantes, destrucción de información relevante y giros tendenciosos con el fin de archivar la causa. El Estado no pudo esclarecer los hechos ni dar una versión clara de lo sucedido, después diecisiete años y nueve meses.

(2) CIDH, "Caso González Medina c/ República Dominicana". Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas, sentencia 27/02/2012, Serie C N° 240. párr. 95.

(3) Ídem, párr. 142.

2 | Fundamentos de Derecho

La República Dominicana ratifica la competencia contenciosa de la Corte el 25 de marzo de 1999 y, anteriormente, el 29 de enero de 1987 la República Dominicana había ratificado la Convención Interamericana contra la Tortura. Sin embargo, el Estado solicita a la Corte que se declare incompetente *ratione temporis* de las violaciones alegadas por la Comisión, ya que la desaparición ocurrió “casi cinco años antes” de la aceptación de la jurisdicción contenciosa. Esta excepción es desestimada por la Corte ya que, como lo realiza a lo largo de su jurisprudencia, vuelve a considerar a la desaparición forzada una violación múltiple y permanente de derechos.⁽⁴⁾

En cuanto a la privación de la libertad, la Corte afirma que constituye una violación al art. 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Por otro lado, uno de los testigos que vio a González Medina en la Policía, sostuvo que éste se encontraba “bañado en sangre”, esto, sumado a que sufría de epilepsia por lo cual debía tomar medicamentos diariamente, hizo presumir a la Corte que sufrió maltratos físicos y psicológicos agravaron su salud cuando se encontraba bajo custodia estatal. Razón por la cual considera que se ha violado el derecho a la integridad personal y a la vida, ambos establecidos en los arts. 5.1, 5.2 y 4.1 de la CADH.

El Estado alega frente a la Corte que la desaparición de González Medina representaba un hecho aislado y de carácter instantáneo, que no representaba una violación a los derechos humanos. Algunos de los argumentos que citó es la versión de que se hubiera suicidado, hipótesis refutada por el médico neurólogo de la víctima, que demostró que no tenía antecedentes de depresión; otro argumento que alegó fue que debido a su enfermedad no podría haber sobrevivido más de un año sin medicamento. La Corte desestima afirmando que es contradictorio que un Estado “se excuse de su responsabilidad internacional con base en lo que él mismo considera una hipótesis”.⁽⁵⁾

(4) Ídem, párr. 128.

(5) “Caso González Medina c/ Rep. Dominicana”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 27/02/2012, Serie C N° 240.

La Corte, así como en el caso Anzualdo Castro c/ Perú⁽⁶⁾, sostiene que la desaparición forzada busca no sólo la sustracción de una persona del ordenamiento jurídico, sino también negar su existencia misma y dejarla en una especie de limbo o situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado. Narciso González Medina fue puesto en esa situación, lo que le impidió ejercer sus derechos en forma efectiva, esto conllevó a una violación del derecho a la personalidad jurídica, reconocida en el art. 3 de la CADH.

Sin embargo, hubo ciertos puntos sobre los cuales la Corte no se expidió debido a que fueron hechos anteriores a la ratificación de la competencia; como por ejemplo la violación a la libertad de expresión, alegada por la Comisión y los representantes. El Tribunal sostiene que no puede pronunciarse al respecto por tratarse de una violación de un derecho que no tiene un carácter permanente, resolviendo tomar estos hechos como antecedentes del caso sin que generen consecuencia jurídica.⁽⁷⁾ La Corte tampoco pudo juzgar el accionar de las juntas extrajudiciales creadas para la investigación del paradero del Sr. González Medina, en las cuales se encontraron irregularidades tales como relaciones de subordinación y dependencia entre quienes investigaban y quienes debían ser investigados, entre otras, que provocan serias deficiencias en las posteriores investigaciones.⁽⁸⁾ A su vez, la Corte consideró que las decisiones emitidas por los órganos judiciales mostraban que no comprendían el fenómeno de la desaparición forzada y que no establecieron las líneas lógicas de investigación que deben seguirse para esclarecer casos como éste, teniendo en cuenta que no se les prestaron particular atención a las pruebas para evitar omisiones.⁽⁹⁾ Tampoco se realizaron seguimientos a los indicios de pérdida y alteración de documentos oficiales que surgieron en varias declaraciones, ni a la incineración de documentos de la Fuerza Aérea. Además no se tuvieron en cuenta en las decisiones de 2001 y de 2002 la

(6) "Caso Anzualdo Castro c/ Perú", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 22/02/2009, Serie C N° 202.

(7) Corte IDH, "Caso González Medina c/ República Dominicana". Excepciones preliminares. Fondo, reparaciones y costas, sentencia 27/02/2012, serie C N° 240, párr. 197.

(8) Ídem, párr. 216.

(9) Ídem, párrs. 232 y 233.

declaración de un testigo que trabajó como “confidente” del Departamento de Robo de la Policía Nacional que afirmó haber visto a Narciso González Medina. Por lo tanto, no se cumplió con la obligación de valorar conjuntamente las declaraciones de los testigos. Otra prueba de ello, es el hecho de que dos declarantes se retractaron y las autoridades no indagaron la posibilidad de que hubiesen cambiado sus declaraciones por miedo o por amenazas.⁽¹⁰⁾

A trece años de lo sucedido, en el año 2007, se establece la reapertura de la causa por el Ministerio Público, pero al no haber actuado con la debida diligencia y al estar presentes las irregularidades antes mencionadas en el resto de las investigaciones, luego de cuatro años, no se pudo obtener ningún dato certero sobre el paradero del Sr. González Medina. Además, no se les permitió a los familiares participar en el proceso a pesar de su calidad de víctimas, lo que viola el art. 8.1 de la CADH.

Pasaron más de 18 años sin Justicia desde que sucedió el hecho, mientras que desde la fecha del reconocimiento de la competencia por parte de la República Dominicana hasta la fecha de la emisión de la sentencia pasaron más de doce años. La Corte considera que se produjo una violación de las garantías judiciales, ya que no se considera dentro de un plazo razonable la demora en la investigación, sumado a que estuvo archivada durante más de cuatro años⁽¹¹⁾. Conjuntamente, las investigaciones llevadas a cabo por el juez de Instrucción y el Ministerio Público no fueron diligentes ni efectivas para determinar el paradero de González Medina ni para identificar a los responsables.

En cuanto a los familiares, la Corte constató que tanto la esposa como los cuatro hijos del matrimonio han padecido una gran incertidumbre y profundos sentimientos de angustia y sufrimiento, viéndose afectada su integridad física, psíquica y moral como consecuencia de la desaparición de su esposo y padre. Esto también afectó la convivencia familiar. Por estas razones, la Corte concluye que la República Dominicana ha violado el derecho a la integridad reconocidos en el art. 5 respecto de todos ellos.

.....

(10) Ídem, párr. 237.

(11) Ídem, párr. 257.

3 | Reparaciones

La primera reparación y de mayor relevancia establecida por la Corte es la continuación de la investigación abierta para poder identificar, juzgar y sancionar a los responsables de la desaparición forzada, para cumplir con la obligación de esclarecer los hechos, absteniéndose de recurrir a amnistías, o algún otro tipo de disposición que beneficie a los autores del hecho, como la prescripción, cosa juzgada, etc. Luego, ordena efectuar la búsqueda para determinar el paradero de González Medina, en el menor tiempo posible y utilizando todos los recursos que estén a su alcance. Por otra parte, debe asegurar la plena participación de las víctimas en todas las etapas de la investigación y el juzgamiento de los responsables, además los resultados de los procesos debían ser publicados para que la sociedad dominicana conozca los hechos y a los responsables.⁽¹²⁾ Otra reparación que estableció el Tribunal, fue la asistencia médica y psicológica o psiquiátrica a la esposa y a los hijos.⁽¹³⁾ También estableció que se publique dentro de los seis meses el resumen oficial de la sentencia de la Corte por única vez en el diario oficial, algún diario de amplia circulación nacional y la sentencia íntegra en un sitio web oficial durante un año.

La Corte, como medidas de conmemoración y homenaje a la víctima, consideró oportuno que el Estado realice un documental sobre la vida de Narciso González Medina, haciendo referencia a su labor y a la contribución a la cultura dominicana, que debía proyectarse en un canal estatal de difusión nacional y en un acto público.⁽¹⁴⁾ Además, dentro de un plazo razonable debía garantizar que la aplicación de las normas de su derecho interno y el funcionamiento de sus instituciones permitieran realizar una investigación adecuada de la desaparición forzada y, si dichas normas fueran insuficientes, debía realizar reformas legislativas o adoptar las medidas que sean necesarias para lograr este objetivo.⁽¹⁵⁾

.....
(12) Ídem, párrs. 285 y 286.

(13) Ídem, párr. 293.

(14) Ídem, párr. 295.

.....
(15) Ídem, párr. 306.

4 | Conclusión

Esta sentencia no introduce un pronunciamiento novedoso, ya que es un típico caso de desaparición forzada sobre la cual la Corte ya ha fallado y en esa misma línea es que mantiene su jurisprudencia. Concluyendo en el voto mayoritario que existe una violación múltiple y de carácter permanente de los derechos de la víctima y sus familiares; la cual no cesa hasta no hallar a la persona o su paradero y juzgar debidamente a los responsables de los hechos luego de realizada la correcta investigación poniendo a disposición todo el aparato estatal. El aspecto más relevante, y en el cual hacemos hincapié, es el de las reparaciones, ya que la Corte ordena al Estado a llevar a cabo una serie de medidas, además de las tradicionales, como la continuación de la investigación para juzgar y sancionar a los responsables, como lo son la publicación y difusión de la sentencia del Tribunal y la realización de un documental sobre la víctima. Estas reparaciones permiten, a nuestro criterio, llevar el conocimiento de las causas más importantes de derechos humanos al grueso de la población lo que permite asentar y fortalecer la conciencia de los derechos que uno tiene frente al avance del Estado.

Extradición, prohibiciones probatorias y garantías judiciales

TEDH, “Othman Qatada vs. Reino Unido”, 17 de enero de 2012

por **MARINA CHERTCOFF**⁽¹⁾

I | Hechos del caso

El presente caso trata la demanda realizada por el Sr. Othman contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ante la intención de dicho Estado de extraditarlo a Jordania, para que fuera juzgado por su presunta co-autoría en atentados terroristas. La evidencia sobre la que se fundaban los procesos contra el demandante, eran declaraciones de terceros, obtenidas presuntamente mediante tortura.

El Sr. Othman, de nacionalidad jordana, luego de trasladarse en el año 1993 a Pakistán obtuvo asilo político en Gran Bretaña so pretexto de haber sido perseguido y torturado en su país de origen. En el año 1995, fue reconocido por Gran Bretaña como refugiado.

.....

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

Paralelamente, en Jordania en los años 1999 y 2000 el denunciante fue condenado *in absentia* en dos juicios distintos. En el primero de ellos, *The Reform and Challenge Trial* fue condenado a cadena perpetua y trabajos forzados, mientras que en el segundo *The Millenium Conspiracy Trial* fue condenado a 15 años de prisión.

Como resultado de las condenas en dichos juicios, las autoridades jordanas en el año 2000 solicitaron la extradición del Sr. Othman desde Reino Unido a Jordania. Dado que Reino Unido había ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), extraditar a sospechosos de terrorismo podría violar la Convención según el principio de la no devolución.⁽²⁾ Es por este motivo, que a partir del año 2003, el gobierno británico comienza a rever la remoción de las barreras que imposibilitaban la extradición; ésta podría ejecutarse sin violar la Convención a través de compromisos con los países de destino en los que se aseguraran una serie de garantías y estándares. De esta forma, y coherentemente en el año 2005, se llegó a un acuerdo entre el Reino Unido y Jordania en la forma de "memorando de entendimiento".⁽³⁾ El Memorando de Entendimiento establecía una serie de garantías de cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, que debían ser respetadas cuando alguien fuera devuelto de un Estado al otro, si bien la misma no impedía el uso de la evidencia obtenida bajo tortura, ni la posibilidad de que agentes estadounidenses interrogaran al denunciante. En consecuencia, un día después de la firma del acuerdo, autoridades del gobierno británico le informaron al Sr. Othman su inminente extradición.⁽⁴⁾

El denunciante apeló, sin éxito, esta decisión ante la Comisión Especial de Apelaciones de Inmigración (SIAC) argumentando que su extradición supondría la violación de los arts. 2, 3, 5 y 6, CEDH. La decisión de la

(2) Ya ha sido establecido con anterioridad por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el emblemático caso "Soering vs. United Kingdom Judgment", Plenary Court, 07/07/1989, que si la persona a la que se está interesado en extraditar, por el hecho de ser extraditado, sufre un riesgo real de ser sometida a tratos contrarios al art. 3 CEDH, se comprometería la responsabilidad de dicho Estado. En tal caso, el art. 3 implica la obligación de no deportar a la persona en cuestión; bajo ningún punto de vista es posible realizar un balance entre el riesgo a torturas y las razones aducidas para la expulsión.

(3) Original *memorandum of understanding* (MOU).

(4) TEDH, "Case of Othman vs. The United Kingdom", Judgment, Court (Fourth Section), 17/01/2012.

SIAC fue apelada en la Cámara de Apelaciones donde el demandante obtuvo una sentencia favorable; según este tribunal, de ser deportado, el demandante se encontraría en un serio riesgo de sufrir una “negación flagrante de justicia” por la probable admisión de información obtenida en violación del art. 3 cuando fuera juzgado nuevamente en Jordania. Luego de esta sentencia, el Estado apeló ante la Cámara de los Lores, quienes ratificaron la decisión tomada previamente por la SIAC. Habiendo agotado todos los recursos de la jurisdicción interna británica, el demandante presentó una petición ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos, donde arguyó que de ser extraditado, el Estado del Reino Unido violaría los arts. 3 (“Prohibición de la tortura”), 3 en conjunto con el 13 (“Derecho a un remedio efectivo”), 5 (“Derecho a la libertad y seguridad”) y 6 (“Debido Proceso”).

2 | La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es destacable que para arribar a la sentencia, el Tribunal utilizó otras fuentes además del texto de la CEDH, tales como la Convención de Naciones Unidas Contra la Tortura,⁽⁵⁾ diversos informes del Consejo de Derechos Humanos sobre Jordania refiriéndose a la situación de los Derechos Humanos en dicho Estado,⁽⁶⁾ y en particular, con relación al uso de la tortura e informes de Amnistía Internacional en lo referente al trato de los detenidos en Jordania.⁽⁷⁾

Al analizar el fondo de la cuestión, el Tribunal concluyó que el Estado británico, de extraditar al denunciante, no habría incurrido en la violación de los arts. 3 (“Prohibición de la tortura”), 5 (“Derecho a la libertad y seguridad”) y 13 (“Derecho a un remedio efectivo”). Por un lado, al asegurarse ciertas garantías de respeto de los Derechos Humanos a través del

.....

(5) UNCAT, *Concluding Observations*, 25/05/2010, “Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”, Mission to Jordan, (A/HRC/4/33/Add.3), 03/01/2007, párrs. 13, 15 y 66.

(6) UNHR Committee, “*Concluding Observations*”, Jordan, 18/11/2010.

(7) Amnesty International, Jordan, “*Your confessions are ready for you to sign: Detention and Torture of political suspects*”, Report MDE 16/005/2006, 23/07/2006.

acuerdo entre ambos estados (MOU), el Estado británico logró desligar su responsabilidad con respecto al art. 3. En cuanto al art. 5, se concluyó que el período que transcurriera entre que fuera devuelto a su país de origen y el tiempo en que fuera puesto a disposición de un juez, también acordado en el MOU, no constituiría una negación flagrante de justicia. Por otro lado, la Corte consideró por no probada la violación del art. 13, ya que los requerimientos del mismo fueron satisfechos por los procedimientos ante la SIAC.⁽⁸⁾

Sin perjuicio de todo lo expuesto, lo novedoso del presente fallo radica en que es la primera vez que el TEDH concluyó que una extradición constituiría una violación del art. 6, CEDH. Para llegar a esta conclusión, el tribunal realizó un extenso análisis de este artículo, considerando distintos puntos: ¿qué es lo que constituye y cuáles son los alcances de una “negación flagrante de justicia”?; ¿El uso de la evidencia obtenida bajo tortura constituiría una negación flagrante de justicia? Y de ser así, ¿el uso de este tipo de evidencia anula las garantías del debido proceso legal?

En términos generales, el Tribunal reiteró según su jurisprudencia,⁽⁹⁾ que una extradición podría producir una violación del art. 6 en circunstancias donde el fugitivo hubiera sufrido o corriera riesgo de sufrir una “negación flagrante de justicia”.⁽¹⁰⁾ La Corte, en principio, no se apartó de la definición convencional de esta figura. Sin embargo, se mencionó que una negación flagrante de justicia va más allá de las meras irregularidades o falta de garantías en el proceso de juicio, y asimismo se realizaron dos aclaraciones para determinar si existía una negación flagrante de justicia: lo que se requiere es una violación de los principios del debido proceso (art.6), y que dicha violación produzca la nulificación o la destrucción de la esencia del derecho garantizado por este artículo. Además, el Tribunal, desechando el argumento del Estado británico, agrega que no es neces-

(8) TEDH, “Case of Othman vs. The United Kingdom”, Judgment, Court (Fourth Section), 17/01/2012, párrs. 201, 223 y 235.

(9) TEDH, “Case of Soering vs. The United Kingdom”, Judgment, Plenary Court, 07/07/1989; TEDH, “Mamatkulov vs. Turkey”, Judgment, Grand Chamber, 05/02/2005; TEDH, “Saadi vs. Italy”, Judgment, Grand Chamber, 28/02/2008.

(10) TEDH, “Case of Soering vs. The United Kingdom”, Judgment, Plenary Court, 07/07/1989. La jurisprudencia del TEDH establece, en general, que una “negación flagrante de justicia” es sinónimo de un juicio que es manifiestamente contrario a los principios establecidos por el art. 6 (“Garantías judiciales”) de la CEDH o los principios que en dicho artículo se establecen.

rio que para que exista una negación flagrante de justicia, el denunciante sufra serias consecuencias como resultado del proceso.⁽¹¹⁾

Siguiendo con su análisis, el Tribunal se refirió a si la evidencia obtenida bajo tortura, genéricamente, puede constituir una negación flagrante de justicia. Al respecto, y, en coincidencia con la Cámara de Apelaciones Británica, sostuvo que ningún sistema legal basado en el imperio de la ley puede tolerar la admisión de evidencia obtenida por una práctica tan inhumana como la tortura; sin importar cuan verídica sea. El proceso del juicio constituye la piedra angular del imperio de la ley; mientras que la tortura daña ese proceso y substituye la regla de derecho por la fuerza. Al mismo tiempo, pone en duda la reputación de la corte que la admite. El hecho de permitir, una corte basarse en este tipo de evidencia legitimaría la tortura de testigos y sospechosos. En última instancia, se concluyó en que la exclusión de este tipo de evidencia protege la integridad de todo el proceso legal.⁽¹²⁾

Según el Tribunal, un fuerte apoyo para este punto de vista se encuentra en el Derecho Internacional.⁽¹³⁾ Pocas normas relativas al derecho internacional son más fundamentales que la exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura. Así, se afirma que son pocos los tratados internacionales que legislan de forma tan adecuada este asunto como la “Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes”; y que la misma refleja una clara voluntad de la comunidad internacional para afianzar más la prohibición de la tortura, la cual supone una norma del *ius cogens*.⁽¹⁴⁾ Vale la pena mencionar que, para realizar su análisis, el TEDH tomó específicamente el art. 15 de la UNCAT, la cual pro-

(11) TEDH, “Case of Othman vs. The United Kingdom”, Judgment, Court (Fourth Section), 17/01/2012, párrs. 259, 260 y 262.

(12) Ídem, párr. 264.

(13) Ídem, párr. 266.

(14) El art. 53 de la “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados” constituye una positivización de las normas del *ius cogens*; dicho artículo sostiene que: “Es nulo todo tratado que en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general para los efectos de la presente convención. Una norma imperativa del derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

híbe en términos absolutos la admisión de evidencia obtenida por estos medios e impone una obligación de exclusión de esta información a los Estados. Según la Corte, es necesario aclarar que el Comité de Naciones Unidas contra la Tortura ha hecho énfasis en que el art. 15 es de amplio alcance: se ha interpretado como aplicable a casos de extradición, así como también se ha aplicado a cualquier declaración que se demuestre que ha sido realizada como resultado de la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por todos estos motivos, el Tribunal concluyó que la admisión de esta evidencia es manifiestamente contraria, no solamente al art. 6 de la CEDH, sino también a los estándares internacionales más básicos del debido proceso legal.⁽¹⁵⁾

Cabe señalar que el Tribunal, de acuerdo con la Corte de Apelaciones remarcó que existe una significativa diferencia entre una violación del art. 6 de la CEDH cuando éste es violado por la admisión de evidencia obtenida mediante tortura, tratos crueles e inhumanos; y cuando el mismo artículo es violado por defectos en el proceso legal o defectos en la constitución de las cortes.

Es notoria una consideración que realiza el tribunal en cuanto a si existen dudas sobre si el testigo fue o no torturado, lo cual implica establecer si el riesgo real de admisión de evidencia obtenida bajo tortura es suficiente para violar el art. 6, CEDH. En este caso, los tribunales jordanos habían considerado no probadas las denuncias de torturas, desechándolas por meras cuestiones formales⁽¹⁶⁾ entre otros alegatos de los que se dudó de su credibilidad. Es por estos motivos que el Tribunal europeo, muy acertadamente, sostiene "(...) en un sistema legal donde las cortes son independientes e imparciales, donde las denuncias de tortura son investigadas, se podría requerir un alto nivel de pruebas para probar que la evidencia contra él había sido obtenida bajo tortura. Sin embargo, en un sistema de justicia criminal en donde se es cómplice de las mismas prácticas que se supone

(15) TEDH, "Case of Othman vs. The United Kingdom", Judgment, Court (Fourth Section), 17/01/2012, párrs. 266 y 267.

(16) El gobierno de Jordania sostiene que son válidas las declaraciones de los co-autores de los hechos, ya que se les había aclarado previamente que tenían derecho a guardar silencio hasta que se reunieran con sus abogados, y fueran puestos a disposición de un juez.

que previenen, dicho estándar de pruebas es totalmente inapropiado”.⁽¹⁷⁾ Es de destacar que para llegar a esta consideración, los jueces del Tribunal se basaron en los informes, anteriormente mencionados, de distintos organismos internacionales sobre la situación en Jordania. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el riesgo real de admisión de esta clase de evidencia es suficiente para que se produzca una violación del art. 6.⁽¹⁸⁾

3 | Palabras Finales

En el año 1989, el TEDH estableció en el emblemático caso *Soering vs. United Kingdom*, que la responsabilidad de un Estado puede verse comprometida si la persona a la que se busca extraditar sufre riesgos de maltrato en el país receptor. Hoy, luego de 23 años, se da un paso hacia adelante, ampliando los alcances e implicancias de la prohibición de la tortura al establecer que la evidencia bajo tortura, en el marco de una extradición, también compromete la responsabilidad de un Estado.

Esta sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos reviste de gran importancia, ya que fue la primera vez que este Tribunal encontró que una extradición podría violar el art. 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Esto demuestra el consenso internacional en que el uso de evidencia obtenida bajo tortura hace imposible un juicio justo y anula toda garantía del proceso legal.

Ya en anteriores sentencias, el TEDH había reconocido a la prohibición de la tortura como una norma de *ius cogens*, es decir, como una norma del derecho internacional general aceptada y reconocida por la comunidad internacional en su conjunto. En esta ocasión, se resalta además que la admisión de evidencia obtenida bajo tortura es una legitimación de este tipo de trato, y que por este motivo, debe ser rechazado. Este razonamiento del Tribunal contribuye a una mayor definición de las obligaciones de los Estados en cuanto a la prohibición de la tortura, no sólo ratificando la prohibición del acto en sí mismo, sino también excluyendo incentivos para este acto como lo es la información obtenida por este medio.

(17) TEDH, “Case of Othman vs. The United Kingdom”, Judgment, Court (Fourth Section), 17/01/2012, párr. 276.

(18) Ídem.

Por último, es importante destacar que el presente caso se encuadra dentro del contexto de la lucha contra el terrorismo. Es de fundamental relevancia que se entienda el caso en tal marco, así como también es fundamental entender que la lucha internacional contra el terrorismo es lo que en la actualidad define el orden del mundo: son aquellos agentes que cuentan con gran poder y hegemonía quienes están legitimados para actuar. La lucha contra este enemigo externo, legitima el poder y el imperio de estos agentes, y alienta de igual manera la carrera armamentística; y en última instancia, finaliza por vulnerar los derechos más esenciales de decenas de pueblos. En esta sentencia, el Tribunal, entiendo que enfatiza, al determinar que el uso de evidencia obtenida mediante tortura compromete la responsabilidad de un Estado, la necesidad y la obligación de los Estados a sancionar los actos terroristas siguiendo procedimientos legales y respetando los derechos humanos, para preservar de este modo el sistema democrático.

Derechos de las personas con discapacidad mental

TEDH, “Stanev vs. Bulgaria”,
17 de enero de 2012

por **PAULA PRADOS**⁽¹⁾

I | Hechos

La demanda ante la Corte Europea de Derechos Humanos es presentada por el señor Rusi Kosev Stanev, oriundo de Bulgaria, que en el año 2002 fue recluido en un hogar para adultos con enfermedades mentales dependiente del Estado por sufrir trastornos mentales.

Como sus familiares cercanos no aceptaron ser sus tutores, se le asignó una curadora que, sin conocerlo en persona, firmó el acuerdo para que Stanev fuera trasladado directo a la institución de reclusión sin que se le explicaran las razones de ello ni el tiempo durante el cual permanecería allí.

En 2005, se le designó como curador al director de la institución con el consecuente conflicto de intereses que ello acarrea.

Stanev era evaluado anualmente por psiquiatras que expresaban que seguía padeciendo trastornos mentales, sin embargo, el examen de otros

.....

(1) Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.

expertos reveló que para evitar el deterioro de su salud era necesario que se reintegrara a la vida en comunidad y dejara el hogar.

La demanda se basó, principalmente, en las pobres condiciones de vida que el señor Stanev sufría dentro de la institución; el rígido régimen de salidas, ya que la autorización para las mismas debía ser firmada por el director del hogar y, cuando lograba salir, se le retenían los papeles de identidad; en el hecho de que el total del dinero de su pensión de invalidez era destinado a la institución mental sin que él pudiera manejarlo por sí mismo y en la negación de los tribunales internos de retirarle la tutela parcial y restablecerle la completa capacidad legal. En ese sentido, se alegaron violaciones a los arts. 5.1, 5.4, 5.5, el art. 3 en relación con los arts. 6 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "CEDH") y por último el art. 8 en relación con el art. 13 del mismo.

2 | La sentencia

El caso fue sometido a la Gran Sala de la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante "la Corte" o "el TEDH") luego de ser formalmente admitido y tratado por una Sala de la Quinta Sección del TEDH.

Para dictar sentencia, la Corte tuvo en cuenta además del CEDH, otros instrumentos en materia de derechos humanos. Se consideró la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que entró en vigor en el Estado el 3 de mayo de 2008 y la Recomendación N° R (99) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre principios concernientes a la protección legal de adultos incapaces (adoptada el 23/02/1999). También el Tribunal tuvo presente la circunstancia de que el Comité Europeo contra la Tortura, a partir de dos visitas que se hicieron al hogar, recomendó su cierre por las pésimas condiciones de vida en que se hallaban los residentes.

En su valoración respecto a la violación del art. 5.1, la Corte sostuvo que respecto a las personas con enfermedades mentales confinadas en una institución, una persona se considera privada de su libertad si es recluida sin su consentimiento válido⁽²⁾ y que los Estados Partes están obligados a

(2) TEDH, "Stanev vs. Bulgaria", Gran Sala, sentencia del 17/01/2012, párr. 117.

adoptar medidas para proteger a las personas en situación de vulnerabilidad de ser privadas de su derecho a la libertad personal, valor esencial en una sociedad democrática.⁽³⁾

La Corte consideró que el hecho de que las salidas al exterior por parte de Stanev dependieran de la autorización del director del hogar, que se le retuvieran sus papeles de identificación, así como el hecho de que fue confinado en el hogar por decisión de una curadora que le asignó el Estado, quien nunca lo conoció personalmente, son condiciones violatorias al derecho a la libertad personal, contemplado en el art. 5 del CEDH.

En sentido, destacó como un factor de atribución de responsabilidad del Estado respecto a la violación del derecho a la libertad personal, el hecho de que en uno de sus tres viajes autorizados a Rusia en nueve años de su confinamiento en la institución, por permanecer más tiempo del admitido por el director del hogar, las autoridades pidieron a la policía Rusa que lo detuviera y personal de la institución lo trasladó nuevamente a Bulgaria.⁽⁴⁾

La Corte observa que existen situaciones en que los deseos de personas privadas de sus facultades mentales pueden ser válidamente remplazadas por las decisiones de otros para su protección, sin embargo, éstas no son las circunstancias del caso ya que Stanev estuvo todo el tiempo consciente de la situación y desde el 2004 expresaba sus deseos de dejar el hogar.⁽⁵⁾

Por otro lado, la Corte toma en cuenta que el informe psiquiátrico relevante para su juicio de incapacidad fue emitido en el 2000 mientras que su curadora firmó su reclusión en el hogar dos años después de ello sin haberse realizado una nueva evaluación médica de Stanev. A diferencia de la opinión del Estado, la Corte considera que este plazo sin un nuevo informe sobre la evolución de la salud mental del demandante es excesivo y no puede ser tenido en cuenta para su confinamiento en una institución.

.....
(3) Ídem, párr. 120.

(4) Ídem, párrs. 122/127.

(5) Ídem, párr. 130.

Tampoco se tuvo en cuenta la situación de que Stanev no demostraba ser peligroso para sí ni para terceros.⁽⁶⁾

La Corte encontró también violado el inc. 4 del art. 5, ya que Stanev no tuvo oportunidad de presentar un recurso ante un tribunal para que se pronuncie sobre la legalidad de su detención en el hogar ya que éste sólo podía ser promovido por sus familiares con los cuales no tenía contacto o por su curador que era en ese momento el director del hogar en el cual se hallaba, con el cual mantenía conflicto de intereses.⁽⁷⁾

Por haberse violado los incs. 1 y 4 del art. 5 del CEDH se abre la posibilidad de pedir una compensación, la cual no era reconocida por el Estado, por lo que concluye la Corte que también hubo violación del art. 5.5 del CEDH.

Las pobres condiciones de vida en el hogar como: el no tener acceso a una alimentación adecuada, la falta de calefacción que hacía que los habitantes tuvieran que dormir en sus sobretodos en invierno, las condiciones ruinosas del edificio, el hecho de que el acceso a las duchas fuera permitido una sola vez por semana y el hacinamiento en las habitaciones, conforman una violación al art. 3 del CEDH ya que éstas circunstancias constituyen trato degradante. También el hecho de que las ropas de los pacientes una vez lavadas no eran devueltas a sus dueños originales lo que, en palabras de la Corte, “despertaba un sentimiento de inferioridad en los residentes”⁽⁸⁾ constituye una violación al art. 3 del CEDH. Que no fuera la intención deliberada del Estado infligir sufrimientos en los residentes del hogar no significa que no le sea atribuible una violación a la integridad personal.⁽⁹⁾

El art. 13 del CEDH fue violado en conexión con el art. 3 del mismo instrumento ya que el demandante no contó con un recurso efectivo en la jurisdicción interna para revertir la situación.

.....
(6) Ídem, párr. 156.

(7) Ídem, párr. 174 y 176.

(8) Ídem, párr. 209.

.....
(9) Ídem, párr. 211.

Respecto al art. 6 del CEDH, la Corte frente a las dificultades de Stanev para ser oído por un tribunal competente para que le restauraran la completa capacidad legal expresa que: “en particular, el derecho de recurrir a un tribunal para revisar una declaración de incapacidad es uno de los más importantes derechos (...) ya que ese procedimiento, una vez iniciado, es decisivo para el ejercicio de todos los derechos y libertades afectados por la declaración de incapacidad”.⁽¹⁰⁾

En consideración a la supuesta violación el derecho a no sufrir interferencias en la vida privada, reconocido en el art. 8 del CEDH, la Corte no encuentra necesario examinarlo en forma separada de las demás violaciones a los derechos de Stanev. Sin embargo, en la disidencia parcial, los jueces del Tribunal entienden que sí era necesario pronunciarse sobre este artículo en particular ya que, entre otras razones, el confinamiento en la institución por más de nueve años privó al demandante de desarrollar su vida en comunidad y establecer relaciones con personas de su elección.

3 | Conclusión

La Corte realiza un análisis en detalle del caso y sienta un antecedente jurisprudencial en relación con el deber de protección de los Estados con respecto a las personas que, por razones de enfermedades mentales, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La Corte realiza un examen cuidadoso con relación a las consecuencias de una declaración de incapacidad, expresando que ella, en principio, no justifica una interferencia al derecho a la libertad personal fundado en la supuesta protección de la persona incapacitada.

Se desprende también del fallo que en el caso de que sea necesaria la reclusión, ésta debe ser llevada a cabo con especial consideración de las circunstancias del caso y respetando siempre la dignidad de la persona, no sometiéndola a tratos inhumanos y degradantes.

.....
(10) Ídem, párr. 241.

Derechos de los migrantes y prohibición de devolución

TEDH, “Hirsi Jaama vs. Italia”, 23 de febrero de 2012

por ROSARIO MUÑOZ⁽¹⁾

El caso “Hirsi Jamma y otros c/ Italia” fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “el Tribunal”) el 23 de febrero de 2012⁽²⁾.

Versa sobre la violación a los arts. 3 y 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”), y al art. 4 del Protocolo N° 4 de dicha Convención, en ocasión del traslado de once personas de nacionalidad somalí y trece personas de nacionalidad eritrea a Libia por parte del gobierno italiano.

De conformidad con los hechos que se consideran probados en el fallo, las víctimas integraban un grupo de alrededor de doscientas personas que abandonaron Libia en tres barcos, con la idea de alcanzar la costa de

.....
(1) Abogada con Diploma de Honor (UBA). Docente de Derechos Humanos (UBA). Se desempeña profesionalmente en la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación.

(2) TEDH, “Case of Hirsi Jamaa and others vs. Italy”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Grand Chamber), 23/02/2012.

Italia, mas fueron interceptados en alta mar por la policía italiana, transferidos a barcos militares y devueltos a Trípoli. Las víctimas alegaron que nunca les fue informado su destino y que todas sus pertenencias, incluidos los documentos que les permitían acreditar su identidad, les fueron confiscados por las autoridades italianas. Éstas alegaron que tal conducta fue desplegada en cumplimiento de acuerdos bilaterales celebrados con las autoridades de Libia y de distintos tratados de derecho internacional.

Resulta necesario destacar que Italia es parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Si bien la protección internacional de los migrantes, refugiados y solicitantes de refugio no es nueva en la jurisprudencia del Tribunal, el caso presenta algunos puntos de análisis interesantes que merecen ser destacados.

El Tribunal comienza por analizar el concepto de jurisdicción, entendiendo que la jurisdicción de los Estados, en el marco del art. 1 de la Convención, es esencialmente territorial. Sin embargo, excepcionalmente ha aceptado que ciertos actos de los Estados que producen sus efectos fuera del territorio, pueden también constituir un ejercicio de la jurisdicción estatal en los términos del art. 1 de la Convención, circunstancia que debe analizarse en cada caso concreto.

En el presente caso, el Tribunal concluye que la actuación de la policía italiana en alta mar, en un barco identificado con la bandera italiana, con tripulación militar italiana, indudablemente ingresa en las excepciones de actuación jurisdiccional extra-territorial. En virtud de ello concluye que, desde el momento en que los peticionantes abordaron el barco militar italiano hasta la oportunidad en la que son entregados a las autoridades de Libia, se encontraban bajo el control *de jure* y *de facto* de las autoridades italianas.

Luego, dado que las presuntas víctimas alegaron que al ser devueltas a Libia fueron expuestas al riesgo de ser torturadas y a recibir un trato inhumano y degradante en dicho país, el Tribunal pasa a analizar si tal riesgo, sumado a la posibilidad de poder ser devueltos a sus respectivos países de origen (Eritrea y Somalia), debió actuar como límite a la potestad soberana de los Estados de controlar la entrada, residencia y permanencia de los extranjeros en su territorio.

En este sentido, basada en informes de reconocidas organizaciones internacionales, la Corte consideró probada la situación alegada por los peticionantes en Libia, en cuanto a la inexistencia de un sistema para requerir asilo, la detención sistemática de los migrantes en situación irregular y el sometimiento de éstos a torturas, violencia física y condiciones inhumanas de detención. Similar línea de análisis utilizó para ponderar la situación en los respectivos países de origen de los peticionantes.

En virtud de ello, el Tribunal considera que los migrantes en situación irregular que son desembarcados en Libia tras ser interceptados en alta mar por las autoridades italianas, como es el caso, son expuestos a dicha clase de riesgos, los que actúan como límite a la potestad de expulsar a un extranjero. Es decir, el art. 3 de la Convención implica la prohibición para todos los Estados Parte de expulsar a un extranjero a un país donde podría sufrir torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Dicho riesgo, de conformidad con anterior jurisprudencia del Tribunal, debe meritarse en el caso concreto, considerando las circunstancias personales y la situación general del mentado país, no importando si el riesgo proviene de autoridades estatales como de personas o grupos de personas no estatales, pues lo que debe considerarse es que el riesgo sea real y que las autoridades estatales no se encuentren en condiciones de brindar protección efectiva.

De igual forma, el Tribunal concluyó que los Estados también deben observar si el lugar donde son trasladados los migrantes reúne las garantías suficientes a los fines de evitar que los sujetos sean repatriados arbitrariamente a sus países de origen, y si en él tienen la oportunidad de alegar que su repatriamiento iría en contra del art. 3 de la Convención.

En el presente caso, el Tribunal concluyó que, al momento de transferir a los peticionantes a Libia, las autoridades italianas sabían o deberían haber sabido que allí no existían garantías de protección suficientes contra el riesgo de ser arbitrariamente repatriado al país de origen, considerando en particular, la inexistencia de procedimiento de asilo o de la posibilidad de requerir a los gobernantes de Libia el reconocimiento de la condición de refugiado. Las autoridades italianas debían conocer el modo en que sus pares de Libia cumplimentan sus obligaciones internacionales en rela-

ción con la protección de los refugiados. Todo lo cual configura también una violación al art. 3 de la Convención.

Luego, se alega en el caso la violación al art. 4 del Protocolo N° 4 de la Convención, artículo que prohíbe expresamente las expulsiones colectivas de extranjeros.

Si bien esta cláusula había sido ya aplicada en otros casos, en el presente, el Tribunal se aboca —por primera vez— a la interpretación del mismo considerando que los peticionantes se encontraban en alta mar, debiendo examinar si su traslado a un tercer Estado constituye una expulsión colectiva.

En efecto, en el caso *Henning Becker vs. Denmark*⁽³⁾ la Comisión Europea definió por primera vez esta garantía, entendiendo que las autoridades no pueden obligar a un grupo de migrantes a abandonar el país, a menos que esa medida haya sido tomada sobre la base de un razonable y objetivo análisis del caso individual de cada uno de los que conforman el grupo.

Siguiendo el principio de buena fe, a la luz del cual las previsiones de la Convención deben ser interpretadas, las expulsiones colectivas en alta mar también se encuentran prohibidas, pues lo contrario implicaría que los Estados se encuentran habilitados para evadir sus obligaciones convencionales “adelantando” sus operaciones de control limítrofe. Asimismo, aplicando otro criterio interpretativo de los tratados, en virtud del cual éstos deben considerarse instrumentos vivos que deben ser analizados en las condiciones actuales, la Corte considera que el aumento de la migración por vía marítima ha llevado a que los controles de los Estados se realicen en alta mar. Por tanto, los derechos y garantías que emanan de los tratados también deben correr sus fronteras. De lo contrario, si se considerara que la prohibición de expulsión colectiva se aplica sólo en el territorio de los Estados, una parte importante de los migrantes no se vería alcanzada por dicha protección legal.

Ponderando los hechos concretos, el Tribunal considera fuera de discusión que los peticionantes no fueron sujetos a ningún procedimiento de identificación por las autoridades italianas, que el personal militar a cargo no estaba formado para realizar entrevistas individuales, que no se contó

.....

(3) N° 7011/75, sentencia del 3/10/1975.

con la asistencia de un intérprete ni de un representante legal, por lo que no pueden caber dudas de que, el operativo que finalizó con el traslado de los peticionantes a Libia, se realizó sin analizar la situación individual de cada uno de ellos. Por tanto, se trató efectivamente de una expulsión colectiva, violándose también en el caso el art. 4 del Protocolo N° 4.

Finalmente, la alegada violación a la garantía de contar con un recurso judicial efectivo, prevista en el art. 13 de la Convención, es analizada también en relación con el art. 3 de dicho instrumento y con el art. 4 del Protocolo N° 4, pues las presentaciones formuladas por personas que se encuentran en riesgo de ser sometidas a torturas o trato inhumano o degradante deben ser escrutadas en forma rigurosa. Asimismo, implica también la posibilidad de suspender la implementación de la medida de expulsión impugnada por tal motivo (en este punto, el Tribunal remitió al precedente “*Čonka vs. Bélgica*”, del 5/02/2002).

En el presente caso, la Corte concluye que ha habido una violación al art. 13 en conjunto con el art. 3 de la Convención y el art. 4 del Protocolo N°4, en tanto los peticionantes se vieron privados de todo remedio judicial a través del cual alegar el posible riesgo al que se verían sujetos de ser deportados a Libia o repatriados a sus países de origen, recurso que debiera haber sido revisado por una autoridad competente antes de ser cumplida la medida de traslado forzoso.

Como puede notarse, el Tribunal Europeo convirtió a Italia en “garante” de ciertos derechos humanos fundamentales, que podrían llegar a ser avasallados no ya en su territorio, sino en terceros Estados como Libia, Eritrea y Somalia. En definitiva, más allá del derecho a migrar y del derecho a solicitar refugio, el límite a la proclamada potestad soberana de los Estados de controlar la entrada, residencia y permanencia de los extranjeros en su territorio, viene dado por la obligación de todo Estado a respetar, asegurar y garantizar tales derechos fundamentales como la prohibición de tortura y trato inhumano y degradante.

Fallos como el presente resultan de suma importancia, pues amplían los espacios de protección de grupos especialmente vulnerables —como representan los migrantes, refugiados y solicitantes de refugio—; pero, a la vez, reclaman un serio mecanismo de seguimiento, control y ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal a fin de evitar que éstas se convier-

tan en letra muerta. Ello cobra vital importancia en épocas como las que actualmente vivimos, donde la crisis económica lleva a los países europeos a cerrar sus fronteras —territoriales, marítimas, portuarias— sin cuidado alguno de los derechos y garantías que las personas migrantes poseen y, en definitiva, de las esperanzas y los proyectos de vida que acarrearán.

Margen de apreciación de los Estados para expulsar extranjeros

TEDH, “Emre vs. Suiza (N° 2)”,
II de octubre de 2011

por **MARISOL DORREGO**⁽¹⁾

El peticionario es de nacionalidad turca, se dirige al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, El Tribunal) con el motivo de denunciar una violación al art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, La Convención) al no permitirle el Estado suizo entrar en su territorio por un período de 10 años, conforme una sentencia judicial del 06/07/2009.

I | Los hechos del caso

El peticionario, de nacionalidad turca, entra en Suiza con sus padres el 21 de septiembre de 1986. El primero de junio de 1990 obtiene una autorización para residir en el país por un año; autorización que renueva regularmente. Por una decisión del 2 de junio de 2003, el Servicio de Extranjeros del Municipio de Neuchâtel resuelve la expulsión administrativa del peticionario por tiempo indeterminado. El 20 de octubre de 2004, el peticio-

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

nario es enviado de vuelta a Turquía. Vuelve a Suiza ilegalmente en 2005 y es arrestado el 1 de julio de 2005 y enviado de vuelta a Turquía el 1 de noviembre del mismo año.

Anteriormente, el 20 de noviembre de 2004, había enviado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una petición manifestando que su alejamiento del territorio suizo por tiempo indeterminado, decidida administrativamente pero confirmada por tribunales internos, importaba una violación de los arts. 3 y 8 de la Convención Europea. El 22 de mayo de 2008, la primera sección del Tribunal, unánimemente, declara admisible la petición, y concluye que hubo violación del art. 8 de la Convención por parte de la Confederación Suiza. Como consecuencia de ello, el 6 de julio de 2009, el Tribunal Federal fija en 10 años el tiempo durante el cual el peticionario debía estar fuera de Suiza; plazo que debía contarse a partir del 2 de junio de 2003. En 2009, el peticionario se casa con una alemana y el 19 de abril de 2010 pide que el Tribunal Administrativo del Municipio de Neuchâtel revea la decisión del Servicio de Migraciones y tome conocimiento de su nueva situación civil. El 20 de Agosto de 2010, el Tribunal rechaza la demanda y renvía la causa al Servicio de migraciones. El Servicio de Migraciones estima que no puede pronunciarse sobre el pedido de reconsideración.⁽²⁾

2 | Sentencia del Tribunal Europeo (Segunda Sección)

La primera cuestión que se plantea es saber si el Tribunal puede entender en el caso de la segunda petición de Emre. Según el art. 46 de la Convención, es el Comité de Ministros del Consejo de Europa quien puede volver a remitir los casos sobre los cuales se plantea una cuestión de interpretación de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y no el Tribunal por sí mismo. En el presente caso, el Comité determinaría si Suiza ha aplicado correctamente la primera sentencia del Tribunal o no. El Tribunal se arroga esta competencia puesto que, en virtud del art. 32 de la Convención, él mismo decide su competencia dado que el Comité de Ministros no devino, aún, operativo en la materia.⁽³⁾

(2) TEDH, "Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)", párrs. 7/23.

(3) TEDH, "Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)", párrs. 38, 39, 43.

El motivo por el que se considera el recurso es la alegada violación del art. 46 de la Convención constatada por el Tribunal. El art. 46 concierne a la fuerza obligatoria de las sentencias del Tribunal y también al margen de apreciación de los Estados miembros en su ejecución. Se trata de establecer si Suiza sobrepasó su poder de apreciación al reducir la duración de la expulsión de una duración indeterminada a la duración de 10 años.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la prohibición de entrar en territorio Suizo por 10 años constituye un nuevo obstáculo al derecho del peticionario de que se respete por su vida familiar en el sentido que lo señala el art. 8 de la Convención. A su vez, no duda de que las medidas estaban avaladas por la ley Suiza, con vistas a perseguir la “defensa del orden” y la “prevención de las infracciones penales”. Pero para el Tribunal no es claro si tal restricción a ese derecho es legítima en una sociedad democrática.⁽⁴⁾ A su vez, analiza si hubo una ejecución efectiva de su pronunciamiento anterior, en los términos del art. 46 de la Convención. Entre otros términos, debe pronunciarse respecto de si la reducción de la duración de la prohibición de entrar en territorio Suizo a 10 años estuvo conforme a “las conclusiones y el espíritu de la decisión judicial” del 22 de mayo de 2008, o si, por el contrario, el Tribunal Federal habría podido anular la orden de expulsión y permitir al peticionario entrar en territorio Suizo. Si bien es cierto que en casos como éste, donde no hay indicación precisa en cuanto a la manera en la que se debe ejecutar, los Estados son libres de elegir los medios que crean convenientes para actuar conforme a los fallos del Tribunal, también lo es que ello no puede permitir que se aleje de su espíritu o que desnaturalice la sentencia. En ese sentido, la Corte señala que, en principio, la aplicación del fallo debe buscar ubicar al peticionario, tanto como sea posible, en una situación equivalente a aquélla en la que se encontraba antes del hecho (*restitutio in integrum*).⁽⁵⁾

Para el Tribunal, al haber fijado en diez años la expulsión, se ha incurrido en un nuevo perjuicio de los intereses en juego, donde el resultado es el opuesto de aquél que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había convenido. Asimismo, consideró que el Tribunal Federal Suizo, sustituyó la interpretación del Tribunal por la suya propia. Por último, considera que

.....

(4) TEDH, “Affaire Emre vs. Suisse (N° 1)”, párrs. 63, 64.

(5) A contrario, “Assanidzé vs. Géorgie [GC]”, N° 71503/01, CEDH 2004-II.

el lapso de 10 años es desproporcionado respecto de las infracciones que el peticionario había cometido. Por ello, el Tribunal estima que la medida que más se acerca al *restitutio in integrum* es la de anular, con un efecto inmediato, la prohibición de entrar al territorio a que estaba sujeto el peticionario. En tal sentido, el Tribunal declara que hubo violación del art. 8, en combinación con el art. 46 de la Convención.⁽⁶⁾

Para el Tribunal, los jueces suizos no efectuaron un examen completo de la sentencia anterior del Tribunal respecto de Emre: habían examinado otras cuestiones aparte de la expulsión definitiva y otras sanciones a las que Emre, teniendo en cuenta su estado de salud, podría haber quedado sujeto.⁽⁷⁾ Asimismo, para el Tribunal, 10 años de expulsión comportan una medida no proporcional con los delitos cometidos por Emre, si bien la duración de la expulsión de Suiza fue reducida de “indefinidamente” a diez años.⁽⁸⁾

3 | Opinión disidente del juez Giorgio Malinverni

El juez Giorgio Malinverni, juez que representa a Suiza, no llegó a las mismas conclusiones. Y formuló una opinión disidente, la cual fue apoyada por su colega islandés. Para dicho juez, los Estados son libres de elegir los medios que juzguen apropiados para conformarse con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso concreto de Emre, el juez afirmó que dicha discrecionalidad se torna importante ya que el Tribunal no habría dado ningún criterio o indicación a seguir para ejecutar la sentencia primera sobre Emre.⁽⁹⁾

Por otro lado, si bien el Tribunal invoca su jurisprudencia anterior para justificar un nuevo conocimiento de la segunda queja de Emre, para Giorgio

.....

(6) TEDH, “Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)”, Cour (Deuxième Section), 11/10/2011, párr. 75.

(7) TEDH, “Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)”, párr. 72.

(8) TEDH, “Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)”, párr. 73.

(9) TEDH, “Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)”, opinión disidente del Juez Malinverni, considerando 4 y 6.

Malinverni no se trata de una nueva exposición de los hechos susceptible de ser re-examinada por el Tribunal, toda vez que la sentencia citada por el Tribunal como referencia⁽¹⁰⁾ es diferente en esencia al caso Emre.⁽¹¹⁾

4 | Importancia del caso. El margen de apreciación de los Estados

El caso Emre se trata de una expulsión atípica, dado que, en los hechos, Emre es expulsado no en virtud de un grave delito cometido contra el Estado de Suiza, sino como resultado de una sanción contra varios delitos menores perpetrados durante un mismo período de tiempo. A saber: amenazas, injurias, violación de normas de circulación, lesiones corporales, hurto, encubrimiento, robo, daños a la propiedad, violación de la legislación sobre tenencia de armas (posesión de un gas lacrimógeno).⁽¹²⁾ Dicha circunstancia es por demás atípica y no constituye la mayoría de las causales de expulsión. En la segunda sentencia del caso Emre, el Tribunal vuelve a entender sobre los hechos en virtud de la inobservancia del Estado Suizo de la primera sentencia sobre Emre. En la presente ocasión, el caso presenta dos situaciones particulares: si el Tribunal puede volver a conocer sobre el caso Emre en primer lugar, el hecho de que, es por la sentencia en el derecho interno que redujo la expulsión de una duración indefinida a 10 años, lo que produjo (para la mayoría de los miembros del Tribunal) un nuevo hecho que no puede ser ignorado; en segundo lugar, el papel que debe cumplir la expresión "margen de apreciación de los Estados" al momento de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo.

El Tribunal expone la consecuencia automática de obligar a las autoridades a anular la expulsión y considera que no procede la reducción de la duración de la expulsión. Expresa que es una consecuencia natural de la primera sentencia (Emre N° 1). En efecto, la primera sentencia sobre el

.....

(10) TEDH, "Mehemi vs. Francia (N° 2)", Sentencia de 10/04/2003.

(11) TEDH, "Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)", opinión disidente del juez Malinverni, considerando 7.

(12) TEDH, "Affaire Emre vs. Suisse (N° 2)", párr. 73.

caso Emre en apariencia, versa principalmente sobre el carácter indefinido de la expulsión, mientras que aporta otros elementos que servirían al propósito de apoyar dicho resultado. Sin embargo, existe una discusión respecto de la noción de "margen de apreciación" de los Estados: se entiende como la posibilidad de los Estados de interpretar las disposiciones del Tribunal de manera diferente. Podría generarse una confusión y considerarse que el Tribunal se contradice al brindarles a los Estados la posibilidad de interpretar sus sentencias de manera propia y, a la vez, exigirles un seguimiento estricto de sus apreciaciones y de la "naturaleza" de las sentencias de acuerdo con el principio de *restitutio in integrum*. Ello no quiere decir que los Estados se ven limitados en su esfera de "apreciación" al interpretar las sentencias, sino que no deben apartarse del espíritu de las mismas al utilizarlas de un modo contrario a su propósito y que restrinja ilegítimamente los derechos que la Convención trata de amparar.

Libertad religiosa y debido proceso legal

TEDH, “Francesco Sessa vs. Italia”,
3 de abril de 2012

por **GERMÁN FELDMAN**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El demandante, Francesco Sessa, es de nacionalidad italiana, miembro de la colectividad judía de su país y ejerce la profesión de abogado. El 7 de junio de 2005 se presentó, en calidad de representante de un cliente en un juicio penal contra determinadas entidades bancarias en una audiencia convocada por el Juzgado de Investigaciones Preliminares de Forlì (en adelante, GIP) para definir la fecha para la producción de pruebas. Por encontrarse ausente el titular del GIP, su reemplazante propuso a las partes escoger uno de las siguientes fechas del calendario: el 13 o 18 de junio de 2005. El abogado Sessa hace saber que las dos fechas propuestas coinciden con las festividades judías de Yom Kipur y Sucot, respectivamente, motivo por el cual está impedido de asistir debido a su culto religioso. En tal sentido alega la violación de los arts. 4 y 5 de la ley 101 del año 1989, que tiene por objeto reglamentar la relación entre el Estado y las comunidades judías.

.....

(1) Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.

A pesar del planteo realizado por Sessa, el GIP convoca finalmente la audiencia para el 13 de junio de 2005. Durante la misma, el titular del juzgado da cuenta de que el abogado Sessa se encuentra ausente por "motivos personales". Ese mismo juzgado rechaza la demanda de revisión oportunamente presentada por Sessa, en razón de que el código de procedimiento penal establece que es necesaria solamente la presencia del Ministerio Público Fiscal y el abogado defensor para la realización de la audiencia en cuestión.

Posteriormente, el 11 de julio del mismo año, el señor Sessa presenta una demanda penal contra el titular del GIP y su reemplazante por la violación del art. 2 de la mencionada ley 101. A su vez, informa de los hechos al Consejo Superior de la Magistratura, que se declara incompetente para conocer los hechos en litigio. En lo que respecta a la demanda penal, el juzgado interviniente resuelve cerrar el caso en atención a la inexistencia de pruebas sobre la intención por parte del titular del GIP de Forlì y de su reemplazante de violar el libre ejercicio del demandante a profesar el culto judío.

2 | Interposición ante el TEDH

El demandante alega ante el Tribunal que el Estado de Italia incurrió en una violación del art. 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión)⁽²⁾ de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Convención) debido a que el rechazo a modificar la fecha de la audiencia le impidió participar en la misma en su calidad de abogado representante y, a su vez, supuso una traba a su derecho de ejercer libremente su religión. Apoya dicha consideración en que la ley 101 reconoce el derecho a ausentarse al trabajo en ocasión de las festividades judías. Por otra parte, también considera que, en el presente caso, la limitación de su derecho no

(2) Art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.

puede justificarse apelando a las exigencias de una actividad insoslayable debido a que la audiencia en cuestión no poseía carácter de urgente por no tratarse de un caso sobre el derecho de una persona a la libertad o los derechos de una persona detenida.⁽³⁾

El gobierno, por su parte, sostuvo que no hubo injerencia en el derecho del demandante a profesar su religión en razón de que nunca fue impedido de ejercer libremente su culto y de participar en las festividades judías. A diferencia de la opinión del demandante, el gobierno sí considera que la administración de justicia constituye un servicio esencial del Estado por lo que está por sobre el derecho del individuo a celebrar libremente su culto. A su vez, el gobierno manifiesta que no es obligatoria la asistencia a la audiencia de cara a la producción inmediata de pruebas del abogado de la parte lesionada, y agrega que, de todas maneras, el abogado puede designar un reemplazante si está impedido de participar conforme el código procesal penal.

3 | Análisis del TEDH

En primer lugar, el Tribunal se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda interpuesta, toda vez que el Gobierno de Italia hizo saber su oposición esgrimiendo que Sessa excedió el plazo máximo de 6 meses luego de una sentencia de un tribunal nacional para presentarse ante el TEDH. Esto lo sustenta en que el día 13 de junio de 2005 se decide no reprogramar la audiencia. Contrariamente, el demandante plantea que debe considerarse el 15 de febrero de 2008 la fecha en que se toma la decisión interna definitiva ya que ese día se desestima su demanda penal a los dos jueces del GIF de Forli. Finalmente, el TEDH declara admisible la demanda ya que la legislación italiana, de acuerdo a la ley 101, habilita a realizar una demanda penal por un hecho como el que denuncia Francesco Sessa, motivo por el cual debe considerarse el 15 de febrero de 2008 la fecha en que los tribunales italianos dan resolución definitiva al caso, lo que motiva a Sessa a presentarse ante el TEDH.

(3) Además el demandante alega la violación de los arts. 13 (derecho a un recurso efectivo) y 14 (prohibición de discriminación). Ambos planteos fueron rechazados por el TEDH por no haber aportado el demandante prueba suficiente.

En cuanto al fondo del caso, en primer lugar el TEDH recuerda que el art. 9 de la Convención protege todo acto motivado por una religión o convicción debido a que la libertad religiosa implica diferentes formas de manifestación, no solamente de manera pública y colectiva sino también individual y privada. Sin embargo y acto seguido, el Tribunal hace referencia a dos sentencias anteriores en las cuales también analizó la violación al art. 9 de la Convención. En ellas el TEDH manifestó que determinadas obligaciones derivadas de trabajos específicos justificaban ciertas medidas que supediten el derecho al libre ejercicio del culto religioso a la necesidad del servicio que el trabajo posibilita. Respecto del caso en cuestión, el Tribunal considera que no puede interpretarse el establecimiento de la audiencia el día de una festividad judía y el rechazo a su cambio de día como una restricción del derecho de requirente a ejercer libremente su credo ya que la presencia del abogado de la parte lesionada en la audiencia no era condición para su realización y a, que por otra parte, éste podría haber solicitado ser reemplazado en la misma.

De esta manera, el TEDH concluye que el demandante no pudo demostrar haber sufrido presiones tales como para cambiar su culto religioso o estar impedido de practicarlo libremente agregando que, incluso si hubiera habido injerencia del Estado en el derecho reconocido por el art. 9 y éste se hubiera visto lesionado, tal injerencia se justifica por la protección de los derechos y libertades del prójimo, en particular el derecho a un buen funcionamiento de la justicia y al respeto del principio de plazo razonable de un proceso. Por lo tanto, el Tribunal concluye que no hubo violación del art. 9 de la Convención.

4 | Voto en disidencia

Tres jueces del TEDH votaron en disidencia argumentando que no comparten que no hubiera habido violación del art. 9 de la Convención en el presente caso. Justifican su disidencia en que el voto mayoritario no pondera que, de acuerdo al código de procedimiento penal italiano, el abogado defensor de la parte lesionada tiene la facultad de asistir a la audiencia. Por lo que es el abogado la persona facultada para tomar la decisión de asistir o no, sin que las autoridades judiciales puedan presumir la ausencia de necesidad de su participación. A su vez, discrepan con el

voto mayoritario en que, según éste, el demandante no habría aportado pruebas de que su derecho reconocido por el art. 9 de la Convención haya sido lesionado por el accionar de las autoridades judiciales quienes han subordinado o, al menos, condicionado el derecho al libre ejercicio del culto. Esto último el voto disidente lo vincula al principio de proporcionalidad que supone que, entre la diversidad de medios posibles para conseguir un fin legítimo, las autoridades opten por el menos lesivo a los derechos y libertades. De acuerdo con el voto en disidencia, esto no fue lo que ocurrió ya que las condiciones estaban reunidas para arribar a otra fecha de audiencia sin lesionar el derecho al culto religioso del demandante y esto de manera alguna hubiera perturbado el buen funcionamiento del servicio de justicia.

5 | Palabras finales

La particularidad del presente caso se encuentra en la votación dividida de los jueces del TEDH. El aspecto fundamental que dividió la votación se encuentra en cómo analizar el carácter no absoluto del derecho protegido por el art. 9 de la Convención y el consiguiente principio de proporcionalidad, tal como manifiesta el voto en disidencia. En tal sentido, considero que el presente caso dista de ser equiparable a otros abordados por el TEDH con anterioridad ya que en ellos resultaba evidente el carácter subordinado que asumía el derecho a la libertad de culto respecto de las obligaciones emanadas de un trabajo específico. El presente caso no pareciera tener esas características, ya que no se trataba de una audiencia de carácter urgente sobre el derecho a la libertad o sobre el derecho de un detenido. Sin embargo, el argumento que esgrime el voto mayoritario acerca de que el servicio que ofrece la administración de justicia es en sí mismo prioritario constituye un absoluto no contrastable con las amalgamas que presenta la realidad judicial según el fuero, los derechos que se alegan cercenados, las partes, etc. En tal sentido, y para concluir, considero que el voto mayoritario del TEDH no se ajusta al principio de proporcionalidad que hubiera permitido al demandante ejercer libremente su derecho al culto religioso sin trabar en lo esencial el correcto desenvolvimiento del caso en el que intervenía como abogado.

Libertad de expresión

TEDH, “Aksu vs. Turquía”,
15 de marzo de 2012 y
“Vejdeland y otros vs. Suecia”,
9 de febrero de 2012

por **PABLO A. GONZÁLEZ**⁽¹⁾

I | “Vejdeland y otro vs. Suecia”: una legítima interferencia a la libertad de expresión

I.1 | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda de los Sres. Tor Fredrik Vejdeland, Mattias Harbin, Bjorn Tang y Niklas Lundstrom contra el Reino de Suecia por considerar que una sentencia condenatoria de la Corte Suprema del mencionado Reino constituía una violación a su libertad de expresión, reconocida en el art. 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH).

Los hechos por los cuales los peticionantes fueron condenados tuvieron lugar en diciembre de 2004 cuando, junto con otras tres personas, ingre-

.....
(1) Ayudante de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Integrante del Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Secretaría de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, sobre “Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Reformas para lograr una mayor protección de los derechos humanos en el siglo XXI”.

saron a una escuela secundaria y distribuyeron alrededor de 100 panfletos, dejándolos sobre los lockers de los alumnos. En estos panfletos se afirmaba que la homosexualidad constituía una inclinación sexual desviada y que tenía un efecto moral destructivo en la esencia de la sociedad sueca. Asimismo, se sindicaba a la homosexualidad como una de las principales causas de diseminación del virus HIV, así como también de otras enfermedades de transmisión sexual. Por último, se alegaba que las organizaciones homosexuales estaban bregando por la legalización de la pedofilia. Conforme a los dichos de los demandantes, el propósito de esta distribución era que se llevara un cabo un debate entre profesores y alumnos sobre la objetividad de la educación impartida en las escuelas suecas, y proveer a éstos últimos de argumentos.

A raíz de estos hechos, los peticionantes fueron acusados de agitación contra un grupo nacional o étnico. Primera instancia condenó a los 2 primeros peticionantes a 2 meses de prisión, al tercero al pago de una multa y al cuarto al cumplimiento de 40 horas de servicios comunitarios. Por su parte, la Corte de apelaciones levantó los cargos, fundamentando que una condena constituiría una grave violación a la libertad de expresión consagrada en la CEDH. Finalmente, y agotando la jurisdicción interna sueca, la Corte Suprema dio a los tres primeros peticionantes una condena en suspenso que combinó con el pago de multas que iban desde los 200 a los 2000 euros; mientras que al cuarto lo sentenció a *probation*.

1.2 | La sentencia de la sala de la Quinta Sección

En primer lugar, el Tribunal consideró, al igual que el Estado y los demandantes, que la condena impuesta constituía una interferencia a la libertad de expresión garantizada en el en el párr. 1, del art. 10 de la CEDH. Sin embargo, remarcó que tal interferencia violaría el CEDH si no cumpliera con los requisitos establecidos en el párr. 2 del mencionado art. Es por ello que, de forma clara y ordenada, el Tribunal analizó si la interferencia estaba prescrita por ley, si perseguía uno o más de los propósitos legítimos mencionados en el párr. 2 del referido art.; y si era necesaria en una sociedad democrática para alcanzar dichos propósitos.⁽²⁾

(2) TEDH, "Case of Vejdeland and other vs. Sweden", Judgment, Court (Fifth Section), 09/02/2012, párrs. 47 y 48.

A la hora de analizar si la restricción a la libertad de expresión estaba prescrita por la ley, la sala arribó a la conclusión de que claramente se satisfacía este primer requisito, toda vez que el art. 8 del capítulo 16 del Código Penal sueco preveía el delito de agitación contra un grupo nacional o étnico (delito por el cual fueron acusados los peticionantes), el cual reprimía toda declaración que amenazara o expresara desprecio por un grupo de personas en razón de su orientación sexual.⁽³⁾

En segundo lugar, consideró que la restricción al derecho en cuestión efectivamente perseguía un propósito legítimo: la protección de la reputación y de los derechos de otros; en este caso, de las personas homosexuales.⁽⁴⁾

Sin embargo, el desarrollo del Tribunal fue más extenso y profundo a la hora de analizar si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática.

En primer lugar señaló que el test de la “necesidad en una sociedad democrática” consiste en que el Tribunal determine si la restricción impugnada se corresponde con una “necesidad social urgente”. En este sentido, remarcó que los Estados parte disfrutaban de un margen de apreciación o libertad para determinar si tal necesidad existe realmente. Sin embargo, es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien tiene la potestad y, en definitiva, la última palabra a la hora de establecer si la restricción es conciliable con el alcance que se le da a la libertad de expresión en el Convenio Europeo.⁽⁵⁾

Seguidamente, el Tribunal pasó a evaluar si la restricción impugnada fue proporcional al objetivo legítimo perseguido, así como también si las razones alegadas para justificar tal interferencia fueron relevantes y suficientes.⁽⁶⁾ Para determinarlo, comenzó señalando que la intención de iniciar un debate sobre la falta de objetividad en la educación impartida en las escuelas suecas constituía, a su juicio, un propósito aceptable. Empero, el reproche recayó sobre la forma en que se redactaron los panfletos. El

(3) Ídem, párr. 49.

(4) Ídem, párr. 49.

(5) Ídem, párr. 51.

(6) Ídem, párr. 52.

Tribunal remarcó que, si bien las declaraciones no incitaban directamente a cometer actos de violencia contra los homosexuales, las mismas constituían serias y perjudiciales acusaciones.⁽⁷⁾ En esta inteligencia, valiéndose de la jurisprudencia sentada en el caso “Féret vs. Belgium”,⁽⁸⁾ reiteró que la incitación al odio no necesariamente supone un llamado a cometer actos de violencia u otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medios de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas por sobre el de la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable. Para aplicar esta idea al presente caso, el Tribunal señala que la discriminación basada en la orientación sexual es de igual gravedad que aquella que se basa en la raza, origen o color.⁽⁹⁾

Asimismo, la sala de la Quinta Sección tuvo en cuenta que los folletos fueron distribuidos en los lockers de los alumnos, los cuales se hallaban en una edad sensible e impresionable. A ello se adita que los niños carecieron de la posibilidad de rechazar la entrega de los panfletos.

Para concluir la evaluación de la proporcionalidad de la interferencia, el Tribunal reparó en la naturaleza y la severidad de las penas impuestas. Primeramente, remarcó que los peticionantes no fueron condenados a prisión, sin perjuicio de que el tipo penal que se les imputó preveía dicha pena. En lugar de ello, 3 de ellos recibieron condenas en suspenso combinadas con multas (las cuales no superaban los 2000 euros) mientras que el tercero fue sentenciado a *probation*. En atención a las circunstancias del caso, el tribunal no consideró estas penas como excesivas.⁽¹⁰⁾

Por todo lo expuesto, la sala de la Quinta Sección consideró que la condena impuesta a los peticionantes no fue desproporcionada respecto del objetivo legítimo perseguido, y que los argumentos ofrecidos por la Corte Suprema sueca para justificar esas medidas fueron relevantes y suficientes.

.....

(7) Ídem, párr. 54.

(8) TEDH, “Case of Féret vs. Belgium”, Judgment, Court (Second Section), 16/07/2009.

(9) TEDH, “Case of Vejdeland and other vs. Sweden”, Judgment, Court (Fifth Section), 09/02/2012, párr. 55.

.....
(10) Ídem, párr. 58.

Por lo tanto, la interferencia al ejercicio de la libertad de expresión fue legítima, razonable y necesaria en una sociedad democrática para proteger la reputación y los derechos de otros.

2 | “Aksu vs. Turquía”: libertad de expresión e identidad étnica

2.1 | Los hechos del caso

En el presente caso se examinaron dos demandas interpuestas por el Sr. Mustafa Aksu contra la República de Turquía. El nombrado alegó que 3 publicaciones (un libro y dos diccionarios), financiadas por el Estado turco, incluían expresiones, definiciones y comentarios que reflejaban un “sentimiento anti-gitano”. Es importante remarcar que el peticionante es de origen gitano.

En una de las demandas se impugnó la publicación, del libro *Los Gitanos de Turquía*, por el ministerio de cultura. Es pertinente señalar que antes de la publicación, el Consejo Asesor de publicaciones del Ministerio había aprobado el contenido de la obra. El demandante alegó que en el libro los gitanos eran vinculados con actividades ilegales y que se los tachaba de ladrones, usureros, vagabundos, vendedores de drogas, polígamos y agresivos. Asimismo, denunció que el libro contenía una serie de comentarios y observaciones que humillaban y degradaban a la etnia a la cual él pertenecía.

Frente a tal situación, inició procesos judiciales contra el autor del libro y contra el Ministerio del Cultura (ante la justicia civil y ante la administrativa) con el objeto de que se confiscaran los libros y se prohiba la publicación y distribución de los mismos. Empero, tanto Primera instancia como la Alzada desestimaron sus acciones.

Por otro lado, Aksu también demandó a Turquía por los aportes realizados a una organización no gubernamental para la publicación de dos diccionarios titulados *Diccionario Turco para Alumnos* y *Diccionario turco*, respectivamente. El peticionante arguyó que varias definiciones contenidas

en los diccionarios, relativas a la comunidad gitana, tenían connotaciones negativas, discriminatorias y perjudiciales.⁽¹¹⁾ Asimismo, señaló que tales definiciones constituían una ofensa a su identidad como gitano y un insulto que lo agraviaba personalmente. Todas las acciones legales interpuestas ante los tribunales turcos fueron desestimadas.

Tras el pronunciamiento de una sala de la Segunda Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽¹²⁾, la cual declaró que no hubo violación de los arts. 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH, el caso fue sometido a la Gran Sala del Tribunal.

2.2 | La sentencia de la Gran Sala

En primer lugar, la Gran Sala delimita su objeto y señala que si bien el peticionante alegó la violación del art. 14 en conjunción con el art. 8 del CEDH, ella sólo analizará la presunta violación del art. 8. Fundamenta tal decisión señalando que, en el presente caso, no se observa una diferencia en el tratamiento y en particular discriminación étnica. A su vez, refuerza tal idea señalando que el peticionante no ofreció evidencia que demuestre que las publicaciones en cuestión tenían una intención o un efecto discriminatorio.⁽¹³⁾

Seguidamente, el Tribunal resolvió la excepción preliminar planteada por el Estado, el cual puso en jaque el status de víctima del peticionante argumentando que las demandas constituían *actio popularis*, toda vez que el nombrado no logró demostrar haber sido afectado directamente por las publicaciones objetadas. Realizando una interpretación amplia y flexible del concepto de víctima, la Gran Sala señaló que si bien Aksu no fue personalmente atacado, pudo haberse sentido ofendido por las declaraciones y comentarios relativos al grupo étnico al cual él pertenece.

En lo que respecta al fondo, la Gran Sala comenzó con la aplicabilidad del art. 8 del CEDH. Remarcó que la autonomía personal es el principio que

.....

(11) Por ejemplo al dar la definición de la palabra "gitano", se mencionaba que, metafóricamente, significaba miserable. Asimismo, la palabra "tienda gitana" era definida como un lugar sucio y pobre. Para observar el resto de las definiciones impugnadas, ver TEDH, "Case of Aksu vs. Turkey", Judgment, Grand Chamber, 15/03/2012, párr. 28.

(12) TEDH, "Case of Aksu vs. Turkey", Judgment, Court (Second Section), 27/07/2010.

(13) TEDH, "Case of Aksu vs. Turkey", Judgment, Grand Chamber, 15/03/2012, párr. 45.

subyace toda interpretación de las garantías ofrecidas por la citada norma. Ésta abarca múltiples aspectos de la identidad física y social de la persona; así como también la identidad étnica. Al respecto, agrega que cualquier estereotipo negativo sobre un grupo, cuando alcance cierto nivel de difusión, es capaz de afectar el sentido de identidad o pertenencia del grupo. Y es en este sentido en, el que puede verse afectado el derecho al respeto de la vida privada de los miembros de un grupo.⁽¹⁴⁾ Al aplicar estos principios al presente caso, se alega que se tiene una publicación, que afecta la identidad de un grupo al cual el peticionante pertenece, y por lo tanto, conforme a lo antedicho, se ve afectada su vida privada.

A la luz de esto, y en lo que respecta a la primer demanda, la principal cuestión que debió resolver la Gran Sala es si el Estado incumplió o no con la obligación positiva, derivada de art. 8, de proteger la vida privada del peticionante frente a cualquier interferencia por parte de terceros, en este caso por parte del autor del libro.

Es por ello que estableció el modo en que debe resolverse este conflicto que se suscita entre el derecho al respeto de la vida privada y la libertad de expresión. En primer lugar, señaló que entre ambos derechos no existe una relación jerárquica, sino que ambos se hayan en el mismo plano.⁽¹⁵⁾

En segundo lugar, remarcó que los Estados parte gozan de cierto margen de apreciación para llevar a cabo el balance entre dos derechos cuando ellos se hayan en pugna. Sin perjuicio de ello, señaló que el Tribunal europeo es quien debe supervisar tal tarea. A su vez, la Gran Sala agregó que si el balance llevado a cabo por los tribunales nacionales fue realizado conforme a los principios resultantes de la jurisprudencia del tribunal europeo, este último requiere de fuertes argumentos para contradecir o revertir lo decidido por los primeros. De este modo los tribunales de los Estados Parte gozan de un margen de apreciación más amplio.

Empero, la Gran Sala advirtió que todo esto presupone la existencia de un sistema legal efectivo, que opere para la protección del derecho al respeto de la vida privada, y que sea accesible por parte del peticionante.⁽¹⁶⁾

(14) Ídem, párr. 58.

(15) Ídem., párr. 63.

(16) Ídem, párr. 68.

A la hora de analizar el balance llevado a cabo por los tribunales turcos, el Tribunal remarcó que tanto Primera como Segunda instancia es decir, dos niveles de jurisdicción —desestimaron las acciones de Aksu, fundándose en un informe de 7 profesores universitarios que señalaron que el libro cuestionado constituía un estudio académico— basado en una investigación científica. Asimismo, destacó que este argumento se hallaba en especial sintonía con su jurisprudencia, toda vez que de la misma surge que debe someterse a un cuidadoso escrutinio toda restricción a la libertad de los académicos para llevar a cabo investigaciones y publicar sus conclusiones.⁽¹⁷⁾

A su vez, el Tribunal resaltó que existió un sistema legal efectivo y que el mismo fue asequible para el Sr. Aksu, ya que el nombrado tuvo la oportunidad de hacer llegar su caso a dos niveles de jurisdicción y obtener de los mismos decisiones fundadas.

A la luz de lo expuesto, la Gran Sala consideró que los tribunales turcos llevaron a cabo un balance satisfactorio y respetuoso de los principios resultantes de su jurisprudencia. Por lo tanto, consideró que las autoridades turcas no excedieron su margen de apreciación y no incumplieron con su obligación positiva de asegurar el respeto de la vida privada del demandante. Consecuentemente no hubo violación del art. 8 del CEDH.

En lo que respecta a la demanda por la publicación de los dos diccionarios, la Gran Sala aplicó los mismos principios que expuso en la anterior petición, referentes a la aplicabilidad del art. 8 y su conflicto con la libertad de expresión.

El Tribunal coincidió con la justicia turca al considerar que las expresiones y las definiciones brindadas en los diccionarios se basan en una realidad histórica y sociológica y que, por lo tanto, no existe una intención de humillar o degradar a la comunidad gitana. En este sentido, señaló que los diccionarios son una fuente de información que enumeran las palabras de un lenguaje y que brinda los diferentes significados de las mismas, ya sea el literal, el descriptivo, el figurativo, el alegórico o el metafórico. En definitiva, no hacen otra cosa que reflejar el lenguaje empleado por la sociedad.⁽¹⁸⁾

.....

(17) Ídem, párr. 71.

(18) Ídem, párr. 84.

Por otro lado, el tribunal no pasó por alto que uno de los diccionarios estaba destinado a estudiantes. Al respecto, advirtió que todo diccionario que persiga tales propósitos requiere de una mayor diligencia a la hora de brindar las expresiones y definiciones que son parte del lenguaje diario, pero que pueden interpretarse como humillantes o insultantes. A tales efectos, recomendó aclarar que tales expresiones constituyen un insulto o una ofensa. Tal precaución se corresponde con la Recomendación Política General N° 10 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, la cual establece que los Estados deben promover que los estudiantes tengan un pensamiento crítico; así como también proveerlos de los recursos necesarios a fin de que sean capaces de advertir y reaccionar frente a los estereotipos o elementos intolerantes contenidos en el material que empleen.⁽¹⁹⁾ Sin embargo, lo antedicho no es suficiente para que el Tribunal cambie su parecer, teniendo en cuenta además que el diccionario en cuestión no era un libro de texto empleado en todas las escuelas, ni distribuido o recomendado por el Ministerio de Educación.

Por todo lo expuesto, la Gran Sala determinó que no hubo por parte de las autoridades turcas violación del art. 8 de la CEDH.

3 | Palabras Finales

En ambos fallos se puede observar un claro conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de dos minorías sociales, como son los homosexuales y los gitanos.

Tanto el Tribunal europeo como la Corte Interamericana de derechos humanos han destacado que la libertad de expresión constituye uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática. Sin perjuicio de ello, los Estados tienen la obligación positiva de intervenir cuando un ejercicio irresponsable o desmedido del mismo genere un conflicto o conculque los derechos o la reputación de otras personas sujetas a su jurisdicción. Dicha obligación adquiere vital importancia cuando los titulares de los derechos que se ven afectados pertenecen a un grupo minoritario de la sociedad.

.....
(19) Ídem, párr. 85.

En los dos fallos analizados, el Tribunal Europeo establece claramente cuáles son los requisitos y principios que deben observar los tribunales de los Estados Parte del CEDH a la hora de resolver este complejo conflicto de derechos.

Sin embargo, existen en ellos una serie de argumentos muy cuestionables. En lo que respecta al fallo contra Turquía, el Tribunal europeo considera que no existe violación a los derechos del Sr. Aksu, toda vez que el libro impugnado constituye, según un informe de 7 profesores universitarios, un estudio académico basado en una investigación científica. Tal argumento resulta sumamente falaz, ya que uno no puede llevar a cabo graves acusaciones y declaraciones contra un grupo de personas, como ocurrió en el presente caso contra los gitanos, y luego escudarse en que se trata de una obra académica porque existe un informe que así lo asevera. ¿Qué valor tiene tal informe? Lo que afirmen una serie de profesores universitarios, ¿justifica cualquier tipo de declaración ofensiva, difamación, humillación o degradación de una etnia? ¿Supone una licencia para decir lo que a uno se le antoje sin reparar en las consecuencias? Sin lugar a duda que no.

En segundo lugar, es reprochable el argumento brindado por el Tribunal respecto de las definiciones contenidas en el diccionario, y el del rol que cumplen estos últimos. No es verídico afirmar que los diccionarios reflejan todo el lenguaje empleado por la sociedad, como el tribunal sostuvo. Quienes redactan un diccionario, llevan a cabo una selección de aquellas palabras que definen, así como también de la forma en que las definen. Teniendo presente esto, podemos arribar a la conclusión de que los diccionarios no se basan en una "realidad histórica y sociológica", como aseveró el Tribunal europeo, sino más bien en las decisiones tomadas por una serie de personas. Por lo tanto, quienes decidieron definir el vocablo "gitano" como miserable, o "tienda gitana" como un lugar sucio y pobre tuvieron, sin lugar a duda, la intención de humillar y degradar a la comunidad gitana.

Por último, y como bien señalan algunos jueces en sus votos concurrentes en el "Caso Vejdeland y otro vs. Suecia", el Tribunal europeo dejó pasar una oportunidad para elaborar una aproximación al discurso de odio contra una persona o un grupo de personas por su orientación sexual.

Derecho al voto de las personas que viven en el extranjero

TEDH, “Sitaropoulos y Giakoumopoulos vs. Grecia”, 15 de marzo de 2012⁽¹⁾

por **JUAN P. VISMARA**⁽²⁾

1 | Introducción

El fallo en estudio fue dictado por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Representa la posición del Tribunal respecto a los alcances de las obligaciones derivadas del art. 3 del Protocolo N° 1 a la Convención Europea sobre Derechos Humanos con relación al derecho al voto de las personas de nacionalidad griega que viven fuera del país.

2 | Hechos

El día 18 de agosto de 2007, por decreto presidencial, se fijaron elecciones para el Parlamento griego para el día 16 de septiembre de 2007. Ante ello,

(1) European Court of Human Right, Grand Chamber, “Case of Sitaropoulos and Giakoumopoulos vs. Greece”, application n° 42202/07, 15/03/2012.

(2) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Se desempeña profesionalmente en la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta Sexual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

los Señores Sitaropoulos y Giakoupoulos, que en ese momento vivían en Estrasburgo desarrollando tareas en el Concejo de Europa, solicitaron por escrito al Embajador griego en Francia que dispusiera lo necesario para que ellos pudieran votar sin tener que viajar hasta Grecia para hacerlo.⁽³⁾ El Embajador respondió que para que los ciudadanos griegos residentes en el exterior puedan votar “es evidente que eso requiere normas legales que no existen en la actualidad. De hecho, dichas normas no pueden ser introducidas por una simple decisión administrativa, se requieren medidas especiales para la creación de centros de votación en embajadas y consulados”.⁽⁴⁾

Finalmente, las elecciones griegas tuvieron lugar sin que los demandantes pudieran desplazarse hasta Grecia para poder ejercer su derecho al voto.⁽⁵⁾

3 | Decisión de la Sala

Con fecha 8 de julio de 2010, una Sala de la Primera Sección del Tribunal Europeo resolvió que había una violación al art. 3 del Protocolo N° 1 a la Convención Europea sobre Derechos Humanos, no por estar afectado el reconocimiento al derecho al voto en sí mismo, sino por las limitaciones que implicaban las condiciones para su ejercicio en los casos donde el ciudadano se encuentra fuera del país.⁽⁶⁾

La Cámara entendió que, si bien el art. 3 del Protocolo N° 1 no impone ninguna obligación para garantizar los derechos de voto en las elecciones parlamentarias a los votantes residentes en el extranjero, en este caso debe ser interpretado teniendo en cuenta el art. 51.4 de la Constitución griega que, entiende la Sala, reconoce el derecho de voto por parte de personas que viven fuera del país.⁽⁷⁾ Señaló la Sala que la necesidad de

(3) European Court of Human Right, Grand Chamber, “Case of Sitaropoulos and Giakoumopoulos vs. Greece”, application n° 42202/07, 15/03/2012, párrs. 10/12.

(4) Ídem, párr. 13.

(5) Ídem, párr. 14.

(6) Ídem, párr. 47.

(7) Ídem, párr. 6. La norma constitucional relevante se transcribe a continuación: “Art. 51.4. Las elecciones parlamentarias se celebrarán simultáneamente en todo el país. Las condiciones que rigen el ejercicio del derecho de voto por parte de las personas que viven fuera del país puede ser especificado por ley aprobada por una mayoría de dos terceras partes del número

reglamentar ese derecho, que surge de la letra de la norma constitucional, no puede implicar la imposibilidad de ejercerlo de forma indefinida, negando el valor normativo que le dieron sus redactores. Destaca al respecto que pasaron treinta y cinco años (en el momento de dictarse la sentencia) después de la promulgación de dicha norma constitucional sin que el Parlamento griego haya dado cumplimiento a su contenido.⁽⁸⁾

Sostuvo también la Sala que el hecho de no promulgar la legislación que da efecto práctico de los derechos de voto de los expatriados constituye un trato injusto de los ciudadanos griegos residentes en el extranjero en comparación con aquellos que viven en Grecia.

Para argumentar su fallo, la Sala tuvo en cuenta, también, la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1459 del año 2005, la Recomendación 1714 del 2005 y el Código de la Comisión de Venecia de Buenas Prácticas en Materia Electoral. Todas ellas recomiendan o invitan a los Estados Partes del Consejo de Europa a promover medidas para que los expatriados puedan votar.

Asimismo, la Corte consideró relevante un estudio comparativo de la legislación nacional de los treinta y tres Estados Miembros del Consejo de Europa que señalaba que la gran mayoría había puesto en marcha procedimientos con la finalidad de permitir a los expatriados votar. Entendió que Grecia no alcanzó el denominador común entre los Estados Miembros en ese sentido.⁽⁹⁾

Todo ello llevó a la Sala a declarar la violación al art. 3 del Protocolo N° 1 por parte del Estado griego.

El día 22 de noviembre de 2010, a raíz de una solicitud del Estado, la Gran Sala decidió tratar el caso en los términos del artículo 43 de la Convención Europea.⁽¹⁰⁾

.....

total de miembros del Parlamento. En cuanto a esas personas, el principio de la celebración de elecciones al mismo tiempo no excluye el ejercicio de su derecho al voto por voto por correo u otros medios apropiados, a condición de que el recuento de los votos y el anuncio de los resultados se lleve a cabo al mismo tiempo que en todo el país”.

(8) Ídem, párr. 48.

(9) Ídem, párr. 49.

(10) Ídem, párr. 6.

4 | La decisión de la Gran Sala

Los principales argumentos de los demandantes coinciden, lógicamente, con los argumentos vertidos en la sentencia de la Sala. Hacen hincapié, principalmente, en que lo dispuesto en el art. 51.4 de la Constitución griega establece una obligación para el legislador.⁽¹¹⁾

Por su parte, el Estado centró su argumentación en que por su propia naturaleza, el art. 51.4 de la Constitución no impone una obligación al legislador sino una opción⁽¹²⁾ y en que la mayoría de dos tercios que exige la Constitución para reglamentar el derecho al voto para los expatriados demuestra que en Grecia es necesario lograr un consenso político muy amplio para avanzar en ese tema.⁽¹³⁾

En ese sentido, resaltó la defensa del Estado que el reconocimiento general del derecho de los expatriados de votar en las elecciones parlamentarias desde su lugar de residencia puede dar lugar a considerables problemas políticos y económicos⁽¹⁴⁾ puesto que hay unos 3.700.000 griegos residiendo en el extranjero, cifra muy considerable si se la compara con los 11 millones que residen en el país. Además, de esa cantidad, 1.850.000 viven en Estados Unidos y 558.000 en Australia, es decir, ni siquiera dentro de la Comunidad Europea. Todo ello lleva a justificar la mayoría especial que exige la Constitución griega para sancionar una ley que le permita votar a las personas que no residen en el país, puesto que, según el Gobierno, se requiere el mayor consenso posible entre los distintos partidos políticos con el fin de evitar las tensiones políticas que derivarían de semejante incremento *de facto* del electorado.⁽¹⁵⁾

.....

(11) Ídem, párr. 51.

(12) Ídem, párr. 54.

(13) Ídem, párr. 54. El Gobierno griego ya había intentado aprobar una ley en 2009 sobre los derechos de voto de los expatriados griegos, un hecho que demuestra, entiende el Estado, la voluntad política para encontrar una solución al problema.

(14) Ídem, párr. 54.

(15) Ídem, párr. 56.

En resumen, el Gobierno señaló que los solicitantes cumplen los requisitos establecidos por la legislación electoral para los fines de ejercer su derecho al voto en Grecia. La cuestión de la concesión a los expatriados del derecho a votar desde su lugar de residencia está comprendida en el margen de apreciación de las autoridades nacionales, quienes pueden decidir cómo y cuándo conceder ese derecho.⁽¹⁶⁾

La Gran Sala, en primer lugar, destacó algunos aspectos generales de lo establecido en el art. 3 del Protocolo N° 1. Al respecto, señaló que con relación a la elección del sistema electoral, los Estados contratantes gozan de un amplio margen de apreciación, puesto que el artículo no va más allá de exigir elecciones “libres” celebradas en “intervalos razonables”, “por voto secreto” y “en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión de la gente”.⁽¹⁷⁾

En consecuencia, la exclusión del derecho de voto de los grupos o categorías de la población en general debe ser compatible con los propósitos subyacentes del art. 3 del Protocolo N° 1. Sin embargo, la Corte señala que ya ha sostenido en otros pronunciamientos que el hecho de que el ejercicio del derecho al voto esté sujeto a una edad mínima o a las condiciones de residencia es, en principio, compatible con el art. 3 del Protocolo N° 1.⁽¹⁸⁾

En cuanto a las restricciones al derecho de voto de los expatriados con base en el criterio de residencia, destacó que “estas pueden ser justificadas por varios factores: en primer lugar, la presunción de que los ciudadanos no residentes no están directamente vinculados con los problemas diarios de su país y tienen menos conocimiento de ellos; en segundo lugar, el hecho de que los ciudadanos no residentes tienen menos influencia en la selección de candidatos o en la formulación de sus programas electorales; en tercer lugar, la estrecha relación entre el derecho a votar en elecciones parlamentarias y el hecho de ser directamente afectado por los actos de los órganos políticos así elegidos; y en cuarto lugar, la legítima

.....

(16) Ídem, párr. 59.

(17) Ídem, párr. 65.

(18) Ídem, párr. 68. Con citas de Hirst (n° 2), párr. 62 y Hilbe v Liechtenstein, diciembre, n° 31981/96, TEDH 1999-VI.

preocupación que puede tener la legislatura por limitar la influencia de los ciudadanos residentes en el extranjero en las elecciones en las cuestiones que afectan principalmente a las personas que viven en el país”.⁽¹⁹⁾ Asimismo, la Corte destaca que ya había considerado también que la necesidad de satisfacer un requisito de residencia o la duración de la residencia con el fin de tener o ejercer el derecho a votar en las elecciones tampoco es, en principio, una restricción arbitraria del derecho a votar y, por lo tanto, no es incompatible con el art. 3 del Protocolo N° 1.⁽²⁰⁾

Con relación a la situación de los demandantes, el Tribunal señala que la cuestión radica en examinar si, a pesar del hecho de no haberse promulgado la legislación sobre las condiciones para el ejercicio del derecho de voto, el sistema electoral griego permite “la libre expresión de la opinión de la gente” y conserva “la esencia misma del derecho al voto”, como exige el art. 3 del Protocolo N° 1.⁽²¹⁾

El art. 3 del Protocolo n° 1 no contempla la aplicación por los Estados contratantes de las medidas que permitan a los expatriados ejercer su derecho al voto desde su lugar de residencia. Sin embargo, teniendo en cuenta que la interpretación debe realizarse en el sentido de no restringir derechos, corresponde determinar si el art. 3 del Protocolo N° 1 va tan lejos como para exigir que aquellas medidas sean tomadas. Para responder a esta pregunta, la norma debe ser interpretada en relación con el derecho internacional pertinente, con el derecho comparativo y con el derecho interno del país en cuestión.⁽²²⁾

En cuanto al derecho internacional, la Corte señaló que ni las organizaciones internacionales y regionales de los tratados —como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los

(19) Ídem, párr. 69. Con citas de Hilbe, antes citada, véase también X e Y. “Asociación c/ Italia”, aplicación n° 8987/80, Decisión de la Comisión, 06/05/1981, Decisiones e Informes (DR) 24, p. 192; y “Polacco y Garofalo contra Italia”, n° 23450/94, Decisión de la Comisión, 15/09/1997, DR 90-A, p. 5.

(20) Ídem, párr. 69. Con cita de “Doyle c/ el Reino Unido”, diciembre, n° 30158/06, 06/02/2007.

(21) Ídem, párr. 70.

(22) Ídem, párr. 71

Pueblos— ni su interpretación por parte de los organismos internacionales competentes proporcionan una base para concluir que los Estados están obligados a tomar medidas para que las personas que temporal o permanentemente están ausentes de su países puedan ejercer su derecho al voto desde el extranjero.⁽²³⁾

Respecto a las resoluciones y recomendación de las instituciones del Consejo de Europa, citadas por la Sala en su sentencia, la Corte entiende que ellas confirman que los Estados Miembros no están obligados a permitir a sus ciudadanos que viven en el extranjero, participar en el proceso electoral puesto que se trata sólo de recomendaciones o de meras invitaciones.⁽²⁴⁾

En cuanto al estudio de derecho comparado, si bien es cierto que demuestra que la gran mayoría de los Estados Miembros de la Comunidad Europea permiten que sus ciudadanos puedan votar desde el extranjero, también es cierto que algunos no lo hacen y, además, los que lo hacen han adoptado disposiciones para el ejercicio que no son uniformes.⁽²⁵⁾

Finalmente, con relación a la legislación local, la Corte observa que el art. 51.4 de la Constitución griega permite al Parlamento hacer efectivo el ejercicio de los derechos de voto de los griegos expatriados desde su lugar de residencia, pero no lo obliga a hacerlo. En ese sentido, destaca la Corte que no es su tarea indicar a las autoridades nacionales en qué momento y de qué manera se debe dar cumplimiento al art. 51.4 de la Constitución.⁽²⁶⁾

Por todas esas razones, la Corte concluyó que no había una violación al art. 3 del Protocolo N° 1 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos.⁽²⁷⁾

(23) Ídem, párr. 72.

(24) Ídem, párr. 73.

(25) Ídem, párr. 74.

(26) Ídem, párr. 76.

(27) Ídem, párr. 81.

5 | Conclusión

El presente caso demuestra que el derecho al voto por parte de las personas que viven fuera de sus países aún se encuentra en discusión en el ámbito europeo.

La posición de la Corte fue muy clara respecto al caso de Grecia. A pesar de existir una norma constitucional que reconoce el derecho al voto, entendió que de la propia Constitución surge que su ejercicio está sujeto a la sanción de una ley y que es el Estado quien debe evaluar la oportunidad y la forma en que la ley deber ser emitida para efectivizar ese derecho.

El reconocimiento del derecho al voto a las personas que viven fuera de su país puede incrementar notablemente el padrón electoral con evidentes consecuencias de índole político. En el caso de Grecia, eso es notable y permite entender que para tomar semejante medida resulte necesario un consenso político especial. La propia Constitución griega, previéndolo, exige una mayoría especial de dos tercios para la sanción de una ley al respecto.

Igualdad de género y licencia por paternidad

TEDH, “Konstantin Markin
vs. Rusia”, 22 de marzo 2012

por **SEBASTIÁN A. REY**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente caso trata la demanda del Sr. Konstantin Markin contra el Estado ruso por haberle negado una licencia por motivos familiares, entendida como aquella que se solicita inmediatamente después de una licencia por maternidad.

El demandante había firmado un contrato para desempeñarse como operador de radio en una unidad militar. El mismo día en que su cónyuge tuvo a su tercer hijo, un tribunal les concedió el divorcio. En virtud del acuerdo al que arribaron, el Sr. Markin tendría la tenencia de los niños y recibiría una cuota alimentaria de su ex esposa.

Al poco tiempo, el Sr. Markin solicitó que se le conceda una licencia de tres años por razones familiares para poder cuidar a sus hijos. Su pedido fue rechazado en función de que sólo se le otorgaba dicho beneficio al

.....
(1) Abogado con Diploma de Honor (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA), Docente de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público (UBA). Profesor Titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

personal militar de sexo femenino, aún en aquellos supuestos donde los niños quedasen sin el cuidado de sus madres. Mientras el demandante agotaba los recursos de la jurisdicción interna rusa, en reiteradas oportunidades recibió sanciones disciplinarias por ausentarse de su puesto de trabajo. Finalmente, un año después de solicitarla, se le concedió una licencia por el término de dos años.

Luego de que una Sala de la Primera Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos le hubiera dado la razón,⁽²⁾ declarando la violación de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), el caso fue sometido a la Gran Sala del Tribunal.

2 | La sentencia de la Gran Sala

Más allá del texto del CEDH, el tribunal utilizó otras fuentes para fundar su decisión. Así, se refirió a un informe del Comité de la CEDAW contra Rusia⁽³⁾, a los Convenios N° 111 y 156 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación, y sobre la igualdad de oportunidades y trato de los trabajadores con responsabilidades familiares, al art. 27 de la Carta Social Europea, a diversas Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria⁽⁴⁾ y del Comité de Ministros⁽⁵⁾ del Consejo de Europa y a la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia de la Unión Europea.⁽⁶⁾

Al analizar el fondo de la petición el tribunal consideró probada la violación del derecho a la protección de la vida familiar y a la prohibición de discriminación. El análisis que la Gran Sala realiza del principio de no discriminación es similar al existente en el ámbito interamericano: una diferencia

(2) TEDH, "Case of Konstantin Markin vs. Russia", Judgment, Court (First Section), 7/10/2010.

(3) CEDAW Committee, Concluding Observations, Russia, 30/07/2010, párrs. 20 y 21.

(4) *Parliamentary Assembly, Resolution 1274(2002) on Parental leave; Recommendation 1769(2006) on the need to reconcile work and family life.*

(5) *Committee of Ministers, Recommendation No. R (96) 5 on reconciling work and family life; Recommendation Rec(2007) on gender equality standards and mechanisms recommended; Recommendation Rec(2010) on the human rights of members of the armed forces.*

(6) ECJ, "*Joseph Griesmar v. Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Démocratisation*", judgment of 29/11/2001; *Roca Álvarez v. Sesa Start España ETT*, judgement of 30/09/2010.

de trato será discriminatoria si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación de proporcionalidad entre los medios utilizados y el objetivo a ser cumplido.⁽⁷⁾

En términos generales, el tribunal entendió que el reconocimiento del avance de la igualdad de género en la actualidad es una obligación para los Estados europeos por lo que se tienen que brindar muy buenas razones para establecer una diferencia de trato en función del sexo que sea compatible con el derecho internacional. En este contexto, referencias a las tradiciones o las percepciones de la mayoría de la población de un país resultan insuficientes.⁽⁸⁾

Si bien el art. 8 del CEDH no dispone expresamente el derecho a una licencia por motivos familiares, este tipo de licencias promueven la vida familiar y afectan el modo en que ésta se organiza, por lo que en aquellos estados que la contemplan, se asume que se encuentran protegidas por el derecho a la vida familiar reconocido en el tratado.

Por otra parte, el tribunal desestimó el argumento del Estado en cuanto a la especial conexión biológica y psicológica que existiría entre una madre y su hijo —más allá de reconocer que dicha relación puede ser distinta a la de un padre con su hijo—, por lo que en lo concerniente al cuidado de un niño durante el período correspondiente a una licencia por motivos familiares, concluyó que existe una igualdad entre el hombre y la mujer.⁽⁹⁾ Para la Gran Sala las sociedades europeas contemporáneas han evolucionado hacia un mayor reconocimiento de la igualdad de obligaciones entre los padres y las madres en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos. Por ende, permitir que sólo las mujeres obtengan una licencia por motivos familiares únicamente perpetua los estereotipos de género y sus desventajas.⁽¹⁰⁾

La última cuestión consistió en que el demandante era miembro de las fuerzas armadas, por lo que el tribunal reconoció que entraban en juego la seguridad de la Nación y, por ende, intereses estatales urgentes. Esta

(7) TEDH, "Case of Konstantin Markin vs. Russia", Judgment, Grand Chamber, 22/03/2012, párr. 125.

(8) Ídem, párr. 127.

(9) Ídem, párr. 132.

(10) Ídem, párr. 141.

circunstancia permitiría que en algunas circunstancias se admitan mayores restricciones que en un caso relativo a civiles —por ejemplo, la permisión del arresto como sanción disciplinaria—. Empero, ello no deja a los integrantes de las fuerzas armadas despojados de los derechos reconocidos por el CEDH. De este modo, si se pretende restringir el derecho a la protección de la vida familiar deben existir razones particularmente graves, y debe presentarse una relación de proporcionalidad entre la restricción impuesta y el objetivo legítimo de proteger la seguridad nacional, que podría darse solamente cuando se prueba una verdadera amenaza a la eficacia operativa de las fuerzas armadas.⁽¹¹⁾ En el presente caso, el tribunal no encontró probada dicha situación en función de que el Estado no brindó “ejemplos específicos” que la acreditase.⁽¹²⁾ Incluso mencionó la normativa de otros Estados europeos donde hombres y mujeres pueden acceder a este tipo de licencias sin que ello afecte la eficacia operativa de sus fuerzas armadas y manifestó que las funciones que cumplía el demandante frecuentemente eran realizadas por mujeres que sí tenían derecho a la licencia por motivos familiares.

3 | Palabras finales

En esta novedosa sentencia el Tribunal Europeo realizó una correcta interpretación del CEDH como instrumento vivo, reconociendo la existencia de un derecho social como la licencia por motivos familiares pese a que no aparece reconocido de modo expreso por el tratado, del mismo modo que equiparó el contenido de las obligaciones en materia de cuidado de los niños de ambos padres de un niño sin importar el sexo.

Este criterio, similar al esgrimido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el reciente caso *Atala Riffo c/ Chile*,⁽¹³⁾ tiende a ir eliminando de las sociedades actuales los estereotipos de género y garantizar, de esta manera, el derecho a la igualdad ante la ley y su correlato, la prohibición de no discriminación, a todos los seres humanos.

(11) Ídem, párr. 137.

(12) Ídem, párr. 144.

(13) CIDH, “Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24/02/de 2012, Serie C N° 239.

Entrevista

Entrevista a Estela Barnes de Carlotto



ESTELA BARNES
DE CARLOTTO

**Profesora de Filosofía
y Sociología Jurídica**

“Estela”, como se la conoce en todas partes, era una maestra de escuela primaria hasta que en noviembre de 1977 las Fuerzas Armadas secuestraron a su hija Laura, que se encontraba embarazada. A partir de allí, comenzó la búsqueda de su nieto Guido, llegando a convertirse en la presidenta de Abuelas de Plaza de Mayo y una de las referentes a nivel mundial en materia de derechos humanos.

Una cuestión que la sociedad argentina debate en la actualidad es la complicidad civil durante la dictadura militar. ¿Cuál es su opinión al respecto?

La dictadura nos sorprendió con una actitud delictiva que ni los militantes se imaginaban. Cuando nuestros hijos no volvían a nuestras casas los empezamos a buscar en cárceles o guarniciones militares. Pensábamos que estaban detenidos. En esa época no usábamos la palabra desaparecidos. Entonces, buscábamos respuestas en la Iglesia, que después supimos que fue cómplice, en los políticos, que algunos también cooperaron con los militares, y ni que hablar las veces que acudimos a los miembros de las Fuerzas Armadas. A mí me contestaron que los mataban a todos. Y también acudimos a la Justicia. Los jueces eran personas de carne y hueso que tenían que cumplir la ley. Entiendo que el cargo que tenían implica una responsabilidad suprema. Y muchísimos no estuvieron a la altura y cometieron delitos por los que deben ser sancionados. Es terrible porque muchos jueces tomaban a los niños como objetos. Y algunos de los que fueron cómplices de la dictadura incluso siguieron en sus cargos hasta ahora. Es muy difícil depurar al Poder Judicial. El fiscal Romero Victorica recién renunció cuando se descubrió que ocultaba y modificaba información del apropiador de Victoria Montenegro.

¿Ud. presentó algún *habeas corpus* por su hija Laura y su nieto?

En aquella época la palabra *habeas corpus* para mí era chino básico. Pero las Abuelas con más experiencia me fueron explicando en qué consistía. Sin embargo, teníamos el problema de que no había abogados para firmarlos porque los desaparecían, por lo que los terminábamos escribiendo nosotras. En mi caso presenté uno solo en la Ciudad de La Plata, y no fue necesario ninguno más porque la mataron. Recayó en un juez que ya se murió, Leopoldo Russo. Nunca

me dio una respuesta cuando la necesité. Recibí la respuesta de que Laura no estaba detenida y se desconocía su paradero después de que ya me habían entregado su cuerpo —porque la habían matado— y la había enterrado. Fue indignante.

¿Y qué le respondieron en relación con su nieto?

Nada. Decían que los niños nacidos en los campos de concentración no tenían entidad jurídica. El problema es que las Abuelas creíamos en la Justicia. No nos imaginábamos que sus miembros podían ser entregadores y cómplices de estos delitos. En los juzgados de menores nos recibían cuando querían y nos mentían y ocultaban información. Ni siquiera tenían gestos de humanidad. Nosotras teníamos un *dossier* con la información de los niños que habían sido secuestrados una vez que habían nacido. Les dimos las fotos con los rostros, las características y los nombres, y nos decían que no tenían nada para decirnos. Y después nos enteramos que en esos juzgados habían dado a las criaturas en adopción.

¿Fue en ese contexto en el que tuvo contacto con el ex juez de la Cámara de Casación Penal, Gustavo Mitchell, y con quien fuera su Secretario, José Martínez Sobrino?

Claro. Yo conseguí su nombre en el cuaderno de ingresos de la Casa Cuna, medio a escondidas. Cuando lo fui a ver, no me recibió personalmente. Me mandó a decir que no buscara más porque podía aparecer en una zanja. Años después, él se cruzó conmigo y me dijo que lo hizo

para protegerme. Nunca lo desmintió. Yo creo que era mentira que me quiso proteger. Las Abuelas tenemos ese tipo de experiencia con los jueces a nivel grupal. Hay mucho para decir, lamentablemente, de la justicia cómplice.

¿Recuerda algún caso concreto de complicidad de la Justicia en la apropiación de niños?

Sí, el caso de Sebastián Juárez. La jueza Pons, les borraba la identidad a los chicos y los daba en adopción a sus amigos o en hogares sustitutos. A él lo encontramos en un hogar como si fuera huérfano. También estaba el caso de otro nieto que tenía síndrome de Down y lo entregaron a la Casa Cuna. Allí murió debido a la falta de atención y, cuando lo encontramos, les entregamos los restos a sus familiares. Fueron crueldades de una justicia que no se compadecía de los familiares. Otro caso terrible es el de las hermanas Jotar Britos, que desaparecieron en el año 1977. Las encontramos dadas en guarda a una familia de buena fe por el juez de menores de San Martín, Mario Basso. Pero él sabía que las criaturas tenían familias que las estaban buscando. Cuando me reuní con él, acompañando a la abuela de las niñas, en el expediente vi que figuraba una declaración de la mayor que decía que se llamaba Tatiana Duarte, en lugar de Ruarte, y de su hermana Malena. Ahí le pregunté a qué estaba jugando ya que sabía que esas eran las niñas que buscábamos. Y nos contestó que no hiciéramos lío, porque si no se llevaba a las niñas. Igual en la Justicia hubo gente buena. En el caso de las hermanas Jotar Britos, nos ayudó la Dra. Lidia Pegenaute. Ella fue muy amiga nuestra

y, desde su lugar, entregó a 50 chicos a sus familias. A lo mejor hay muchas personas como ella, que no las conocimos porque el país es muy grande.

Las Abuelas tuvieron un rol importante en la causa conocida como “Plan Sistemático de robo de bebés”. ¿Cuál fue el objetivo que se plantearon en esa causa?

No era fácil llegar a los juicios por las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Igual, el delito de sustracción de menores había quedado fuera de la amnistía, pero los jueces les daban penas mínimas a los apropiadores. Algunos jueces hasta quisieron establecer un régimen de visitas entre los apropiadores y los niños como si fuera un matrimonio que se separa. Es absurdo. En el Juicio a las Juntas, los jueces consideraron que no había pruebas de que hubo un plan sistemático de apropiación de niños. Por eso, después de muchos años de trabajo, quisimos demostrar que esta práctica existió. Encontramos un parte en una comisaría sobre qué hacer con los hijos de los desaparecidos. También probamos que había aguantadores donde llevaban a los niños después de secuestrar a sus padres. Lo mismo ocurrió con las maternidades clandestinas en la ESMA, La Cacha, Campo de Mayo. En 1996 presentamos con un grupo de abogados esta causa, lo que no fue fácil. Tardó 15 años en llegar al juicio oral. Pero por suerte fueron sancionados. ¡Y con una condena de 50 años para Videla, que produjo un gran impacto! Igual, estos juicios hay que leerlos en el marco del contexto histórico favorable que comenzó en el 2003

¿En qué sentido?

Estamos viviendo momentos muy especiales y lo valoramos mucho. A veces nos llaman oficialistas por eso. Pero nosotras vamos a acompañar lo que se haga bien y aplaudirlo. Cayeron las leyes de impunidad e indultos. Además, se reemplazaron los Juicios por la Verdad por tribunales penales. La sociedad está tomando conciencia y la juventud tiene un rol muy importante. Y lo fundamental es que por primera vez nos sentimos amparadas por el Estado. Antes el apoyo lo recibíamos de afuera, en la OEA, Naciones Unidas, Amnesty. Ahora es un orgullo que por la voluntad política de un gobierno se mueve todo. Por eso, este es un momento que hay que aprovechar.

En el ámbito académico, algunas personas sostienen que se debería negociar la reducción de las condenas a cambio de información sobre el destino de los nietos. ¿Cuál es la opinión de las Abuelas al respecto?

Nosotras no negociamos con los apropiadores o los asesinos de nuestros hijos. Escuchamos a todo el mundo pero no queremos hacer nada que sea contrario a la ley, la ética y la moral. Nosotras no queremos encontrar a nuestros nietos con indignidad. No queremos venganza, sólo queremos justicia. Igual, esa es una posición institucional. Cada familia se puede manejar de acuerdo a sus necesidades y convicciones. El tema es muy delicado. No compartimos pero tampoco condenamos a quienes piensan distinto porque no somos juezas. Distinto es la posibilidad de brindar recompensas a cambio de informa-

ción fidedigna sobre el destino de los desaparecidos y los niños apropiados. En ese caso sí estamos a favor porque se premia a alguien que pierde el miedo y brinda información útil.

A nivel internacional, las Abuelas han ganado un gran reconocimiento por su trabajo sobre el derecho a la identidad. ¿Cuál fue el premio más relevante que han recibido?

Para nosotras el premio más importante siempre es encontrar un nieto nuevo. Fuera de ello, hemos recibido muchísimos premios, pero el de la UNESCO es muy importante. Dicen que, en cuanto a reconocimiento, es el que le sigue al Premio Nobel de la Paz. Recibirlo de mano de la Directora General Irina Bokova fue impactante. Me llamó "Mi amiga Estela". Fue muy lindo. Igual, hay otros premios que son muy fuertes desde lo sentimental. Cristina nos regaló a todas las Abuelas y las Madres una Pirámide de Mayo. Fue entrañable porque viene de una mujer que perdió a su pareja en esto y deja la vida todos los días.

Este reconocimiento también se evidenció al momento de la adopción de tratados internacionales de derechos humanos.

Exactamente. A fines de la década del '80, cuando se adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, nos consultaron y redactamos el derecho a la identidad. Y eso se vio reflejado en los arts. 7, 8 y 11 del Tratado que se denominaron "los artículos argentinos". Y después, nuestra experiencia se vio reflejada a fines de 2006 en la Convención Internacional para la Protección de todas las

Personas contra las Desapariciones Forzadas. En su art. 25 se establece el deber de prevenir y sancionar penalmente la apropiación de niños y la falsificación de documentos que prueben la verdadera identidad de los niños. Además, se reconoce la obligación del Estado de adoptar medidas para buscar e identificar a los niños apropiados y el derecho de éstos a preservar y recuperar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

Y las Abuelas también han opinado sobre algunos aspectos del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

Efectivamente. Creemos que el desarrollo democrático de nuestro país exige que tengamos un Código Civil pluralista y tolerante con los distintos sectores sociales, como es éste que estamos debatiendo, por lo que bregamos por su aprobación.

El Proyecto regula, por primera vez, un procedimiento específico para que nuestros nietos que van recuperando su identidad también puedan, fácilmente, recuperar su apellido legítimo. Muchas veces sucede que pasan años entre el momento en que un joven conoce su verdadera identidad hasta que puede llevar en sus documentos el apellido de sus padres. Mientras tanto, debe convivir diariamente con un nombre falso, revictimizándose constantemente. Asimismo, nos preocupan algunos términos muy imprecisos que se utilizan al regular la situación de las adopciones.

Por otra parte, el Proyecto mantiene el principio actualmente vigente según el cual si se requiere realizar un análisis de ADN para establecer la filiación de un niño, en caso de que su presunto padre se niegue a someterse al análisis, ello es un indicio grave de su paternidad. Nos parece incorrecto mantener este principio, dado que se está estableciendo la identidad sobre la base de una presunción. Para las Abuelas debería facultarse al juez a obtener ADN de manera coercitiva, por intermedio de la fuerza pública en función de que la identidad es un derecho de jerarquía constitucional.

Además, destacamos que el Proyecto tiene grandes avances para prevenir y dificultar la compraventa de niños.

En la Audiencia Pública en el Congreso en la que Ud. participó se notó que la mayor preocupación de las Abuelas pasa por la regulación de las adopciones.

La práctica diaria de Abuelas, donde recibimos desde hace más de una década a jóvenes que quieren conocer su identidad, nos permite desarrollar una perspectiva muy específica sobre la adopción, nutrida de los relatos y experiencias de aquéllos que fueron adoptados o fueron víctimas del tráfico de niños. Por eso sabemos que es fundamental procurar preservar los vínculos fraternales. El proyecto lo prevé expresamente pero deja un margen de discrecionalidad muy amplio a los jueces para que ese principio no se cumpla.

También celebramos que el Proyecto contemple la posibilidad del adoptado, aún siendo adolescente, de acceder a la información sobre su adopción. Sin embargo, se exige que tenga patrocinio letrado. Acceder a un abogado no siempre es sencillo ni está al alcance de todos, por lo que no hay razón para ponerle obstáculos innecesarios a quien desea conocer su identidad.

Otra de las cuestiones que nos preocupa es que el Proyecto establece un plazo de apenas 30 días, prorrogable por otros 30 días más, para buscar a los familiares de un niño que no tiene filiación establecida o cuyos padres fallecieron. Creemos que debiera exigirse a las autoridades competentes el agotamiento exhaustivo de todos los métodos posibles de búsqueda, independientemente de los plazos.

Igualmente, uno de los aspectos centrales para nosotras es que no se haga ninguna modificación sobre el régimen de nulidad de las adopciones. El Proyecto enviado por el Poder Ejecutivo se aparta del Anteproyecto elaborado por la Comisión presidida por el Dr. Lorenzetti, manteniendo la redacción del art. 337, inc. c del Código Civil actualmente vigente, que las Abuelas conseguimos cambiar en el año 1997, luego de un pronunciamiento del Comité de Derechos Humanos. Esto contribuye a la anulación de las adopciones fraudulentas de los jóvenes apropiados durante la última dictadura que van recuperando su identidad.



Reseñas Bibliográficas

Aborto y justicia reproductiva

Paola Bergallo (compiladora)

Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011, 528 páginas.

por **LOURDES BASCARY**⁽¹⁾

Conocer más y mejor sobre un tema como el aborto, que se encuentra de manera latente en la agenda política y de manera patente en la sociedad, es sin dudas una necesidad para quien tenga alguna intención de enfrentar este debate de una manera informada y en toda su complejidad, en tanto es una realidad que impacta en la discusión socio-jurídica, política y cultural.

Sin embargo, hasta hoy, esa aproximación aparecía dificultosa, sobre todo si se quería explorar la liberalización del aborto en su profundidad y el aspecto más central del debate: la relación del aborto con el derecho y más particularmente, con el derecho constitucional y los derechos humanos, tema que no es frecuentemente central en las discusiones.

Es que hasta hoy, cualquier persona que hubiera querido adentrarse en estas cuestiones habría comprobado la dificultad de encontrar material objetivo y serio u otras fuentes de información confiables y rigurosas. Pareciera que la vinculación del aborto y los derechos sexuales y reproductivos con ciertas convicciones morales o religiosas hace tolerable que los escritos o estudios que se producen a los fines de formar, o incluso "convencer", a las personas sobre su importancia o desvalor pudieran quedar exentos de pruebas, datos fiables o fuentes científicas y/o jurídicas y sostenerse en meras afirmaciones dogmáticas que no se trasladarían a ninguna otra discusión jurídica.

En este contexto, este libro es una muestra de que se puede presentar el tema y algunas de sus aristas con una adecuada preocupación por la profundidad y la calidad de información. La compiladora de este libro, Paola Bergallo, es una de las personas que más conoce este tema en nuestro país y ese capital se traduce

.....

(1) Abogada especializada en derechos humanos (UNT). Se desempeña profesionalmente en el Equipo de Trabajo Internacional del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y es la responsable de coordinar los temas de género en dicha institución.

directamente en la selección de los textos que conforman esta obra y que lograrán llevar la inquietud inicial del lector o lectora a un nivel mayor de reflexión.

Con una estructura de tres partes, el libro aborda en la primera los datos que sirven para ilustrar el estado de la cuestión en el plano epidemiológico, social y político.

El trabajo de Ramos, Romero y Arias Feijó ordena los datos en materia de salud pública —y clarifica correctamente su origen, metodología y, por lo mismo, su valor— de la realidad del aborto. Este tipo de trabajo ya es un aporte cualificado en sí mismo, pero se vuelve más importante en tanto logra dar cuenta —y llamar la atención— sobre aquellos aspectos que aún no consiguen ser documentados adecuadamente dentro de este mapa epidemiológico y que, sin duda, son necesarios para los debates futuros.

Algo similar ocurre con el texto de Petracci, que se aproxima a los trabajos de sondeos de opinión que existen en relación a los derechos sexuales y reproductivos durante tres momentos entre los años 2003 y 2006, para compararlos entre sí y analizarlos en contexto. Además de ser una herramienta para sacar el tema de lo que “la sociedad quiere o acepta” del plano de lo intuitivo, la utilidad de este trabajo reside en visibilizar la existencia de estos estudios y construir conclusiones a través de esos datos. Pero adicionalmente, registra que hay elementos (como la mayor presencia de estos temas en la prensa en uno u otro sentido) que influyen en esta “opinión pública”, dando la pauta de que aspectos como el debate en los medios puede y debe ser objeto de atención llegado el momento de su discusión. Sin dudas, sería interesante transpolar estas preguntas y posibles conclusiones a los últimos sondeos que se conocen sobre el tema; acción que daría cuenta de la evolución constante que sufre la sociedad respecto de estos aspectos y que echa por tierra la referencia de que la “sociedad no está preparada para este debate”.

Por último, el artículo de Pecheny pretende hacer un análisis del devenir de los discursos políticos sobre el tema, bajo la pregunta “¿Por qué es tan difícil discutir políticamente sobre aborto?”. Sin dejar de reconocer el valor que tienen algunas de las ideas centrales del texto, cabe señalar que es este el aspecto en donde se registra una cierta desactualización del texto. Entre los años 2010 y el que corre, grandes han sido los avances en esta materia y es cada vez menor el espacio para que los referentes políticos dejen o eviten referirse a este tema. Aun así, algunas de las conclusiones que presenta el texto son absolutamente actuales, tales como la necesidad de que asuman un rol más activo aquellos “políticos no conservadores”, que, con su silencio contribuyen a perpetuar el aborto clandestino y las referidas a las posibles causas del no debate en relación con los aspectos culturales, del sistema político y de la clase política en nuestro país.

En la segunda parte del libro, los temas abordados tienen que ver con procesos regulatorios, las prácticas y reformas, referidos a la situación general en Argentina y en dos modelos comparados: España y Colombia.

Sin duda, la visión reflexiva y crítica sobre los aspectos legales del aborto no punible en Argentina y las posibles causas del incumplimiento por parte del Estado al acceso a esta práctica a aquellas mujeres que se encuadran en uno de estos supuestos, es un tema interesante, necesario y de enorme actualidad. Pero se vuelve más rico y apropiable por todos los actores vinculados con el debate de la liberalización del aborto, cuando se la entrelaza, como lo hace Michel en su artículo, con aquellas variables socioculturales, descritas como dinámicas sociales, sobre las cuales actúa (o no actúa) este derecho. Este artículo aporta una visión muy organizada de las barreras de acceso al derecho al aborto no punible que enfrentan las mujeres de todas las edades en nuestro país y las clasifica de manera tal que se constituye en un marco de referencia válido para analizar las cuestiones que cualquier programa o acción estatal debe contemplar para resolver esta situación vulneradora de derechos y que hoy se encuentra generalizada en nuestro país. Es interesante reflexionar sobre las cuestiones abordadas en la descripción de las barreras ubicadas en el ámbito social-individual, el ámbito del sistema de salud y el ámbito estatal regulatorio. Como introduce la autora, no porque sea el Estado quien deba dar adecuada respuesta a todos estos aspectos, sino porque, debe contemplarlos para abordarlos de la mejor manera en post de garantizar un derecho.

El texto de Menéndez, referido a los procesos iniciados en distintas partes del país a los fines de regular (vía acto administrativo o norma legislativa) la asistencia sanitaria a las prácticas de abortos no punibles, introduce aspectos que aunque centrales en la discusión, son poco abordados desde el derecho, como, por ejemplo, las cuestiones de competencia relacionadas con este tema. Aunque en términos concretos el panorama descrito en tanto proyectos y regulaciones existentes ha mutado mucho, sobre todo después del fallo "F. A. L.", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los criterios abordados para realizar el trabajo comparativo son muy interesantes y útiles para seguir de cerca el debate que se está generando en las distintas jurisdicciones del país.

Por su parte, los aportes de las experiencias comparadas son de enorme riqueza para el estado actual de la cuestión en Argentina: si se observa que la negativa a cumplir con los abortos legales en nuestro país sólo deja lugar para el avance del debate legislativo sobre la liberalización del aborto, son útiles las reflexiones sobre el proceso español que explica Lorenzo Copello y que se concretara en el 2009. En cambio, si creemos que lo que se puede avanzar en nuestro país es en un efectivo cumplimiento de la legislación vigente desde 1922, de conformidad con la nueva interpretación de la CSJN, nos servirá conocer las reflexiones de Jaramillo y Alfonso Sierra de Colombia, respecto de cómo cabe acompañar este derecho para que realmente impacte en la vida de las mujeres. Este artículo cuenta con aproximaciones a la situación legislativa regional que también pueden ser de utilidad, vinculándola con los índices de mortalidad materna.

En la tercera parte de este libro se estudian cuestiones argumentales vinculadas a aspectos normativos, ya sea del ámbito del derecho internacional de los derechos humanos como del derecho constitucional. La discusión se encuadra desde un plano que es irrefutable y muy propio para los profesionales del derecho: estas cuestiones como un conflicto de derechos en un marco en donde no se reconocen derechos absolutos.

En esta línea, el texto de Cook, Ortega-Ortiz, Romans y Ross introduce ciertas precisiones sobre el entendimiento que se le ha dado en estas situaciones a la salud mental de la mujer para justificar el aborto no punible, en un sistema de permisos o indicaciones. En nuestro país, este es un aspecto a explorar sobre todo en un contexto en donde la salud mental ha sido reconocida como parte integral de la salud.

Por su parte, el texto de Ferrante aporta desde la dogmática penal, las visiones centrales que le hacen poder afirmar que en nuestro país el aborto es legal en determinados supuestos —lo que el autor llama un nivel “elevado”, “alto” o “rico” de permisividad— y eso es compatible con nuestro esquema normativo general. Incluso, desarrolla la idea de que nuestro sistema es compatible incluso con un sistema de permisividad mayor, es decir un sistema de permisos no cualificado para el aborto temprano.

Por su parte, el artículo de Farrell sostiene la tesis contraria, respecto de que si bien existe un derecho constitucional al aborto en los supuestos contemplados como no punibles por nuestro código penal, no lo hay en los casos de abortos tempranos. Para sostener y justificar sus posturas, analiza a Ralls y los autores que lo interpretan, dando argumentos que, se acuerde o no con sus conclusiones, son útiles a la hora de acercar a estas discusiones posiciones desde la teoría del derecho.

El artículo de Filippini sobre las posturas frente al aborto no punible en la reforma constitucional de 1994 es una herramienta valiosa al momento de fundamentar por qué en nuestro esquema constitucional no existe una protección absoluta a la vida desde la concepción. En tanto es una rigurosa sistematización de posturas y debates sirve aún cuando muchos de los argumentos que se abordan son jerarquizados por la decisión de la CSJN en “F., A. L.”.

Los textos referidos a estándares internacionales, de Zampas, Tood-Gher y Casas, son un aporte para quienes reconocen en el derecho internacional de los derechos humanos una fuente de interpretación y alimentación para nuestro ordenamiento normativo constitucional. El primero, sobre todo, es una gran contribución en tanto explica los criterios utilizados para clasificar la existencia de antecedentes en cada supuesto y puede constituirse en un material de consulta frecuente para quien haga de la defensa de los derechos reproductivos un ejercicio cotidiano.

Por último, cabe señalar la actualidad del texto de Nino, que habiendo sido escrito en 1992, no ha perdido vigencia. De una claridad conceptual y contundencia

argumental enorme, se aproxima a las discusiones ineludibles respecto de la liberalización del aborto.

En definitiva, esta obra goza de una vigencia importante. Aun cuando una primera aproximación al índice del libro, tal vez a causa de la enorme movilidad y mutabilidad que ha tenido este tema en los años más recientes, nos infiere a la confusión de creer que la obra aparece como desactualizada, e incluso, válidamente, ya con el libro en sus manos, el lector quisiera conocer las perspectivas más actuales de los fenómenos y debates introducidos por cada una de estas investigaciones contenidos en estos artículos.

Crímenes de lesa humanidad en la Argentina. De la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio

Alejo Ramos Padilla

Buenos Aires, Fabián Di Plácido Editor, 2011, 216 páginas.

por **MARÍA ALICIA LANDABURU**⁽¹⁾

Crímenes de lesa humanidad en la Argentina plantea un recorrido histórico imprescindible para apreciar el valor que tienen los juicios por crímenes contra la humanidad cometidos en Argentina desde fines de 1975 hasta fines de 1983.

Los eventos históricos de índole jurídica, social y política identificados en la obra no sólo representan una contingencia de su tiempo, sino que su lectura ordenada bajo las premisas seleccionadas por el autor, resulta de toda necesidad para la observación y la apreciación del desenvolvimiento actual del proceso de juzgamiento de crímenes contra la humanidad. Esta propuesta no sólo reconoce y señala algunos de los obstáculos existentes en las investigaciones y juicios actuales, sino que aborda un forzoso cuestionamiento de una cultura jurídica que, bajo la máscara de neutralidad de la tarea del jurista, permite la supervivencia de mecanismos que conviven pacíficamente con la aplicación selectiva de las normas, y articula vallas y defensas para evitar el juzgamiento de quienes, históricamente, gozaron de privilegios en Argentina.

La obra se transforma, de esta manera, en una herramienta ineludible de cara al presente y al futuro de este proceso, en función del carácter explícito del posicionamiento del autor, sea frente al evento relatado, sea en la organización de la línea de sucesos propuesta como vector de análisis de la historia reciente. Esto

(1) Abogada (UBA). Maestranda en Antropología Social (FLACSO). Se desempeña profesionalmente en la Unidad de Coordinación y Seguimiento de causas por violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el terrorismo de Estado (Procuración General de la Nación). Participa del Programa Argentino de Capacitación para la Implementación de la Reforma Procesal Penal 2012.

posibilita el diálogo con ese pasado que relata, así como con el presente y, fundamentalmente, con el futuro. La importancia de este rasgo se encuentra en el carácter dialéctico que permite el señalamiento de la propia adscripción ética e ideológica del autor frente a la realidad sobre la que se expide, que contrasta con la neutralidad y el formalismo que impera en este campo.

En esta ocasión, Ramos Padilla está acompañado en el prólogo por el ex magistrado español Baltasar Garzón, quien aporta a la obra la mirada de quien, habiendo tomado una participación fundamental en este proceso permeado por las normas internacionales, distingue la persistencia de las víctimas (quienes, a pesar de los obstáculos, no abandonaron nunca sus reclamos de justicia) como posibilitadora del juzgamiento de los crímenes.

El autor inicia su trabajo a través del análisis de lo que denomina, con acierto, "cultura de la impunidad". Esto le permite sortear el concepto técnico del término —la no penalización de una conducta—, y avanzar sobre una idea que recorrerá toda la obra, según la cual la impunidad, como ausencia de penalización de graves violaciones a los derechos humanos, forma parte de una especial predisposición del campo disciplinar del derecho a convalidar actos atroces y defraudar valores que debía resguardar. Así, recorre distintas manifestaciones del fenómeno de la impunidad y distingue dos aspectos: uno normativo, en el que se inscribe todo acto de carácter general encaminado a impedir la persecución penal o a frustrar su continuación en aquel caso en que la investigación hubiera tenido algún desarrollo; y otro, fáctico, vinculado específicamente a la conducta desplegada por los actores del sistema judicial.

Este abordaje le permite extraer una conclusión temprana, de carácter parcial, según la cual la impunidad vinculada a crímenes contra la humanidad no sólo trasciende el ámbito particularmente afectado por estos crímenes —impactando de forma general en la sociedad—, sino que deslegitima al propio sistema judicial en su tarea cotidiana de juzgar y castigar todo tipo de conductas.

Bajo la premisa de que al dictar cada uno de los actos de convalidación de las interrupciones del orden institucional, el sistema judicial argentino legitimó acciones criminales atroces, el autor tensa el mérito de la disciplina del derecho, adopta una posición moral e ideológica, y postula que no toda norma puede ser considerada "derecho". El derecho debe permanecer cerca de los valores de la sociedad; y si un alejamiento tal se produce por aceptación o convalidación de estos crímenes, la norma que encarne esa postura deja de ser derecho, y pasa a considerarse un mero acto de poder.

En el segundo capítulo, el autor introduce la observación de los obstáculos presentados en la experiencia argentina de juzgamiento de crímenes contra la humanidad, cuyo inicio ubica en el día 28 de abril de 1983 con la publicación del informe denominado "Documento final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo", y la sanción de la ley *de facto* 22.924, denominada

Ley de pacificación nacional —también conocida como Ley de autoamnistía—, y el dictado del decreto 2726/83 —que dispuso la destrucción de toda la documentación referida a secuestros y desapariciones—. Aquí son también señaladas las leyes 23.492 y 23.521, de Punto Final y Obediencia Debida —hoy conocidas como leyes de impunidad—, sancionadas el 29 de diciembre de 1986 y el 4 de junio de 1987 por el gobierno electo democráticamente de Raúl Alfonsín; y finaliza con los decretos presidenciales dictados por Carlos Menem durante los años 1989 y 1990, mediante los cuales fueron indultados altos mandos de las Fuerzas Armadas no beneficiados por las leyes de impunidad, miembros de las organizaciones políticas armadas, y personal militar que intervino en las rebeliones contra el gobierno constitucional en 1987 y 1988.

Respecto del accionar del sistema judicial frente a los indultos, el autor se detiene particularmente en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en algunos dictámenes del Procurador General de la Nación mediante los cuales se mantuvo la validez de esos actos. Muestra, en definitiva, la configuración de un sistema judicial que no tardó en premiar las conductas de quienes se valieron de la función pública llamada a proteger derechos y restablecer gravísimas consecuencias dañosas, para servir a la impunidad de los autores de estos crímenes.

En el tercer capítulo, traza el recorrido de las alternativas exploradas frente al virtual estado de impunidad en que se encontraba la cuestión en Argentina, y que a través del reconocimiento del nuevo paradigma de protección de los derechos humanos, hubo de superarse.

El autor rastrea, primeramente, el surgimiento del derecho a la verdad, pese a su no reconocimiento explícito en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Muestra su presencia en las normas que tempranamente regularon los conflictos armados, hasta su expreso reconocimiento por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 1985-1986 y en el Informe N° 28/92 que permitió a víctimas y familiares sortear las argumentaciones legales y jurisprudenciales que impedían responsabilizar a los autores de los crímenes, logrando el compromiso del Estado argentino de averiguar y dar a conocer la verdad de lo ocurrido con las personas desaparecidas, proceso que se concretó en los llamados Juicios por la Verdad. Con cita de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos "Velázquez Rodríguez" y "Barrios Altos", Ramos Padilla pone al descubierto los posicionamientos adversos al avance de los juicios sostenidos por el sistema penal argentino. Estos pronunciamientos, señala, crearon una situación basada en tres puntos: i) las leyes de impunidad y los indultos resultaban, a las claras, incompatibles con las previsiones de la Convención Americana sobre Derecho Humanos; ii) los Estados debían asumir la obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y adoptar medidas para lograr la protección de los derechos reconocidos por la Convención; y iii) las disposiciones de amnistía, prescripción y excluyentes de responsabilidad que pretendían la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos resultaban,

también, inadmisibles. Concluye en que esta situación creó un escenario propicio para el dictado, el 14 de junio de 2005, del fallo “Simón” por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además del citado, menciona otros pronunciamientos de la Corte Suprema a través de los cuales se delineó la potestad de perseguir y castigar crímenes contra la humanidad. Resulta saludable tener en cuenta los objetos de estos pronunciamientos, dada la diversidad de cuestiones que debieron revertirse para posibilitar la reapertura de este proceso. El reconocimiento del carácter imprescriptible de los delitos contra la humanidad en “Arancibia Clavel”; el reconocimiento del derecho a la verdad sobre los hechos que implicaron graves violaciones a los derechos humanos en “Urteaga”; el otorgamiento de un rol protagónico de la víctima en este tipo de procesos en “Hagelin”; y el replanteo del alcance de la garantía de cosa juzgada compatible con los delitos investigados en “Videla”. Esta jurisprudencia del Tribunal no es ajena al acompañamiento social y político que enmarcó el contexto, inflexiblemente modificado por el dictado de los decretos 222/03 y 588/03, mediante los que se estableció el procedimiento para la preselección de candidatos para la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Procuración General de la Nación, dando paso a un proceso participativo, transparente y absolutamente novedoso en términos de autolimitación de las atribuciones conferidas al Presidente de la Nación por la Constitución Nacional (art. 99, inc. 4). A ello se agregó la sanción de la ley. 25.779 de nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, todo lo cual sentó las bases de un proceso de remoción de los obstáculos normativos con los cuales el propio sistema judicial, la Academia y las iniciativas legislativas de escasa representatividad habían impedido el juzgamiento de estos crímenes.

El cuarto capítulo se adentra en el análisis de la experiencia argentina a la luz de los principios de derecho internacional de los derechos humanos, explicando las características que debe reunir un acto criminal para formar parte de la categoría internacional de crímenes de lesa humanidad. En el recorrido por los elementos de contexto que debe cumplir un acto —ser cometido en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil, llevado a cabo de conformidad con una política o plan y con conocimiento de dicho ataque—, el autor introduce doctrina y menciones de la temprana jurisprudencia de los tribunales internacionales que fueron luego adoptadas por los tribunales nacionales.

El autor sostiene un contrapunto con posturas minoritarias, adversas al actual juzgamiento y sanción de crímenes contra la humanidad, según las cuales el régimen jurídico especial creado por la utilización del derecho internacional se caracteriza por la no vigencia del principio de legalidad y la inaplicabilidad de la garantía de *non bis in ídem*, entre otras cuestiones, y por inscribirse en el sistema vernáculo con notas de autoritarismo y tendencias punitivistas. Para contestar estas objeciones, repasa las características de los derechos protegidos, no taxativos y de existencia previa e independiente de la voluntad de los Estados, así como también las reglas que rigen el sistema de protección frente a estos crímenes: inderogabilidad, irretroactividad, imprescriptibilidad, inamistiabilidad y responsabilidad individual,

indicando aquí también la jurisprudencia que marcó el inicio de un camino que aparece como irreversible en la región y en el país.

En el último capítulo, se resumen las ideas desarrolladas en la obra y Ramos Padilla señala la debilidad de la ley cuando se trata de juzgar a individuos poderosos, como fenómeno que contó siempre con el discurso de legitimación de los “hombres de derecho”. De ello se desprende, de acuerdo con su postura, no sólo una sensación de anomia sino una tendencia de la sociedad hacia ella, al corroborar la impunidad del poderoso que, además, tuvo participación en acciones vinculadas al terrorismo de Estado. En este sentido, el proceso de juicio y castigo de crímenes del terrorismo de Estado colisionó con la cultura de la impunidad en una sociedad en la que se percibe que los poderosos no son alcanzados por la justicia. Bajo esta perspectiva, vale recordar que el concepto de anomia traído es aquel reelaborado por Nino para explicar una tendencia hacia la ilegalidad y el incumplimiento de las normas sociales.⁽²⁾ La observación de la experiencia argentina nutrida por la infatigable actividad de las víctimas y de los organismos de derechos humanos invita a regresar sobre la definición de Durkheim, sutil pero precisamente disímil, según la cual es la discordancia entre los valores sociales y los institucionalmente prescriptos la que conlleva al efecto de “falta de norma”. En este sentido, la experiencia de absoluto —y persistente— apego a la legalidad demostrada por los protagonistas de las luchas por la reapertura de los juicios, supera un cierto pesimismo que rodea la definición dada por Nino, y controvierte la tendencia en ella contenida a diluir en una vaga responsabilidad social, la responsabilidad propia de la cultura jurídica.

Es por ello que el llamado de atención respecto del rol de los juristas en la construcción de la cultura de la impunidad es uno de los aportes más resueltos de la obra, necesario para un análisis capaz de poner en entredicho la tradicional desconexión que el estudio del derecho mantiene respecto de las realidades históricas y políticas de Argentina y de la región. Sobre todo, frente a la vinculación que existe entre el uso ficcional y tramposo de la legislación, propio de la cultura de la impunidad, y la formación de extendidos cuerpos de profesionales sostenedores de esa cultura.⁽³⁾

Nadie en este proceso de juzgamiento de crímenes contra la humanidad es neutral, sostiene el autor con razón. Nadie lo es en el sistema judicial, ni en la Academia. Tal como concluye Ramos Padilla, este proceso se enfrenta de manera abierta con la cultura de la impunidad y pone en evidencia la persistencia de los obstáculos derivados de los órganos encargados de la aplicación de la ley —la impunidad de tipo fáctico—. Conviene no cifrarlo a lo estrictamente jurídico, ya que ello

(2) NINO, CARLOS S., *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992, p. 24 y ss.

(3) BINDER, ALBERTO M., *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*, 1ra. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2012, p. 193.

impediría advertir diversos procesos iniciados desde fuera del campo del derecho que, enlazados a los principios de Memoria, Verdad y Justicia, convergieron en la reapertura de los juicios. La superación de los obstáculos provenientes de la cultura de la impunidad está en gran medida asociada a una necesaria transformación de nuestra cultura jurídica formada en la aceptación de la aplicación selectiva de la norma. Este proceso transformador excede el marco de lo jurídico y se encuentra inseparablemente vinculado a la dimensión política, en parte demonizada en la experiencia de juzgamiento de crímenes del terrorismo de Estado de los años ochenta, pero socialmente reivindicada en la actualidad.

Por este motivo, debe resaltarse la identificación del núcleo donde la cultura de la impunidad sobrevive, tal como lo marca la obra, lo que la convierte en el punto de partida necesario de una labor, también necesaria, decidida a profundizar el análisis del campo disciplinar del derecho y la abogacía, su responsabilidad por las conductas sostenidas durante el terrorismo de Estado, y la deuda que le cabe en el proceso de democratización de las instituciones.

La vitalidad de los procesos sociales de reparación y participación democrática así como la realización de estos juicios a pesar de los obstáculos impuestos por el sistema judicial, demuestra que la sociedad ha comenzado a saldar también su deuda.



Novedades

Novedades

► Avances en dos importantes juicios sobre derechos humanos

A partir del 3 de septiembre continúa el juicio oral en Tucumán por el secuestro de Marita Verón. La Sala II de la Cámara Penal, que se encuentra en etapa de recepción de declaraciones testimoniales, conduce un proceso contra 13 imputados por los delitos de privación ilegítima de la libertad y promoción de la prostitución.

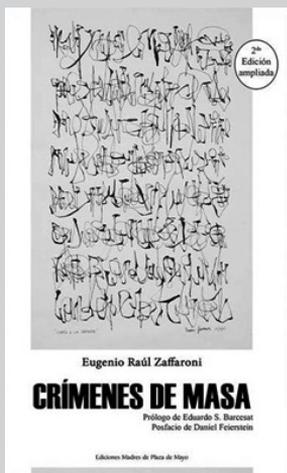
► Audiencias por los Proyectos de Reforma del Código Civil y Comercial

Entre el 23 y el 28 de agosto de 2012 se realizó la primera jornada de audiencias públicas en la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Alrededor de 40 expositores se presentaron en el Salón Azul del Congreso de la Nación para exponer sus visiones sobre el nuevo Código Civil y Comercial.

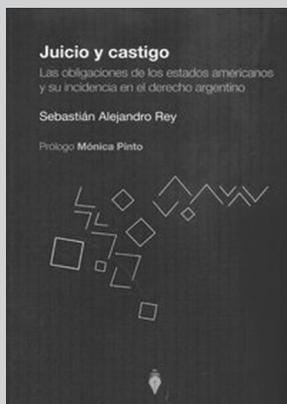
► XI Congreso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos

La Asociación Madres de Plaza de Mayo y la Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo realizó los días 6, 7 y 8 de Septiembre en la Ciudad de La Plata el XI Congreso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos bajo la consigna: "¡EL SILENCIO NO ES SALUD!" Por la plena aplicación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (26.522) y la Ley Nacional de Salud Mental (26.657).

► Presentación de libros



El Dr. Eugenio R. Zaffaroni presentó el día 4 de septiembre la segunda edición de su libro “*Crímenes de Masa*” en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la UBA. La obra editada por la Asociación Madres de Plaza de Mayo fue presentada por el autor junto al Dr. Eduardo Barcesat y el Lic. Daniel Feierstein, autores de los prólogos y la Sra. Hebe de Bonafini.



Por otra parte, el jueves 6 de septiembre en el Rectorado de la Universidad Nacional de La Plata, el Dr. Zaffaroni participó junto a Manuel Bouchoux, de la presentación del libro *Juicio y castigo. Las obligaciones de los Estados americanos y su incidencia en el derecho argentino* escrito por el Mag. Sebastián A. Rey. Se trata de un manual sobre la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos sobre el proceso de Memoria, Verdad y Justicia que se desarrolla en nuestro país.

► Presentación de una guía de trámites para facilitar la regularización de los migrantes sudamericanos

La guía tiene por objeto brindar información accesible, actualizada y útil a los migrantes de la Región a la hora de establecerse y desarrollar su vida en nuestro país. Fue presentada por el ministro de Justicia y Derechos Humanos, Julio Alak, el canciller Héctor Timerman y el Secretario de Justicia, Julián Álvarez.

► Presentación de una guía de trámites para facilitar la regularización de los migrantes sudamericanos

Contiene un detalle de los requisitos y los pasos a seguir por los ciudadanos extranjeros a la hora de gestionar certificados de nacionalidad, de nacimiento, antecedentes penales o traslados de condenados para que cumplan la pena en su país de origen. También aporta información sobre cómo reclamar una cuota alimentaria si el deudor se encuentra en el extranjero, qué pasos se deben seguir en caso de menores trasladados o retenidos en otro país, y qué documentos se deben presentar para ingresar o salir de la Argentina según la nacionalidad, entre otros procedimientos útiles. Asimismo, contiene un detalle de los consulados extranjeros con asiento en el país, así como las dependencias del Estado nacional a las que pueden recurrir los ciudadanos tanto argentinos como extranjeros para obtener información y asesoramiento complementarios y una nómina de los Centros de Acceso a la Justicia que funcionan en todo el territorio nacional.

En el acto de lanzamiento, que tuvo lugar en la Casa Patria Grande "Presidente Néstor Carlos Kirchner", se destacó que la guía también contiene información relevante para los ciudadanos de nuestro país que deban realizar trámites que involucren actividades en el extranjero.

La misma podrá descargarse en formato pdf desde el sitio oficial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: www.jus.gov.ar

Como parte de estas políticas de inclusión e integración regional, el Ministerio de Justicia viene trabajando en un programa de Consulados Móviles que

► **Presentación de una guía de trámites para facilitar la regularización de los migrantes sudamericanos**

consiste en operativos por medio de los cuales los consulados de los diferentes países de la región se movilizan a los Centros de Acceso a la Justicia de los barrios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en los que se han identificado mayores núcleos de población de algunas de las colectividades de extranjeros, para que puedan hacer sus trámites consulares de manera rápida, sencilla y cerca de su hogar.

Próximamente, los consulados llegarán a los Centros de Acceso a la Justicia del Interior del país.

► **Inauguración de dos Centros de Acceso a la Justicia en la provincia de Córdoba**

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos inauguró dos nuevos Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) en Córdoba Capital. El primero de ellos está ubicado en el Barrio Müller, Obispo Castellanos 51, mientras que la otra sede funcionará en el Centro de Integración Comunitaria (CIC) del Barrio Cabildo, calles Colorado esquina San Rafael.

Durante la apertura se realizó un operativo integral junto al Ministerio de Desarrollo Social, ANSES, INADI y Pami, en el que los vecinos accedieron a los servicios y políticas brindadas por éstas instituciones. Además, se puso en funcionamiento una Terminal de Autoconsulta de la ANSES que brindará una herramienta importante para la comunidad, complementando el trabajo que realizaran abogados, psicólogos, trabajadores sociales y mediadores comunitarios en todos los Centros de Acceso a la Justicia.

► Inauguración de dos Centros de Acceso a la Justicia en la provincia de Córdoba

Con estas dos nuevas inauguraciones, ya suman 39 los Centros de Acceso a la Justicia que funcionan en todo el país, fortaleciendo una red federal en crecimiento que busca garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y el acceso a las principales políticas públicas impulsadas por el Estado Nacional. En el último mes se pusieron en funcionamiento nuevos CAJ en las provincias de Mendoza y Santa Fe y en las Villas 20 y 15 de la Ciudad de Buenos Aires.

► V Aniversario de la creación de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionario de refugio del Ministerio Público de la Defensa

Durante el mes de septiembre, la Defensoría General de la Nación celebró con distintas actividades el quinto aniversario de la creación de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionario de Refugio. Este programa se estableció para asumir la tutela, la representación legal y el acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias que solicitan el reconocimiento de la condición de refugiados en la República Argentina. Desde entonces, procura proteger y garantizar todos y cada uno de los derechos humanos de sus asistidos, que en su gran mayoría proviene de Estados africanos, y de América Latina. Asimismo, en el ámbito de la Comisión funciona un Equipo Interdisciplinario de Acompañantes que procura convertirse en el referente y mediador cultural del niño, niña o adolescente en el país y lo asiste en cuestiones vinculadas con el goce del derecho a la salud, educación, vivienda y alimentación.

► V Aniversario de la creación de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de refugio del Ministerio Público de la Defensa

Finalmente, en el 2012, la República Argentina se puso a la vanguardia en materia de representación legal de solicitantes de asilo, cuando la DGN creó el Programa de Asesoramiento y Representación Legal para personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiada, mediante el cual todo solicitante de refugio, independientemente de su edad, cuenta con la asistencia de un abogado provisto gratuitamente por el Estado en todas las etapas del procedimiento, así como asistencia en materia migratoria, de ciudadanía y acceso al ejercicio de sus derechos económicos, sociales y culturales. El cuerpo de 7 abogados fue seleccionado a través de una convocatoria pública y abierta y un examen escrito a los que se postularon 276 personas.

► XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional

El próximo 15, 16 y 17 de noviembre de 2012 se desarrollará en la sede de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Provincia de Santa Fe, una nueva edición del Congreso Argentino de Derecho Internacional organizado por la AADI – Asociación Argentina de Derecho Internacional.

Este año, los temas a abordar son los siguientes: Sección de Derecho Internacional Público – Sección de Derecho de la Integración: “Los nuevos procesos y organizaciones en el sistema interamericano (UNASUR y CELAC), y sus implicancias en relación con la OEA”; Sección de Derecho Internacional Privado: “El Estatuto Personal ante los despla-

► XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional

zamientos transfronterizos”; Sección de Relaciones Internacionales: “La integración sudamericana y la defensa de los recursos estratégicos”; Sección de Documentación, Metodología y Enseñanza del Derecho Internacional: “El enfoque multidisciplinario en la investigación del derecho internacional”; Sección de Derechos Humanos: “Los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional: evolución y desarrollos normativos”.

Para mayor información sobre inscripción, aranceles y envío de ponencias visite la página web: <http://www.aadi.org.ar/>

► Sanción por parte de Brasil de una ley que reserva la mitad de los cupos universitarios para alumnos estatales

Tras 13 años de debate, la presidenta de Brasil, Dilma Rousseff, sancionó el 29 de agosto una ley que reserva la mitad de las plazas en las universidades federales a estudiantes de escuelas públicas. Dentro de esa cuota, habrá una distribución entre negros, mulatos e indígenas, proporcional a la composición de la población en cada estado del país y también para estudiantes con ingresos familiares inferiores a un salario mínimo y medio, es decir, cerca de 450 dólares mensuales. En ese contexto, Rousseff dijo que el desafío para democratizar el acceso a la educación superior es mantener un alto nivel de educación y la “meritocracia(...) La importancia de este proyecto radica en un doble desafío: la democratización del acceso a las universidades, y hacer eso manteniendo un alto nivel de enseñanza y la meritocracia”, dijo.

► Sanción por parte de Brasil de una ley que reserva la mitad de los cupos universitarios para alumnos estatales

En la actualidad, el 88% de los estudiantes de secundaria en Brasil asiste a las escuelas públicas, aproximadamente 891 mil contra 246 mil que concurren a escuelas privadas. El sistema —avalado también por la Corte Suprema de Brasil que aprobó en abril por unanimidad la adopción de cuotas raciales en las universidades— pretende frenar un proceso que se reprodujo históricamente en Brasil: los hijos de los más adinerados, formados en escuelas privadas, eran los que conseguían las mejores notas, y por tanto, garantizaban su ingreso en las universidades públicas brasileñas, que son las más prestigiosas del país. Y quedan afuera los más pobres, que estudiaron en escuelas públicas.

► El Ministerio de Justicia ofrece recompensas por seis prófugos acusados de cometer delitos de lesa humanidad

Cien mil pesos en cada caso para quienes aporten datos que permitan su captura sobre seis imputados en delitos de lesa humanidad, cometidos durante la última dictadura cívico militar. Se trata de los prófugos Néstor Ramón Buzzato, Mario Alfredo Sandoval, Raúl Campi-longo, Sebastián Roberto Nicolás, Juan José Vagnisan y Rubén Eduardo Alcuri, Buzatto. Las personas que quieran suministrar datos sobre los prófugos deberán comunicarse telefónicamente con la Unidad Especial para la Búsqueda de Personas Ordenada por la Justicia al teléfono (011) 5300-4020.

A los colaboradores

La Revista Digital de Derechos Humanos publica artículos originales, notas críticas, comentarios de fallos de tribunales nacionales e internacionales, discusiones novedosas y reseñas bibliográficas.

Las colaboraciones deben ser remitidas a:

Dr. Juan Pablo Vismara, revistaddhhinfojus@gmail.com;

Dra. Laura Pereiras, ediciones@infojus.gov.ar