

ISSN 2346-870X

# Derechos Humanos

AÑO II NÚMERO 4

Director: Sebastián Alejandro Rey

---



Ministerio de  
Justicia y Derechos Humanos  
Presidencia de la Nación



Infojus  
SISTEMA ARGENTINO DE  
INFORMACIÓN JURÍDICA

---





AÑO II - NÚMERO 4

# Derechos Humanos

---

**PRESIDENCIA DE LA NACIÓN**

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

**MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**

Dr. Julio Alak

**SECRETARÍA DE JUSTICIA**

Dr. Julián Álvarez

**SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL**

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO  
DE INFORMACIÓN JURÍDICA**

Dra. María Paula Pontoriero

.....  
ISSN: 2314-1603

Derechos Humanos

Año II - N° 4 - Noviembre 2013

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

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

Directora: María Paula Pontoriero

Director Editorial: Sebastián Alejandro Rey

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

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

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta pu-  
blicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar)

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

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

Sebastián Alejandro Rey

Director

Fernando Valsangiacomo Blanco

Juan Pablo Vismara

Secretarios de Redacción

Ariel Bernal - María Laura Iseas

Jorge Murillo - Iñaki Regueiro de Giácomi

Colaboradores



# Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

Juliana Bravo Valencia

Pablo Ceriani Cernadas

Luciana Díaz Ávila

Guillermo Díaz Martínez

Marcos Ezequiel Filardi

Leonardo Franco

Lila Emilce García

Alan Iud

Nicolás Laino

Rodolfo Mattarollo

Silvina González Napolitano

María José Lubertino

Stella Maris Martínez

Diego Morales

Pedro Mouratian

Alejo Ramos Padilla

Marcelo Raffin

José Ernesto Rey Cantor

Fabián Salvioli

Liliana Tojo

Juan Antonio Travieso

Carolina Varsky

José Luis Zerillo

Silvina Zimmerman





# Editorial

El 10 de diciembre no es un día más para el pueblo argentino. Hace treinta años implicó el retorno a la vida democrática luego de siete años de un gobierno militar que usurpó el Estado por las armas apoyado por los grandes grupos económicos y exterminó a parte de una generación, con el altísimo costo de 30.000 personas detenidas desaparecidas y miles de exiliados. Simultáneamente, en aquel turbulento mes de diciembre de 1983, se inició el proceso de justicia transicional con la creación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). La tarea de la Comisión de la Verdad argentina ha sido defendida y atacada en iguales proporciones. En este número de la Revista de Derechos Humanos nos proponemos reflexionar sobre su tarea a partir de los trabajos de Emilio Crenzel y de Carolina Varsky y Lorena Balardini. Asimismo, Hebe María Pastor de Bonafini, Presidenta de la Asociación Madres de Plaza de Mayo, en una interesante entrevista brinda sus puntos de vista sobre ésta y muchas otras cuestiones que hacen a la protección de los derechos humanos en la Argentina.

El 30° aniversario de la creación de la CONADEP también permite analizar el trabajo de otra comisión de la verdad que ha trascendido sus fronteras, como la que se llevó adelante en Sudáfrica luego de la caída del *apartheid*. En este sentido, se aspira a que los trabajos de Jasmina Brankovic y Karin Van Marle junto a las entrevistas a Sello Hatang (Vocero del Centro de Memoria de la Fundación Nelson Mandela) y Enver Moothoosamy (*Legal Officer* de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica) brinden algunos aspectos sobre una experiencia de la que muchos se habla en nuestro país pero poco se conoce, y tratar de resolver el interrogante de si es posible lograr la reconciliación sin el castigo penal de los autores de graves violaciones de derechos humanos.

Pero el 10 de diciembre también es el Día Mundial de los Derechos Humanos, a raíz de la aprobación en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La defensa y protección de los derechos humanos es

una actividad cotidiana que justifica que se continúe con la publicación de la jurisprudencia más relevante sobre la materia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La trascendencia de esta actividad consiste en que todas las personas conozcan sus derechos y, a la vez, que los operadores jurídicos tengan acceso a las recientes decisiones vinculadas a la aplicación de los tratados de derechos humanos a casos concretos. En este número se abordan cuestiones relacionadas con la prohibición de discriminación (la nacionalidad como categoría sospechosa y el derecho a manifestar la religión), la libertad de expresión, derechos reproductivos y aborto, la justicia reproductiva, los límites al uso de la fuerza por parte de agentes estatales, los derechos de los migrantes en procedimientos de expulsión y la prohibición de salida, la prohibición de la tortura, el deber de los estados de investigar graves violaciones de derechos humanos y los límites a la posibilidad de amnistiarlos, la desaparición forzada de personas, aspectos de la justicia penal juvenil y de la sustracción ilegal de menores, y las garantías judiciales y el debido proceso (derecho al recurso, prohibición de doble juzgamiento, derecho a disponer de un abogado defensor y posibilidad de renuncia al derecho de defensa, incorporación por lectura de los testimonios de cargo).

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

El director

# Índice General

## Dossier sobre los 30 años de la creación de la CONADEP. Las comisiones de la verdad en Argentina y Sudáfrica p. 1

La CONADEP treinta años después.

La investigación sobre las desapariciones forzadas en la Argentina

por EMILIO CRENZEL ..... p. 3

La “actualización” de la verdad a 30 años de CONADEP.

El impacto de los juicios por crímenes de lesa humanidad

por CAROLINA VASKY y LORENA BALARDINI ..... p. 27

Responsabilidad y Reconciliación Nacional en Sudáfrica

por JASMINA BRANKOVIC ..... p. 55

“Ni una sola cosa ha cambiado... nada”.

Conciliación, reconfiliación, fragilidad y la búsqueda de la justicia

por KARIN VAN MARLE ..... p. 87

## Entrevistas p. 99

Entrevista a Hebe María Pastor de Bonafini

(Presidenta de la Asociación Madres de Plaza de Mayo) ..... p. 100

Entrevista a Sello Hatang

(Vocero del Centro de Memoria de la Fundación Nelson Mandela) ..... p. 105

Entrevista a Enver Moothoosamy

(*Legal Officer* de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica) ..... p. 113

## Jurisprudencia anotada p. 119

Prohibición de discriminación. Nacionalidad como categoría sospechosa.

CSJN, “Pérez Ortega c/ Honorable Cámara de Diputados”, 21 de febrero de 2013

por LUCÍA BELÉN PENSO ..... p. 121

## ÍNDICE GENERAL

---

- Libertad de Expresión. CSJN, “Moslares, José Luis c/ Diario La Arena y otros s/ daños y perjuicios”, 26 de marzo de 2013  
por GIULIANA MUCCI MIGLIANO ..... p. 125
- Límites al uso de la fuerza por agentes estatales. Derechos de los migrantes en procedimientos de expulsión. Corte IDH, “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de Octubre de 2012  
por MARISOL DORREGO ..... p. 129
- Deber de investigar graves violaciones de derechos humanos. Límites a las amnistías. Corte IDH, “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de octubre de 2012, Serie C N° 252  
por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY ..... p. 137
- Desaparición forzada de personas. Corte IDH, “Caso Gudiel Álvarez (‘Diario Militar’) vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2012, Serie C N° 253  
por AGUSTÍN MOGNI ..... p. 147
- Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento. Corte IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 noviembre de 2012, Serie C N° 255  
por GUSTAVO L. VITALE ..... p. 153
- Ausencia de responsabilidad del Estado. Deberes de prevenir e investigar. Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, Fondo, Sentencia del 27 de noviembre de 2012, Serie C N° 255  
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ..... p. 171
- Justicia reproductiva. Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización *in vitro*) vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C N° 257  
por SABRINA CARTABIA GROBA ..... p. 181
- Desaparición forzada de personas. Corte IDH, “Caso García y familiares vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de noviembre de 2012  
por CAROLINA CASANOVA ..... p. 191

## ÍNDICE GENERAL

Violaciones a los derechos humanos en el conflicto armado. Corte IDH, “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 30 de noviembre de 2012, Serie C N° 259

por VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA ..... p. 201

Justicia penal juvenil y derecho al recurso. Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia del 14 de mayo de 2013, Serie C N° 260

por STELLA MARIS MARTÍNEZ, NICOLAS LAINO y JAVIER MARIEZCURRENA .....p. 217

Debido proceso. Derecho a disponer de un abogado defensor. TEDH, “Yerokhina v. Ukraine”, Sentencia del 15 de noviembre de 2012

por MARINA CHERTCOFF ..... p. 239

Derechos de los migrantes. Prohibición de salida.

TEDH, “Case of Stamose v. Bulgaria”, Sentencia del 27 de noviembre de 2012

por MARCOS EZEQUIEL FILARDI .....p. 247

Sustracción ilegal de menores.

TEDH, “Affaire Özmen c. Turquie”, 4 de diciembre de 2012

por MARISOL DORREGO .....p. 253

La prohibición de la tortura, el derecho a la asistencia letrada, la garantía de *non bis in ídem* y la incorporación por lectura de los testimonios de cargo. TEDH, “Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan”, 11 de diciembre de 2012

por RODRIGO ROBLES TRISTÁN ..... p. 259

Garantías del proceso penal. Renuncia al derecho de defensa.

TEDH, “Affaire Abdelali c. France”, Sentencia del 11 de enero de 2013

por GERMÁN FELDMAN .....p. 271

Derechos Reproductivos. Aborto y consentimiento informado.

TEDH, “Case of Csoma v. Rumania”, Sentencia del 15 de enero de 2013

por PAULA PRADOS..... p. 275

Derecho a manifestar la religión. Prohibición de discriminación.

TEDH, “Case of Eweida and others v. the United Kingdom”, 15 de enero de 2013

por KATIA ROSENBLAT .....p. 279

## ÍNDICE GENERAL

---

Condiciones de detención. Legalidad de la pena. Confidencialidad de la correspondencia entre el Tribunal Europeo y el peticionario. TEDH, “Case of Yefimenko v. Russia”, 12 de febrero de 2013  
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ ..... p. 285

## Reseñas bibliográficas p. 293

Historia de la solución final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos  
por MARÍA PALOMA OCHOA ..... p. 295

Manual de Derecho Internacional Público  
por JUAN MANUEL BRADI ..... p. 301

Trata de Personas: La esclavitud del siglo XXI  
por CHANTALL STEVENS..... p. 313

Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales  
por SILVIA ALEJANDRA BIUSO ..... p. 323

Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal  
por PATRICIA ANDREA CÁCERES..... p. 329

El Derecho Humano al Ambiente Sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos  
por ROBERTO COUTENCEAU ..... p. 343

Novedades p. 351

Fuentes citadas p. 367

Índice temático p. 375



# Dossier

---





# La CONADEP treinta años después

## La investigación sobre las desapariciones forzadas en la Argentina<sup>(1)</sup>

por EMILIO CRENZEL<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

Este trabajo analiza los alcances y límites de la investigación de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) de Argentina para dar cuentas de las violaciones a los derechos humanos y determinar sus responsables. La CONADEP fue creada en 1983 por el Presidente Raúl Alfonsín tras el retorno de la democracia para investigar el destino de los miles de desaparecidos causados por la represión estatal. Durante nueve meses recibió testimonios de familiares de desaparecidos, sobrevivientes de las desapariciones y otros testigos; recabó documentos e inspeccionó los Centros Clandestinos de Detención donde estuvieron cautivos los desaparecidos. Su informe, *Nunca Más*, expuso las características y dimensiones del sistema de desaparición, y la responsabilidad estatal en su ejercicio. Convertido en un éxito editorial sin precedentes en este tema, fue traducido al inglés, .....

(1) Este artículo retoma ideas desarrolladas en mi investigación sobre la elaboración, usos y resignificaciones del informe *Nunca Más* (2008) y, específicamente, sobre los alcances y límites de la investigación de la CONADEP (2010).

(2) Investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) y Profesor de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

italiano, portugués, alemán y hebreo, y publicado en el exterior alcanzando, hasta marzo de 2013, 603.830 ejemplares vendidos.

La importancia de la investigación de la CONADEP se potenció cuando sus resultados fueron usados como la prueba central de la acusación en el juicio a las Juntas militares desarrollado en 1985, el cual abrió en los años ochenta del siglo XX un nuevo ciclo de justicia transicional y post-transicional, al desencadenar el proceso de implementación de justicia en "cascada" a escala internacional.<sup>(3)</sup>

Entonces, la CONADEP fue adoptada como modelo por diversas **comisiones de la verdad** constituidas en América latina, en el contexto de democratización de la región, para investigar las violaciones a los derechos humanos perpetradas durante las décadas del setenta y noventa del siglo pasado.<sup>(4)</sup> Este trabajo analiza la creación de la CONADEP, las relaciones que esta Comisión estableció con el Poder Ejecutivo, el sistema judicial y los organismos de derechos humanos, y examina los principales resultados de su investigación y su legado como mecanismo de justicia transicional en Argentina.

## 2 | ¿Quién debe investigar las violaciones a los derechos humanos? La creación de la CONADEP

La última dictadura militar en Argentina (1976-1983) se distinguió de sus predecesoras por implementar una decisión estatal de exterminio a través de la práctica sistemática de la desaparición de personas. Esta cualidad la diferenció, incluso, de las otras dictaduras que, simultáneamente, gobernaron el resto de los países del Cono Sur de América Latina.<sup>(5)</sup>

---

(3) SIKKINK, KATHRYN, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2011.

(4) SIKKINK, KATHRYN, "From Pariah State to Global Protagonist: Argentina and the Struggle for International Human Rights", *Latin American Politics and Society*, Vol. 50, Issue 1, University of Miami, 2008, pp. 1-29.

(5) En Uruguay, predominó la cárcel prolongada, y en Chile las desapariciones representan un tercio del total de muertos. Véase SERPAJ URUGUAY, *Nunca Más*, Montevideo, SERPAJ, 1989, y COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago de Chile, Ediciones del Ornitorrinco, 1991.

Las desapariciones, ya regulares en 1975 bajo el gobierno constitucional de María Estela Martínez de Perón, consistían en la detención o en el secuestro de personas, efectuado por personal militar, policial o de las fuerzas de seguridad, uniformados o vestidos de civil. Las personas secuestradas eran conducidas a lugares ilegales de cautiverio, los Centros Clandestinos de Detención, localizados mayoritariamente en dependencias militares o policiales, donde eran torturadas y, en su mayoría, asesinadas. Sus cuerpos eran enterrados en tumbas anónimas, incinerados o arrojados al mar, y sus bienes saqueados. El Estado negaba toda responsabilidad en estos hechos ante los reclamos por los desaparecidos enarbolados por las organizaciones de derechos humanos que existían antes del golpe: la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH), el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ), la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) y el Movimiento Ecuaménico por los Derechos Humanos (MEDH) y, luego, por las creadas tras él: las Madres de Plaza de Mayo, Familiares de Detenidos y Desaparecidos por Razones Políticas (FDDRP) las Abuelas de Plaza de Mayo, y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). A diferencia de los crímenes ontológicos en que las víctimas son destruidas por su condición biológica, los desaparecidos podían ser "recuperados" si abdicaban de sus ideas revolucionarias y asumían los valores de sus captores. Por ello, también, los hijos de desaparecidos no eran asesinados sino apropiados por los militares para criarlos en los valores del orden establecido.

La dictadura, que primero negó la existencia de desaparecidos y luego la relativizó y justificó como resultado de la "guerra antisubversiva", censuró exitosamente las denuncias de los organismos de derechos humanos y los informes que, como los de *Amnesty International* en 1976 y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA en 1979, condenaron sus crímenes.<sup>(6)</sup> Durante la transición política, en abril de 1983, la dictadura emitió el "Documento final de la Junta militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo" descalificando las denuncias y relegando al "juicio divino" el examen de sus actos. Entonces, los organismos de derechos humanos redoblaron su pedido de "juicio y castigo a todos los culpables" y reclamaron crear una comisión bicameral que, con su asesoramiento, investigase el terrorismo de Estado.<sup>(7)</sup>

(6) MIGNONE, EMILIO, *Derechos humanos y sociedad: el caso argentino*, Buenos Aires, CELS, 1991, pp. 56-57 y 111.

(7) *Convicción*, 29/04/1983, suplemento especial, pp. 1-4; *Frente*, n° 6, abril de 1983, tapa.

Sin embargo, a un mes de las elecciones, el 23 de septiembre de 1983, la dictadura dictó la ley 22.924 de Pacificación Nacional conocida como de "autoamnistía" que declaraba extinguidas las causas penales relativas a la "lucha antisubversiva".<sup>(8)</sup>

Alfonsín, candidato del partido radical, señaló que, de ser presidente, derogaría la ley por inconstitucional y precisó que para juzgar las violaciones a los derechos humanos distinguiría tres categorías de autores: "los que planearon la represión y emitieron las órdenes correspondientes; quienes actuaron más allá de las órdenes, movidos por crueldad, perversión, o codicia, y quienes las cumplieron estrictamente".<sup>(9)</sup>

Esta proposición, concebida por sus asesores en materia de derechos humanos, Carlos Nino y Jaime Malamud Goti, se enmarcaba en el diseño de una política de justicia retroactiva limitada, basada en una perspectiva utilitarista del castigo, la cual mediante una sanción ejemplar pretendía subordinar a los diversos actores ante la ley. Específicamente, se basaba en la proposición de que la naturaleza jerárquica de la estructura castrense y el contexto ideológico imperante habrían impedido toda desobediencia y el discernimiento de la naturaleza de las órdenes por parte de sus ejecutores directos.<sup>(10)</sup>

Tras asumir la presidencia, Alfonsín derogó la "ley de autoamnistía" y ordenó, mediante los decretos 157 y 158/83 enjuiciar a siete jefes guerrilleros y a las tres primeras Juntas militares de la dictadura. Esta última disposición, fue denominada la "teoría de los dos demonios" pues limitaba a dos cúpulas la responsabilidad de la violencia política y explicaba la violencia de Estado, aunque no su ilegalidad, por la violencia guerrillera. Por otra parte, propuso que los tribunales militares juzgasen en primera instancia las violaciones con posibilidad de apelar a la justicia civil y el principio de presunción de obediencia para el personal uniformado sobre los actos cometidos según planes de las Juntas militares.<sup>(11)</sup> Estas proposiciones re-

---

(8) BO, 27/09/1983.

(9) ALFONSÍN, RAÚL, *Ahora, mi propuesta política*, Bs. As., Sudamericana-Planeta, 1983, p. 148; NINO, CARLOS, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*, Bs. As., Emecé, 1997, p. 106.

(10) NINO, *Ibid.*, pp. 106 y 107.

(11) BO, 15/12/1983, pp. 4 y 5.

forzaron la idea de los organismos de constituir la comisión bicameral ya que la justicia militar, imaginaban, no impondría penas jurídicas, logrando el apoyo del peronismo pero también de sectores oficialistas.<sup>(12)</sup>

Esta situación preocupó al Presidente. Nino explicaría que Alfonsín consideraba que una comisión bicameral embarcaría a los legisladores en una competencia por la autoría de la sanción más dura contra las Fuerzas Armadas, creando una situación de extrema tensión. Deseaba, en cambio, crear una instancia sobre la que tuviera control político, que preservara su relación con las Fuerzas Armadas, que fuera ajena a las pujas partidarias, y que tuviera una amplia credibilidad pública.<sup>(13)</sup> Así, mientras el tratamiento jurídico de las violaciones a los derechos humanos fue parte central de la estrategia de Alfonsín, cómo elaborar la verdad sobre ellas se modeló al calor de la demanda de los organismos y la oposición. Es decir, los dos mecanismos de justicia transicional de su gobierno tuvieron orígenes diferentes.

La autoría de la idea de crear la CONADEP y el modelo que le dio origen son difusos. Para Alfonsín, la idea fue suya y no se basó en modelos previos; para Eduardo Rabossi, asesor presidencial e integrante de la CONADEP, recogía las experiencias de las comisiones especiales formadas en el Congreso de los Estados Unidos integradas por legisladores y personalidades de la sociedad civil para abordar temas puntuales. De hecho, al debatirse la creación de la CONADEP en el Congreso, el oficialismo remitió a ese antecedente poniendo de ejemplos las comisiones creadas para el “ensanchamiento de los terrenos del Capitolio”, “las reservas de bosques nacionales” y la “construcción del bulevar Gettysburg” alejadas, por cierto, del cometido de la CONADEP.<sup>(14)</sup>

(12) JELIN, ELIZABETH, “La política de la memoria: el movimiento de Derechos Humanos y la construcción de la democracia en Argentina”, en AA. VV., *Juicio, castigos y memorias, Derechos Humanos y justicia en la política Argentina*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995, p. 128.

(13) NINO, CARLOS, *Juicio al mal...*, op. cit., pp. 112 y 119.

(14) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 4ª reunión, 3ª sesión extraordinaria, 22/12/1983, p. 347; y mis entrevistas a Raúl Alfonsín, Bs. As., 19/07/2007 y a Eduardo Rabossi, Bs. As., 19/08/2004. En cambio, Hayner sostiene, en base al testimonio de una integrante del Equipo de Antropología Forense que la idea de crear la CONADEP surgió de la “Comisión Nacional de Investigación de Desaparecidos” creada en 1982 en Bolivia por el presidente Hernán Siles Suazo para investigar las desapariciones en ese país (HAYNER, PRISCILLA, “Fifteen Truth Commissions. 1974 to 1994 a comparative study”, *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n° 4, The Johns Hopkins University Press, noviembre, 1994,

Alfonsín propuso la “comisión de personalidades”, con participación de los miembros de los organismos principales impulsores de la comisión bicameral para legitimar su propuesta e inhibir la comisión parlamentaria. Dada su oposición a la intervención de la justicia militar, Adolfo Pérez Esquivel, Premio Nobel de la Paz en 1980, y director del Servicio de Paz y Justicia, Augusto Conte y Emilio Mignone, dirigentes del Centro de Estudios Legales y Sociales rechazaron la oferta.<sup>(15)</sup> Entonces, Alfonsín le ofreció al escritor Ernesto Sábato, quien durante la dictadura había elogiado al general Videla tras reunirse con él, pero luego presidió junto a Pérez Esquivel el “Movimiento para la Recuperación de Niños Desaparecidos”, integrar la Comisión. Nino, el Ministro del Interior Tróccoli, y José López, vocero de Alfonsín, eligieron al mencionado Rabossi, a Gregorio Klimovsky, epistemólogo e integrante de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), Marshall Meyer, Carlos Gattinoni y Monseñor De Nevares, rabino, pastor protestante y Obispo respectivamente e integrantes de ese mismo organismo, Hilario Fernández Long, ex rector de la Universidad de Buenos Aires, Ricardo Colombres, ex ministro de la Corte Suprema de Justicia; Magdalena Ruiz Guiñazú, periodista comprometida con la defensa de los derechos humanos y a René Favaloro, cardiocirujano. Todos eran figuras públicas prestigiosas del mundo del periodismo, el derecho, la cultura, y la ciencia y los religiosos representaban a tres cultos significativos, el católico, el protestante y el judío. La mayoría había defendiendo, en diversos grados, los derechos humanos o, como Sábato, modificado su apoyo a la dictadura cuando se fue tornando evidente su crisis. De la CONADEP también participarían tres legisladores por cámara, táctica que buscaba zanjar la presión dentro del oficialismo en favor de la comisión bicameral.<sup>(16)</sup>

Excepto la APDH, los organismos rechazaron la CONADEP sosteniendo que el parlamento era el ámbito “natural” de investigación y que sólo una comisión bicameral tendría atributos coercitivos para citar a los militares a declarar, realizar inspecciones sin aviso y condenar políticamente al terrorismo de Estado. Por su parte, el peronismo y la centroizquierda, insistieron .....

pp. 597/655). Este antecedente, sin embargo, no fue mencionado por los ex funcionarios del gobierno de Alfonsín por mí entrevistados.

(15) Entrevista a Adolfo Pérez Esquivel, Bs. As., 13/12/2004; MIGNONE, EMILIO, *Derechos humanos...*, op. cit., p. 160.

(16) BRISK, ALISON, *The politics of Human Rights in Argentina: Protest, change and democratization*, California, Stanford University Press, 1994, p. 69.

en el Congreso en crear la comisión bicameral con representación de todos los bloques y “el asesoramiento de las organizaciones de derechos humanos y de familiares de afectados por la represión”. Esta comisión tendría seis meses para investigar, prorrogables “hasta que lo considerase necesario para culminar su tarea” e investigaría todas las prácticas del terrorismo de Estado bajo la dictadura. Entonces, sólo se integraron a la CONADEP tres diputados radicales y las plazas del senado, que el gobierno reservaba al peronismo, quedaron vacantes.<sup>(17)</sup>

### 3 | La CONADEP, el gobierno y el sistema de justicia

La creación de la CONADEP constituyó la investigación de las desapariciones en una cuestión de Estado. A la vez, la presencia de los organismos en la Comisión indicaba el poder político que habían acumulado en la escena pública. El decreto del Ejecutivo que creó la CONADEP establecía que su investigación duraría seis meses, “para evitar que la dolorosa necesidad de investigar los hechos sustraiga, más allá de cierto lapso prudencial, los esfuerzos por afianzar en el futuro una convivencia democrática”, revelando que la revisión del pasado se subordinaba a ese objetivo inmediato; señalaba que la Comisión tendría por objeto “esclarecer los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país” pero no precisaba qué período cronológico o institucional debía examinar la CONADEP y fijaba sus funciones: recibir las denuncias y pruebas y remitirlas inmediatamente a la Justicia; averiguar el destino o paradero de las personas desaparecidas y de toda otra circunstancia relacionada con su localización, ubicar a los niños sustraídos, denunciar a la Justicia cualquier intento de ocultamiento o destrucción de pruebas y emitir un informe final.<sup>(18)</sup> En síntesis, al circunscribirse al tema de los desaparecidos, la comisión concentraría su indagación en la víctima emblemática de la dictadura militar y sus metas serían más específicas que las reclamadas

(17) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 2ª reunión, 1ª sesión extraordinaria, 16/12/1983, pp. 144-145 y proyecto de declaración 275-D-83, 15/12/1983. Los diputados eran Santiago López, abogado de presos políticos, diputado por la provincia de Chubut; Hugo Piucill, miembro de la APDH y diputado por Río Negro y Horacio Huarte, abogado, diputado por la provincia de Buenos Aires.

(18) Decreto 187, BO 19/12/1983, p. 2.



por los organismos, la investigación de todas las violaciones perpetradas por el terrorismo de Estado. Así, los asesinatos cometidos por las Fuerzas Armadas en enfrentamientos reales o falsos; el exilio político y la tortura que no derivó en desaparición, no serían investigadas.<sup>(19)</sup>

La CONADEP eligió por unanimidad a Sábato como su presidente y aprobó su reglamento interno que fijaba que Sábato, como presidente, tomaría las decisiones en caso de empate entre las opiniones de los comisionados.<sup>(20)</sup> Graciela Fernández Meijide, madre de un desaparecido y miembro de la APDH fue designada secretaria de denuncias, el abogado Raúl Aragón, de la misma entidad, secretario de procedimientos, y Daniel Salvador y Leopoldo Silgueira, dirigentes radicales, secretarios de documentación y asuntos administrativos. El abogado Alberto Mansur, peronista, y exiliado durante la dictadura al igual que Aragón y Silgueira, fue designado secretario de Asuntos Legales. Inicialmente, le fue asignada a la Comisión una dotación de empleados del Ministerio del Interior pero estos, sin experiencia en la escucha de testimonios desgarradores, tras una semana, renunciaron. Fernández Meijide convocó, entonces, a los organismos a que enviasen personas que tuvieran esa capacidad.<sup>(21)</sup> Pese a que ciertos familiares y sobrevivientes decidieron no declarar ante la Comisión desconfiados de ella y del gobierno, con vacilaciones pero advirtiendo que era la oportunidad concreta de investigación, los organismos colaboraron. Mientras Abuelas de Plaza de Mayo coordinó con la CONADEP la búsqueda de los niños desaparecidos, la APDH, la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, Familiares de Detenidos y Desaparecidos por Razones Políticas y el Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos remitieron las denuncias que poseían y aportaron personal. Noventa personas comenzaron a recabar testimonios, y a participar de las secretarías y equipos técnicos de la Comisión. Sólo Madres de Plaza de Mayo llamó a no declarar ante la CONADEP, aunque algunas madres decidieron recolectar denuncias y entregaron a la Comisión quince carpetas con datos sobre 101 conscriptos desaparecidos, lo mismo que la filial Mar del Plata

(19) HAYNER, PRISCILLA, *Unspeakable Truth. Confronting State Terror and Atrocity*, Nueva York, Routledge, 2001, p. 302

(20) CONADEP, acta 3, 29/12/1983, p. 5 y 6; y acta 4, 03/01/1984, p. 9 y 10.

(21) Entrevista a Graciela Fernández Meijide, Bs. As., 26/08/2004.

de la entidad, que aportó otras 196 denuncias.<sup>(22)</sup> Desde entonces, pese a seguir reclamando públicamente la comisión bicameral, los organismos colaboraron intensamente con la CONADEP.

Según los comisionados, el Poder Ejecutivo entregó a la Comisión los recursos solicitados y no se inmiscuyó en su investigación. De hecho, aceptó su pedido de ampliar en tres meses la duración de la misma y autorizó a que, a través de un canal estatal de televisión, la CONADEP difundiese el programa Nunca Más con las conclusiones parciales de su investigación, el cual fue visto por 1.640.000 personas. Pese a que en su introducción Tróccoli, Ministro del Interior, advirtió que no comprendía la historia completa de la violencia al omitir la guerrillera, a la que igual con el terrorismo de Estado, el programa describió el sistema de desaparición a partir de los testimonios de los familiares de desaparecidos, los sobrevivientes de las desapariciones e integrantes de Abuelas y Madres de Plaza de Mayo.<sup>(23)</sup>

En cambio, se produjeron dos confrontaciones al interior de la CONADEP, ambas centradas en la relación de su investigación con la justicia, tópico que, como se dijo, dividía a los organismos del gobierno. Dada la reforma del Código de Justicia Militar impulsada por el Ejecutivo que localizaba a la justicia militar como primera instancia en las causas por violaciones a los derechos humanos, el Ministerio de Defensa solicitó a la Comisión las pruebas recabadas para remitirlas a ese tribunal. El decreto que creó la CONADEP fue dictado antes de la reforma y planteaba sus obligaciones y límites con relación a la "Justicia" o al "Poder Judicial" y, tras ella, el oficialismo aseguró que la CONADEP remitiría las denuncias a la justicia civil al debatirse su creación en el Congreso.<sup>(24)</sup> Tras arduas discusiones, la CONADEP, que enviaba las pruebas a la justicia civil, decidió que sólo remitiría además las denuncias a la justicia militar "con la previa autoriza-

(22) CONADEP, acta 2, 27/12/1983, p. 3 y 4; acta 4, 03/01/1984, p. 8; acta 5, 05/01/1984, p. 13; acta 6, 10/01/1984, p. 16, CONADEP, acta 8, 24/01/1984, p. 22, y acta 11, 14/02/1984, p. 32. Sobre la posición de las Madres de Plaza de Mayo, "Carta abierta al país", *Clarín*, 29/12/1983, p. 8.

(23) CRENZEL, EMILIO, *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en Argentina*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2008, pp. 80-89.

(24) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 4ª reunión, 3ª sesión extraordinaria, 22/12/1983, pp. 345-367.

ción de las personas que las hubieran proporcionado”.<sup>(25)</sup> Sin embargo, Rabossi, en nombre del gobierno, volvió a presionar para que las pruebas fuesen giradas sólo a la justicia militar. Ante el empate de opiniones, Sábato, árbitro ante la situación, decidió que se siguieran enviando las pruebas a la justicia civil.<sup>(26)</sup> Esta fue la única vez que la CONADEP sometió a votación una decisión. Al tomar esta resolución, la comisión evidenció su autonomía respecto del Ejecutivo y, al supeditar a su voluntad el envío de las pruebas a la Justicia Militar, les otorgó a los denunciantes la potestad de decidir el ámbito de justicia donde se tramitarían sus denuncias.

El segundo conflicto se produjo respecto del modo de nombrar, en el informe, a los responsables de las desapariciones. Los comisionados aliñados con los organismos (De Nevares, Gattinoni, Colombres, Long y Guiñazú) querían conservarlos en los testimonios transcritos y, además, confeccionar con ellos un anexo del informe. Buscaban, así, ampliar la inculpación pública de los responsables. Los comisionados oficialistas, (Rabossi, López, Klimovsky, Huarte y Piucill) aceptaron no modificar los testimonios, de hecho el *Nunca Más* reproduce más de 400 nombres de militares y policías mencionados en ellos por los testigos, pero se opusieron a incluir el anexo argumentando que ello suponía invadir las potestades del Poder Judicial, encargado de determinar las responsabilidades. Esta nómina, finalmente, fue sólo elevada al presidente para su conocimiento.<sup>(27)</sup>

A diferencia de estos intensos debates, hubo dos acuerdos tácitos entre los comisionados. En primer lugar, apenas discutieron cómo presentar a los desaparecidos en el *Nunca Más*. La CONADEP los describiría como seres humanos cuyos derechos fueron avasallados sin mencionar sus compromisos políticos, perspectiva compartida por los organismos de derechos humanos. De hecho, este aspecto había sido silenciado en sus denuncias ante la estigmatización de esos compromisos por parte de la dictadura y ante la sospecha de que su mención disminuiría la recepción social de sus reclamos. La CONADEP entendió que mencionar en su informe estos compro-

(25) CONADEP, acta 9, 31/01/1984, p. 24; acta 14, 06/03/1984, p. 47, y acta 19, 10/04/1984, p. 75.

(26) CONADEP, acta 33, 17/07/1984, pp. 128/132.

(27) CONADEP, acta 41, 04/09/1984, pp. 164/170.

mismos excedía sus funciones y además, podía significar adoptar la “teoría de los dos demonios”, ya que había detectado que muchos desaparecidos militaban en la guerrilla.

En segundo lugar, el decreto que creó la CONADEP estableció a las desapariciones como objeto de investigación pero no limitó su pesquisa a un período determinado. Ello permitió que centenares de familiares denunciaran ante ella desapariciones previas al golpe de 1976. Ciertos miembros de la CONADEP reconocieron que evitaron investigar las responsabilidades peronistas en las desapariciones, las del resto de la sociedad política, las corporaciones económicas y las de la Iglesia, temiendo que ello diluyera, en un mar general de responsabilidades, la acusación contra los perpetradores materiales. Alfonsín, por razones políticas, alentó esa decisión.<sup>(28)</sup> De hecho, el ejecutivo, meses antes de terminar la CONADEP su investigación, ante las disputas con las Fuerzas Armadas y la álgida situación económica, dispuso el decreto 1301, de “reparación histórica”, desistiendo de las acciones penales contra María Estela Martínez, viuda de Perón y presidenta del Partido Justicialista, en pos de “la unión de todos los argentinos”.<sup>(29)</sup> Por otra parte, enfrentar a otras corporaciones, además de los militares, exigía un poder político del cual el gobierno carecía. Así, la CONADEP recibió las denuncias por desapariciones previas al golpe y las incluyó en su informe, pero omitió las responsabilidades del peronismo y de otros actores en ellas.

## 4 | Los límites y los alcances de la investigación de la CONADEP

Más allá de su carácter oficial, la CONADEP rápidamente sobrepasó la decisión del gobierno de que su investigación se limitara a “averiguar el destino de los desaparecidos” y a “recibir las denuncias y pruebas y remitirlas inmediatamente a la Justicia”. Al crearse la CONADEP, pese a los testimonios de los sobrevivientes y los informes de las comisiones internacionales que afirmaban su mayoritario asesinato, circulaba con fuerza, en núcleos importantes de familiares de desaparecidos, la idea de que

(28) Entrevistas a Raúl Aragón, Bs. As., diciembre de 2003; Graciela Fernández Meijide, Bs. As., 26/08/2004; Alberto Mansur, Bs. As., 01/09/2004 y Gregorio Klimovsky, Bs. As., 06/09/2004.

(29) “Dictó el PEN un decreto que beneficia a Isabel Perón”, *Clarín*, 02/05/1984, p. 8.

existían desaparecidos con vida. De hecho, los organismos exigían por esos días al Ejecutivo que inspeccionara cárceles y hospitales en su búsqueda.<sup>(30)</sup> Varios miembros de la CONADEP compartían esa creencia y, por ello, como primera medida, la Comisión organizó inspecciones para ubicarlos, todas sin resultado. Estas iniciativas mostraban que la CONADEP carecía de una estrategia de investigación. Entonces Fernández Meijide opinó que esas ideas desviaban la investigación y que la Comisión, por el poco tiempo asignado, no podía buscar a cada desaparecido ni limitarse a elaborar, como le habría sugerido informalmente el gobierno, una “lista de desaparecidos”.<sup>(31)</sup>

Entonces la CONADEP, mediante un comunicado, señaló que “había llegado a la conclusión de que la mejor forma de saber qué pasó con los desaparecidos era identificar a los desaparecedores para que lo dijeran ante la Justicia” y redactó una solicitud al presidente para que garantizara la permanencia en el país de personas posiblemente vinculadas con las desapariciones, unos cuarenta jefes militares. El Ejecutivo hizo suya la petición de la CONADEP. Esta medida incrementó la confianza de los organismos y una semana después la Comisión debió ampliar el horario de recepción de testimonios. A este nuevo clima ayudó, además, la resolución de la CONADEP de poner a su disposición toda la información recabada.<sup>(32)</sup>

La CONADEP concentró y centralizó los testimonios por desapariciones, dispersos, hasta allí, en el país y el exterior. La Comisión recibió las 5580 denuncias que la APDH recogió en Argentina durante la dictadura y otras miles presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, la Cruz Roja Internacional, la División de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Amnistía Internacional y órganos de diversas confesiones. Al clasificar y depurar las denuncias, la CONADEP tuvo que definir a quien considerar como desaparecido, y precisó que lo eran aquellos detenidos o secuestrados cuyo paradero es desconocido. De este modo, como señala

.....

(30) Entrevista a Mabel Gutiérrez, dirigente de Familiares de Detenidos y Desaparecidos por Razones Políticas, Bs. As., 26/10/2004.

(31) Comunicación electrónica con Magdalena Ruiz Guiñazú, 24/08/2004 y entrevista a Graciela Fernández Meijide, Bs. As., 26/08/2004.

(32) CONADEP, acta 7, 17/01/1984, p. 19; acta 9, 31/01/1984, p. 26 y archivo “Memoria Abierta”, APDH: documento B7.489, sin fecha: 5.

Hayner, excluyó de esta categoría a los desaparecidos que fueron asesinados y cuyos cadáveres fueron hallados e identificados y a quienes, tras estar desaparecidos, sobrevivieron.<sup>(33)</sup>

La mayoría de las denuncias existentes provenían de familiares de desaparecidos residentes en Buenos Aires y otras grandes ciudades las cuales aportaban, básicamente, información sobre los secuestros. En cambio, los organismos poseían sólo setenta testimonios de sobrevivientes lo cual limitaba las pruebas sobre el cautiverio clandestino, —la tortura y el asesinato de miles de desaparecidos— y, por ende, la identificación de los responsables más allá de las Juntas militares y unos pocos perpetradores. Para enfrentar esta situación, la Comisión creó delegaciones en el interior del país. Los organismos ofrecieron locales para su funcionamiento e integraron sus conducciones en Córdoba, Bahía Blanca y Mar del Plata —de esta última participó una madre de Plaza de Mayo—, y ayudaron recolectando testimonios en el Noreste, Noroeste y el Sur del país.<sup>(34)</sup>

Estas iniciativas ampliaron el acervo testimonial y modificaron sus características. En las periferias urbanas y en el interior del país, los afectados habían carecido de instancias de reclamo o, por su pobreza y aislamiento, ignoraban su existencia. De hecho, de las nuevas denuncias recibidas por la CONADEP, el 64% provino de estas localidades, mientras que en las grandes ciudades el 85% de las denuncias fueron presentadas tras los secuestros.<sup>(35)</sup> Estos testimonios, además, modificaron el perfil de clase de los desaparecidos registrados al alumbrar la magnitud de las desapariciones entre los militantes sindicales. También había familiares cuyos parientes habían desaparecido fuera de su lugar de origen, y desconocían cómo, cuándo y dónde se sucedieron los secuestros. Frente a ello, la CONADEP conformó “equipos de calle” que preguntaban a vecinos, compañeros de trabajo o estudio de los desaparecidos si fueron testigos del secuestro, proponiéndoles declarar. Además, la CONADEP solicitó a los familiares

(33) HAYNER, PRISCILLA, *Unspeakable Truth...*, op cit., p. 302.

(34) CONADEP, acta 7, 17/01/1984, p. 20; acta 10, 07/02/1984, p. 29; acta 12, 21/02/1984, p. 36; acta 18, 03/04/1984, p. 67 y 69; acta 19, 10/04/1984, p. 74-76.

(35) IZAGUIRRE, INÉS, *Los desaparecidos, recuperación de una identidad expropiada*, Cuaderno 9, Instituto de Investigaciones Gino Germani, UBA, 1992.

descripciones de las características físicas, datos forenses y fotos de los desaparecidos para facilitar su identificación por los sobrevivientes, incorporándolas a las denuncias y a un archivo que alcanzó a reunir más de tres mil fotografías.<sup>(36)</sup>

También las nuevas denuncias de los sobrevivientes cambiaron la calidad de las existentes. Había entre ellos quienes estuvieron desaparecidos días o semanas, otros habían pasado años cautivos en un mismo centro clandestino y otros habían transitado varios. Hubo quienes colaboraron con sus captores y, por sus mejores condiciones relativas de encierro, conocieron su fisonomía. Otros, en cambio, tenían recuerdos escasos, basados en su memoria corporal, fruto de la agudización de los sentidos tras la privación sensorio-motriz a la que estuvieron sometidos. Unos declararon en el país y a otros, exiliados, la CONADEP les tomó testimonio mediante viajes que organizó o a través de los consulados y embajadas argentinas en el exterior.

La CONADEP recogió 1500 testimonios de sobrevivientes. Este cuerpo testimonial, por su carácter heterogéneo, enriqueció decisivamente las pruebas existentes. A los grandes centros clandestinos conocidos que concentraron a la mayoría de los desaparecidos como la ESMA y el Club Atlético en Capital, Campo de Mayo y El Vesubio en Buenos Aires y La Perla en Córdoba, se agregaron centenares de dependencias militares, policiales y civiles de casi todo el país, y se amplió el conocimiento sobre centros clandestinos importantes, como Campo de Mayo, del cual había sólo un testimonio al formarse la CONADEP, lo que permitió detectar el tránsito de desaparecidos entre distintos centros probando su integración en un mismo sistema.<sup>(37)</sup>

También se presentaron ante la CONADEP algunos responsables de las desapariciones; oficiales, suboficiales, gendarmes y policías que corroboraron la existencia de centros clandestinos y las violaciones denunciadas.<sup>(38)</sup> Por último, la Comisión recabó un conjunto novedoso de testimonios de testigos indirectos: vecinos que vieron los secuestros, que vivían próximos a los centros clandestinos y confirmaron la presencia militar en .....

(36) CONADEP, acta 33, 17 de julio de 1984: 134-135 y *El Periodista de Buenos Aires*, 22 al 28 de septiembre de 1984, año I, número 2: 8. "La represión en computadoras. Como trabajó la CONADEP".

(37) Entrevista a Graciela Fernández Meijide, Bs. As., 26/08/2004.

(38) "Denuncia de militares sobre desaparecidos", *Clarín*, 14/03/1984, p. 6.

ellos, enfermeras que asistieron a desaparecidas embarazadas, y empleados de cementerios que confirmaron la existencia de tumbas sin nombre. Entre estos testimonios se destacó el de un grupo de morgueros de Córdoba, que enviaron durante la dictadura una carta al presidente Videla reclamando una mejor paga por sus tareas la cual incluía, para justificar su reclamo, el relato de cómo recibieron decenas de cadáveres de "elementos subversivos" con signos evidentes de violencia y participaron de su entierro clandestino. Según Sabato, esta fue "una de las pruebas más estremecedoras" logradas por la CONADEP, pues confirmaba que Videla conocía esas prácticas.<sup>(39)</sup>

La CONADEP clasificó las pruebas reunidas por centro clandestino. Al optar por esta metodología, decidió incluir en esa categoría toda dependencia donde hubiese estado cautivo, aunque sea unas horas, un desaparecido, decisión que tomaba en cuenta la experiencia de algunos sobrevivientes que, antes de ser derivados a alguno de los grandes centros, estuvieron cautivos por corto tiempo en comisarías u otras dependencias tanto como las de otros cuyas desapariciones breves transcurrieron sólo allí. Esta decisión permitió verificar que "en realidad, todas las dependencias policiales o militares podían, por su propia condición, ser transformadas por decisión militar en centros clandestinos probando, así, el alcance nacional y el carácter sistemático del sistema de desaparición".<sup>(40)</sup> Esta organización de las pruebas fue útil también para detectar especificidades de centros que reunieron desaparecidos de países limítrofes, como el CCD "Automotores Orletti", dando cuenta así del tipo de coordinación represiva que existió entre las dictaduras de la región.

Con esta decisión la Comisión invirtió de raíz el carácter del espacio estratégico de la desaparición. El no lugar que constituyeron los centros clandestinos se transformó en el eje para reconstruir la materialidad de las desapariciones. Mediante estas iniciativas, y pese a los obstáculos que enfrentó, como la sistemática falta de respuestas de las autoridades militares y policiales a sus requerimientos, la CONADEP logró que los miles de testimonios provenientes de personas de distintos lugares del país

(39) CRENZEL, EMILIO, "Cartas a Videla: una exploración sobre el miedo, el terror y la memoria", revista *Telar*, año II, números 2 y 3, Facultad de Filosofía y letras, Universidad Nacional de Tucumán, 2005.

(40) Entrevista a Alberto Mansur, Bs. As., 01/09/2004.



restituyeran la materialidad a las desapariciones al concordar en aspectos generales y particulares.

Además, la CONADEP identificó e inspeccionó decenas de Centros Clandestinos de Detención. Estas inspecciones, a diferencia de las realizadas en 1979 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, fueron ampliamente difundidas por la prensa, abarcaron cincuenta centros en casi todo el país y de ellas participaron por primera vez los ex cautivos. Frente a la presencia de la Comisión, el personal militar o policial osciló entre intentar impedir las, negar todo conocimiento sobre la existencia de la infraestructura material denunciada o retacear información. En otros casos, los testigos fueron amenazados para que no declararan.<sup>(41)</sup>

En la mayoría de los casos los sobrevivientes identificaron estas dependencias como los lugares de su cautiverio. Tras las inspecciones, la Comisión labraba constancias para validarlas como prueba jurídica y realizaba conferencias de prensa, en la que participaban los sobrevivientes, detallando sus comprobaciones. Así, instalaba una nueva verdad pública sobre estas dependencias. Cómo señaló Santiago López, uno de sus comisionados, las inspecciones daban lugar a una pregunta clave "¿Cómo era posible que un ciudadano común conociera las características generales de cuarteles y comisarías y además detalles como la ubicación de un enchufe si no había estado allí?".<sup>(42)</sup>

Junto a los testimonios de las víctimas y las inspecciones de los Centros Clandestinos, la CONADEP halló registros de cementerios públicos que detallaban el enterramiento nocturno de personas jóvenes con signos evidentes de violencia en sus cuerpos; y analizó fuentes de las propias fuerzas militares, como los libros de altas y bajas o de entradas y salidas del servicio militar, que rebatieron los propios argumentos castrenses sobre la fuga o desertión de los conscriptos denunciados como desaparecidos. Por último, su investigación incorporó, por primera vez, con la colaboración de instituciones científicas internacionales, la manipulación de tecnología de avanzada luego adoptada por otras comisiones de la verdad: un sistema de computación para registrar a los desaparecidos y detectar los cambios en la

---

(41) Entrevista a Raúl Aragón, Bs. As., 03/12/2003 y a Gregorio Klimovsky, Bs. As., 06/09/2004.

(42) Entrevista a Santiago López, Bs. As., 18/10/2004.

fisonomía de los niños apropiados; los análisis para determinar su filiación aún sin poder contar con información genética de sus padres o las técnicas de la antropología forense para identificar los cadáveres hallados.<sup>(43)</sup> Finalmente, todas las pruebas sobre un mismo centro clandestino se reunían en un “paquete” y se elevaban a la Justicia. La CONADEP tipificaba los distintos delitos cometidos, adjuntaba los testimonios y las pruebas documentales, una lista de víctimas corroboradas de ese centro, otra del personal involucrado en los hechos, nombrado por lo menos de forma coincidente por tres testigos, y las figuras del derecho penal a las que remitían las denuncias. Así, los “paquetes” expresaban una verdadera pericia prejudicial. Al concluir su investigación, a excepción de las Madres de Plaza de Mayo, el movimiento de derechos humanos y los partidos de oposición valoraron a la CONADEP como una comisión que hizo “un trabajo con perfil propio, independiente y efectivo” y a su informe como un “documento acusador, de valor ético incalculable y vital para efectivizar la justicia” por contener un *corpus* de “pruebas irrefutables”.<sup>(44)</sup>

## 5 | Nunca Más. Los resultados de la investigación de la CONADEP

Diferentes factores afectaron la calidad de la investigación y del informe final de la CONADEP: el tiempo limitado que tuvo para investigar y recibir denuncias, en especial en ciertas áreas alejadas del país, y el rechazo de ciertos grupos de víctimas a testificar y de los militares a cooperar.<sup>(45)</sup> Sin embargo, la investigación de la CONADEP alumbró una dimensión cuantitativa ignorada al precisar, en 1984, la cantidad de desaparecidos en el país en 8960 personas. Restituyó sus nombres y apellidos, sus edades y sexos, revelando su predominante perfil juvenil y masculino (casi el 82% tenía entre 16 y 35 años y el 70% eran hombres) y sus ocupaciones o actividades,

.....

(43) COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1984, pp. 25, 29, 55, 56, 184, 275-279, 293-300, 322, 361, 365, 367, 375, 402, 474 y 475.

(44) Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 29ª reunión, 21ª sesión ordinaria, 28 y 29/09/1984, pp. 5025/5028.

(45) WRIGHT, THOMAS, *State terrorism in Latin America: Chile, Argentina, and international human rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2007, p. 143.

el 30% eran obreros y el 21% estudiantes.<sup>(46)</sup> También, detectó 340 Centros Clandestinos de Detención, cifra hasta ese momento desconocida incluso por las organizaciones humanitarias, reconstruyendo, así, la magnitud y la dimensión del sistema clandestino y rebatiendo, dada su mayoritaria localización en unidades militares y policiales, la negación castrense de toda responsabilidad en las desapariciones.

La CONADEP también comprobó la coordinación represiva entre las dictaduras de la región, la existencia de menores desaparecidos apropiados por los perpetradores o sus allegados; delitos comunes derivados de la represión, y estableció la mayoritaria eliminación física de los desaparecidos, presentando las modalidades que asumió su exterminio.

Su informe *Nunca Más* reconstruyó en detalle y propuso un relato integrado de las fases públicas y clandestinas que comportaban las desapariciones. Su relato se basó, de manera privilegiada, en las denuncias de los sobrevivientes y de los familiares de desaparecidos cuyos testimonios representan el 15 y el 60% respectivamente de los aproximadamente 379 que incluye el *Nunca Más*.<sup>(47)</sup> Así, la CONADEP, legitimó las voces de denuncia estigmatizadas por la dictadura.

En sintonía con los decretos del poder Ejecutivo de juzgamiento a las cúpulas guerrilleras y militares, la CONADEP se limitó en el prólogo del *Nunca Más* a presentar la violencia política como producto de estos actores sin explicar sus causas y relaciones con los conflictos políticos. A la vez, propuso la responsabilidad exclusiva de la dictadura en las desapariciones, pese a que el 10% de las denuncias que recibió eran de casos de desapariciones anteriores al golpe.<sup>(48)</sup> Esta periodización institucional de la violencia, silenció las responsabilidades políticas y morales del gobierno constitucional peronista, y del resto de la sociedad política y civil en las desapariciones previas a 1976, omisión que la CONADEP extendió al postular la inocencia de la sociedad, por su ajenidad o por su condición de víctima, respecto al

---

(46) COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *Nunca Más...*, op. cit., p. 63, 137, 224-226, 234-246, 293, 303, 479-480.

(47) CRENZEL, EMILIO, *La historia...*, op. cit.

(48) COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *Nunca Más...*, op. cit., p. 7/11.

ejercicio del terror de Estado tras el golpe. En el mismo sentido, su informe omite los factores institucionales y los intereses económicos que causaron el golpe militar y la represión que le sucedió.<sup>(49)</sup> Esta deshistorización y despolitización del relato del *Nunca Más* se reproduce al retratar a los desaparecidos. Sólo en el 3% de los casos se menciona sus militancias, siempre ajenas a la política y a la guerrilla. Así, al igual que las denuncias presentadas por los familiares y los organismos de derechos humanos durante la dictadura, la CONADEP basó su argumento en la condición moral de los desaparecidos y no en el carácter universal de los derechos violados.

Por otra parte, la CONADEP no discutió durante su investigación si debía pronunciarse sobre la distinción entre los niveles de responsabilidad ideada por Alfonsín para juzgar las violaciones a los derechos humanos y sobre el principio de obediencia que la vertebraba. En este sentido, en el *Nunca Más*, la CONADEP estableció la responsabilidad de las Juntas militares en la planificación del sistema de desaparición y advirtió la imposibilidad de discrepar, para los miembros de las Fuerzas Armadas, con los métodos de la represión.<sup>(50)</sup> Estas consideraciones podrían suponer que refrendó la política oficial en la materia. Esta estrategia había sido gravemente afectada en el Senado de la Nación cuerpo legislativo que, al debatir la reforma del código de justicia militar, excluyó el alegato de obediencia para los autores de "hechos atroces y aberrantes".<sup>(51)</sup> Sin embargo, el *Nunca Más* advierte que los excesos no existieron al afirmar que los actos "especialmente atroces se cuentan por millares". Son los "normales" y recomendó "investigar judicialmente a los grupos de tareas".<sup>(52)</sup> Es decir, a los cuadros medios e inferiores de las fuerzas Armadas que el gobierno pretendía excluir de la indagación judicial. Estos postulados fueron asumidos por el punto 30 de la sentencia del juicio a las Juntas militares que ordenó extender la acción penal a los oficiales superiores y a los responsables operativos de la represión. Por último, la CONADEP recomendó reparar a los familiares de desaparecidos, .....

(49) GRANDIN, GREG, "The Instruction of Great Catastrophe: truth commissions, national history, and state formation in Argentina, Chile and Guatemala", *American Historical Review*, Vol. 110, n° 1, 2005, pp. 46/67.

(50) COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *ibid.*, pp. 8, 253/259 y 300.

(51) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación, 09/02/1984, p. 318.

(52) COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *Nunca Más...*, *op. cit.*, pp. 15, 16, 223, 256 y 481.

declarar la desaparición crimen de lesa humanidad, derogar las leyes represivas, materializar la justicia y transmitir, mediante el sistema educativo, los derechos humanos a las nuevas generaciones proponiendo, de ese modo, medidas que abarcaban la atención de las víctimas, la sanción penal de los perpetradores, y la transmisión de la memoria a las nuevas generaciones.<sup>(53)</sup>

En síntesis, el *Nunca Más* presentó una explicación que derrumbó el monopolio de la interpretación ejercida, hasta allí, por los perpetradores de las desapariciones y significó un pronunciamiento oficial que estableció una verdad pública de una legitimidad diferente a las denuncias de los afectados durante la dictadura demostrando que “el poder de las palabras no deviene de las palabras mismas sino de las instituciones que las legitiman”.<sup>(54)</sup> El *Nunca Más*, también, enmarcó esta verdad en una nueva lectura oficial del pasado, que no historizaba la violencia, sus motivos y causas, proponía la responsabilidad exclusiva de la dictadura en las desapariciones y la inocencia, por su ajenidad con la violencia y la política, de las víctimas y de la propia sociedad.

## 6 | Conclusiones

Mediante la investigación de la CONADEP, el Estado constituyó a las desapariciones en objeto de investigación. En ese acto, simultáneamente desechó analizar el resto de las violaciones a los derechos humanos lo que hubiese permitido examinar con mayor amplitud el cariz de la violencia desplegada por el Estado, por lo menos desde 1974 hasta 1983.

La CONADEP operó como un mecanismo de justicia transicional en un doble sentido. Por un lado ofreció, de forma inmediata tras el fin de la dictadura, una escucha oficial a los familiares de desaparecidos y a los sobrevivientes y legitimó, como nunca antes, sus denuncias. Por otra parte, al concentrar los testimonios existentes y producir pruebas inéditas, conformó una nueva verdad pública sobre la dimensión, el alcance y los responsables de las desapariciones que refutó la perspectiva dictatorial que negaba o justificaba la propia existencia de desaparecidos. Por último, estableció un *corpus*

(53) *Ibid.*, pp. 477 y 478.

(54) BOURDIEU, PIERRE, *¿Qué significa hablar?*, Madrid, Akal, 2001, p. 50.

probatorio inédito para juzgar a los responsables materiales del crimen. En ese proceso, recurrió a técnicas de investigación que se transformarían en auxiliares substantivas en las investigaciones de posteriores comisiones de la verdad. La organización en términos legales del vasto y exhaustivo conjunto de evidencias recolectadas y su derivación a la justicia, hicieron de la investigación de la CONADEP una verdadera instancia prejudicial. De hecho, la fiscalía de Estado utilizó este *corpus* probatorio como pieza central de la acusación en el juicio a las Juntas militares.

Por otra parte, la CONADEP propuso en su prólogo a la violencia de Estado exclusivamente como respuesta a la violencia insurgente y responsabilizó únicamente a la dictadura por las desapariciones presentando de esa manera un relato deshistorizado de la violencia estatal que evitaba enmarcarla en un ciclo histórico y político más amplio que trascendía la dicotomía, que en 1983 se buscaba establecer, entre democracia y dictadura. Esta operación fue complementaria a la despolitización de las identidades de los desaparecidos, cuyas militancias fueron omitidas en su informe. Estas limitaciones tuvieron por origen las restricciones propias de una investigación dirigida a elaborar la verdad de las violaciones en términos legales, en detrimento de la interpretación histórica, pero también las decisiones con las que la CONADEP, en sintonía con las proposiciones del gobierno de Alfonsín sobre el pasado de violencia política, orientó su investigación y que tenían por norte limitar a los perpetradores materiales del crimen la responsabilidad penal. Es preciso apuntar, también, que estas claves habían formado parte de la narrativa con la cual las organizaciones de derechos humanos y los familiares de de los desaparecidos habían denunciado los crímenes durante la dictadura.

Justamente, lejos de ser un esfuerzo exclusivo del Estado o de un grupo de personalidades reconocidas de la sociedad civil, como la retrata la literatura sobre justicia transicional, la investigación de la CONADEP comprometió la participación activa de la mayoría del movimiento de derechos humanos. Estas entidades integraron su conducción, sus secretarías, su personal; entregaron la información que poseían y recolectaron nueva; ofrecieron sus locales como sedes de la Comisión en el interior del país; orientaron con su experiencia la investigación; participaron de la difusión televisiva de sus conclusiones y colaboraron en la elaboración de su informe. Ello permitió que la CONADEP rompiera su aislamiento inicial y sobrepasara largamente las metas que el Ejecutivo le fijó al crearla. Esta alianza sólo se vio amenaza-

da al discutirse en la CONADEP los alcances de la acción judicial y el destino de las pruebas reunidas. Esto es, a que tribunales, civiles o militares, debían enviarse los testimonios y otros documentos recabados. En este sentido, los límites del relato del *Nunca Más* sobre la violencia política y en la presentación de la identidad de los desaparecidos fueron parte de un sentido común compartido por el gobierno y el movimiento de derechos humanos y revelan las dificultades de ese tiempo para pensar, en su complejidad, la violencia política que había desgarrado al país.

La experiencia de la investigación de la CONADEP ofrece una serie de lecciones centrales para el campo de la Justicia transicional. En primer lugar, demuestra la importancia de elaborar una verdad pública sobre los crímenes de regímenes previos inmediatamente después de su retirada o caída. En el plano político, ello contribuye a romper el monopolio de la interpretación sobre los procesos de violencia detentado hasta allí por los perpetradores de las violaciones y, en el plano jurídico, permite contar con testigos capaces de recordar hechos traumáticos con mayor precisión y recabar pruebas documentales aún no destruidas. En segundo lugar, la experiencia de la CONADEP ilustra que, a pesar de un contexto político e institucional inestable, los gobiernos y las organizaciones de la sociedad civil (específicamente las organizaciones de derechos humanos) pueden colaborar con el Estado en la investigación de la verdad sin que ello signifique poner en riesgo su necesaria independencia. Esta colaboración se demostró productiva al permitir la elaboración de un nuevo conocimiento sobre las violaciones a los derechos humanos tanto en términos de su magnitud como de sus cualidades.

Finalmente, la experiencia de la CONADEP muestra que las clasificaciones utilizadas para describir a las víctimas y a los victimarios, la ausencia o presencia en el relato de una historización capaz de enmarcar las violaciones sucedidas como fruto de conflictos e intereses que exceden su carácter material-real, y la periodización utilizada para narrar el ciclo de violencia no son naturales y/o objetivas. Por el contrario, son fruto de determinaciones políticas, socialmente construidas, que suponen juegos de exclusiones e inclusiones y determinadas claves narrativas e interpretativas que confluyen en el establecimiento de un determinado tipo de verdad sobre el pasado.<sup>(55)</sup>

(55) CRENZEL, EMILIO, "The National Commission on the Disappearance of Persons: Contributions to Transitional Justice", en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, n° 2,

La investigación de la CONADEP produjo efectos políticos y jurídicos de primer orden: propuso una nueva verdad pública sobre las desapariciones, conformó un *corpus* probatorio inédito para juzgar a sus responsables cuya potencia se manifestaría en el histórico juicio a las Juntas militares en 1985 pero, también, mostraría su fiabilidad en los nuevos juicios penales por violaciones a los derechos humanos reiniciados en 2005 tras la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. De hecho, el archivo de la CONADEP, obrante en la actualidad en el Archivo Nacional de la Memoria es de consulta obligada en estas nuevas instancias penales. Finalmente, su informe, *Nunca Más*, se transformó en la interpretación más difundida y aceptada sobre las violaciones a los derechos humanos y, junto a la Comisión que lo redactó, se volvieron modelos de las Comisiones de la Verdad a nivel internacional. En síntesis, treinta años después, el legado de la CONADEP manifiesta su vitalidad en los procesos de verdad, justicia y memoria en la Argentina y tanto esta Comisión como su informe *Nunca Más* son referencias ineludibles, a escala global, en el campo de la justicia transicional y post-transicional.

---





# La “actualización” de la verdad a 30 años de CONADEP

## El impacto de los juicios por crímenes de lesa humanidad

por **CAROLINA VARSKY**<sup>(1)</sup> y **LORENA BALARDINI**<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP) es, sin lugar a dudas, un hito en materia de rendición de cuentas por crímenes de lesa humanidad a nivel nacional e internacional. Su impacto en la construcción de la primera verdad oficial sobre la represión sin precedentes llevada adelante por la dictadura militar que usurpó el poder en Argentina entre 1976 y 1983 se ha evaluado tanto a nivel político como desde la academia. Se ha discutido ampliamente también en estos ámbitos el apoyo y/o las críticas efectuadas por las organizaciones de derechos humanos y distintos actores sociales de la época. Poco se ha dicho, no obstante, de la

.....  
(1) Abogada, coordinadora de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación (PGN).

(2) Socióloga y candidata doctoral en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires. Es profesora de Metodología de la Investigación Social en la Facultad de Derecho de la UBA y coordinadora del Equipo Memoria, Verdad y Justicia del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

influencia de las formas de producción de información de las organizaciones en la metodología implementada por la Comisión.

Treinta años después, el legado de la CONADEP genera interrogantes diversos, con un foco en la actualización de esa verdad a lo largo de los años, y el fuerte impacto que en esto han tenido los juicios por delitos de lesa humanidad que desde los inicios del siglo XXI tramitan en forma ininterrumpida en todo el país.

Esos juicios, sumados a las acciones constantes de agencias estatales y organizaciones de la sociedad civil para encauzarlos y mejorar su desarrollo, ha sido un campo de posibilidad para ampliar el espectro de los hechos juzgados. En relación con esto, la pregunta central que guiará este trabajo remite a cuál es el aporte de estos juicios en la construcción de verdad sobre nuestro pasado dictatorial.

Con esto en mente, abordaremos tres temas que nos permiten preguntarnos por esta actualización de aquella primera verdad oficial, y que surgen con fuerza a partir del testimonio en los juicios penales:

1. La militancia política: opacada en los años ochenta, la filiación política de las víctimas surge con fuerza en los testimonios actuales.
2. La violencia sexual y otros crímenes vinculados al género: a diferencia de la etapa de la transición, donde se hablaba de una víctima universal cuyos derechos humanos habían sido vulnerados, en esta nueva etapa surgen las particularidades de las vivencias de varones y mujeres en los centros clandestinos de detención, con una importante presencia de testimonios que dan cuenta de la violencia sexual como otra de las tácticas represivas.
3. La idea de una dictadura militar fue matizándose con el avance de los juicios para comenzar a incluir la responsabilidad y complicidad de civiles en los crímenes. En los últimos años, se ha comenzado a investigar el rol jugado por funcionarios judiciales y empresarios en sostener e integrar la maquinaria represiva del régimen militar.

Finalmente, realizaremos algunas reflexiones sobre el acervo CONADEP y su impacto en el proceso actual de producción de verdad, por la inminente necesidad de ahondar en los datos de las víctimas. Concretamente nos referiremos a la acción del Archivo Nacional de la Memoria, responsable de los archivos de la Comisión y al Registro Unificado de Víctimas del Terrorismo de Estado y a los problemas en la producción de información.

## 2 | El proceso de Memoria, Verdad y Justicia argentino. El rol y el impacto de la CONADEP. Las otras iniciativas de verdad en la transición.

Argentina ha explorado el catálogo completo de mecanismos de rendición de cuentas con la intención de abordar las violaciones graves a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar: comisión de verdad, reparaciones económicas y simbólicas, procesos de justicia limitados y de gran escala, juicios por la verdad e instancias de depuración de funcionarios públicos.<sup>(3)</sup>

Este proceso no ha sido lineal, sino que han habido avances y retrocesos en lo que respecta a las políticas de derechos humanos entre los años ochenta y noventa, hasta que coincidieron la voluntad del Estado con las demandas de las organizaciones de derechos humanos en 2003 robusteciendo el proceso.

El esfuerzo por abordar la cuestión de las violaciones a los derechos humanos cometidas por las fuerzas militares es impulsado desde el contexto mismo de dictadura principalmente por una fuerte red de organizaciones de derechos humanos (ODH), muchas de las cuales tienen un perfil jurídico. Algunas de ellas surgieron durante la dictadura, como Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, Familiares de Detenidos Políticos, Movimiento Ecuuménico por los Derechos Humanos (MEDH) y el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), además de organizaciones previas a la dictadura militar: la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH) y la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH).

Su primer objetivo fue exigirle, sin éxito, a varias instituciones nacionales la libertad de los detenidos. Al fracasar en este objetivo, se abocó principalmente a la denuncia internacional. Más tarde, desde el final de la dictadura, las ODH se han dedicado fuertemente a exigir la rendición de cuentas por violaciones pasadas.

---

(3) SMULOVITZ, CATALINA, "The Past Is Never Dead: Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in Argentina", Universidad de las Naciones Unidas, 2012.

## 2.1 | Antecedente de la verdad oficial. La Comisión Técnica de producción de Datos

La búsqueda de la verdad en Argentina se ha llevado a cabo en varias etapas y ha sido impulsada tanto por el Estado como por los ODH. Una de las preocupaciones de los ODH al momento de exponer la verdad consistió en la búsqueda de información sobre las víctimas.

La primera experiencia en la sistematización de la información sobre víctimas transcurrió en el marco de la visita *in loco* a Argentina por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en septiembre de 1979. En ese entonces, varias organizaciones que habían recibido denuncias de arrestos/detenciones dentro de Argentina habían elevado esta información a la Comisión, gracias a lo cual se obtuvieron los primeros datos y listas de víctimas. La Comisión recibió testimonios de miles de personas, entre las que se incluían parientes de los desaparecidos. En 1980, publicó un informe con algunas de las violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos que habían sido denunciados durante la visita.

Antes de finalizar la dictadura, las fuerzas armadas publicaron el “Documento Final de la Junta Militar sobre la guerra contra la subversión y el terrorismo” a fin de tratar de justificar sus acciones bajo el pretexto de una “guerra” en la que había habido “errores y oprobio” en función del beneficio nacional. Este documento fue rechazado públicamente por los ODH y más tarde, durante su candidatura presidencial, por Raúl Alfonsín. En respuesta al documento, los ODH diseñaron estrategias para sistematizar datos mediante un proceso de generación de conocimiento acerca de los crímenes cometidos por la dictadura, el cual incluyó la denuncia a nivel nacional e internacional como un aspecto clave del activismo durante el conflicto.<sup>(4)</sup>

---

(4) A medida que se cancelaban los mecanismos nacionales de denuncia, los ODH mantuvieron una sofisticada estrategia internacional a lo largo del conflicto. En 1979, *Amnesty International* promovió una visita de Madres de Plaza de Madres a Europa y Estados Unidos para que dicha organización pudiera denunciar la realidad de la situación argentina en materia de derechos humanos. Ésta fue una de muchas visitas de los ODH para disputar la negación estatal de los crímenes cometidos por las fuerzas armadas.

Al mismo tiempo, los ODH exigieron la constitución de una comisión parlamentaria que incluyera representantes de ambas cámaras del Congreso de la Nación con el fin de investigar las diferentes dimensiones del Terrorismo de Estado una vez asumido el poder por parte de un gobierno civil electo.

Con el fin de fortalecer esta idea de exponer la verdad sobre las atrocidades del pasado y de abrirle camino a esta comisión parlamentaria, en agosto de 1983 los ODH más importantes formaron la Comisión Técnica de Recopilación de Datos cuyo principal propósito era obtener y sistematizar la información contenida en sus propias bases de datos acerca de las víctimas de las acciones represivas del Estado. La Comisión Técnica estaba compuesta por miembros de APDH, MEDH, CELS, Familiares y Abuelas. LADH y Madres optaron por no ser parte de ella.

La actividad de la Comisión Técnica consistía en la clasificación de los datos existentes sobre detenidos-desaparecidos en base a variables demográficas y ocupacionales, de la identificación de los nombres y cargos de los responsables, y de la investigación acerca de dónde funcionaban los CCD. Su propósito fue desarrollar datos y elevárselos al Congreso electo.<sup>(5)</sup>

Estas acciones han contribuido a la consolidación de las prácticas de investigación, documentación y sistematización que luego resultaron muy útiles, pues constituyen el principal antecedente de la metodología de la comisión de la verdad de Argentina.

## 2.2 | La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP)

CONADEP fue una de las respuestas institucionales del primer gobierno de la transición, a cargo de Raúl Alfonsín. Poco después de asumir el poder, y con el fin cumplir con el compromiso asumido en la campaña electoral, Alfonsín sancionó un decreto mediante el cual establecía una comisión para

.....

(5) Ver Archivos del CELS-documentos sobre la labor de la Comisión Técnica. Éste incluye memorandos, formularios de registro, comunicados de prensa, denuncias y listas de acusados, víctimas y CDC (extremos con fecha de 1983-1986).

investigar el destino de los desaparecidos.<sup>(6)</sup> Su mandato consistió principalmente en “arrojar luz sobre la desaparición de personas en el país”.

El decreto fundacional de CONADEP especificaba una cantidad de funciones entre las que se incluía:

- i). Recibir denuncias y pruebas y elevar esos datos al poder judicial.
- ii). Revelar el destino de los desaparecidos.
- iii). Encontrar a los niños que habían sido separados de sus padres o tutores y, en caso de éxito, entregarlos a la jurisdicción de las organizaciones de servicios para el menor y de los tribunales.
- iv). Denunciar ante el poder judicial cualquier intento por ocultar, remover o destruir pruebas relacionadas con la investigación.
- v). Elevar un informe final con un recuento detallado de los sucesos en cuestión, dentro de un periodo de 180 días.

La CONADEP dio sus primeros pasos en un contexto de tensión política. La iniciativa desafiaba a los autores de crímenes estatales que permanecían en algunos de los cargos militares más altos y que defendían la noción de la “lucha contra la subversión” mientras cuestionaban la legitimidad de la Comisión.<sup>(7)</sup> Asimismo, hubo diferentes reacciones por parte de los ODH, algunos de las cuales desconfiaban de esta política gubernamental. No obstante, los ODH —por lo general— colaboraron con la CONADEP: promovieron la idea de brindar testimonios a la Comisión y, aquellas organizaciones que habían formado parte de la Comisión Técnica o que contaban con sus propios registros, compartieron sus hallazgos y metodologías.

La noción de víctima de la Comisión se limitaba únicamente a los “desaparecidos”; los sobrevivientes y las víctimas que habían resultado muertas no estaban incluidos en la investigación. Sin embargo, la CONADEP incluyó en su informe algunas de las experiencias de los sobrevivientes de los CCD y ciertas definiciones detalladas de los elementos de los crímenes que habían sido cometidos. En nueve meses,

---

(6) Decreto 187, BO 19/12/1983.

(7) HAYNER, PRISCILLA, *Unspeakable Truths: Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, New York, Routledge, 2011, pp. 64/65.

la Comisión recibió 7000 testimonios y se documentaron 8961 casos de desaparecidos.<sup>(8)</sup> Los testigos incluyeron 1500 sobrevivientes que habían brindado testimonios detallados de las condiciones y tortura a las que fueron sometidos. Obtuvo pruebas de la existencia de 365 CCDs e inspeccionó 50 de ellos.<sup>(9)</sup>

El resultado principal de la labor de esta Comisión fue un informe de 5000 páginas elevado al Presidente. El público tuvo acceso a una versión editada llamada *Nunca Más* que fue publicada por la Universidad de Buenos Aires. En el informe, la CONADEP recomendó tratar a la desaparición forzada como un crimen contra la humanidad, además de brindar ayuda financiera, social y educativa a las víctimas, y de insistir sobre la necesidad de una "investigación judicial profunda" de los eventos informados.

La CONADEP desempeñó una función importante en la posibilidad de efectivizar la rendición de cuentas. El *Nunca Más* describió las formas sistemáticas y variadas en las que se impartieron torturas físicas y psicológicas. También describió los secuestros de niños y su apropiación por parte de familias militares u otros individuos.<sup>(10)</sup> La información obtenida fue elevada al Poder Judicial con el fin de realizar una investigación penal.<sup>(11)</sup> Toda esta información se transformó en pruebas importantes para la acusación de los miembros de las Juntas por la comisión de estos crímenes.<sup>(12)</sup>

---

(8) CRENZEL, EMILIO, *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en la Argentina*, SigloXXI editores, Bs. As., 2008, p. 115.

(9) La CONADEP tuvo que decidir acerca de qué constituye un CCD. Entonces concluyó que es cualquier centro, sea o no militar, en el que se tuvo cautivo a un desaparecido en el transcurso de su detención.

(10) CRENZEL, *op. cit.*, p. 114.

(11) A pesar de que se mencionaron aproximadamente 1000 autores en los testimonios, sus nombres no pudieron ser publicados. Véase HAYNER, *op. cit.*, pp. 155/158.

(12) En 1985, la Cámara Federal llevó adelante el primer juicio penal contra responsables de la dictadura, conocido mundialmente como "Juicio a las Juntas". Fue un juicio que duró ocho meses en el que se develó la existencia de un plan sistemático de exterminio llevado adelante por las tres juntas de gobierno militar. Eduardo Massera y Jorge R. Videla fueron sentenciados a cadena perpetua, mientras que otros tres integrantes recibieron penas entre 17 y 4 años y medio. Cuatro imputados resultaron absueltos. Véase NINO, CARLOS S., *Juicio al mal absoluto*, Bs. As., Ariel, 2006.



## 3 | Juicios por delitos de lesa humanidad: ¿la verdad actualizada?

La rendición de cuentas penal ha constituido un elemento central de la lucha de los ODH por la justicia. Los juicios a gran escala que actualmente realizan los tribunales argentinos deben, por lo tanto, verse en el contexto de una lucha prolongada por la justicia que se lleva adelante a pasos agigantados.

Una vez superadas las barreras legales entre 2000 y 2005, los casos que habían sido suspendidos en el marco de las leyes y decretos de impunidad fueron reabiertos y los tribunales de todo el país recibieron muchos nuevos reclamos. El primer juicio de esta fase se realizó en 2006. Se trata del caso “Simón” en el marco del cual se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de impunidad.

Los casos son investigados por el Poder Judicial de la Nación<sup>(13)</sup> en el marco del nuevo código penal que establece un sistema mixto de procedimientos orales y escritos.<sup>(14)</sup> Por elección de los acusados, unos pocos casos se realizan bajo el código penal anterior, en el que los procesos eran enteramente escritos. Los crímenes investigados son aquellos que se subsumen bajo el Código Penal Argentino: “privación ilegítima de la libertad” como las desapariciones forzadas; “tormentos” como tortura; homicidio; robo y secuestro de niños.

Los ODH nuevamente son actores clave y desempeñan el rol de querellantes colectivos y particulares que representan a las víctimas o sus familiares ante los tribunales. Bajo el Código Procesal Argentino, un querellante

(13) Argentina es un Estado federal. Por lo tanto, por un lado tiene un sistema de Justicia Federal con competencia en casos de estupefacientes, tráfico, evasión de impuestos, lavado de dinero y otros delitos que afectan la renta y seguridad nacional. Mientras que, por el otro, cada provincia tiene su propio sistema de justicia provincial con competencia en casos de delitos regulares (conocida como justicia ordinaria), con sus propios órganos judiciales y normas procesales. Este poder se compone de la Corte Suprema de la Nación, el Consejo de la Magistratura, los Tribunales de Primera Instancia y las Cámaras Federales de Apelación. También forma parte de este proceso la Cámara de Casación Penal (en adelante, Casación), un órgano revisor penal intermedio que garantiza la doble instancia con competencia para decidir en procesos de apelación contra las sentencias de los tribunales orales federales.

(14) Ley 23.984, BO 09/09/1991.

particular o demandante tiene casi los mismos atributos que un fiscal. Al comienzo del proceso, este rol era central debido a que el rango de acción del fiscal era limitado, por ser las investigaciones penales conducidas por los jueces. Pero una importante reforma de la Procuración General modificó esto.

Esta nueva etapa de rendición de cuentas penal por violaciones a los derechos humanos ha tenido resultados importantes. Los juicios han crecido en alcance y cantidad y se han alcanzado importantes logros.

Durante la tercera fase de los juicios, hasta septiembre de 2013, se han completado 104 juicios, en tribunales en todo el país. Ha habido un importante aumento en la cantidad de juicios a lo largo del tiempo, que han culminado en 416 condenas y 35 absoluciones. La mayoría de estos juicios giran en torno, al menos, a 10 víctimas y/o, al menos, 5 acusados. Lo más importante es que el 60% de los juicios implican a más de 100 víctimas. Estas causas grandes y complejas son denominadas por los actores del proceso como "megacausas".

### 3.1 | El testimonio como prueba

El testimonio constituye uno de los aspectos centrales en la conformación de la prueba judicial en un proceso penal, y muy especialmente para las causas por delitos de lesa humanidad, procesos en los que, en general, se trata de la única prueba disponible ante la destrucción u ocultamiento del material documental sobre las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura militar.<sup>(15)</sup>

Los tribunales se han ya expedido en la vasta jurisprudencia que se ha constituido a través de estos juicios respecto de este rol central que tiene la prueba testimonial y, por ende, la palabra del testigo:

"La declaración testimonial es un medio de prueba que se privilegia frente a modos particulares de ejecución en los que deliberadamente se borran las huellas, o bien se trata de de-

---

(15) VARSKY, CAROLINA, "El testimonio como prueba en procesos penales por delitos de lesa humanidad. Algunas reflexiones sobre su importancia en el proceso de justicia argentino" en CELS/ICTJ, *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.

litos que no dejen rastros de su perpetración, o se cometen al amparo de la privacidad. En tales supuestos a los testigos se los llama necesarios. En la especie, la manera clandestina en que se encaró la represión, la deliberada destrucción de documentos y de huellas, el anonimato en que procuraron escudarse sus autores, avala el aserto. No debe extrañar, entonces, que la mayoría de quienes actuaron como órganos de prueba revistan la calidad de parientes o de víctimas. Son testigos necesarios” (Fallos 309: 319).

“No puede aquí soslayarse que la mayoría de los testigos que han depuesto en esta audiencia tienen una doble condición, la de haber sido testigos y víctimas directas de hechos de igual naturaleza respecto de lo que debieron deponer; lo cual, desde una correcta técnica procesal, los convierte en testigos directos de cómo funcionó el sistema represivo estatal en los hechos. En otras palabras, son la prueba viviente de la puesta en práctica del plan pergeñado por quienes tomaron el poder en un acto sedicioso, cuyo verdadero objetivo abonado, entre otros, por la prueba documental, no era otro que el de lograr la represión y aniquilamiento de, a más de las organizaciones al margen de la ley, de todo pensamiento opositor, con prescindencia del Estado de Derecho y conculcando los derechos humanos” (Tribunal Oral en lo Criminal Federal 1 de Córdoba, causa 40/M/2008).

A lo largo del proceso argentino de búsqueda de la verdad y la justicia (CONADEP, Juicio a las Juntas en 1985, Juicios por la Verdad, juicios en el extranjero y finalmente la reapertura de las causas judiciales a partir de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida) estos testimonios se han ido enriqueciendo. Así, mientras que en los ochenta el objetivo era denunciar las atrocidades, identificar a los responsables, recordar a los compañeros desaparecidos, y no tanto hablar en primera persona sobre los propios padecimientos, los juicios actuales se caracterizan justamente por profundizar en las experiencias de cada una de las víctimas, haciendo a un lado el relato más estructurado para dar lugar, si se quiere, a un concepto ampliado de tortura que contempla todo el padecimiento sufrido desde el momento del secuestro, la vivencia dentro del centro clandestino, la recuperación posterior de la libertad y su repercusión en el entorno. De esta manera, la víctima ha pasado a tener un

rol preponderante mediante el relato de los hechos en primera persona, a diferencia de lo que sucedió en el Juicio a las Juntas.<sup>(16)</sup>

### 3.2 | Las “nuevas” temáticas

Esta nueva etapa del proceso en la búsqueda de la verdad y la justicia ha tenido un desarrollo que lo diferencia en términos cuantitativos y cualitativos respecto de la encarada en los años ochenta. Ello se debe a que la persecución penal de aquel momento se circunscribió a un modelo acotado de casos y hechos, y delineó una forma precisa de atribución de responsabilidad que no apuntaba al juzgamiento total sino a una serie de casos testigos, que se plasmó en el célebre juicio a las juntas militares.<sup>(17)</sup>

En la etapa actual no primó ese criterio ni la definición de una estrategia concreta de persecución penal, sino que se caracterizó por la reapertura de todos los casos que habían quedado truncos por la acción de las leyes de impunidad, y por la denuncia de nuevos hechos que, en conjunto, dieron lugar a un número mayor de investigaciones.

Pero el volumen no es lo único que caracteriza a este proceso. La continuidad en el tiempo del juzgamiento ha posibilitado un incremento cuantitativo y también cualitativo. Facetas antes inexploradas por no ser parte de la dimensión acotada del juzgamiento comienzan a ser abordadas en esta nueva etapa con un alcance más amplio.<sup>(18)</sup>

En esta sección nos abocaremos a tres temáticas que surgieron recientemente como **nuevos** debates, y que entendemos como signos de esa **actualización de la verdad** que proponen estos juicios. Se trata de aquellos que remiten a la complicidad civil, a la comisión de delitos contra la integridad sexual y a la pertenencia de las víctimas a organizaciones políticas que optaron por la lucha armada. Estas son problemáticas presentes desde siempre, pero sobre las que no se profundizó en la primera etapa del

(16) VARSKY, *op. cit.*, pp. 53/54.

(17) NINO, *op. cit.*

(18) BALARDINI, LORENA, “El año de los juicios. Un análisis del avance y el impacto del proceso de justicia en clave de legitimidad y opinión pública”, en CELS, *Derechos Humanos en la Argentina, Informe Anual 2011*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.

proceso de justicia, y que han sido más resonantes en el proceso actual. Consideramos que estos debates se encuentran instalados como propios de esta segunda etapa de la búsqueda de justicia y que han contribuido a ampliar y a la vez profundizar la verdad sobre lo ocurrido durante aquel periodo de nuestra historia reciente.

### 3.2.1. Complicidad civil

En primer lugar, aparece la necesidad de ahondar en la responsabilidad de civiles que posibilitaron el accionar represivo no solo en cuanto a su apoyo a la dictadura, sino a su participación en los crímenes y su contribución con el plan sistemático de exterminio. En particular nos referimos a miembros de la iglesia católica, jueces, fiscales y otros funcionarios judiciales y dueños o directivos de empresas.

La cuestión civil ha estado en la escena desde el inicio mismo de esta nueva etapa de juicios. Esto se evidenció especialmente a partir de la condena a prisión perpetua al sacerdote y ex capellán de Ramón Camps, Christian Von Wernich. La misma se produjo en 2007, en el tercer juicio desde la reapertura. Desde entonces se ha juzgado a personal civil de Inteligencia de varias jurisdicciones, y en 2009 se condenó al ex juez Víctor Brusa en la provincia de Santa Fe.

Desde entonces el avance en estas investigaciones no ha cesado, y se ha enfocado en la responsabilidad tanto de empresarios como de funcionarios judiciales.

En 2010 la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación presentó una querrela en la que denunció el “desapoderamiento ilegítimo de Papel Prensa S.A. a quienes eran sus propietarios”, los integrantes del grupo Graiver,<sup>(19)</sup> y atribuyó ese “despojo” a una “voluntad mancomunada de las autoridades de la dictadura cívico-militar y de los propietarios de los diarios Clarín, La Nación y La Razón, que participaron de la operación de

---

(19) Se trata de Lidia Papaleo, viuda de Graiver, su hermano Osvaldo Papaleo, Isidoro Graiver, su esposa Lidia Brodsky, Jorge Rubinstein (abogado, mano derecha de David Graiver), Rafael Ianover (empleado de David Graiver), Juan Graiver y Eva Gitnacht (padres de David), Silvia Fanjuni (empleada de los Graiver), Lidia Gesualdi (secretaria). Todos ellos fueron detenidos con posterioridad al traspaso de la titularidad de la empresa. La mayoría sufrió torturas durante su detención y luego fueron “blanqueados”, a disposición del Poder Ejecutivo.

compra-venta en la noche del 2 de noviembre de 1976. [...] Sin las presiones, intimidaciones y amenazas efectuadas sobre los integrantes del grupo Graiver, la operación de venta de las acciones de Papel Prensa no se hubiera llevado adelante", postuló la querrela. La Secretaría fundó su denuncia en el testimonio de Rafael Ianover, quien participó de la operación como testaferro de David Graiver, fallecido en agosto de 1976. "Ianover relató que en plenas tratativas le dijo al dueño de La Razón, Patricio Peralta Ramos, que 'temía por su libertad' y el empresario le aseguró que no le pasaría nada. Antes de concretar la venta, agregó en el juzgado, un grupo de tareas entró a su casa, revolvió armarios y se llevó de todo. El 12 de abril de 1977 lo detuvieron".<sup>(20)</sup>

La investigación, conducida por el gobierno nacional a través de una comisión especial de la Secretaría de Comercio, elaboró el informe "Papel Prensa. La Verdad", que se adjuntó a la querrela presentada y tuvo una amplia repercusión pública, inseparable del enfrentamiento entre el gobierno y las grandes corporaciones de los medios de comunicación. Lo cierto es que el tema del traspaso irregular de las acciones de Papel Prensa estuvo siempre bajo la lupa: ya en 1985 formaba parte de una investigación del ex fiscal de Investigaciones Administrativas Ricardo Molinas. En especial, cabe remarcar el aporte de Lidia Papaleo, viuda de Graiver, quien ratificó aquel antiguo testimonio que había brindado a Molinas ante la Secretaría de Comercio y en tribunales. Precisó que al momento del traspaso no pudieron leer lo que estaban firmando ni opinar sobre el precio, que quedó establecido en 946.600 dólares. También se explayó sobre las presiones a las que fue sometida en los meses previos a su detención, para que se desprendiera de la empresa. Los propios diarios involucrados publicaron el 19 de mayo de 1977 una solicitada en la que dieron a conocer que habían "adquirido las acciones Clase A de Papel Prensa previa consulta y posterior conformidad de la Junta de Comandantes en Jefe".

En 2012, en otro juicio, fue procesado el presidente del directorio del Ingenio Ledesma, Carlos Blaquier, y el administrador de la empresa, Alberto Lemos, por la comisión de los delitos de violación de domicilio, privación ilegítima de la libertad, torturas y homicidio en perjuicio de 32 víctimas.

.....

(20) *Página/12*, "El papel del Estado en la causa por Papel Prensa", 22 de septiembre de 2010, y "El Gobierno presentó ante la Justicia el informe sobre Papel Prensa", 21 de septiembre de 2010.

El juez a cargo analizó en su resolución los vínculos entre los empresarios azucareros del norte argentino y los diferentes gobiernos de facto que se sucedieron en la historia argentina, y sostuvo que “personal y directivos de la empresa Ledesma Sociedad Anónima Agrícola Industrial (SAAI) habrían puesto a disposición de los grupos de tareas medios de transporte de la Empresa para secuestrar y trasladar a los detenidos”, y que tenían control sobre el tendido eléctrico de la zona del Ingenio para instrumentar lo que luego se conoció como “Noche del Apagón”.<sup>(21)</sup>

Por su parte, en el marco de la sentencia en el caso “Moreno” dictada en marzo de 2012, el Tribunal Oral de Mar del Plata ordenó extraer copias e investigar la responsabilidad del directorio de la cementera Loma Negra, que habría inducido el secuestro y muerte del abogado laboralista Carlos Alberto Moreno. Al momento de los hechos, Moreno era asesor de la Asociación de Obreros Mineros de la Argentina (AOMA) y había ganado varios litigios contra las empresas Loma Negra SA y Cal y Piedras, relacionadas con las condiciones de trabajo de los obreros. Sobre este asunto, el fallo afirma que la labor que desarrollaba Moreno al momento de su secuestro “constituía una molestia para el poder económico”.<sup>(22)</sup>

En otro de los hechos relevante de 2013, tres ex directivos de *Ford Motors Argentina S.A.*, fueron procesados —decisión confirmada por la Cámara Federal— por su participación en los secuestros y torturas contra 25 ex delegados de la planta de esa empresa en General Pacheco durante la última dictadura militar. Las víctimas de estos hechos fueron detenidas de forma ilegal en sus puestos de trabajo y torturadas en instalaciones de la

---

(21) “La noche del 27 de julio de 1976 la usina de Libertador General San Martín corta el suministro eléctrico en todo el departamento mientras policías, gendarmes, militares y capataces de Ledesma comienzan a allanar y saquear viviendas en los pueblos de Libertador San Martín y Calilegua. En vehículos de la empresa, son trasladados más de 400 trabajadores, estudiantes y profesionales a los galpones de mantenimiento de la empresa donde permanecen días y meses atados y encapuchados. Tras las torturas e interrogatorios, algunos son liberados, otros son enviados a comisarías o cuarteles militares, y otros aparecen en cárceles de distintas provincias. Tres tumbas han sido halladas en Calilegua. 30 vecinos permanecen desaparecidos”. LUDMILA CATELA DA SILVA, *No habrá flores en la tumba del pasado. Experiencias de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*, La Plata, Al Margen, 2001.

(22) Causa 2473 en la que resultaron condenados Julio Alberto Tommasi, Roque Ítalo Pappalardo y José Luis Ojeda, Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Mar del Plata, 16/03/2012.

fábrica. En algunos casos, los obreros secuestrados fueron exhibidos en la fábrica, golpeados y atados con alambres, mientras los trasladaban a su lugar de secuestro y tormento.<sup>(23)</sup>

Es claro que la investigación de la complicidad del sector económico con la dictadura presenta interesantes hallazgos. Más de 130 financistas y empresarios fueron secuestrados y torturados, según un reciente informe publicado por la Comisión Nacional de Valores (CNV). Once de ellos se encuentran desaparecidos. La CNV, en tiempos de la dictadura, facilitó la venta bajo presión de fábricas que condujeron a la concentración de la propiedad y del mercado en unos pocos grupos económicos y el vaciamiento de empresas que pertenecían a personas acusadas de "subversivas".<sup>(24)</sup> Muchos funcionarios de la comisión asistieron a las sesiones de tortura en centros clandestinos. Por estos hechos fue indagado y procesado en julio de este año Juan Alfredo Etchebarne, ex titular de la CNV.<sup>(25)</sup>

Lo interesante es que, también en esta nueva etapa, se ha comenzado a profundizar la interpelación al Poder Judicial. Mientras que en los años ochenta y noventa primó una idea de funcionarios judiciales "inhábiles", sin posibilidades de actuar conforme a principios profesionales idóneos frente a la maquinaria de terror estatal, en esta etapa del proceso se ha comenzado a desmentir esa versión de los hechos al identificar participaciones concretas de jueces, secretarios y fiscales de aquel entonces en los crímenes cometidos. La responsabilidad de funcionarios del Terrorismo de Estado, en particular del Poder Judicial, hoy puede ser abordada, pues nos encontramos también en un momento de interpelación del rol de la justicia en su conjunto.<sup>(26)</sup>

.....

(23) BALARDINI, LORENA y ROCHA, ANDREA, "Dimensiones regionales de la lucha contra la impunidad: Juicios en Argentina", colaboración incluida en el capítulo "Verdad, justicia y memoria por violaciones de derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar", en *Informe anual de Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile (en prensa).

(24) Véase *Página 12*, "La trama financiera de la última dictadura", 24/03/2013.

(25) Juzgado Criminal y Correccional Federal 3, CFP 8405/2010, 12/07/2013

(26) BALARDINI, LORENA, "A diez años de la nulidad de las leyes de impunidad. La consolidación del proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad en la Argentina. Los nuevos debates y los problemas aún sin resolver" en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe anual 2012*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.



Según datos de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, a septiembre de 2013, hay al menos 55 miembros del Poder Judicial implicados en causas por delitos de lesa humanidad en la última dictadura, en diversas jurisdicciones, a saber:

- En la provincia de Mendoza hay varios ex-funcionarios judiciales imputados por su participación en crímenes de lesa humanidad. La relevancia de los avances logrados en esta jurisdicción no radica únicamente en que ya hay cinco procesados a la espera del juicio —Otilio Roque Romano, Guillermo Max Petra Recabarren, Rolando Evaristo Carrizo, Luis Francisco Miret y Gabriel Francisco Guzzo—, que a más tardar se realizaría el año próximo, sino también en abarcar un amplio universo de casos que incluyen distintas figuras delictivas como la omisión de promover la investigación, privaciones ilegítimas de la libertad e imposición de tormentos. Tanto Miret como Romano pasaron por la instancia del *jury* de enjuiciamiento en el Consejo de la Magistratura, pues sus fueros impedían que fueran investigados. Hay que remarcar que se han logrado superar distintos obstáculos ocurridos durante la investigación, como la fuga de Otilio Roque Romano a Chile un día antes de que comenzara el *jury* de enjuiciamiento en el Consejo de la Magistratura —en el que era asistido por el ex-juez Luis Leiva, destituido por manejos irregulares en investigaciones y procesado por intento de extorsión—, quien ahora se encuentra detenido en prisión preventiva en la Argentina desde agosto del corriente.
- En la ciudad de La Plata, la sentencia dictada en la causa que investigó los delitos de lesa humanidad cometidos en la Unidad Penal n° 9 —dictada en el año 2010—, ordenó que se investigara a un importante número de funcionarios judiciales, que fueron recordados por víctimas sobrevivientes como asiduos concurrentes al penal. Entre ellos, se destacan los casos de Pedro Luis Soria —fue indagado, se dictó la falta de mérito y se está profundizando la investigación—, Rafael Sarmiento —recientemente apelada la falta de mérito resuelta a su respecto— y Guillermo Nieva Woodgate —se están analizando los extremos de su imputación—.
- En Córdoba, el 29 de octubre de 2012 se procesó a Puga (ex-juez federal), Cornejo (ex-fiscal federal) y Otero Álvarez (ex-secretario del Juzgado Federal), y el trámite en la Cámara de apelaciones se encuentra demorado por la imposibilidad, al momento, de designar a los magistrados que participarán en la resolución. En aquella resolución se decretó la falta de mérito respecto de Haro y Molina, y el trámite se encuentra en la Cámara, en la situación recién descrita.
- En Chaco, los ex fiscales Roberto Mazzoni y Carlos Flores Leyes —ya fallecido— renunciaron a sus cargos cuando fueron denunciados por su complicidad en interrogatorios bajo tortura cuando eran secretarios del juzgado de Resistencia. Asimismo, los procesamientos de Mazzoni y Luis Ángel Córdoba —ex juez federal— fueron confirmados por la Cámara Federal de Resistencia recientemente, por lo que se espera la pronta elevación a juicio de la causa.

- En la provincia de Salta, el ex juez federal Ricardo Lona se encuentra acusado de encubrimiento y omisión en la investigación judicial del secuestro y desaparición del gobernador Miguel Ragone, por su actuación en la masacre de Palomitas y por diversas omisiones funcionales.
- En la Rioja, el ex-juez federal Roberto Catalán se encuentra procesado por su intervención en crímenes relacionados con aproximadamente diez víctimas. Actualmente hay un recurso en la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba para que se revoque su prisión domiciliaria y cumpla su prisión preventiva en cárcel común, en consonancia con lo manifestado por los especialistas médicos en sus dictámenes del mes de agosto del corriente.
- Por su parte, el juez penal de Mar del Plata Pedro Cornelio Federico Hooft fue citado a declaración indagatoria por su participación en los delitos de privación ilegal de la libertad agravada por mediar violencia y amenazas, imposición de tormentos agravada por tratarse de perseguidos políticos, homicidio calificado por el concurso premeditado de tres o más partícipes, violación de medios de prueba, registros o documentos, falsedad por supresión, etc., en relación con 17 víctimas, la mayoría de ellas en el episodio conocido como la "Noche de las corbatas". La enorme dimensión de la participación civil en los delitos que se están juzgando en la jurisdicción de Mar del Plata, que incluye los ámbitos del Hospital Interzonal, el cementerio municipal y el Obispado, se reveló en el desarrollo de los Juicios por la Verdad y en el segundo juicio oral realizado en la causa que investiga los crímenes cometidos en la Base Naval.
- Asimismo, en el quinto tramo que investiga los sucesos de la Base Naval se procesó a Ana María Teodori por su actuación como defensora oficial y jueza federal subrogante al momento de los hechos. Por otro lado, recientemente la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata confirmó el procesamiento de Gustavo Demarchi, por su participación en seis homicidios y como jefe de la asociación ilícita conformada por algunos integrantes de la CNU.

Respecto del impacto del tema en las sentencias, también la resolución en el caso "Moreno" ofrece un pequeño análisis sobre el papel del Poder Judicial, pues ordena investigar a los entonces integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, y al entonces ministro de Gobierno bonaerense, por haber participado en la gestación del comunicado del Primer Cuerpo del Ejército que difundió información falsa sobre las circunstancias en que se produjo la muerte de Moreno. A su vez, destaca la actuación del juez de primera instancia, Carlos Pagliere, quien al recibir el recurso de hábeas corpus a favor de Moreno se preocupó por averiguar su paradero. El fallo señaló: "Si todos los jueces hubieran actuado como Pagliere, y hay otros ejemplos similares pero contados con los dedos de la mano, en lugar de rendir pleitesía a las autoridades militares

de la época y de cada zona, hubiera sido posible que el número de víctimas disminuyera en forma dramática”.

En el veredicto dictado en diciembre contra Musa Azar y otros, el TOF de Santiago del Estero dispuso enviar copia de la sentencia a la CSJN y al Consejo de la Magistratura para que “contemple la posibilidad” de crear una unidad especializada para la investigación de delitos de lesa humanidad cometidos por funcionarios del Poder Judicial entre 1973 y 1983.

Por último, la nueva Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación, formada en 2013 a partir de la estructura de la Unidad Fiscal de Coordinación y seguimiento de delitos cometidos durante el terrorismo de Estado, incluyó la investigación de la complicidad civil.

### 3.2.2. Militancia política

Los testigos que declararon durante el Juicio a las Juntas han relatado que la fiscalía les advirtió que no hicieran mención a su militancia política en el relato de los hechos. Esto probablemente haya tenido que ver, por un lado, con el momento histórico: recién comenzaba la democracia, no había aún pruebas de su sustentabilidad en el tiempo, y la amenaza militar se presentaba como una posibilidad. No obstante, y teniendo en cuenta la estrategia de la acusación en el juicio, esta advertencia probablemente tuvo que ver con la utilización de la defensa de la “teoría de los dos demonios”, noción que primó en la construcción de la verdad en los ochenta. En ese sentido, la referencia a la militancia política podría haber sido objeto de ataque por parte de la defensa y de alguna manera se trató de evitar esta situación sensible, aunque implicó inevitablemente el ocultamiento de un aspecto central de la identidad de las víctimas.

Como expresábamos, una nueva etapa en el proceso de verdad y justicia ha posibilitado que comience a ponerse en escena la cuestión de la adscripción política de las víctimas, y si bien aún hay víctimas y familiares que siguen pensando que es mejor no decir nada sobre su militancia, otros desean reivindicarla.

En el primer juicio, en la causa “Simón”, se planteaba esta cuestión de contar si las víctimas habían sido militantes. Algunos familiares quisieron

relatar la militancia de los desaparecidos, y otros sólo mencionaron que "hacían trabajo de base" o que "iban a las villas". Sin embargo, quienes deseen reivindicar su militancia también tienen un rol importante dentro del desarrollo actual de los juicios. Así, algunos dicen a viva voz que eran militantes montoneros mientras que otros lo disfrazan, hablando de su activismo barrial o universitario.

En las estrategias de varios juicios —como aquellos que corresponden a la investigación del circuito represivo Atlético-Banco-Olimpo—, se ha intentado enfatizar la cuestión de la militancia para probar judicialmente la persecución específica a las víctimas en tanto pertenecientes a agrupaciones políticas, y de esta manera ensayar la posibilidad de tipificar los delitos como genocidio.

Lo cierto es que por parte de los acusados en los juicios actuales, sobre todo desde las defensas privadas de los imputados, se intenta continuar con la idea de los dos demonios preguntando por ejemplo sobre la portación de armas o la pertenencia a tal o cual grupo "guerrillero" de las víctimas. No obstante, las reacciones de los testigos y del resto de los actores del juicio —abogados querellantes, fiscales e incluso jueces— son netamente contrarias a estas expresiones, y si bien es posible notar esos cambios al interior de la sala de audiencias, lo que aún no hemos podido comprobar con suficiente grado de certeza es de qué manera estas cuestiones más abiertas en torno a la militancia han calado en el debate social sobre la violencia en los años 70 en nuestro país y la región.

### 3.2.3. Violencia sexual<sup>(27)</sup>

El enfoque del testimonio en los años ochenta acotado a probar la existencia de un plan sistemático de represión y conceptualizar jurídicamente la noción de desaparición, también tuvo un impacto en la visibilización y problematización del abanico de situaciones represivas que padecieron las víctimas en los centros clandestinos. Si bien las primeras declaraciones ante la CONADEP dan cuenta de las situaciones de tortura sistemática vivida en los centros de detención ilegal, y entre los tormentos y las con-

(27) Este apartado fue construido en parte a partir de las reflexiones sobre el tema en el capítulo de BALARDINI, LORENA; OBERLIN, ANA Y SOBREDO, LAURA, "Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina" en CELS/ICTJ, *Hacer justicia...; op. cit.*

diciones de vida infrahumanas descriptas está presente también la gama de abusos de índole sexual y la diferenciación de los castigos a partir de criterios de género, estos aspectos del testimonio quedaron en un segundo plano frente a la posibilidad de brindar información que sirviera para identificar a los compañeros de cautiverio asesinados y sobre cuyo destino no existían certezas.

La persecución penal acotada del Juicio a las Juntas enfocada en algunos casos paradigmáticos, no contempló la figura jurídica de los delitos contra la integridad sexual, si bien entre los testimonios brindados hubo referencias los mismos. En este sentido, en la sentencia de la “Causa 13” se incluyeron extractos de testimonios en tanto prueba de la aplicación sistemática de tormentos a los detenidos, testimonios que incluían la descripción de abusos propios de la violencia de género, pero que no podían ser valorados como tales en el marco de la estrategia criminal de este proceso penal.

Ahora, si bien técnicamente la posibilidad de juzgamiento de estos delitos siguió vigente en épocas de impunidad, esto no implicó la visibilidad del tema.

Pero será en el marco del nuevo proceso de justicia que estas cuestiones comenzarán a tomar mayor relevancia. Se ha evidenciado un claro salto cualitativo en la construcción de los relatos, y han comenzado a exponerse —comparativamente más en el caso de las mujeres— cada vez con mayor frecuencia los abusos y vejámenes vinculados al género que han sufrido los detenidos durante sus secuestros.

Llamativamente, estas menciones “nuevas” llamaron la atención de los funcionarios judiciales. Estos pedían a las víctimas que explicaran por qué en sus declaraciones anteriores no habían mencionado haber sufrido también este tipo de delitos. En ese sentido, se ha avanzado en conceptualizar las posibilidades fácticas de brindar testimonio en cada etapa del proceso de justicia, evaluando el momento en el que se comenzó a hablar sobre estos temas no desde el tiempo transcurrido cronológicamente sino en relación con el contexto —histórico y social— que posibilitaba el testimonio. En efecto, el desarrollo de las teorías de género, del movimiento feminista, la inclusión de los crímenes de género en el derecho internacional y la declaración de estas conductas como delitos de lesa humanidad ayudaron a las víctimas a vencer los condicionamientos y revelar estos hechos trein-

ta años después. Esta particularidad del proceso de justicia contribuye a generar un contexto favorable para la discusión de lo ocurrido desde una perspectiva de género.

En 2010 se dictó por primera vez una sentencia en la que se responsabilizó a un ex oficial de las Fuerzas Armadas de la violación sexual de dos detenidas en un centro clandestino. Se trata del caso en que fue condenado Gregorio Rafael Molina, ex suboficial de la Fuerza Aérea. Esta sentencia constituye un precedente importantísimo en tanto resuelve varios de los obstáculos impuestos por el Poder Judicial para no avanzar en la judicialización de estos delitos; entre ellos, que no se trató de una práctica sistemática y que sólo se cuenta con el testimonio de la víctima para probar el hecho. Al respecto, la sentencia expresa que, como parte del plan clandestino de represión:

"[...] era habitual que las mujeres ilegalmente detenidas fuesen sometidas sexualmente por sus captores o guardianes o sufrieran otro tipo de violencia sexual. Las violaciones perpetradas no constituían hechos aislados ni ocasionales, sino que formaban parte de las prácticas ejecutadas dentro de un plan sistemático y generalizado de represión llevado a cabo por las Fuerzas Armadas durante la última dictadura militar (informe de la CONADEP y sentencia en la causa 13/84)." <sup>(28)</sup>

Este fallo representa el corolario de un largo trabajo para lograr la visibilización de este tipo de delitos. La primera referencia a los abusos sexuales a los que eran sometidas en particular las detenidas mujeres del centro clandestino "La Cueva" se remonta al juicio a las Juntas Militares, y es repetida en los juicios por la verdad realizados en la ciudad de Mar del Plata. Finalmente, con el proceso de justicia reabierto, en el año 2007 esta misma víctima se presenta como querellante denunciando a Molina por la comisión del delito de violación sexual contra su persona.

Desde el 2010, estos aspectos de la experiencia concentracionaria ha salido a la luz cada vez con mayor frecuencia en los juicios de todo el país. La investigación de estos delitos ha tenido desde aquel entonces un fuerte apoyo

(28) TRIBUNAL ORAL EN LO CRIMINAL FEDERAL DE LA CIUDAD DE MAR DEL PLATA, causa 2086 "Molina, Gregorio Rafael s/ inf. Art. 80 inc. 2 y 6 y art. 141 ter. C.P".

institucional de parte de las agencias estatales a cargo del impulso de los juicios. La entonces Unidad Fiscal —actual Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad— elaboró en 2011 un documento en el que se discuten los obstáculos que los operadores de justicia imponen a la judicialización de estos delitos y brindan argumentos técnicos para superarlos, dando recomendaciones para avanzar a los fiscales que instruyen este tipo de causas.<sup>(29)</sup> La procuradora general de la nación, Alejandra Gils Carbó, emitió en 2012 una instrucción general a los fiscales de todo el país para que implementen las directivas del documento e impulsen investigaciones por estos delitos.

En 2012 y 2013 se han producido dos nuevas condenas por estos delitos.<sup>(30)</sup> En ambos casos las condenas se produjeron por una ampliación de la acusación por los hechos ventilados en el juicio.

La publicidad y la discusión pública sobre estos temas es constante. Incluso existe una importante cobertura mediática de las agencias de noticias que siguen los juicios en todo el país. Esto sin duda ha contribuido a instalar el tema en amplios sectores sociales, incluida la academia.

También es importante destacar que dos de las megacausas que comenzaron en 2012 y se encuentran en curso en 2013 —“ESMA III”, en Capital Federal, y “Arsenal Miguel de Azcuénaga”, en Tucumán— nuclean también delitos contra la integridad sexual. En “ESMA III” se trata de un caso patrocinado por el CELS y por el que fue procesado y elevado a juicio Jorge “Tigre” Acosta. En “Arsenal Miguel de Azcuénaga”, la importancia de estos hechos en los testimonios del juicio ha llevado a que se amplíe la indagatoria a todos los imputados por estos delitos en el marco del juicio.

Finalmente, dos aspectos interesantes e inexplorados aún en relación con estos delitos surgieron de una resolución del juez Daniel Bejas, de Tucumán, en el marco de la causa “Operativo Independencia”. En primer lugar,

.....

(29) UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN Y SEGUIMIENTO DE CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS, “Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado”, [en línea] en <http://www.mpf.gov.ar/index.php/reporte-noticias?view=reporte&IdNoticia=337>.

(30) En 2012 se produjo la condena de Musa Azar y otros tres imputados en Santiago del Estero como autores mediatos de los delitos de abuso y violación sexual, de la misma forma se procedió en la Causa N° 21/10 “Sambuelli, Danielo Alberto, Benitez, Jorge Alberto y otros s/ inf. Art. 142 inc. 1), 144 ter primer párrafo con la agravante del 2° párrafo según Ley 14.616 y 55 del CP”, Tribunal Oral de Santa Fe, 06/08/2013.

el marco temporal de los hechos: se trata de casos anteriores a marzo de 1976. En segundo lugar, que la violencia sexual se llevó a cabo de dos formas complementarias: en CCD, pero también en la modalidad de esclavitud y servidumbre sexual, en la medida en que los militares ocupaban casas de los pobladores y sometían a las mujeres a esos tratos que, en muchos casos, resultaron en embarazos no deseados. Estas son dimensiones de la violencia de género en sentido amplio aún poco visibilizadas que, seguramente, el juicio por estos hechos contribuirá a problematizar.

## 4 | CONADEP hoy. Avances y deudas

A lo largo del tiempo, la documentación perteneciente a la CONADEP fue conservada por las oficinas estatales avocadas a la protección de los derechos humanos: Dirección de Derechos Humanos, Subsecretaría de Derechos Humanos y Secretaría de Derechos Humanos. Fue la base de la documentación con la que se creó en diciembre de 2003 el Archivo Nacional de la Memoria (ANM). Su misión era conservar los documentos de la CONADEP y actualizarlos a modo de seguimiento de esta importante política de verdad.<sup>(31)</sup>

Mediante la incorporación de nuevos documentos e información, el ANM corrigió la información original de la CONADEP y estableció el Registro Unificado de Víctimas del Terrorismo de Estado (RUV) en 2012. El RUV es una herramienta importante para la sistematización de información relativa a las víctimas.

Actualmente no existen informes públicos con los datos del RUV. El acceso consiste en pedidos específicos de información. Los datos aportados por esta institución presentan algunos problemas que complejizan la posibilidad de conocer el universo de víctimas del terrorismo de Estado.

En primer lugar, los datos se presentan en porcentaje, no números absolutos. El RUV sostiene que como la definición del total de víctimas es discutida no puede hacer pública la cifra que maneja. Esta respuesta, por parte de una agencia estatal de esta envergadura, resulta inviable: los registros de CONADEP no son exhaustivos, no alcanzaron escala nacional

(31) Fuente: sitio oficial del ANM ([http://www.derhuman.jus.gov.ar/anm/inf\\_gestion11.html](http://www.derhuman.jus.gov.ar/anm/inf_gestion11.html)).



en los ochenta, y de acuerdo a lo sostenido por integrantes del RUV, la información que ellos manejan aún no se ha actualizado con los datos de los legajos de reparación y los de los juicios que se celebran en todo el país. El alcance territorial limitado y la falta de consideración en el total de todas las posibles fuentes de información sobre víctimas impiden, *a priori*, poseer una cifra exhaustiva. Mientras se tomen los resguardos metodológicos pertinentes, el RUV podría promocionar sus cifras.

Por otro lado, y a un nivel de disputa más política que técnica, es interesante la discusión sobre el total de víctimas del terrorismo de Estado y lo que ello representa. El número de 30.000 detenidos desaparecidos fue elaborado a partir de estimaciones de las ODH y apoyado por declaraciones del ex agente de la DINA chilena Arancibia Clavel. No obstante, constituye una bandera de lucha de las organizaciones y no una cifra oficial.

De cualquier manera, los informes del RUV no incluyen cifras absolutas, lo cual dificulta el análisis de la información. La siguiente es una tabla que resume el dato de víctimas según condición y género:

**TABLA 1. VÍCTIMAS DEL TERRORISMO DE ESTADO, DE ACUERDO A CONDICIÓN Y GÉNERO (EN PORCENTAJE)**

Condición	Varones	Mujeres	Total
Desaparecidos/as	46,40%	16,80%	63,23%
Asesinados/as	9,70%	2,60%	12,44%
Liberados/as	16,20%	8%	24,32%
<b>Total</b>	<b>72,3%</b>	<b>27,4%</b>	<b>100%</b>

Fuente: RUV, 8 de marzo de 2013. El total contempla víctimas de la violencia estatal desde agosto de 1962 a diciembre de 1983 (el diseño es propio).

No obstante la dificultad de un análisis más comprensivo por la forma de presentación de los datos, de la tabla se desprende que la mayoría de las víctimas registradas se encuentran desaparecidas y son varones.

Además de las variables género y condición de la víctima, el RUV aporta datos del lugar de desaparición de las víctimas. No están disponibles las otras variables de clasificación con las que trabaja actualmente el RUV, de acuerdo a lo expresado por sus integrantes. Sería importante que esta información tenga carácter público, sobre todo para conocer como se está

trabajando sobre las clasificaciones utilizadas por CONADEP. Las categorías utilizadas por la Comisión respecto de la variable ocupación no eran mutuamente excluyentes. Por ejemplo, algunas eran categorías genéricas de ocupación como "obreros" y "profesionales" pero a su vez se desagregaban categorías profesionales como "periodistas" o "artistas"; lo mismo sucede con la extracción social de las víctimas y la superposición, en muchos casos, de la condición de "estudiante" y "trabajador", categorías que fueron procesadas por separado pero que podrían corresponder a la misma víctima. En virtud de lo anterior, es claro que para alcanzar un conocimiento más acabado del universo de víctimas CONADEP y RUV, estas cuestiones deberían discutirse en la esfera pública.

Respecto de la ausencia de datos absolutos, vemos en esto un enorme problema que impide dimensionar acabadamente el universo de víctimas. Hemos realizado una búsqueda complementaria al pedido de informe, de la que ha surgido material periodístico de interés pero que desafortunadamente no es actual. En el 2009 el ANM registraba 7140 víctimas de desaparición forzada, 1336 víctimas asesinadas y 2793 liberados/sobrevivientes. Esto da un total de 11.269 víctimas. De acuerdo a lo expresado por el ANM los registros originales de CONADEP contenían 544 individuos que eran registrados como desaparecidos pero no lo estaban, y otros 1009 casos debieron eliminarse porque o estaban duplicados o unificados con otros registros.<sup>(32)</sup>

Es claro que todavía queda un largo camino por recorrer respecto a las referencias cruzadas entre los archivos del CONADEP y los de otras fuentes, tales como los testimonios en los juicios y los archivos de reparación. El hecho de que se siga discutiendo el número de víctimas, de que no sea público y no se vincule al acceso a la justicia en los juicios actuales es un problema para la obtención de la verdad en el proceso de rendición de cuentas.

## 4 | Reflexiones finales

El proceso argentino de la búsqueda de la verdad y la justicia por los crímenes cometidos durante la última dictadura se ha caracterizado por los constantes avances y retrocesos según los diferentes gobiernos de los años ochenta, noventa y principios de los años 2000, hasta alcanzar un

(32) *Página/12*, "Veinticinco años del informe de la CONADEP", 15/09/2009.

punto de convergencia entre la voluntad del Estado y las demandas de la sociedad civil en 2003. Esta convergencia ha fortalecido el proceso de rendición de cuentas. No hay dudas de que la única constante en este proceso cambiante ha sido la lucha de los ODH y el resto de los actores de la sociedad civil.

Este proceso sigue enfrentando desafíos y obstáculos; no obstante, en términos generales, está consolidado. Los logros obtenidos son el resultado de una combinación de muchos elementos diferentes: ODH fuertes, agentes estatales que apoyan los derechos humanos, una importante cantidad de jueces dispuestos a investigar, empatía con el derecho internacional de los derechos humanos y los órganos regionales como el Sistema Interamericano y políticas de memoria efectivas. En conjunto, estos elementos han conllevado al diseño de muchas medidas importantes a favor de la rendición de cuentas.

Hemos dicho que Argentina experimentó el “rango completo” de mecanismos de justicia transicional y sus estrategias; en este artículo nos hemos enfocado en los vinculados a verdad y a los juicios en la última etapa. Ambas instancias muestran que hoy existe un alto nivel de rendición de cuentas, pero a la vez ha quedado en evidencia que aún es necesario tomar medidas serias para encauzar las cuestiones pendientes de cada mecanismo.

Lo analizado aquí es que si bien han sido éxitos a nivel individual y general, rara vez se exploraron las sinergias entre estos mecanismos. De los casos expuestos, que el registro nacional de víctimas no incorpore datos de los juicios en curso es un ejemplo de esta descoordinación.

En los últimos diez años, la justicia penal ha sido el mecanismo más visible. Muchas de las reformas institucionales realizadas se relacionaron en este mecanismo, como la reforma judicial y la creación de órganos especiales para apoyar los juicios.

Los procesos penales se han extendido a lo largo del tiempo, con resultados positivos. Los juicios cuentan asimismo con un fuerte apoyo de la sociedad,<sup>(33)</sup>

---

(33) No existen encuestas nacionales sobre la política de derechos humanos. Sin embargo, la Universidad de Buenos Aires (UBA) incluyó este tema en sus encuestas electorales. Luego de las elecciones presidenciales de 2011, el 80% de los encuestados estaban a favor de los juicios. Ver *Página 12*, “Una agenda que cruza la frontera del voto”, 25 de octubre de 2011.

pero queda pendiente una profunda discusión acerca del significado social de estos juicios y el impacto de la verdad que se produce en el marco de los testimonios y las investigaciones y sentencias judiciales. Para analizar esto, es crucial tener en cuenta las sinergias entre el resto de los mecanismos y aún queda trabajo por hacer en cuanto a la difusión de información y el intercambio de estrategias que involucran a la sociedad en general. Ni los operadores ni los agentes cuentan con una estrategia para compartir esta información.

Aquí hemos analizado algunos elementos propios de la experiencia represiva de la última dictadura que hoy tienen la posibilidad de considerarse con más profundidad. Sobre la responsabilidad empresarial, las distintas investigaciones que se llevan a cabo dan cuenta del estrecho vínculo entre la política represiva y la política económica que se estableció durante el periodo dictatorial. Esto se ve reflejado tanto en los beneficios que varios grupos económicos obtuvieron por parte de los militares como en las actuaciones concretas que realizaron los directivos de distintas empresas para facilitar el secuestro y la tortura de sus empleados.

Respecto de los delitos contra la integridad sexual, la renuencia de los operadores a investigar en un principio, cuestionando un elemento que aparece como nuevo en los testimonios evidencia como estos juicios han puesto en cuestión las nociones construidas en torno a los hechos en los hitos de los ochenta. El Juicio a la Juntas y la CONADEP son precedentes tan fuertes que parece inviable que algo pueda haber quedado por fuera de su alcance. Estos juicios demuestran, a nuestro entender, todo ese amplio espectro que efectivamente no pudo ser abordado, y ofrecen la oportunidad de una reflexión más profunda y acabada de esa experiencia. El paso del tiempo ha venido a complejizar el conocimiento que se tenía y ha contribuido a dimensionar más profundamente lo ocurrido.

Aún resta mucho camino por recorrer para determinar el impacto de estos juicios a nivel de producción de verdad, no obstante. Un aspecto de este déficit que abarca diferentes mecanismos es la posibilidad de medir el impacto de unos sobre otros. En lo que respecta a las víctimas, el primer obstáculo es el de la delimitación del universo y la diferenciación de su estatus, midiendo el acceso a la justicia y la reparación financiera. Esto hace difícil la evaluación de la efectividad o deficiencia de las políticas de rendición de cuentas relevantes.

Por último, respecto al rol de las víctimas en el proceso, las víctimas y sus familias han sido los principales actores como activistas contra la dictadura, luchando contra la represión, haciendo declaraciones públicas, denunciando crímenes a nivel nacional e internacional, conduciendo medidas innovadoras para la producción de conocimiento sobre los crímenes cometidos, luchando contra la impunidad y garantizando la reflexión acerca de las atrocidades del pasado y la necesidad de que no se repitan.

Pero también han desempeñado un rol importante como testigos de los crímenes, convirtiéndose en una parte fundamental de la producción de pruebas. Sus declaraciones son un aspecto clave de la producción de la verdad, memoria y evidencia en procesos penales en los que sus testimonios constituyen la única prueba disponible como producto de la destrucción o el ocultamiento de los documentos. Hoy podemos reconocer de manera diferenciada al menos dos instancias en cuanto a la construcción de los testimonios. Porque hubo un "sin nombre", un recordar a otro, a los que no están y a los represores, y hay un ahora en que el sobreviviente comienza a hablar de su propio caso.

Lo dicho hasta aquí ha revelado lo difícil que fue poner en movimiento los diferentes mecanismos de justicia transicional, pero también muestra cómo los esfuerzos de los diferentes actores han llevado gradualmente a la consolidación de estrategias favorables a la rendición de cuentas en Argentina. Si bien no hay dudas de que habrá que vencer otros desafíos, la mayoría de las estrategias realizadas por los diferentes gobiernos han asegurado el éxito en la obtención de memoria, verdad, justicia y reparación para las víctimas.

---

# Responsabilidad y Reconciliación Nacional en Sudáfrica

por JASMINA BRANKOVIC<sup>(1)</sup>

*“En los albores de los años 90, una transición pacífica no era el único resultado posible para Sudáfrica. Existía un serio riesgo de que el país sucumbiría ante el camino del conflicto y la venganza, al igual que muchas otras naciones que han luchado por superar sus divisiones internas. Con todas las miradas puestas sobre el país (...) el pueblo de Sudáfrica creó la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, renunciando a la venganza a favor del perdón, y finalmente, la reconstrucción de nuestro país. Como resultado, Sudáfrica constituye un modelo de justicia misericordiosa y de los logros que pueden ser alcanzados cuando dos fuerzas enfrentadas eligen el diálogo y no la violencia.”<sup>(2)</sup>*

Más allá del importante status de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación (TRC) como un modelo global de justicia transicional, la cita inicial se refiere al difícil contexto en el que la Comisión fue creada y los compromisos y el heroico discurso que permitió que el momento transicional de nuestra nación ocurriera. En un intento por analizar más profundamente a la “justicia misericordiosa” que tuvo lugar en Sudáfrica, este artículo examina el enfoque que la TRC tuvo sobre la responsabilidad y reconciliación

(1) Investigadora del Centro de Estudios de Violencia y Reconciliación, Sudáfrica. Editora asociada del *International Journal of Transitional Justice*.

(2) TUTU, DESMOND, “Reflections on Moral Accountability” en *International Journal of Transitional Justice* 1(1), 2007, pp. 6/7.

—ambas centrales en los objetivos de la Comisión y en el campo de la justicia transicional— para reparar las violaciones del *apartheid*. También, examina el impacto de la Comisión en términos de la responsabilidad y reconciliación durante su funcionamiento y, más aún, desde que cerró sus puertas hace más de una década.

La Comisión para la Verdad y la Reconciliación fue creada para negociar un acuerdo entre los diversos conceptos de verdad, justicia y reconciliación. La TRC trazó un camino intermedio entre procesamientos al estilo de Nüremberg y las amnistías generales otorgadas en numerosos contextos transicionales. El *impasse* entre el gobierno del *apartheid* y los movimientos de liberación, así como la presión internacional que culminó con sanciones que parecían agravar los problemas económicos del país, pusieron de manifiesto la necesidad de una transición política, pero la influencia como los importantes recursos con los que contaban las fuerzas de seguridad del régimen plantearon un temor fundado de que la transición fuera socavada o totalmente desvirtuada.

Con las autoridades del *apartheid*, los militares y la policía exigiendo una amnistía general, “apoyado por algunos miembros de la comunidad internacional, los medios locales y el *establishment*”<sup>(3)</sup>, el debate en torno al grado de impunidad aceptable para todas las partes se cristalizó en un agregado de último minuto a la constitución interina de 1993, que proporcionó una amnistía general. Esto fue justificado en nombre de “la búsqueda de la unidad nacional, el bienestar de todos los ciudadanos sudafricanos y la paz que se necesita entre el pueblo sudafricano para la reconstrucción de la sociedad”.

Esta disposición constitucional que obligaba al gobierno a dar amnistías, así como también avanzar en el camino de la reconciliación, incidió en las características de la Comisión para la Verdad, cuyo rasgo más saliente fue la “condicionalidad” de las amnistías. Como disponía la ley de Promoción de la Unidad Nacional y Reconciliación de 1995, la Comisión otorgaría amnistías a los perpetradores de los crímenes del *apartheid* sin importar su afiliación política, a cambio de la verdad sobre los crímenes que se les

(3) DE LANGE, JOHNNY, “The Historical Context, Legal Origins and Philosophical Foundations of the South African Truth and Reconciliation Commission”, en *Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd (eds.), London, Zed Books, 2000.

atribuían. Estos crímenes, necesariamente, debían tener una motivación política y, asimismo, debían ser proporcionales con el fin que se perseguía. El fin era que los perpetradores se enfrentaran con la “zanahoria y el garrote”: la primera, representada por la amnistía a cambio de la verdad de los crímenes; mientras que el garrote estaría constituido por el juzgamiento y posible procesamiento. Al mismo tiempo, la Comisión ofrecería a las víctimas la oportunidad de testificar y hacer público lo que les había sucedido durante el régimen. La TRC estaba compuesta por el Comité sobre amnistía, el Comité de Violación de Derechos Humanos y el Comité para la Rehabilitación y Reparación. Los tres cuerpos que componían la TRC eran asistidos por dos unidades de investigación.

A pesar de que la TRC no definió el término “reconciliación” de forma clara y precisa y tenía un enfoque implícito en la responsabilidad que fue entendida, en principio, como una consecuencia de la obtención de la “verdad”. Se suponía que la “verdad” de las violaciones de la época del *apartheid* daría lugar a la responsabilidad, junto con la reconciliación, tanto individual como colectiva. Como se tratará más adelante, la TRC se proponía asegurar la responsabilidad individual a través de la desclasificación de los crímenes perpetrados, revelar las identidades de quienes los habían cometido y un pedido de perdón público de las autoridades. También, incluiría procesamientos a los criminales que no hayan solicitado amnistía, basándose en la evidencia obtenida durante los procedimientos y distintas instancias de investigación<sup>(4)</sup>. En cuanto a la responsabilidad colectiva, esta residiría en la creación de un sentido de responsabilidad dentro de la sociedad sudafricana por las violaciones socio-políticas y socio-económicas durante el *apartheid*. Esto estaría vinculado con el trabajo de la TRC que consistiría en trazar una línea clara entre el pasado y el presente, que subrayara la responsabilidad del gobierno del *apartheid* por estas violaciones y la responsabilidad del gobierno democrático para hacer frente a los legados de la TRC.<sup>(5)</sup>

(4) El “garrote” existió en algunos juicios a oficiales del *apartheid* que tuvieron lugar durante los procedimientos ante la Comisión para la Verdad y la Reconciliación (TRC), en particular el juzgamiento del policía coronel y comandante del escuadrón de la muerte, Eugene de Kock. Véase SIMPSON, GRAEME, “Tell No Lies, Claim No Easy Victories: A Brief Evaluation of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission”, en *Commissioning the Past: Understanding South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Deborah Posel y Graeme Simpson (eds.), Johannesburg, Witwatersrand University Press, 2002, p. 228.

(5) DALY, ERIN, “Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition”, en *International Journal of Transitional Justice* 2(3), 2008, pp. 23/41.



Mientras tanto, el plan de reconciliación de la TRC dependía de la participación de las víctimas, las cuales estaban destinadas no solamente a representar la reconciliación individual, sino también, un modelo de reconciliación colectiva. También, ayudarían a crear un registro para contrarrestar la negación del *apartheid* y un sistema de autoreflexión para cambiar la forma de entender los hechos de esta época por parte de la sociedad sudafricana. Un aspecto significativo del abordaje del conflicto por parte de la TRC fue el trazado de una "línea clara" luego del *apartheid* y la preparación del terreno para la construcción de una nación luego de la transición. Esto se vio reflejado con el exhorto de la constitución "Existe una necesidad de entendimiento y no de venganza, una necesidad de reparar sin causar más daño, una necesidad de *ubuntu*<sup>(6)</sup> y no de victimización."

Es importante resaltar algunas luces y sombras del acuerdo que había sido negociado. Además del compromiso sobre la amnistía, se incluía una cláusula que garantizaba la estabilidad de los puestos de las funciones públicas que habían operado durante el *apartheid*, incluyendo también los puestos de las fuerzas de seguridad, por cinco años luego de la transición. Por lo tanto, la TRC se instituyó para hacer frente a la rendición de cuentas y la reconciliación en el espacio liminal entre el asentamiento y la transformación prevista de la función pública y la profundización de la reforma institucional iniciada con la constitución interina. Entre otros objetivos, la Comisión era una forma de mantener el discurso y la puesta en funcionamiento de la justicia después de la transición y la transformación social, dejando fuera a ciertas estructuras estatales que podrían haber tratado de socavar el proceso y la legitimidad del nuevo gobierno.

Lo que se esperaba de este proceso transicional era, principalmente, la creación de una nueva generación de funcionarios públicos, así como también una mayor representatividad dentro de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en base a la reconstrucción que proponía la TRC usando los princi-

(6) *Ubuntu* es una regla ética sudafricana enfocada en la lealtad de las personas y las relaciones entre éstas. La palabra proviene de las lenguas zulú y xhosa. *Ubuntu* es visto como un concepto africano tradicional. Según Desmond Tutu: "Una persona con *ubuntu* es abierta y está disponible para los demás, respalda a los demás, no se siente amenazado cuando otros son capaces y son buenos en algo, porque está seguro de sí mismo ya que sabe que pertenece a una gran totalidad, que se decrece cuando otras personas son humilladas o menospreciadas, cuando otros son torturados u oprimidos".

prios consagrados en la Constitución de 1996 y la asistencia de nuevas instituciones democráticas independientes, que apoyaban a la democracia<sup>(7)</sup> y a la sociedad civil. Una mirada amplia sobre la extensión de la responsabilidad y la reconciliación llevan a tener en consideración no solamente en el impacto que tuvo la TRC, sino también en el rol que jugó el Estado y sus estructuras luego de 1994. Este artículo sugiere que la responsabilidad y la reconciliación han sido limitadas, aunque la razón residiría en decisiones que fueron tomadas por parte de las autoridades estatales luego de que la TRC fuera establecida y no en el trabajo de ésta en sí.

Reconociendo que todas las formas y grados de responsabilidad y reconciliación no pueden ser abarcadas por este artículo, especialmente dada la considerable literatura sobre la transición sudafricana, se tratarán algunos aspectos relevantes para la sociedad y la academia. En las siguientes secciones se analizará el grado en el que los supuestos que llevaron a diseñar la estrategia de la TRC en materia de responsabilidad se han mantenido en los últimos veinte años desde el comienzo de la transición, siguiendo un criterio similar para la reconciliación.

## I | Programa de Rendición de Cuentas de la TRC

La rendición de cuentas o responsabilidad puede ser dividida en primer lugar en formas restitución, las cuales hacen foco en el abordaje de las necesidades de las víctimas y las comunidades. Tiene el objetivo principal de reparar los daños producidos y reconstruir la red de relaciones sociales. Otra forma de responsabilidad es la retribución, la cual prioriza el castigo a los criminales y de esta forma, la reducción de la impunidad. Por otro lado, el término "reconciliación" tampoco estaba definido de forma clara en el discurso de la TRC, hasta el supuesto de que la "reconciliación" era para la TRC, como en muchas Comisiones para la Verdad, pensada como un modo de avanzar en la reparación y de retribución en los estratos individuales, colectivos y estatales.

.....

(7) Capítulo 9, estas instituciones eran la Comisión Electoral, la Comisión de Derechos Humanos, la Comisión por la igualdad de género y la Comisión por la protección de los Derechos Culturales, religiosos y lingüísticos de las comunidades.

La responsabilidad individual residía, mayormente, en decir la verdad y el pedido público de perdón por parte de los perpetradores como condición para que se les garantizase la amnistía.<sup>(8)</sup> A partir de la desclasificación de los crímenes, los solicitantes de amnistía revelaron sus identidades y los detalles de sus actos a toda la sociedad, así como también cómo sus acciones individuales habían contribuido a un patrón constante de violaciones cometidas por las fuerzas de seguridad y los movimientos de liberación. A través de la desclasificación de esta información, los individuos se identificaron a sí mismos como criminales, en teoría enfrentándose al rechazo no solamente por parte de la sociedad, sino también al rechazo de diversos grupos que previamente habían apoyado sus acciones sin saber hasta qué puntos habían llegado sus crímenes, o los habían justificado (o silenciado) ante la ausencia de otra versión de los hechos. Finalmente, mientras que la TRC no requería para otorgar amnistías que los solicitantes pidieran perdón a las víctimas o se arrepintieran por sus hechos, sino que era un objetivo implícito, basado en la noción de que el perdón implica una aceptación de la responsabilidad y es una forma de reparación simbólica que da un cierre a la situación al sanar las heridas.<sup>(9)</sup>

Otra forma clásica de retribución, uno de los aspectos del programa de responsabilidad individual de la TRC, fue el trabajo de la unidad de investigación, la cual se encargó de investigar proactivamente las violaciones individuales de derechos humanos además de reactivar los pedidos de las víctimas y los solicitantes de amnistías. Estas investigaciones, así como también el trabajo de la unidad de investigación académica y los descubrimientos de los distintos comités, fueron usados no sólo para escribir el informe final de la TRC, sino también para reunir evidencia para los eventuales procesamientos – el “garrote” que estaba pensando para compeler a los perpetradores ante la TRC.<sup>(10)</sup> Asimismo, la comisión tenía los poderes de citación, registro e incautación. Aunque el juicio y castigo no eran sus objetivos centrales; la TRC estaba preparando el terreno para que las instituciones postransición pudieran llevar a cabo esta tarea.

(8) SIMPSON, G., *op. cit.*

(9) SAUNDERS, REBECCA, “Questionable Associations: The Role of Forgiveness in Transitional Justice”, en *International Journal of Transitional Justice*, 5(1), 2011, pp. 119/141.

(10) NEWHAM, GARETH, *Investigation Units: The Teeth of the Truth and Reconciliation Commission*, Johannesburg, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 1995.

En relación con la responsabilidad colectiva, los propósitos de la TRC estaban implícitos. La Comisión interpretó su mandato restrictivamente, enfatizando la participación individual en las violaciones sistemáticas de derechos civiles y políticos relacionados con la integridad corporal de las personas. Sus esfuerzos más evidentes estuvieron orientados al fomento de la responsabilidad colectiva, reflejados en las audiencias celebradas durante tres días para analizar la profundidad de la colaboración con el régimen de instituciones o grupos empresarios, profesionales, el sector de la salud, los medios de comunicación, comunidades religiosas, partidos políticos, prisiones y las fuerzas armadas. Estas audiencias fueron parte de un esfuerzo más amplio para identificar los fundamentos históricos y estructurales de la participación, sobre todo por parte de personas blancas, en los abusos sistemáticos, para lo cual se dedicó un capítulo del informe final de la TRC. Las audiencias realizadas por la Comisión tuvieron una cobertura masiva de la prensa, con lo que se pretendía alentar la participación de la sociedad en la comisión y que la verdad fuera revelada a toda la nación sudafricana.

Finalmente, la intención de la TRC fue destacar la responsabilidad del Estado del *apartheid* y esto se manifestó en una fuerte condena en el informe final sobre el antiguo régimen y sus violaciones sistemáticas dentro y fuera de Sudáfrica. Como se hizo referencia anteriormente, el proceso llevado a cabo por la TRC trazó una "línea clara" entre el pasado y el presente, "demostrando los pecados de los regímenes previos, de forma tal que el nuevo gobierno pudiera tener una moral alta" que garantice su legitimidad.<sup>(11)</sup> Esta línea, en concordancia con la Constitución y la reforma institucional que proponía el capítulo 9, enunciaban una intención de que el nuevo gobierno no se relacionaría con los abusos y la impunidad que habían caracterizado al pasado de Sudáfrica.

También, la TRC subrayó la responsabilidad del Estado a través de sus recomendaciones para efectuar reparaciones a las víctimas, cuya obligación por ley correspondía al nuevo gobierno democrático. Este reconocimiento al sufrimiento de las víctimas apuntaba tanto a la responsabilidad colectiva como a la individual, particularmente destinando parte del presupuesto del gobierno, apoyado en los impuestos, a pagar una reparación simbólica y material en lugar de los daños que podrían haber sido pagados por los criminales que perpetraron los crímenes del *apartheid* en eventuales

(11) DALY, ERIN, *op.cit.*, p. 39.

reclamos civiles (No obstante, al registrarse en la TRC las víctimas renunciaban a la instancia civil). Es necesario hacer hincapié en que Sudáfrica no se sometió a una investigación formal de antecedentes y depuración de la función pública, un proceso que habría estado pensado para responsabilizar a individuos que hayan colaborado en el antiguo régimen y que hayan estado en posiciones de jerarquía, sobre todo dentro del gobierno; lo que se intentó en lugar de responsabilizar a estos sujetos, fue una eventual reforma del servicio civil y otras instituciones del Estado.

## 2 | Responsabilidad en Sudáfrica hoy

Puesto de esta manera, el diseño de una estrategia de la TRC en materia de responsabilidad parece haber confiado anticipadamente en una transformación del Estado y la sociedad que vendrían con la administración democrática.

Los intentos de la Comisión para asegurar la responsabilidad estaban puestos en el pedido público de perdón, por un lado, y por otro, en la sensibilización o “concientización” a través de la recuperación de la verdad y del reconocimiento de las violaciones de derechos humanos y su legado. La TRC puso el acento en los aspectos restaurativos en lugar de los retributivos, aunque este último estuvo presente durante los procedimientos ante la Comisión, así como también gestos públicos de perdón, reconocimiento y aceptación. Si bien el impacto de estas medidas es difícil de cuantificar, una mirada hacia el grado de responsabilidad individual y colectiva lograda en Sudáfrica hasta el día de hoy, tomando en consideración los efectos de la TRC y el seguimiento de las instituciones públicas, nos sugieren que ha sido limitada

## 3 | Responsabilidad individual

En términos de responsabilidad individual, la TRC recibió 7116 solicitudes de amnistía, de las cuales solamente el 20% implicaban “graves violaciones de Derechos Humanos”, como asesinatos y tortura, y por lo tanto, fueron tratadas públicamente 362 solicitudes fueron denegadas, mientras que a otras 1167 se les garantizó una amnistía total y 145 solicitudes fueron aprobadas pero no por la totalidad de los crímenes perpetrados. Muchos

de estos pedidos fueron desechados por no cumplir con los criterios de la Comisión. Mientras que muchas de las audiencias de amnistía implicaron largas horas de testimonios y producción de nueva información, el número de solicitantes que fueron escuchados públicamente y enfrentaron la vergüenza pública fue muy reducido en relación con el número de violaciones del régimen del *apartheid* tratado por la TRC (1960-1994). Esto es puesto de relieve por la cantidad de presentación de víctimas (más de 22.000) y la falta de superposición entre la presentación de víctimas y las solicitudes de amnistía.<sup>(12)</sup>

Más aún, menos de 300 de las personas que solicitaron amnistía eran miembros de las fuerzas de seguridad y la mayoría de ellos eran funcionarios con un rango medio o bajo.<sup>(13)</sup> Esto significa que solamente algunos de los funcionarios de alto rango en el régimen del *apartheid* participaron durante el período de determinación de responsabilidad ante la TRC. Muchos de ellos decidieron que testificar ante la Comisión implicaría un riesgo mayor que enfrentar un juicio, el cual aseguraría mayores garantías para el acusado y confiaron en que la persecución no ocurriría en la mayoría de los casos.<sup>(14)</sup> Aquellos que solicitaron la amnistía han presentado quejas sobre el modo en que la Comisión retrató sus acciones y motivaciones o que sus superiores no los apoyaron lo suficiente, pero aquellos a los que se les garantizó la amnistía parecen haber sufrido más indignación personal que vergüenza ante la sociedad o rechazo por las comunidades.<sup>(15)</sup>

En cuanto a los pedidos de perdón individuales, algunos solicitantes pidieron reuniones con las víctimas o sus familias, o bien para concientizarse sobre el sufrimiento de las víctimas o disculparse explícitamente por sus crímenes. Aunque no hay que restar importancia a estos pedidos de perdón públicos, distintos estudios han dejado claro que las víctimas tuvieron

(12) SARKIN-HUGHES, JEREMY, *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Antwerp, Intersentia, 2004.

(13) VAN DER MERWE, HUGO Y CHAPMAN, AUDREY R., "Did the TRC Deliver?", en *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?*, van der Merwe y Chapman (eds.), Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2008.

(14) SARKIN-HUGHES, *op. cit.*

(15) VAN DER MERWE, HUGO Y LAMB, GUY, *Transitional Justice and DDR: The Case of South Africa*, New York, International Center for Transitional Justice, 2009.

sentimientos ambivalentes en lo que se refiere a estas medidas durante los procedimientos de la Comisión.<sup>(16)</sup> En muchos casos, los ofrecimientos de perdón fueron intentos de último minuto para evitar enjuiciamientos, como en el caso del Coronel Gideon Nieuwoudt y el ex Ministro de la Ley y el Orden Adriaan Vlok, quienes no estaban preparados para asumir la responsabilidad por las violaciones.<sup>(17)</sup>

Desde que la TRC concluyó con sus tareas, encuentros ocasionales se produjeron entre los responsables del *apartheid* y las víctimas, como por ejemplo, en el 2009 entre Stefaans Coetzee, quien fuera condenado por su participación en el bombardeo de un *shopping* en la Navidad de 1996 y una de las víctimas, Olga Mazingwane. Desde ese momento, aquel encuentro se ha convertido en un hito de la historia de la aceptación de responsabilidad y reconciliación que está fuertemente afianzado en los miembros del gobierno.

La amenaza de los procesamientos fue utilizado por la TRC, no obstante, pocos juicios sobre los crímenes del *apartheid* han sido realizados y un número aún menor fue llevado a cabo con éxito. La Comisión entregó a la Fiscalía Nacional (NPA por sus siglas en inglés) miles de archivos que contenían evidencia sustancial como para llevar a cabo investigaciones e iniciar juicios.<sup>(18)</sup> Una vez establecida la Unidad para Litigios de los Crímenes de prioridad en 2003 para juzgar crímenes de "alto nivel", incluyendo aquellos tratados por la TRC; la NPA en 2007 anunció una nueva estrategia para tratar a los perpetradores de graves crímenes, que implicaría procesos de amnistías de facto. Esta política de la NPA fue impugnada en cortes nacionales sudafricanas y finalmente fue declarada inconstitucional. Incluso sin esta política oficial, la NPA eligió tratar sólo unos pocos casos del *apartheid* desde que la TRC cesó en sus funciones.

Ahora bien, en 2002 el presidente Thabo Mbeki indultó a 33 personas por supuestas razones políticas. La mayoría de los individuos que fueron indultados habían presentado anteriormente solicitudes de amnistía que fueron rechazadas por la TRC. En 2007 Mbeki inició un proceso de "dispensa especial" que permitía solicitar un indulto a las personas que no se habían

(16) SIMPSON, *op. cit.*

(17) SAUNDERS, *op. cit.*, pp. 128-129

(18) SARKIN-HUGHES, *op. cit.*; VAN DER MERWE Y CHAPMAN, *op. cit.*

presentado ante la TRC, pero que habían sido privados de su libertad por crímenes políticos cometidos con anterioridad a 1999. Estas amnistías *de facto* fueron impugnadas por una colisión de organizaciones de la sociedad civil sudafricana, incluyendo a la asociación nacional de víctimas (el Grupo de Ayuda Khulumani), alegando que éste no era un proceso transparente y violaba el derecho de las víctimas del *apartheid* a participar durante el proceso —reclamo que fue declarado legítimo por la Corte Constitucional en 2010—. A pesar de esta decisión y la significativa oposición que implicaron estas amnistías *de facto* el actual presidente Jacob Zuma ha actuado en continuidad con esta política de concesión de indultos.<sup>(19)</sup> Es necesario destacar que Stefaans Coetzee es uno de los 149 solicitantes de este proceso de indultos y es uno de los pocos que ha recibido apoyo por algunas de las víctimas de sus crímenes.

La voluntad del gobierno para considerar los indultos a los crímenes del *apartheid* a puertas cerradas, en combinación con la falta de voluntad de la NPA para iniciar procesos contenciosos —que puede estar motivado por la sensibilidad política a seleccionar casos tanto como a la escasez de evidencia— indica que la confianza (y promesa a las víctimas) que la TRC depositó en la voluntad de las autoridades estatales de terminar su tarea fue errónea.

## 4 | Responsabilidad Colectiva

En cuanto a la responsabilidad colectiva, un gran número de sudafricanos estuvieron atentos a la TRC a través de emisiones de radio de las audiencias, así como también a las noticias y resúmenes televisivos dominicales contando con una audiencia que ascendía a decenas de miles de televidentes.<sup>(20)(21)</sup> Si bien la TRC intentó llegar a un público amplio y diverso para crear conciencia y sensibilización, los resultados indican que la mayo-

(19) KHULUMANI SUPPORT GROUP, "Zuma's Presidential Pardons Process 'Unconstitutional,'" [en línea], <http://www.khulumani.net/khulumani/statements/item/670-zumas-presidential-pardons-process-unconstitutional.html>, 2012.

(20) McEACHERN, CHARMAINE, *Narratives of Nation Media, Memory and Representation in the Making of the New South Africa*, Hauppauge, Nova Publishers, 2002.

(21) Ver el Archivo de la Historia sudafricana website "Truth Commission Special Report", <http://sabtrc.saha.org.za/home.htm>



ría de los sudafricanos vieron estos procesos desde una óptica individual, oponiéndose a la visión colectiva o sistémica a la que se apuntaba, y por ende, no puede haber incidido significativamente en las actitudes de un grupo racial hacia otro.

Aunque el plan restaurativo de la TRC, a través de audiencias públicas, fue organizado para demostrar cómo había funcionado el *apartheid* y fue apoyada de distintas formas por la sociedad civil sudafricana, no se enfocó o lo hizo de forma muy acotada en las graves violaciones de derechos humanos, lo cual produjo que se difundiera una concepción de que aquellos crímenes habían sido cometidos por algunas "manzanas podridas".<sup>(22)</sup> También, ha sido sugerido que los sudafricanos blancos se sentían bajo amenaza de que la TRC revelara información, como nota un investigador en un artículo de 1998:

"Muchos de los sudafricanos blancos con los que he estado contacto a través de e-mails y encuentros en shoppings, en salones de té y en jardines públicos, en oficinas y hospitales, en casos y granjas (...) están preocupados por la "cacería de brujas", "ser convertidos en chivos expiatorios y ser juzgados y condenados". En efecto, parece que la mayoría de ellos no pueden ver cuál es el objetivo de la TRC."<sup>(23)</sup>

Un estudio realizado en el mismo año sostiene que el 54% de los encuestados blancos piensan que la TRC no cumplió con los fines de promover la paz y la reconciliación.<sup>(24)</sup>

Mientras que algunas de las personas que participaron en el proceso ante la TRC debieron testificar y finalmente aceptaron la responsabilidad colectiva e individual, la mayoría de ellas estaba "más inclinada a estar a la

---

(22) MAMDANI, MAHMOOD, "The Truth According to the TRC", en *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, Ifi Amadiume y Abdullahi A. An-Na'im (eds.), London, Zed Books, 2000.

(23) SCHEPER-HUGHES, NANCY, "Undoing: Social Suffering and the Politics of Remorse in the New South Africa", en *Social Justice* 25(4), [en línea] <http://www.thefreelibrary.com/Undoing%3A+social+suffering+and+the+politics+of+remorse+in+the+New...-a054169925>, 1998.

(24) VAN DER MERWE y CHAPMAN, *op. cit.*, p. 260.

defensiva y justificar su actuación durante el *apartheid*",<sup>(25)</sup> a pesar de que se les había asegurado que las audiencias no serían utilizadas para el establecimiento de la responsabilidad individual. Todo esto sugiere que existía una conjunción entre un interés activo en el funcionamiento de la TRC y una actitud defensiva, lo cual en definitiva produce un alejamiento de la responsabilidad colectiva, particularmente de los principales beneficiarios del *apartheid*, los sudafricanos blancos. Esto se ve reflejado, también, en que algunas audiencias contaron con una gran participación por parte de miembros de diferentes grupos e instituciones, mientras que otras audiencias, como las que involucraban el ejercicio de abogados y audiencias del trabajo tuvieron grandes brechas de participación.

Cabe señalar que, salvo contadas excepciones, la resistencia a la asunción de la responsabilidad colectiva parece haber continuado —si no fortalecido— en los años posteriores a la TRC. Asimismo, muchos debates se produjeron alrededor de la conciencia y aceptación de la responsabilidad por los beneficios acumulados durante los años del colonialismo y *apartheid* en detrimento de la mayoría de sus compatriotas sudafricanos. Un ejemplo de la permanencia de este reclamo en la sociedad sudafricana es la declaración en 2011 del Arzobispo Tutu, en la cual manifestó que deseaba que los sudafricanos blancos abogaran por un "pequeño impuesto a la riqueza" por los privilegios históricos que obtuvieron a través de la opresión del *apartheid*, propuesta inicialmente presentada en el informe final de la TRC, pero que fue rechazada por el gobierno. La declaración de Tutu produjo distintas reacciones que abarcaban un rango que iba desde la ambivalencia hasta acusaciones de racismo.

Atento a estas interacciones, un informe sobre las actitudes de las personas hacia la reconciliación manifestó que:

"El trasfondo de este debate evidenciaba que el reconocimiento la responsabilidad compartida, la culpabilidad y la reparación de las consecuencias sociales y económicas del *apartheid* fueron concebidos como desagradables y totalmente inaceptables. Este sentimiento fue descrito de forma muy clara por un participante de un grupo que se centró en la reconciliación este año:

.....

(25) CHAPMAN, AUDREY R., "Truth Recovery through the TRC's Institutional Hearings Process", en *Truth and Reconciliation...*, cit.

“La reconciliación, desde mi punto de vista, es que los medios de comunicación difundan a personas blancas para los ‘pedir disculpas’/ ‘por ser blancos’/ ‘para decir perdón por los años del *apartheid*, estoy harto y cansado de esa mierda, de pedir perdón por eso”.

Estas discusiones en torno a la responsabilidad colectiva y su relación con la reconciliación serán tratadas más adelante.

## 5 | Responsabilidad del Estado

La TRC puso el acento en la necesidad del Estado de Sudáfrica de reconocer su responsabilidad por sus políticas y acciones durante el *apartheid*, aunque se concentró particularmente en organizar e indultar las graves violaciones de derechos humanos, así como también a indultar la opresión estructural.

Como fue mencionado con anterioridad, la fuerza de la Comisión estuvo puesta en la responsabilidad individual, teniendo como resultado la impresión en el imaginario popular de la idea de “las manzanas podridas” que consentían las violaciones de derechos humanos. Distintos estudios realizados en 2001 indican que el 43% de los blancos (y el 41% del total de los sudafricanos) creían que las violaciones del *apartheid* se debían a acciones perversas de algunas personas aisladas y no a una política institucional de opresión. Sólo entre un 28% y 35% piensa que esto es falso.

El hincapié que realizó la TRC sobre las violaciones individuales, debe haberse relacionado con la mirada de acercamiento igualitario que la Comisión pretendió imprimir entre los criminales del *apartheid* y los movimientos de liberación nacional; también al reducido número y bajo rango de los solicitantes aliados con el régimen, y a la vez, se pudo haber relacionado con la sobrerrepresentación de las víctimas blancas durante las audiencias.

Los resultados de los estudios referidos arriba son difíciles de compatibilizar con el discurso actual del Estado del *apartheid*, donde el tono o discurso dominante es la condena a tales crímenes. Un informe del 2012, por ejemplo, indica que el 83,8% de los sudafricanos están de acuerdo en que el *apartheid* es un crimen contra la humanidad (fue declarado un “crimen contra la humanidad” por las Naciones Unidas en 1973) y un 81,1% está de

acuerdo en que el “gobierno del *apartheid* se equivocó al oprimir a la mayoría de los sudafricanos”. El mismo informe muestra, de todas maneras, que los sudafricanos de entre 16 y 24 años, en especial los blancos, tienden a disentir con estas afirmaciones.<sup>(26)</sup> Lo cual trae aparejada la pregunta de hasta qué punto las políticas y esfuerzos del gobierno han sido exitosos para establecer y reconocer la responsabilidad del Estado.

Una de las preguntas podría ser si la “línea clara” que separa al pasado, el Estado del *apartheid*, y al Estado democrático postransicional realmente existe. Dicha pretensión puede comprobarse en el discurso inaugural de Nelson Mandela el 9 de mayo de 1994 en el cual expresó: “Nunca, nunca y nunca más debería ocurrir que esta hermosa tierra experimente la opresión de una persona por otra”, palabras que muestran que el nuevo gobierno tenía un compromiso de ponerle un punto final a los abusos e impunidad del pasado.

Recientemente, el Estado ha sido acusado por sus críticos de un “autoritarismo rastrero”, particularmente a la luz del asesinato en 2011 del manifestante Andries Tatane a manos de la policía, la masacre de la huelga de los mineros en Marikana en 2012 (y las subsecuentes revelaciones de que la policía había ocultado evidencia a la Comisión que investigaba estos crímenes) y el asesinato por parte de la policía de una adolescente de 17 años en una protesta por las viviendas en Durban este año. Además, el gobierno se ha vuelto menos transparente, con el advenimiento de la protección de información del Estado y la negativa de éste a revelar información a la audiencia pública.<sup>(27)(28)(29)</sup> Más aún, los debates sobre la responsabilidad del Estado por recientes alegaciones de violaciones de derechos civiles y políticos, una discusión actual que mira hacia el rol del Estado en la perpetuación de la marginalización socio-económica del *apartheid* se ha vuelto polémica, como será discutido más adelante.

(26) LEFKO-EVERETT, KATE, “Ticking Time Bomb or Demographic Dividend? Youth and Reconciliation in South Africa”, *SA Reconciliation Barometer Survey: 2012 Report*, Cape Town, Institute for Justice and Reconciliation, 2012.

(27) SMITH, DAVID, “ANC Tries to Muzzle Media Coverage of Leadership Conference”, en *The Guardian*, 13/12/2012.

(28) PATEL, KHADIJA, “In Durban’s Cato Manor: Death by Protest, Death by Dissent”, en *Daily Maverick*, 03/10/2013.

(29) PILLAY, SUREN, “Marikana: The Politics of Law and Order in Post-Apartheid South Africa”, en *AlJazeera*, 22/10/2012.

Además de las preguntas relativas a la rendición de cuentas más amplia del Estado democrático a los ciudadanos, se han planteado dudas acerca del compromiso del Estado con la agenda de responsabilidad de la TRC desde el cierre de la Comisión. En primera instancia, el gobierno democrático indemnizó a quienes habían sido declarados víctimas por la TRC, siguiendo solamente algunas recomendaciones formuladas por la TRC en cuanto a las reparaciones.<sup>(30)(31)</sup> Esto fue resultado de una ausencia de un debate de fondo sobre la forma que tomarían las reparaciones, y esto se vería durante la redacción de la ley para la Unidad y Reconciliación Nacional. Por otra parte, la sociedad tuvo diversas reacciones en cuanto a la asunción de responsabilidad por parte del Estado cristalizada en la obligación de reparar a las víctimas, destacándose los comentarios desdeñosos por parte de funcionarios, quienes trataban de “oportunistas” a las personas que habían participado en las luchas de liberación contra el *apartheid*.

Khulumani, con sus aliados en la Coalición sudafricana para la Justicia Transicional, ha estado reclamando mejores reparaciones individuales que beneficiarían a un número mayor de víctimas (ya que muchas no tuvieron la oportunidad de registrarse en la TRC) además de las reparaciones colectivas que provendrían de los más de 1 billón de rand (aproximadamente 10 millones de dólares) restantes en el Fondo Presidencial destinado a reparaciones. No obstante, el gobierno no ha respondido a estos esfuerzos señalando que para satisfacer estas demandas agotaría – si no todo – gran parte del presupuesto para infraestructura.<sup>(32)</sup> El grado de desinterés del Estado es desconcertante, sobre todo teniendo en cuenta que la tarea de la TRC se concentró en las víctimas, pero también en el compromiso de que no se juzgaría a los perpetradores a cambio de la verdad. Después de todo, el presidente de la Comisión Tutu destacó en una entrevista que,

“Si las fuerzas de seguridad hubieran pensado que iban a ser enjuiciadas, no habría habido un acuerdo transicional nego-

(30) MAKHALEMELE, OUPA, *Southern Africa Reconciliation Project: Khulumani Case Study*, Johannesburg, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2004.

(31) COLVIN, CHRISTOPHER J., “Overview of the Reparations Program in South Africa”, en *The Handbook of Reparations*, Pablo de Greiff (ed.), Oxford, Oxford University Press, 2006.

(32) KHULUMANI SUPPORT GROUP, “Launching a Call for Justice for Apartheid Victims Ten Years after the Final TRC Report”, [en línea] <http://www.khulumani.net/khulumani/statements/item/765-launching-a-call-for-justice-for-apartheid-victims-ten-years-after-the-final-trc-report.html>, 2013.

ciado, ese fue el precio que debió pagarse. Y sí, las víctimas y sobrevivientes fueron nuevamente victimizados, pero si este precio no se hubiera pagado, el país estaría en llamas”.<sup>(33)</sup>

Entonces, quizá la falta de interés en las víctimas poscierre de la Comisión no sea sorprendente. Un libro publicado en 2012, *Conversations in Transition*, en “*Past and contemporary realities facing South Africans*” en el cual participaron importantes figuras de la lucha de liberación contra el *apartheid*, se publicó que “los lectores encontrarán una mirada más profunda hacia la matriz de las identidades, fuerzas, temores y esperanzas en los que se basa la historia sudafricana”,<sup>(34)</sup> y hace referencias tanto a las víctimas como a las reparaciones que les fueron concedidas. Las contribuciones realizadas a este libro por los diversos actores entrevistados son realmente significativas; pero aún no logra escapar a la pregunta de cómo las víctimas en la era post-*apartheid* pueden estar presentes en la planificación de los funcionarios estatales y el público en general, lo cual es central en la agenda de responsabilidad y reconciliación, si apenas se los reconoce en dichas narraciones.

Estas reflexiones en torno a la responsabilidad, las víctimas podrían ser un punto a indagar y relacionar con la agenda de reconciliación de la TRC y cómo esta última ha sido sostenida en los años posteriores a la transición política.

## 6 | La agenda de reconciliación de la TRC

El término “reconciliación” nunca fue definido claramente por la TRC, así como tampoco lo fue ni en la Constitución provisional ni en la Ley para la Promoción de la Unidad y Reconciliación Nacional. Se ha señalado que las primeras aspiraciones de la Comisión estuvieron orientadas a “encarnar la reconciliación entre los grupos raciales y enemigos his-  
.....

(33) HAMBER, BRANDON Y WILSON, RICHARD A., “Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies”, *Research Paper 5*, [http://digitalcommons.uconn.edu/hri\\_papers/5](http://digitalcommons.uconn.edu/hri_papers/5), 2002.

(34) VILLA-VICENCIO, CHARLES Y MILLS SOKO, *Conversations in Transition: Leading South African Voices*, Cape Town, David Philip, 2012.

tóricos”, pero para el final del proceso se bajó el perfil de la Comisión y se aspiró a servir de base para la reconciliación en curso por el Estado y la sociedad.<sup>(35)</sup> Aunque los comisionados definieron sus objetivos de forma vaga y propusieron diversas medidas para la conciliación de los sudafricanos, la TRC prosiguió su mandato de promover la reconciliación individual y colectiva.

La noción de reconciliación individual de la TRC se basaba en gran medida en la participación de las víctimas durante el proceso. La Comisión sugirió que al contar las víctimas sus historias a través de testimonios privados y audiencias públicas se revelaría la verdad de los autores de los crímenes, se recibiría reconocimiento público a su sufrimiento y esto constituiría una reparación simbólica, además de las reparaciones materiales del Estado. Por otra parte, contar sus experiencias durante el *apartheid* permitiría a las víctimas hacer un cierre a su trauma y las pérdidas que habrían experimentado y esto produciría, asimismo, que sus heridas se curaran.<sup>(36)(37)</sup> Además de afirmar “la verdad sana” (eslogan que aparece en las audiencias), tanto el presidente Desmond Tutu como los demás comisionados de la TRC se centraron, en gran medida, en el perdón, lo cual es necesario para el *Ubuntu* y la reconciliación.<sup>(38)</sup>

Al parecer, el perdón individual de las víctimas en la TRC, especialmente de las que fueron consideradas lo suficientemente “representativas” como para participar en las audiencias públicas, fue creado para servir como un perdón simbólico, que representó a la gran mayoría de los ciudadanos sudafricanos sometidos durante décadas de violaciones políticas y socio-económicas sistemáticas. La reconciliación individual fue íntimamente ligada a la reconciliación nacional, en particular entre los grupos raciales, esto es “una justicia misericordiosa”<sup>(39)</sup> que permitiría a la sociedad “salir adelante” juntos.

(35) VAN DER MERWE Y CHAPMAN, *op. cit.*, p. 254.

(36) BORAINÉ, ALEX, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

(37) HAMBER Y WILSON, *cit.*

(38) SAUNDERS, *op. cit.*

(39) TUTU, DESMOND, “Reflections on...”, *cit.*

La reconciliación colectiva prevista por la TRC se basa en la idea de que mediante la creación de un registro de hechos que hayan marcado el pasado de Sudáfrica, es decir, la creación de un mecanismo de "verdad oficial" que genere responsabilidad para los grupos que cometieron crímenes en el pasado, la creación de una memoria pública que impida el olvido y de espacios abiertos para el debate constructivo sobre el pasado se allanaría el terreno para "salir adelante" y Sudáfrica se convertiría en la nación "del arcoíris".<sup>(40)(41)</sup>

Por estos motivos, los procedimientos de la Comisión se dirigieron hacia el público general a través de la difusión en los medios de comunicación, de esta manera podría cumplirse su rol de promoción de reconciliación nacional. De hecho, la creación de una fundación para la construcción de la nación fue una medida más adecuada para lograr este objetivo, a diferencia de, por ejemplo, ayudar a la reconciliación de la comunidad en localidades específicas que estaban divididas por el *apartheid* y la lucha de liberación.<sup>(42)</sup> Al exhibir en la esfera pública los horrores de las violaciones del *apartheid*, la TRC trabajó contra la negación del *apartheid* y provocó un cambio a través de la identificación individual y colectiva de autorreflexión y mirar hacia el "otro".

Cabe señalar, otro elemento significativo del trabajo de la TRC en términos de reconciliación colectiva fue el establecimiento de la mencionada "línea clara" entre el régimen anterior y el nuevo gobierno.<sup>(43)</sup> La Comisión construyó en gran parte la legitimidad del gobierno postransicional, tanto a nivel país como a nivel internacional, lo cual indicaba que existía una nueva credibilidad en las instituciones y sus políticas. El acuerdo había sido que el Estado junto con otras instituciones y la sociedad civil continuaría el trabajo de reconciliación de la TRC, en particular abordando no solamente el conflicto causado por las violaciones a derechos civiles y políticos, sino también abarcando y disminuyendo las profundas desigualdades socio-económicas relacionadas con violaciones de derechos sociales, económicos y culturales.

(40) HAYNER, PRISCILLA, *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, 2ª ed., New York: Routledge, 2010.

(41) POPKIN, MARGARET Y ROHT-ARRIAZA, NAOMI, "Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America", en *Law and Social Inquiry*, 20(1), 1995, 79-116.

(42) VAN DER MERWE Y CHAPMAN, *op. cit.*

(43) DALY, ERIN, *op. cit.*



## 7 | La reconciliación en Sudáfrica hoy

Al igual que en su programa de responsabilidad, la agenda de la reconciliación de la TRC se basó en un seguimiento permanente de las entidades estatales y privadas. Los objetivos de la Comisión con respecto a la reconciliación, si se tiene en cuenta todo lo indicado anteriormente, aparecen sobre todo para generar un cambio de actitud de la sociedad a través de la humanización de los sujetos pertenecientes a grupos subalternos y una especie de "modelización" del comportamiento positivo de los comisionados y participantes del proceso, en especial las víctimas. Esto, en definitiva, coadyuvaría a la construcción del Estado recientemente legitimado. Sin lugar a dudas, la TRC logró legitimar al nuevo gobierno y generó un poderoso discurso sobre la reconciliación y el perdón mutuo para cumplir con los reclamos de construcción de una "nación arcoíris". Al igual que con la humillación pública y la concientización a través de la cual se promocionó de la rendición de cuentas, la efectividad del accionar de la TRC para efectuar o contribuir a un cambio estructural de la sociedad a largo plazo parece limitada.

La reconciliación puede variar desde la coexistencia pacífica a la construcción de una confianza y amistad proactiva, con grados de respeto mutuo y la cooperación.<sup>(44)</sup> Un análisis a la reconciliación en Sudáfrica sugiere que ha sido bastante superficial hasta la fecha, basada en gran parte en la convivencia y el respeto, pero con el agregado de grupos divididos históricamente por el colonialismo y el *apartheid*.

## 8 | Reconciliación individual

Con su enfoque sobre las víctimas, la TRC recogió los testimonios de más de 22.000 personas, pero fueron seleccionados sólo el 10% de estas víctimas para testificar en las audiencias públicas celebradas en todo el país. Se ha señalado que las víctimas tenían diversas prioridades e intenciones al acercarse a la Comisión. No obstante, estas motivaciones han cambiado con el tiempo y como reacción al proceso, pero que sin embargo la mayoría de las víctimas tienen un sentimiento ambivalente o de insatisfacción con respecto a su experiencia en la TRC. Considerando los recursos, la

(44) MATTHEWS, SALLY, "Differing Interpretations of Reconciliation in South Africa: A Discussion of the Home for all Campaign" en *Transformation* 74, 2010, pp. 1–22.

investigación y el tiempo con el que contaba la Comisión, no podía arrojar más luz al caso que las víctimas presentaban. Esto, en la mayoría de los casos, fue decepcionante para las víctimas con el agravante de que las mismas sentían que con estas limitaciones no podía generarse un “cierre” o un “salir adelante” como decía la TRC. En definitiva, para gran parte de quienes fueron declarados víctimas, la experiencia ante la TRC fue frustrante y dolorosa.<sup>(45)(46)</sup>

A pesar del discurso de la TRC sobre el perdón, la mayoría de las víctimas indicaron que la TRC no cumplía con los requisitos para hacer posible el perdón. La mayoría no pudo conocer personalmente a los responsables de las violaciones de sus derechos ni recibir una disculpa, tampoco pudieron encontrar la información que buscaban, ni estuvieron satisfechos con las indemnizaciones otorgadas por el gobierno.<sup>(47)</sup> Aunque las víctimas a menudo esperaban que la TRC facilitara el diálogo entre ellos y los perpetradores, la Comisión no jugó este papel de mediador. Las víctimas y los perpetradores se encontraron en pocas ocasiones durante el proceso ante la TRC. Esto aún ocurre muchas veces gracias a los esfuerzos de la sociedad civil, como fue destacado anteriormente en el caso de Stefaans Coetzee y Olga Mazingwane y otros participantes en el *Worcester Hope and Reconciliation Process*. Varios grupos de la sociedad civil promovieron el diálogo entre víctimas y perpetradores, así como también entre los miembros de las comunidades que estaban en conflicto o que habían sido divididas durante el *apartheid*.<sup>(48)</sup>

Hoy en día, la mayoría de las víctimas están dedicadas a la lucha por las reparaciones y el reconocimiento y viven en condiciones socio-económicas similares a las del *apartheid*.<sup>(49)</sup> Como muchas de estas personas se enferman y, de hecho, fallecen resultado de violaciones de la época del

(45) HAMBER, BRANDON; NAGENG, DINEO Y O'MALLEY, GABRIEL, “‘Telling It Like It Is ...’: Understanding the Truth and Reconciliation Commission from the Perspective of Survivors”, *Psychology in Society* 26, 2000, pp. 18/42.

(46) PICKER, RUTH, *Victims' Perspectives about the Human Rights Violations Hearings*, Johannesburg, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2005.

(47) VAN DER MERWE Y CHAPMAN, *op. cit.*

(48) KAYSER, UNDINE, *Creating a Space for Encounter and Remembrance: The Healing of Memories Process*, Cape Town, Centre for the Study of Violence and Reconciliation and the Institute for Healing of Memories, 2000.

(49) HUMAN RIGHTS MEDIA CENTRE (HRMC), *We Never Give Up II*, Cahal McLaughlin (dir.), 2012.

*apartheid* y las dificultades de la vida cotidiana, algunas de las cuales han expresado que el Estado y la sociedad en general están esperando que ellos mueran para no tener que “hacer frente a sus reclamos” y “olvidar el asunto”. Puede decirse que sólo la reconciliación superficial ha sido efectuada entre la mayoría de las víctimas y los perpetradores individuales o colectivos de la sociedad sudafricana y el Estado, en particular dada la escasa asunción de responsabilidad que se logró hasta la fecha.

Ha sido señalado que mientras que la TRC resaltó la importancia de las víctimas durante el proceso, en realidad, se priorizaron los intereses nacionales y colectivos. Si el proceso hubiera estado orientado hacia las víctimas de las violaciones de la era del *apartheid*, los comisionados hubieran accedido a oír el enojo, deseo de venganza y otros sentimientos complejos por parte de las víctimas, en vez de suprimirlos.<sup>(50)(51)</sup> Si el proceso hubiera sido sobre y para las víctimas, el Estado hubiera compelido a la Comisión a adoptar un programa que cumpliera con los requerimientos y necesidades de las comunidades afectadas por el *apartheid*. Las preocupaciones expresadas por los comentaristas en 2000 parecen ahora haberse justificado:

“Existe un peligro de que los sobrevivientes entrevistados sientan que fue su sufrimiento (y su testimonio) contribuyó a generar un sentimiento colectivo de conciencia y reconciliación nacional. Esto quizá sea halagador, pero sin logros concretos, y pueden llegar a sentir que solamente fueron peones en un proceso nacional en el que había poco que decir”.<sup>(52)</sup>

## 9 | Reconciliación colectiva

El pasaje anterior que concierne lo que el Arzobispo Tutu refería sobre el “alto precio” que las víctimas debieron pagar por otros sudafricanos,<sup>(53)</sup> es particularmente impactante si tomamos en cuenta un informe del año 2012, que indicaba que el 29,5% de la población blanca consultada en-

(50) SIMPSON, *op. cit.*

(51) HAMBER y WILSON, *cit.*

(52) HAMBER; NAGENG y O'MALLEY, *op. cit.*

(53) HAMBER y WILSON, *cit.*

tre 16 y 24 años de edad estaban en desacuerdo con la premisa de que el gobierno continuase apoyando a las víctimas del *apartheid*, mientras que sólo un 1,3% del mismo grupo consultado estaba en desacuerdo con el enunciado afirmando que la TRC habría triunfado en sus pretensiones de reconciliación.<sup>(54)</sup> Esto lleva a preguntarse sobre el grado de concientización y cambio de comportamiento que la TRC habría impulsado a largo plazo. También, se sugiere que la reconciliación colectiva habría sido bastante superficial hasta la fecha.

Se ha discutido que los principales beneficiarios del *apartheid* no cuestionaban sus privilegios, habiéndose “retirado a una posición personal cómoda de inculpabilidad” y entendiendo a la reconciliación como el hecho de que “las personas de color deberían olvidarse del pasado de Sudáfrica y seguir adelante”.<sup>(55)</sup> Esta discusión nace como reacción a una campaña lanzada en el año 2000, cuando la TRC estaba finalizando su actividad, y otra lanzada más de una década después, en el año 2013. La primera se denominó *Home for All Campaign*, que incluyó la declaración de reconocimiento de la responsabilidad de la mayor parte de los sudafricanos blancos en apoyar el *apartheid* y un compromiso por reparar los daños del *apartheid*, así como los mecanismos de recaudación y el desarrollo de la reconciliación. Esta campaña no sólo era demasiado lineal, sino que fue tratada con hostilidad por parte de la mayoría de las figuras públicas y ciudadanos comunes, con un sudafricano blanco estableciendo en una encuesta sobre su opinión que era “una campaña liberal, santurrón y prepotente”.<sup>(56)</sup>

La otra campaña fue *Red October*, en septiembre del año 2013, llamando al “final de la opresión y violencia contra los sudafricanos blancos” y enfocándose en la alegada corrupción del gobierno y la injusticia de su economía que favorecía a la población de color y sus políticas de acciones positivas, así como la matanza de blancos, particularmente de granjeros. La campaña estaba centrada en varias pequeñas protestas en ciudades sudafricanas y algunas ciudades del exterior y contaba con un apoyo y discurso Afrikaan.

(54) LEFKO-EVERETT, KATE, *op. cit.*, p. 38.

(55) MBEMBE, ACHILLE, “Passages to Freedom: The Politics of Racial Reconciliation in South Africa”, en *Public Culture* 20(1), 2008, pp. 5/18.

(56) MATTHEWS, SALLY, *op. cit.*, p. 9.

Si bien tuvo una recepción humorística por parte de los medios, la campaña atrajo a más de 12.000 seguidores en su página de Facebook y 22.538 firmas en una petición en su sitio *web* en un mes.<sup>(57)</sup>

Si consideramos las estadísticas más recientes, se constata que la población de sudafricana blanca continúa encontrándose en una mejor posición que la población de color. En el año 2012, los sudafricanos de color podían, en promedio, esperar recibir 13 centavos por cada Rand (moneda de curso legal en Sudáfrica equivalente a 0.10 USD que equivalía a poco más de 12 centavos en 1994), mientras enfrentaban una tasa de desempleo del 29%, comparada con a aquella de los sudafricanos blancos de un 5,7%. Además, los sudafricanos blancos jóvenes entran en su etapa de adultez con mejores posibilidades de desarrollo, dado que un 100% termina la educación secundaria y un 60% comienza sus estudios superiores, comparado con un 50% y un 14% respectivamente por parte de la población de color, sin mencionar las brechas experimentadas en cuanto a calidad de la educación.<sup>(58)</sup> Los blancos, también gozan de privilegios históricos de proximidad a los centros económicos y acceso al empleo por medio de las redes sociales.<sup>(59)</sup> Respecto a los índices de homicidios, las estadísticas del año 2009 indican que sólo un 1,8% de los casos de homicidio de toda la nación conciernen a víctimas blancas (si bien constituyen un 8,85% de la población), junto al hecho de que la mayoría de los crímenes violentos son cometidos por "amigos o seres queridos" y no extraños fuera de la comunidad.<sup>(60)</sup>

Un conjunto de datos pone a dichas estadísticas y aquellas dos campañas en perspectiva. Una encuesta realizada en el año 2012 preguntando si se consideraba que los sudafricanos de color todavía eran pobres como resultado de los efectos residuales del *apartheid* encontró que sólo un 50,60 % de los encuestados blancos respondió afirmativamente, en comparación con un 82% de los encuestados de color. A su vez, los sudafricanos blan-

(57) HESS, LAUREN, "The Huh? for Red October", *News 24*, 10/10/2013.

(58) CRONJE, FRANS, "W(h)ither the Whites?", en *City Press*, 19/05/2013.

(59) INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT (IBRD) AND WORLD BANK (WB), *South Africa Economic Update: Focus on Inequality of Opportunity*, 2012.

(60) BRODIE, NECHAMA, "Are SA Whites Really Being Killed 'Like Flies'? Why Steve Hofmeyr Is Wrong", *Africa Check*, June 24, <http://www.africacheck.org/reports/are-white-afrikaners-really-being-killed-like-flies>, 2013.

cos jóvenes eran significativamente menos propensos a contestar por la afirmativa que los sudafricanos blancos adultos.<sup>(61)</sup> Esto sugiere que la mayoría de los principales beneficiarios del *apartheid* no cuestiona su privilegio, o bien no aprecia los compromisos realizados, particularmente a las víctimas, de entablar una transición política, lo que se fue acentuándose con el paso del tiempo. Todo esto no sugiere más que una reconciliación superficial, particularmente a la luz de una declaración realizada por una víctima del *apartheid* en el año 2005:

“El 90% ó 99% de la comunidad blanca no ha pedido nuestro perdón. No lo han hecho. Así que, cómo puedo yo reconciliarme con ese hecho, ni hablar de los perpetradores. No puede haber discusiones acerca de la reconciliación en el país a menos que las personas de Camp’s Bay y Bishops Court [zonas adineradas, mayoritariamente blancas de Cape Town] se dirijan a las personas de Nyanga, Gugulethu, Langa, Mitchell’s Plain y Manenberg y digan ‘Ya han pagado suficiente, ahora voy a ser yo quien vuelva a unirse a esta comunidad’. Eso es reconciliación. De otro modo, sólo es pura charla. Las únicas personas reconciliándose aquí son aquellas que están en desventaja”.<sup>(62)</sup>

Desde este punto de vista, la TRC puede haber tenido éxito en dejar que los sudafricanos “olviden y perdonen”, pero no necesariamente en generar conciencia y responsabilidad colectiva, específicamente entre los beneficiarios del *apartheid*, y su relación con la reconciliación. Una razón por la que esto es así, según se detalla arriba, es que la TRC se enfocaba en las violaciones de derechos individuales civiles y políticos, que trajo la atención pública a hechos de unas pocas “manzanas podridas” y no se ocupó de la opresión sistémica política y socioeconómica dentro del Estado del *Apartheid* ni de la forma en que la misma fue llevada a cabo y apoyada por la sociedad. Si bien esto permitió que se generase una percepción de que la política de transición y la comisión se habría deshecho de aquellas malas semillas y que el resto del país podía seguir su curso sin un ápice de culpa, dado el discurso de la TRC y de las cantidades de trabajo enfrentadas, parecería una explicación insuficiente.

(61) LEFKO-EVERETT, KATE, *op. cit.*, p. 37.

(62) PICKER, RUTH, *op. cit.*, p. 9.

La TRC habría anticipado que su trabajo sería continuado por el Estado y otras entidades, basadas en una progresiva constitución y reformas institucionales significativas. La cuestión es saber si dicha visión de responsabilidad y reconciliación de la comisión ha sido representada y profundizada desde el fin de su funcionamiento.

En medio de las aseveraciones de que se ocuparían de la opresión estructural dejada por el *apartheid*, el nuevo gobierno llegó al poder con una agenda bastante redistributiva. Para el año 1996, sin embargo, había adoptado una mirada altamente ortodoxa y neoliberal sobre sus propuestas macroeconómicas. Si bien el Estado provee billones de rands en asistencia y subsidios sociales, la política social se encuentra distanciada de la política económica, que está basada en una estrategia de crecimiento que primariamente beneficia a los sudafricanos con altos niveles de educación y destrezas profesionales.<sup>(63)</sup> Aunque muchos individuos han visto mejorar su situación económica, la alta inequidad del país sólo se incrementó desde la política de transición, con la vasta mayoría de la población siendo excluida de la vida económica como resultado de su poca educación y pocas destrezas (comparativamente), así como otros factores históricos y estructurales, como la de encontrarse geográficamente lejos de los centros económicos.<sup>(64)</sup> Estos factores han sido acentuados por la política macroeconómica.

El rol del Estado luego de la transición en la continua marginalización socio-económica de la mayoría, particularmente a la luz de las intimaciones de una supresión cada vez más violenta del disenso y la falta de transparencia, hace que la "brillante línea" que fue trazada por la TRC entre el pasado y el presente parezca algo borrosa y desdibujada hoy en día. Más aún si el gobierno luego de la transición adoptó una Constitución progresiva, siendo una de las pocas a nivel mundial que incorpora tanto derechos sociales, económicos y culturales; en la práctica el Poder Ejecutivo y Legislativo han demostrado ser lentos a la hora de la implementación de estos derechos. El Poder Judicial, en particular la Corte

---

(63) SEEKINGS, JEREMY y NATTRASS, NICOLI, *Class, Race, and Inequality in South Africa*, Pietermaritzburg, University of KwaZulu-Natal Press, 2006.

(64) LEIBBRANDT, MURRAY; WOOLARD, INGRID; FINN ARDEN y ARGENT JONATHAN, *Trends in South African Income Distribution and Poverty since the Fall of Apartheid*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010.

Constitucional, ha elegido evitar cualquier confrontación con el Poder Ejecutivo —lo cual explicaría el pequeño número de casos concernientes a los derechos socio-económicos desde el período de transición— mientras que las instituciones del Capítulo 9, específicamente la Comisión de Derechos Humanos, continúa monitoreando la ejecución por parte del gobierno de sus recomendaciones, si bien las mismas son en su mayoría ignoradas.<sup>(65)(66)(67)</sup>

La sociedad civil de Sudáfrica intentó abordar la inequidad creciente del país e influenciar las políticas detrás de eso. Es interesante, sin embargo, el hecho de que no es una meta de las organizaciones civiles que fueron centrales para la formación de la TRC y que continúan por advocar por una mayor reparación del Estado hacia las víctimas. Si bien Khulumani ha aportado la necesidad de no sólo reparar económicamente, sino generar una transformación con un mayor impacto social, sus aliados optaron por una mirada conservadora y decidieron no apoyar la asociación de las víctimas con un proyecto más amplio. Como lo ha notado un veterano de una sociedad civil: “el debate de la justicia transicional [en Sudáfrica] fue liderado por un pequeño grupo de ONGs”. Estas organizaciones no sólo priorizaron la transición política con un enfoque en las violaciones de los derechos civiles y políticos producidos en la década del 90, sino mantenido estas prioridades desde entonces, aunque se enfatizaba que el “verdadero cambio” se iba a producir luego de la transición.<sup>(68)</sup>

Esta breve discusión sobre la continua inequidad socio-económica en Sudáfrica sugiere que un mayor sentido de responsabilidad colectiva y deber de promover la reconciliación colectiva no se ha producido, como consecuencia no sólo de que la TRC no haya exitosamente concientiza-

(65) McLEAN, KIRSTY, *Constitutional Deference, Courts and Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2009.

(66) LANGFORD, MALCOLM Y KAHANOVITZ, STEVE, “Just Tick the Boxes? Judicial Enforcement in South Africa”, Think piece, [en línea] [http://www.esccr-net.org/sites/default/files/Langford\\_and\\_Kahanovitz\\_-\\_South\\_Africa\\_0.pdf](http://www.esccr-net.org/sites/default/files/Langford_and_Kahanovitz_-_South_Africa_0.pdf), 2010.

(67) COMMUNITY LAW CENTRE, “A Submission to the Parliamentary Ad Hoc Committee on Review of State Institutions Supporting Constitutional Democracy: The South African Human Rights Commission and Its Monitoring of Socio-Economic Rights through Compiling Periodic Reports”, 2007.

(68) MADLINGOZI, TSHEPO, “On Transitional Justice Entrepreneurs and the Production of Victims”, en *Journal of Human Rights Practice* 2(2), 2010, pp. 208–228.



do al público, sino también porque el Estado y otras entidades, incluidas las sociedades civiles y demás organizaciones, activamente se involucraron en discusiones públicas sobre la responsabilidad y la reconciliación, y han señalado que la transformación social que implicaría no es una de sus prioridades. El mensaje es que la transformación a gran escala es una aspiración, no una obligación.

Casi 20 años después de la transición política, el panorama social y político parece estar cambiando, con un discurso público centrado en la intensificación de los números y violencia en protestas públicas y huelgas en el país, el nuevo partido político sugestivamente denominado *Economic Freedom Fighters*, que comenzó con sus funciones en octubre de este año (en el lugar donde se produjo la masacre de Marikana), el nuevo plan gubernamental Plan de Desarrollo Nacional orientado a “eliminar la pobreza y reducir la inequidad para el año 2030”, etc. Los debates sobre la inequidad se convirtieron en debates cada vez más polémicos y puede que se trate de un signo de una nueva fase en la transición de Sudáfrica.

## 10 | Conclusiones

Con la transición política de los años 90, se instaló en Sudáfrica el debate sobre la responsabilidad y la reconciliación en el país. Se ha sugerido que la TRC ha tenido logros muy limitados en la realización de estos objetivos durante el tiempo en que funcionó. Ahora bien, el Arzobispo Tutu ha dicho que “es fácil, con el tiempo, naturalizar los logros de la TRC y olvidar dónde estaba este país cuando la Comisión comenzó con su ardua tarea”.<sup>(69)</sup> La Comisión fue creada en el período entre el acuerdo negociado y la transformación anticipada del Estado que impulsaría una transformación social. La TRC estableció acuerdos que apuntaban a lograr una transición política pacífica a través de la generación de un discurso concerniente a una reconciliación nacional amplia erigida sobre la coexistencia de distintos grupos raciales y fomentando la legitimidad del nuevo gobierno al servicio de la construcción de una nación y una justicia social futura.

En cuanto a su agenda de responsabilidad, la TRC juzgó a pocos autores, en especial a los miembros de algunas estructuras del *apartheid*, quienes

(69) TUTU, DESMOND, *op. cit.*

fueron expuestos a la vergüenza pública. Sus objetivos implícitos fueron provocar pedidos públicos de disculpa por parte de los perpetradores, si bien en gran medida esto no fue cumplido. En muchos casos, los pedidos de disculpa fueron vistos como una forma de evitar la persecución penal y, en general, fue recibido de forma ambivalente por parte de las víctimas, con algunas excepciones. La TRC atrajo a un público amplio y diverso a través de la difusión de los medios de comunicación masiva, la movilización de un poderoso discurso de la reconciliación nacional sobre la base de la responsabilidad colectiva del *apartheid*. No obstante, la investigación demuestra que mientras que los sudafricanos se sintieron atraídos por la comisión, muchos, especialmente los beneficiarios del régimen, adoptaron una posición defensiva respecto a su responsabilidad personal por la opresión del *apartheid*. En lugar de aceptar la responsabilidad se adoptó una doctrina de “la manzana podrida”, es decir, que las obras del *apartheid* se debían a acciones privadas de malas personas.

El poderoso discurso de la TRC sobre la reconciliación atrajo la participación de miles de víctimas, cuyos testimonios crearon conciencia en la audiencia de la TRC y cuyo perdón (ya implícito en su aparición frente a la Comisión, ya explícito en palabras o gestos entre los que aparecieron en audiencias públicas) creó un modelo de comportamiento favorable para la reconciliación de los ciudadanos de Sudáfrica. La mayoría de las víctimas estuvieron decepcionados con su experiencia en la TRC, ya que la ésta no cumplió con los requisitos para la reconciliación por la falta de nueva información y diálogo con los autores de los crímenes. Además, mientras que las víctimas renunciaron a su pretensión de enjuiciar a muchos de los criminales o a recibir reparaciones de los perpetradores a través de demandas civiles por participar en el proceso de amnistía condicional de la TRC, la investigación durante y después de la TRC indica que la reconciliación colectiva destinada a salir de este sacrificio ha sido limitada.

Uno de los factores centrales de la superficialidad de la reconciliación individual y colectiva en Sudáfrica es el retiro de la mayoría de los beneficiarios del *apartheid* en la “cómoda posición de no culpabilidad personal”.<sup>(70)</sup> Mientras que una parte de la explicación podría residir en la interpretación restringida de del mandato de la Comisión, gran parte reside en los mensajes dados tanto por el Estado como por instituciones públicas que con-

(70) MBEMBE, ACHILLE, *op. cit.*

centran gran poder e instituciones no gubernamentales, de que la transformación social no era una de las obligaciones de la TRC. En respuesta al “alto precio” pagado por las víctimas, el Estado ha perseguido solamente a algunos de los criminales del *apartheid* sin transparencia o con exclusión de la víctima. Asimismo, el Estado no sólo ha provisto a las víctimas con reparaciones inadecuadas, sino que también ha sido muy restrictivo en cuanto al criterio utilizado para determinar quiénes eran víctimas y quiénes no, dejando fuera de la declaración un amplio grupo de personas, y en consecuencia, no concediéndole reparaciones.

La mayor parte de las víctimas enfrenta las mismas condiciones socio-económicas en las que se encontraban durante el *apartheid*. Como la vasta mayoría de la población sudafricana son excluidos de la vida económica como resultado de los bajos niveles de educación y las habilidades en sus familias, su ubicación geográfica y redes sociales están fuera del circuito de la economía. Más aún, el Estado a través de su política económica e inhibiciones entre instituciones gubernamentales abocadas a la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales más que mejorar esta situación en la que se encuentran muchos sudafricanos, la ha atrincherado. Mientras tanto, las organizaciones de la sociedad civil han elegido no desafiar al Estado en torno a estos asuntos, incluso cuando la posibilidad aparece con las asociaciones nacionales de víctimas.

Se ha cuestionado si todas estas “asignaturas pendientes” son un reflejo de las limitaciones y el carácter político de la esfera de la justicia transicional, sobre todo en un país como Sudáfrica.<sup>(71)(72)</sup> Entre todas las tensiones que existen dentro del campo de la justicia transicional, una de los más relevantes para el contexto sudafricano es la tensión existente entre el campo que tiene un doble objetivo, por un lado, promover la responsabilidad y reparación, y por otro lado, facilitar la democratización y construcción

(71) POWELL, DEREK, “The Role of Constitution Making and Institution Building in Furthering Peace, Justice and Development: South Africa’s Democratic Transition”, *International Journal of Transitional Justice* 4(2), 2010, pp. 230/250.

(72) KAGORO, BRIAN, “The Paradox of Alien Knowledge, Narrative and Praxis: Transitional Justice and the Politics of Agenda Setting in Africa”, en *Where Law Meets Reality: Forging African Transitional Justice*, Moses Chrispus Okello, Chris Dolan, Undine Whande, Nokukhanya Mnqwabe, Levis Onegi y Stephen Oola (ed.), Cape Town, Pambazuka Press, 2012.

del país.<sup>(73)</sup> Otro punto de conflicto se suscita entre el potencial para hacer frente a las raíces socio-económicas en el proceso de reconocimiento de los legados de las violaciones del pasado y su dependencia en el discurso del movimiento de derechos humanos, que históricamente se ha centrado en los derechos civiles y políticos, mientras que los derechos sociales, económicos y culturales han sido marginados.<sup>(74)</sup> A través de estas tensiones, la TRC ha adoptado un enfoque amplio para la responsabilidad y la reconciliación, con la amnistía condicionada y el discurso desarrollado por la TRC. Mientras, el Estado democrático ha adoptado un enfoque más limitado que capitalizó la construcción de la nación que vino aparejada con la "justicia transicional" al mismo tiempo que intentaba cumplir algunas promesas de responsabilidad y reconciliación hechas por la TRC.

Como fue destacado anteriormente, la sociedad civil en Sudáfrica continúa trabajando para lograr justicia. Las víctimas continúan luchando para lograr que el Estado repare las violaciones que han sufrido, a la vez que se acentúan las discusiones sobre el significado actual de la responsabilidad y la reconciliación teniendo en especial consideración las inequidades históricas productos del *apartheid* y el colonialismo. Dentro de otros contextos de justicia transicional, como el caso de Argentina, nos demuestra que la transición no necesariamente implica mecanismos *quasi-legales*, sino que en cambio, es un proceso que depende del compromiso, de las innovaciones en la práctica de la justicia transicional y el cuestionamiento de discursos, así como también del cuestionamiento de las instituciones y sus políticas. Por este motivo, el debate en torno a la transición sudafricana no puede finalizar con una evaluación del trabajo de la TRC, sino que debe incluirse un análisis de lo que ha sucedido desde su cierre y lo que aún está por venir.

(73) TEITEL, RUTI G., "Transitional Justice Genealogy", en *Harvard Human Rights Journal* 16, pp. 69/94.

(74) GEARY, PAUL, *The Era of Transitional Justice: The Aftermath of the Truth and Reconciliation Commission in South Africa and Beyond*, London, Routledge, 2010.



# “Ni una sola cosa ha cambiado... nada”

## Conciliación, reconfiliación, fragilidad y la búsqueda de la justicia<sup>(1)</sup>

por **KARIN VAN MARLE**<sup>(2)</sup>

### I | Introducción

En este corto artículo considero la reconciliación e, indirectamente, el éxito o fracaso de la Comisión Sudafricana para la Verdad y la Reconciliación mediante tres conceptos, a saber: conciliación, reconfiliación y fragilidad. Comienzo por esbozar algunas preguntas acerca de la noción de reconciliación, refiriéndome a Antjie Krog. Luego, brevemente expongo los comentarios de Mahmood Mamdani a la TRC (*South African Truth and Reconciliation Commission*) antes de enfocarme en el apoyo de Magobe Ramose a la “reconfiliación”, más que en la reconciliación. Sitúo mis consideraciones en el contexto del colonialismo y el *apartheid*, tanto como en un evento reciente, la masacre de Marikana del 16 de agosto de 2012. Quiero considerar la reconciliación como algo “menor,<sup>(3)</sup> en un intento de .....

(1) Versión corregida de un artículo presentado en *Critical Legal Conference*, Belfast, Northern Ireland, septiembre de 2013.

(2) Profesor, Departamento de Jurisprudencia, Facultad de Derecho, University of Pretoria.

(3) GOODRICH, P., *Law in the courts of love: literature and other minor jurisprudence*, New York, Routledge, 1996.

recuperar el ideal de justicia, a veces subyugado por los grandes planes de reconciliación, constitucionalismo y reforma, antes de terminar recordando el compromiso de Ari Hirvonen con la justicia a través de Sarah Kofman y una referencia a Stephan de Beer, quien escribió sobre la fragilidad en la que situó la reflexión sobre la reconciliación en el contexto de un proyecto de investigación más amplio, a saber, una jurisprudencia post-*apartheid*.

## 2 | Conciliación, reconciliación como una expresión del mal absoluto y la reconfiliación

Comienzo con una frase de Antjie Krog sobre el trabajo de la TRC en Sudáfrica, de *Country of my skull*:

“En una entrevista luego de rehusarse a personar a Dirk Coetzee por matar y ‘braai’ (quiere decir ‘asar’) a su hijo, la Sra. Kondile dijo: ‘Es fácil para Mandela y Tutu perdonar... Llevan vidas realizadas. En mi vida nada, ni una sola cosa ha cambiado desde que mi hijo fue quemado por esos bárbaros... nada. Por eso no tengo nada que perdonar’ [Krog continúa diciendo:] La definición del diccionario de ‘reconciliación’ conlleva la restauración, el restablecimiento de las cosas a su estado original. El diccionario Oxford dice que significa volver a amistarse luego de un distanciamiento; resignar; armonizar; hacer compatible, capaz de coexistir. El diccionario Afrikaans a su vez, explica que es: *weer tot vriendskap bring* [recomponer una amistad], aceptar; no resistirse. Pero en este país, no hay nada a lo que volver, no hay un estado previo o una relación que queramos restablecer. En estas circunstancias, ‘reconciliación’ ni siquiera pareciera una palabra correcta, sino más bien ‘conciliación’”.<sup>(4)</sup>

Mahmood Mamdani, comentando sobre la TRC, apuntó que aún cuando Sudáfrica había optado por un sistema restaurativo y no por la justicia criminal, continuaba siguiendo una lógica propia de la justicia penal, enfocándose solamente en perpetradores y activistas políticos, a quienes llama

---

(4) KROG, A., *Country of my skull*, Cape town, Random House, 1998, p. 109.

"víctimas en minoría", olvidándose de los beneficiarios y de la mayoría del común de las personas de color que habían sufrido bajo el yugo del *apartheid*, "víctimas mayoritarias".<sup>(5)</sup> Argumenta que, para que la reconciliación subsista, se debe hacer un cambio y dejar de enfocarse solamente en los perpetradores a los beneficiarios. En este sentido, advierte que para prevenir que la constitución y la carta de derechos no se conviertan en nada más que un pacto hobbesiano, debe seguirse una interpretación más amplia de los derechos de acuerdo con las garantías individuales: los derechos de las minorías deberán ser sobrepasados para atender los derechos de la mayoría. Podría ser discutido que es exactamente el no haber adherido a este consejo lo que creó un ambiente propicio en el cual, por ejemplo, la masacre de Marikana tomó lugar.

Magobe Ramose se pregunta por qué es que hubo una ley enfocada en la reconciliación en la "nueva" Sudáfrica, pero no en ningún otro país en África luego de la colonialización.<sup>(6)</sup> Nota que, si bien la palabra "verdad" no es parte del nombre oficial del acto promulgado para comenzar la reconciliación (Acto de la Promoción de Unidad Nacional y Reconciliación, en el nombre popular de la comisión, "verdad" es el primer concepto. Una posible explicación es que el acto hace lugar a la amnistía siempre que se produzca una "total divulgación" de los hechos criminales cometidos. Ramose recuerda la crítica de Wole Soyinka, quien sostiene que ubicar a la verdad en "el sistema legal (...) era en sí mismo una restricción de la liberación de la libertad".<sup>(7)</sup> Ramose se refiere al rol prominente de la "justicia" en la lucha y también en comisiones anteriores —por ejemplo, en la Comisión de Justicia y Reconciliación conducida por el Consejo Sudafricano de Iglesias—.

Expresa lo siguiente:

"[L]a omisión de la justicia virtualmente abolió la justicia —específicamente en la forma sustantiva de soberanía sobre el territorio; la tierra— como problemática vital de la lucha por la liberación. Quizás inadvertidamente, la omisión trata de borrar

(5) MAMDANI, M., "When does reconciliation turn into a denial of justice?", en Nolutshungu (ed.), *Memorial lectures*, 1998, p. 10.

(6) RAMOSE, M., "Reconciliation and reconfiliation in South Africa", en *Journal on African Philosophy*, 2012, p. 20.

(7) RAMOSE, M., *ibid.*, p. 21.



con antelación la búsqueda de justicia en el mismo proceso de la reconciliación (...) La omisión de la justicia y el intento, sea inadvertido o adrede, de borrarla por adelantado del mismo proceso de reconciliación son una forma impermissible de travestismo de la natural e histórica justicia".<sup>(8)</sup>

Ramose explica la dimensión interna y externa de la justicia: la primera, para él significa "honestidad" (*truthfulness*), que "obliga a uno mismo a reconocer y aceptar que es imposible saltar tu propia sombra". La justicia, en esta dimensión, demanda del individuo verdad y honestidad "al punto de poner la propia vida en peligro, al riesgo de la propia".<sup>(9)</sup> Esto debería ser extendido a los demás, a la relación de uno mismo con otros para realizar la dimensión externa de la justicia.

Ramose se pregunta qué problemas deben ser reconciliados en Sudáfrica.<sup>(10)</sup> Para él, la respuesta yace en la "justicia fundamental, natural e histórica". Para ser precisos, es el conflicto fundamental sobre el territorio el que constituye la necesidad de una unidad nacional y reconciliación en Sudáfrica. También se refiere al comentario de Mahmood Mamdani sobre la TRC y llega a la conclusión de que la TRC, en vez de promover la cohesión social, contribuye a polarizar y fracturar la naturaleza de la sociedad post-apartheid.

Luego, se avoca a describir lo que llama contabilidad y el modelo teleológico cristiano, que la TRC seguía. Con modelo de contabilidad se refiere a la "periódica remisión de declaraciones de reconciliación", con el requerimiento esencial de que "balanceando los libros, el resultado final debería ser que el total final de la deuda es exactamente igual al crédito".<sup>(11)</sup> Reconoce tres formas en las que este modelo tomó un rol en la TRC: primero, en la fijación del tiempo de funcionamiento de la TRC; segundo, en que frente a la Comisión, las personas actuaban como sustitutos de transacciones financieras; y tercero, el presupuesto de que una vez que la TRC llegue a su fin la necesidad de reconciliación cesaría.

.....  
(8) *Ibid.*, p. 21.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*, p. 24.

(11) *Ibid.*, p. 33.

La decisión del presidente Mbeki de proveer un único pago a las víctimas que aparecían ante la comisión, así como su decisión de conceder amnistía a aquéllos que no participaban de los procesos de las TRC sin consultar a las familias de las víctimas, parece probar este aspecto. Ramose explica que las continuas discusiones sobre la reconciliación en las universidades, así como en centros e instituciones para la reconciliación, muestran la necesidad de su continuidad más allá de los fines legales perseguidos por la TRC. Ramose critica el modelo teleológico cristiano refiriéndose a dos clérigos, uno blanco y uno de color, que pertenecían a la comisión. Esto excluía a mujeres y a otras comunidades de Sudáfrica no representadas por Desmond Tutu y Alex Boraine.

Ramose se vuelca sobre la noción de "reconfiliación", siguiendo a Anthony J. Obinna, como un mejor modelo posible a seguir.<sup>(12)</sup> La primer parte de la palabra, "re-con", se refiere a volver a unir. La segunda parte se refiere a las palabras "filial" y "afinar": el sentido de pertenencia de un niño o niña a una familia —*filius* y *filia* son las palabras latinas para niño y niña, respectivamente—. Para Ramose, la palabra reconfiliación en forma verbal sería refiliar, confiliar y reconfiliar, describiendo y definiendo el hecho de conceder, afectar, recomponer y reclamar el derecho de pertenencia a una unión familiar con otros hijos e hijas de esa familia.<sup>(13)</sup> Argumenta que, si bien reconfiliación está emparentada con reconciliación, posee una dimensión extra, porque resalta la igual dignidad de todas las personas que necesitan de dicha reconciliación.<sup>(14)</sup>

### 3 | Viviendo la reconfiliación

Aludí en la introducción a los trágicos eventos ocurridos en Marikana un año atrás, cuando mineros fueron brutalmente asesinados por miembros del servicio de policía de Sudáfrica. Pretendo relacionar el punto de vista de Ramose sobre el hecho de que la problemática nacional e histórica no fue tratada en Sudáfrica luego del *apartheid* con Marikana y, a su vez, la

.....  
(12) *Ibid.*, p. 35.

(13) *Ibid.*

(14) *Ibid.*; OBINNA, AJV, "Roots, branches ...graftings and fruits: The reconfiliatory challenge to African-Americans and humanity at large". Paper no publicado presentado en the *Black Catholic Heritage Celebration, Charleston, South Carolina, USA, 2003*, p. 2.

falta/falla de restitución territorial y reforma. Estos hechos generan la pregunta sobre la reconciliación de qué y de quiénes, formulada por Ramose. En un congreso sobre la cohesión social al que asistí en agosto uno de los participantes hizo un comentario respecto de que deberíamos considerar si hay que reconciliarse con las personas o con la historia. ¿Qué significaría reconciliarse con la historia? Siguiendo al diccionario o la forma tradicional de reconciliación, ¿es posible reconciliarse con un pasado colonial y con el *apartheid* sin comprometer el llamado de la justicia?

La reconciliación, al menos en el contexto de Sudáfrica, se erigió como un ámbito de espectáculo, un monumento y una gran narrativa.<sup>(15)</sup> Y, por supuesto, Mamdani y otros críticos de la TRC, así como la falta de atención a los beneficiarios, también notaron esto. Esta forma de tomar a la reconciliación como un espectáculo se conecta con los trabajos que describen a la Constitución como un monumento o un homenaje.<sup>(16)</sup> Se apoyaron las nociones de homenaje y de recopilación de recuerdos históricos.<sup>(17)</sup> ¿Son las mismas nociones de conciliación y reconfiliación lo que hacen pensar en la reconciliación como algo menor?

Ramose establece que hay “múltiples causas de que se viva una realidad cotidiana de reconfiliación en Sudáfrica”.<sup>(18)</sup> Analiza el ejemplo de la pobreza y cómo esto resulta a menudo en personas de diferentes rasgos étnicos viviendo juntos. Para él un sentido de cohesión social se encuentra en la experiencia de la reconfiliación. Con referencia a Levinas, invoca la noción de “epifanía del destino” y argumenta que, en las presentes circunstancias, ésta es casi invisible o “eclipsada por una estudiada indiferencia”.<sup>(19)</sup> También se refiere a la tesis de Dussel sobre que la “filosofía es acerca de lo no-filosofico”. Para Ramose, entonces, “reconfiliación

(15) VAN MARLE, K., “The spectacle of post-apartheid constitutionalism”, en *Griffiths Law Review*, vol. 16, n° 2, 2007, pp. 411/429.

(16) DU PLESSIS, L., “The South African constitution as memory and promise”, en Villa-Vicencio, C (ed.), *Transcending a century of justice*, 2000, p. 63..

(17) VAN MARLE, K., “Lives of action, thinking and revolt - A feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa”, en *SA Publiekreg/Public Law*, 2004, pp. 605/628; VAN MARLE, K., “Constitution as archive”, en Veitch (ed.), *Law, time and reconciliation*, Aldershot: Ashgate, 2006, pp. 215/228.

(18) RAMOSE M., *op. cit.*, p. 35.

(19) *Ibid.*, p. 36.

es un dominio marginalizado de lo no-filosófico. Es un texto filosófico ya escrito y continuamente vuelto a escribir".<sup>(20)</sup> Recuerda la noción de "disturbio" de Merleau-Ponty como un sello filosófico y discute que la filosofía como disturbio es una noción perturbadora "por su aguda e introspectiva sensibilidad para cambiar como principio de existencia".<sup>(21)</sup>

## 4 | Reconciliación como jurisprudencia minoritaria, justicia y fragilidad

Mi proyecto más amplio de los últimos años es pensar acerca de las nociones del post-apartheid como tales: ser post-apartheid o convertirse en post-apartheid puede significar de la misma forma un simbolismo o algo figurativo así como tomarse en un sentido material o literal. Una preocupación particular es la conformación o la posibilidad de una jurisprudencia post-apartheid. Sitúo la jurisprudencia post-apartheid con la "jurisprudencia general" de Douzinas y Gearey.<sup>(22)</sup> El tema sobre el cual reflexioné en este artículo está relacionado con el post-apartheid en la jurisprudencia general, pero también en la jurisprudencia minoritaria. Conciliación, reconfiliación y, últimamente, reconciliación y justicia, deberían existir bajo la apariencia de ser una minoría.

Quiero referirme a un artículo de Ari Hirvonen sobre la autobiografía de Sarah Kofman. Para él, a pesar de la "ausencia de justicia", en las formas de escribir de ella, "la justicia estaba presente".<sup>(23)</sup> Su preocupación es cómo la cuestión de la justicia se presenta en sus escritos; cómo la justicia habla sin hablar; las éticas de escritura.<sup>(24)</sup> Escribir podría afectar o debilitar la "tendencia de hablar una vez y por todas".<sup>(25)</sup> Tomando la mencionada autobiografía, Hirvonen nota que para Kofman era imposible

.....  
(20) *Ibid.*

(21) *Ibid.*

(22) DOUZINAS, C. y GEAREY, A., *Critical Jurisprudence*, Oxford, Hart., 2005.

(23) HIRVONEN, A., "The ethics of testimony: Trauma, body and justice in Sarah Kofman's autobiography", en *No Foundations. An interdisciplinary journal of law and justice*, 2012, p. 140.

(24) HIRVONEN, A., *ibid.*

(25) *Ibid.*, p. 147.

escribir una representación de sí consistente, lineal y coherente.<sup>(26)</sup> Esta imposibilidad, sin embargo, no significaba la imposibilidad de escribir una autobiografía. Para Hirvonen, dentro de esta imposibilidad, yace la posibilidad. Ann Smock observó que la autobiografía de Kofman le proveyó de la oportunidad de “volver hacia un nudo en su pasado”,<sup>(27)</sup> “un sentido de renovación”.<sup>(28)</sup> Kofman fue simultáneamente capaz e incapaz de narrar la historia de su pasado, y para Hirvonen, es exactamente aquí donde la posibilidad dentro de la imposibilidad yace. La responsabilidad y la ética de escribir se encuentra en la decisión de lo imposible, de decidir no seguir las reglas o leyes de una autobiografía, testificando y, al mismo tiempo, siendo incapaz de narrar la propia historia.<sup>(29)</sup>

Escribió su autobiografía a través de Antelme y Blanchot, deconstruyendo la idea de un sujeto con una “identidad estable que tornaría su vida, sus heridas y traumas en una narración coherente y consistente”.<sup>(30)</sup> Se enfrentó a la obligación de hablar, de dar testimonio aunque fuera incapaz de hacerlo adoptando la pregunta de Blanchot “¿cómo puede decirse? ¿Cómo puede no ser dicho?”.<sup>(31)</sup> Hirvonen se refiere a la observación de Hannah Arendt luego de Auschwitz: “Fue como si un abismo se hubiese abierto... Algo había pasado con lo que no podíamos reconciliarnos. Ninguno de nosotros podría”.<sup>(32)</sup> ¿Cómo responder ante el colapso de la moralidad y la ética traídas por Auschwitz, o Sharpeville, Vlakplaas o, más recientemente, Marikana? Hirvonen refiere a Levinas preguntando “¿Podemos hablar de moralidad luego del fracaso de la moralidad?”<sup>(33)</sup> Levinas constesta diciendo que “todavía no puede

(26) *Ibid.*, p. 154.

(27) SMOCK A., “Translator’s introduction”, en *Sarah Kofman: Rue ordener, rue labat*, Lincoln & London: University of Nebraska Press, 2012, p. 156.

(28) *Ibid.*, 2012, p. 156 (1996, p. XI).

(29) HIRVONEN, A., *op. cit.*, p. 157.

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

(31) *Ibid.*, p. 162.

(32) ARENDT, H., *Essays in understanding. 1930-1954*, New York, Harcourt, Brace & Co, 1994, p. 13, referido en HIRVONEN, *ibid.*, p. 162.

(33) LEVINAS, E., “The paradox of morality: An interview with Emmanuel Levinas”, en Roberto Bernasconi & David Wood (eds.), *The provocation of Levinas: Rethinking the other*, London: Routledge, 1988, p. 176, referido en HIRVONEN, *ibid.*, p. 163.

ser concluido que luego de Auschwitz no hay más una ley moral, como si la moral o la ética fueren imposibles, sin promesa". Para Hirvonen "todavía hay una necesidad urgente de hablar, de escribir, de pensar y 'encontrar' un nuevo humanismo".<sup>(34)</sup> Pero, entonces, ¿cómo debería ser tal humanismo? ¿Cómo compartir ese mundo con otros? ¿Cómo hacer lo imposible?

Kofman intentó hacerlo: conservar el humanismo y la ética del mismo, transformándolo y desplazándolo, para abrir un nuevo espacio para un nuevo humanismo.<sup>(35)</sup> Existe un sentimiento de comunidad en este entendimiento del humanismo como "un humanismo abierto, sin ataduras, desestabilizado" donde "nosotros estamos en relación con cada uno por medio de una irreductible diferencia y alteridad".<sup>(36)</sup> En contraste con el antiguo humanismo, que reducía la diferencia a la universalidad, en el nuevo humanismo "quien aparece primero frente al desastre y al sufrimiento" es alguien en situación de diferencia.<sup>(37)</sup> Hirvonen nota que la ética implícita en este humanismo es "la responsabilidad hacia el ser humano".<sup>(38)</sup> Esta ética entraña dos posibilidades: la posibilidad de la comunidad de una comunidad compartida y la posibilidad de resistirse a las leyes y órdenes de un Estado totalitario que, en sí mismo, afirma la comunidad. Como centro de esta versión de humanismo, se encuentra la ética y la responsabilidad de testimonio, "el rechazo a olvidar" que se une a la presencia de la justicia, aún si se encuentra aparentemente ausente de la obra de Kofman.<sup>(39)</sup> Es esta noción de justicia la que encuentro necesaria para las consideraciones sobre la reconciliación, conciliación y reconfiliación.

Hirvonen toma sus textos autobiográficos como "anuncios de justicia futura, justicia que no se encuentra sin poder sino por encima del poder, por

.....

(34) HIRVONEN, *ibid.*

(35) *Ibid.*, p. 164.

(36) *Ibid.*, p. 165.

(37) *Ibid.*, pp. 165/166.

(38) *Ibid.*, p. 167.

(39) *Ibid.*, p. 167.

encima de las leyes positivas apoyada por amenazas, sanciones y violencia. <sup>(40)</sup> Sin embargo Hirvonen advierte:

“En este punto debemos tener cuidado. Su obra no es acerca de la justicia. El objeto de su obra no es la justicia. La justicia es lo que toma lugar en su insistencia por sobrevivir, en su testimonio de existencia, en su insistente y afirmativa risa. La justicia no es algo dado a las víctimas —en la forma de derechos humanos, compensaciones o castigo a los perpetradores— sino una fuerza afirmativa que insiste por sobrevivir”. <sup>(41)</sup>

La lectura que Hirvonen hace de Kofman, y su descripción de un nuevo humanismo y justicia en su trabajo, nos hace pensar en la posible perspectiva de la justicia como algo menor. Esto se conecta con el entendimiento de una Constitución como un homenaje o un contra-monumento. Mi opinión es que la reconciliación debe unirse a la búsqueda de la justicia y a un nuevo humanismo que pueda contrarrestar las grandes conspiraciones institucionales de las comisiones de la verdad y el discurso de la justicia transicional. <sup>(42)</sup>

Concluyo con mis pensamientos sobre la fragilidad. Stephan de Beer en un ensayo titulado “Ausencia, presencias, memoria: un ensayo teleológico sobre la fragilidad, la universidad y la ciudad” <sup>(43)</sup> comenta sobre la noción de fragilidad y la significación de la experiencia y el reconocimiento de la fragilidad. Nota cuán seguido la fragilidad se esconde en el contexto de la universidad, en el trabajo teórico y racional. Podríamos añadir a eso la ley vigente, el discurso legal, los derechos humanos, el derecho internacional, y las reformas y reparaciones institucionales. Para él “como es nuestra experiencia común el sufrimiento y la fragilidad podemos encontrarnos en una mejor posición para descubrir y expresar nuestra humanidad en común. Es en nuestra fragilidad que, incluso por *default*, encontramos al

.....

(40) *Ibid.*, 168.

(41) *Ibid.*

(42) Véase TEITEL, R., *Transitional justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

(43) DE BEER, S. F., “Absence, presence, remembrance: A theological essay on frailty, the university and the city” [en línea], en *Verbum et Ecclesia* 34 (1), Art. #855, 9 pages. <http://dx.doi.org/10.4102/ve.v34i1.855>, 2013, p. 1.

'otro'''.<sup>(44)</sup> Esta noción de fragilidad, en mi opinión, se relaciona fuertemente con lo que Ramose entiende por reconfiliación, y lo que Hirvonen entiende por justicia.

De Beer se acerca a la palabra recordar y comprende que implica deshacer el trabajo de desmembrar. De ninguna forma eso podría hacer olvidar el trauma y dolor sufrido, sino un recuerdo marcado por la fragilidad, por cicatrices y roturas. Se conecta con el rechazo al olvido de Kofman. De Beer recuerda los tres significados de la memoria de Vico: a saber, memoria como recuerdo; memoria como imaginación y memoria como invención. A través de esto se podrían encontrar nuevas formas de pensar, nuevos espacios en los que se podría ir "más allá del conocimiento racional, invitando a lo trascendental a espacios de reflexión y consideración".<sup>(45)</sup>

Asimismo, se refiere al movimiento social *Abahli Base Mjondolo*, que se ubica en *Kennedy Road* en Durban, y cuyo propósito es organizar a personas indigentes para reclamar sus derechos.

Su visible presencia se convirtió en una poderosa herramienta para desafiar y subvertir el intencional ocultamiento de la pobreza. Su presencia inquietante ayuda a llamar la atención sobre aquéllos que no están inmediatamente presentes, y también sobre aquéllos que deliberadamente son tomados como ausentes. Cuando se refiere a la "universidad de Abahlali", se refiere a la visible, física y perturbadora presencia que trata de re-educar a los académicos, activistas y líderes de movimientos políticos, insistiendo que aquellos de nosotros que buscamos transformar necesitamos ser transformados primero por las experiencias reales de quienes viven con la violencia de la pobreza, víctimas y agentes al mismo tiempo.<sup>(46)</sup>

De Beer establece la noción de una hospitalidad radical que podría abrir "nuevas invenciones de vida, nuevas solidaridades, nuevas formas de ser humano, nuevas formas de urbanidad, nuevas formas de practicar justicia y equidad".<sup>(47)</sup>

.....  
(44) DE BEER, S. F., *ibid.*, p. 4.

(45) *Ibid.*, p. 6.

(46) *Ibid.*, p. 7.

(47) *Ibid.*, p. 8.



En este artículo se reflexiona sobre la reconciliación extrayendo conceptos de varios autores. Mi preocupación es restablecer un ideal de justicia a menudo olvidado por los procesos institucionales e, irónicamente, por el discurso de la Justicia transicional. Tomando la conciliación, reconfiguración y fragilidad como medios de continuar la búsqueda de justicia, alguien como la Sra. Konile podría algún día decir que “por una vez algo ha cambiado”.

---



# Entrevistas

---

# Entrevista a Hebe María Pastor de Bonafini



HEBE MARÍA  
PASTOR DE BONAFINI

.....  
Presidenta de la Asociación  
Madres de Plaza de Mayo

**A partir de la desaparición de dos de sus hijos y su nuera durante la última dictadura cívico-militar, ¿cómo fue su experiencia personal con la justicia argentina?**

Bueno, la experiencia fue siempre muy mala para todas las Madres. Terrible. Fuimos muy mal atendidas, fuimos muy ofendidas. A mí un día en la ciudad de La Plata, el Juez Federal [Leopoldo José] Russo me mandó presa porque yo le exigía que si le presentaba un *habeas corpus*, me diera algo sellado para que yo pudiera mandar a la ONU, porque Naciones Unidas, si vos no mandabas que habías presentado un *habeas corpus*, no te recibía la denuncia. Y a uno en aquella época le parecía que Naciones Unidas te iba a salvar los hijos. Y el tipo no me lo daba, me decía que me fuera, y como yo protesté, me mandó presa.

El trato en los juzgados era muy humillante: no te querían recibir los escritos, después, si te los recibían, no te daban nada, con ningún sellito que vos pudieras argumentar que lo habías presentado. Y no solamente eso, ¡después nos empezaron a cobrar!, así que fijate que fue muy trágico. Las investigaciones judiciales no avanzaron nada, a nuestros hijos no los buscó nadie, porque ellos eran cómplices de los militares. Ellos sabían todo, incluso donde estaban. Yo fui a denunciar que mi hijo estaba en la Comisaría 5ta. y les pedí que por favor fueran a buscarlo. Y un juez me dijo: "No, señora, yo no voy, porque si entro y los matan a todos, la culpa de la muerte de su hijo va a ser mía". Eso me contestó el juez [Héctor Carlos] Adamo, de La Plata. Increíble. Una iba a contarles a los jueces lo que se iba enterando y estos desgraciados no hacían nada. Entonces yo fui a la Comisaría y entré a los gritos porque me dijeron que mi hijo estaba ahí. Me dieron una paliza terrible y me sacaron a la calle. No es lo mismo que vaya un juez a que hubiera ido yo. No sé si los íbamos a salvar, no lo sé, pero esa es la justicia que tuvimos. Más que justicia, era injusticia.

La complicidad cívico-militar las Madres siempre la denunciarnos, tiene que ver con eso. Los militares no se mandaron solos. Si no hubieran tenido jueces tan corruptos, que todavía están hoy algunos en actividad, los 30.000 desaparecidos estarían vivos. O al menos, si no hubieran sido tan corruptos, muchos se hubieran salvado.

### **El 23 de septiembre de 2010 la Asociación Madres de Plaza de Mayo hizo un juicio ético y político a los jueces cómplices de la dictadura**

Sí, hemos hecho varias veces eso. Como no había juicios, mucho antes del 2010 empezamos a desenmascarar a los cómplices. Hicimos el primer juicio en la época de Alfonsín, les hicimos un Juicio a las Juntas en la Plaza. Después hicimos uno en Quilmes a los médicos, donde estaba [Jorge Antonio] Bergés, que era un médico de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Más adelante hicimos otro en La Plata, justamente para hablarle a Adamo. Y ahora les hicimos uno a los cómplices de la justicia,<sup>(1)</sup> la iglesia y el periodismo. Siempre hacemos juicios éticos porque sentimos que ya que no conseguíamos que caminara la justicia, había que visibilizarlo, para que la gente supiera que cuando decís que era una

dictadura “cívico-militar”, se viera quiénes eran los “civiles”.

### **En diciembre se cumplen 30 años de la creación de la CONADEP. ¿Cuál fue la posición de la Asociación en aquel momento?**

Nosotras no estuvimos de acuerdo, porque primero ante los tribunales ya había de todo. ¿Qué necesidad había de investigar todo otra vez por un camino no judicial? Pero claro, Alfonsín pensaba inventar todo un aparato para demostrar que estaba haciendo algo. La CONADEP tuvo cosas muy jodidas. A mí me llamaron para preguntarme en qué agrupación estaban mis hijos, no para buscarlos, y yo les dije que no les iba a decir, porque encima se los llevaron por revolucionarios. ¿Por qué yo le tenía que decir a la CONADEP en qué agrupación estaban? Me parecía de terror eso que pasaba. Nosotros no estuvimos de acuerdo, peleamos mucho con Sábado, con Magdalena [Ruiz Guiñazú]. Nosotras no fuimos a la CONADEP. Si una madre quiso ir por su cuenta podía, nosotras no le prohibíamos, pero como organización nunca hicimos cosas individuales. No hacemos cosas individuales. Ya desde la época de Azucena [Villafior de Vicenti] decidimos presentar de a 100

.....  
(1) Entre los “imputados” se encontraban los magistrados Eduardo Rafael Riggi, Luis Francisco Miret, Otilio Romano, Wagner Gustavo Mitchell, Juan Martín Romero Victorica, Liliána Elena Catucci, Víctor Hermes Brusa, Pedro Cornelio Federico Hooft, Norberto Giletta, Guillermo Rivarola, Luis María Fernández, Luis María Vera Candiotti, Juan Carlos Marchetti, Julio Demetrio Petra, Carlos Pereyra González, Alicia María Di Donato, Nicasio Dibur, Abel Bonorino Peró, Horacio Enrique Prack, Néstor Luis Montezanti, Justo Rovira, Alfredo Bisordi,

Adolfo Gabrielli, Horacio Heredia, Abelardo Rossi, Alejandro Caride, Federico Videla Escalada, Emilio Miguel Daireaux, Elías Guatavino, Jorge Gabriel García Collins, Eduardo Vocos Conesa, Guillermo Federico Madueño, Mario Héctor Pena, Leopoldo José Russo, Héctor Carlos Adamo, Eduardo Marquardt, Miguel Ángel Almeyra Nazar, Martín Anzoátegui, Amelia Lidia Berraz de Vidal, Oscar Hermelo, Norberto Quantín, Luisa Martha Riva Aramayo, Juan Carlos Rodríguez Basavilbaso, Rafael Sarmiento, Ricardo Gregorio Rongo y Luis Rueda.

escritos, 50 *habeas corpus* juntos. Porque decíamos “¿cuántos chicos hay que las familias no los presentan?”. Pero como nos habíamos enterado pensamos que también teníamos que hacer algo por ellos. A la solidaridad nuestros hijos la entendían de ese modo.

### **Después aparece publicado el Informe Nunca Más con el prólogo escrito por Ernesto Sábato donde se sostiene la teoría de los dos demonios**

Al final eso nos dio la razón. Porque nosotros dijimos donde iba a quedar ese informe. A mí me llamó Graciela Fernández Meijide para preguntarme cosas sobre mis hijos. Y yo pensé ¿por qué ella me tiene que preguntar a mí donde están mis hijos? Mirá si yo le voy a decir. Estoy orgullosa que mis hijos fueron revolucionarios.

Después se hizo una marcha y Sábato le entrega a Alfonsín el Informe de la CONADEP, y ¿qué hace Alfonsín? Se lo entrega a su edecán que se llamaba [Néstor] Greppi que era un tipo de la dictadura que después fue detenido en el 2010. Esa imagen muchos se la olvidaron y no la quieren recordar pero la imagen era esa. Nosotras ni fuimos a la marcha, ni participamos de la CONADEP, ni participamos del libro. Porque la época de Alfonsín fue muy nefasta también.

### **Y finalmente llegan las amnistías y los indultos**

Si la etapa de Alfonsín fue muy nefasta, después vinieron Menem y De la Rúa. Lo fuimos empeorando. Con los indultos Menem comenzó a matar el país.

Después lo regaló. En la época de Alfonsín a las Madres nos persiguieron, nos pintaron las casas, nos declararon madres terroristas. Con Menem también. Las Madres siempre fuimos muy golpeadas. Y es la única organización que tiene tres madres secuestradas, pero también es la única organización que no quiere decir que las madres fueron secuestradas en la ESMA. Entonces se habla de las monjas francesas o de las Madres de la [Iglesia] Santa Cruz. Pero no, no son las madres de la Santa Cruz, son las madres de la Asociación Madres de Plaza de Mayo. Éramos las únicas que les jodíamos. Y Azucena fue la creadora de esta organización. Pero eso se tapa, todo el tiempo se tapa. De hecho, Azucena no querría estar enterrada en la Santa Cruz porque era atea.

### **¿Qué significó la llegada de Néstor Kirchner al gobierno de la Nación?**

Bueno, como que llegó el salvador, “el salvador de la Patria”. En realidad, en un primero momento no nos dimos cuenta. Yo creo que todavía no nos dimos cuenta de todo lo que hizo. Todavía no nos dimos cuenta de todos sus discursos. Yo cada vez que los leo digo “¡Ésto no lo escuchamos! ¿Cuándo lo dijo?”. Me cuesta recordarlo. Por eso ahora a Cristina la escucho con tanta atención, porque a Néstor no lo escuchamos con mucha atención y dijo cosas importantísimas. Era como natural, como normal todo lo que hacía. Y no, porque las cosas que dijo fueron de muchísima profundidad. Él me quería mucho a mí, siempre me acariciaba y me decía: “Seguí siendo así tan... —¿cómo me decía?— políticamente incorrecta”.

## **Y las Madres se involucraron activamente en una de las grandes batallas culturales que dio el kirchnerismo al sancionar la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual**

Los medios siempre estuvieron en contra de las Madres, no sé a favor de quién pero en contra de las Madres siempre. Nos dilapidaron, nos ensuciaron, nos boicotearon, nunca dijeron lo que nos pasaba, nunca salimos en los medios. La prueba está en que nunca nos dieron un mango para hacer una película. No habrán visto nunca una película de nuestra organización. No existe. Pedimos pero no nos dan, porque es muy ético y muy duro lo que las Madres hicimos y a muchos no les conviene. Para nosotras nunca existieron los grandes medios de comunicación. Por eso tenemos una radio, por eso tenemos una revista, tuvimos un diario, tuvimos que inventar todo eso para que nos visibilizara la gente. Sino, éramos invisibles. Si hubiese sido por los medios éramos invisibles. A las Madres nos dieron cualquier cantidad de honoris causa en Europa, aquí, en todas partes. ¿Alguna vez salió publicado? No. Nunca sale nada, tampoco yo hago lo que hago para salir en el diario. Pero me parecía que algunas cosas era justo publicarlas y, sin embargo, no lo hicieron. Siempre fuimos invisibles.

## **¿Cuál es su opinión sobre el proceso de integración regional que ha vivido en la última década Sudamérica?**

Es impresionante. Yo soy muy amiga de todos los presidentes de la región. A Correa Néstor lo conoció porque yo lo traje, porque Correa siempre me iba a escuchar cuando yo iba a hablar a Ecuador.

Fui una gran amiga de Chávez, muy amigos A Chávez lo mató el laburo, el trabajo, toda la corrupción que tenía siempre encima, todos los problemas que tenía que solucionar. La verdad es que yo los quiero mucho a ellos. A Evo ni te cuento, lo conozco de cuando caminaba desde las minas. Así que me parece importantísima la unidad de la región, el surgimiento de la UNASUR. Porque al final se está logrando lo que buscaban nuestros hijos, ¿no?, la unidad latinoamericana.

## **En relación con el rol de la justicia en la actualidad, ¿cuál es su opinión del proceso de democratización de la justicia que se viene desarrollando en todo el país?**

Esto me parece maravilloso, es una experiencia que va a ir mucho más allá de nuestros juicios éticos y políticos. Me parece maravilloso y necesario. Impensable. Está basado en principios democráticos impresionantes, que nunca imaginábamos que llegarían a la justicia argentina. Toda esta democratización de la justicia y el avance que se pueda lograr en los diferentes ámbitos es en beneficio de todos. De todos los que no soñábamos que iba a pasar. De los pibes, de las víctimas del gatillo fácil, de tantos grupos. La verdad es que yo ni soñaba con ver esto que estoy viendo. El otro día cuando estuve con Cristina le dije "mirá, Cristina, aunque a vos te parezca mentira las Madres estamos siendo felices. No soñábamos con ser felices y uno tiene felicidad porque peleamos tantos años por esto y ahora ver que la justicia se va a reformar, que los juicios por violaciones a los derechos humanos se están haciendo, que los genocidas son condenados". Más allá de

todo lo que pasa, que te ensucian, que te agreden, te dicen de todo. Yo contra eso no peleo, porque yo ni les discuto, no respondo jamás a ninguna agresión, porque me parece que si nosotros pensamos que ellos instalan la noticia, porque quieren hablar de eso y nosotros lo repetimos, estamos haciendo lo que ellos quieren. Instalando lo que ellos quieren instalar. A mí me parece equivocado cuando algunos programas de televisión que no pertenecen a los grandes medios económicos hacen eso. Me parece que si no queremos que una mentira se instale, no la tenemos que repetir nosotros.

**¿Cuál es su opinión de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró inconstitucional la ley que democratizaba el Consejo de la Magistratura, permitiendo la elección popular de sus miembros?**

La Corte es cómplice. Con excepción de Zaffaroni, toda la Corte es cómplice. Son cómplices de lo que pasó antes y de lo que está pasando ahora. Ellos apoyan a la derecha, no sé si apoyan a *Clarín* y a *Magnetto*, pero al pueblo seguro que no. Ellos nunca estuvieron para el pueblo. Siempre están con los poderosos. Por eso se llama "Suprema Corte de Justicia", pero no es ni Suprema ni hace justicia.

**Previo al dictado de la sentencia, las Madres enviaron una carta al Tribunal pidiendo que fallaran en favor del pueblo**

Sí, les pedimos que por primera vez fallaran defendiendo los intereses del pueblo. Ya en el 2010, cuando hicimos el primer acto en Tribunales por la Ley de Medios, dije que los jueces de la Corte Suprema eran unos *turros*. Y como hice un discurso muy fuerte, muchos se enojaron. Pero la verdad es que me quedé corta, muy corta diciéndoles *turros*.

**¿Le parece que a partir del fallo de la Corte Suprema está clausurada la posibilidad de la participación del pueblo en la elección de los jueces o quedan todavía caminos para explorar?**

Yo pienso que siempre hay que seguir luchando. Porque si nosotras no hubiéramos creído en la lucha y en la calle estaríamos muertas. Nosotras seguimos creyendo que los pueblos solucionan los problemas en la calle, no en los tribunales. De eso estoy convencida. En los tribunales se puede lograr algo pero solo si el pueblo ayuda en la calle. Por lo menos, así lo vemos nosotras.

# Entrevista a Sello Hatang



SELLO HATANG

Vocero del Centro  
de Memoria de la Fundación  
Nelson Mandela

## ¿Podría explicarnos como funcionó el *apartheid*?

El *apartheid* consistía en un régimen de discriminación basado en la supremacía de los blancos. Existía una separación de las personas de color de los blancos. Por ejemplo, si un blanco quería socializar con una persona de color había una ley que lo prohibía, lo cual era ridículo. Desde mi punto de vista, el *apartheid* se erigió sobre tres pilares de discriminación. El primero era económico, con él se aseguraba que los blancos progresarían económicamente y los negros no. El segundo está relacionado también con lo económico, como individuo de color uno no podía ejercer la profesión que quisiera, estaba restringido. Uno de mis colegas me contó cómo había conseguido su trabajo: caminando en la calle dijo que estaba buscando trabajo y sólo por ser blanco lo consiguió, pero si hubiera sido negro hubiera encontrado mayores dificultades para conseguirlo. Uno no podría haber entrado en cualquier edificio y entregar su currículum siendo de color. El tercer pilar aseguraba privilegios de toda clase. Y todas esas personas blancas que sabían que habías participado en las luchas contra el *apartheid* te marginaban y no te daban espacio para progresar. Por lo tanto, el corazón del *apartheid* fue la desposesión, ellos le quitaban sus propiedades a las personas negras y los reubicaban donde fuera que necesitaran trabajo forzado. El trabajo esclavo era para asegurar la construcción de "áreas blancas" que serían algo así como una mini-Europa.

**Sin embargo, también existían otras minorías en Sudáfrica, como los indios y las distintas tribus. ¿Entre ellos también había alguna clase de separación? ¿Esta separación servía para asegurar privilegios solo para a la gente blanca o también para dividir a todos los grupos?**

Sí, debería haber explicado que al usar el término gente "de color", lo uso como lo define actualmente la Constitución de la



República de Sudáfrica. Gente “de color” incluye a los indios<sup>(1)</sup> y mulatos.<sup>(2)</sup> De ahí que las personas eran separadas por el color de su piel. En un segundo nivel, la discriminación no era sólo sobre la tribu, sino que el poder imperante iba más lejos: se debía discriminar tanto como fuera posible. Por eso veíamos gente de color discriminando a otra persona igual que pertenecía a otra sección o tribu. Entonces, analizando ese fenómeno no es posible dudar del éxito que tuvo el *apartheid* al ver gente de color que también discriminaba a sus pares.

### **¿Considera que esa característica aún hoy se mantiene en Sudáfrica?**

Sí, uno puede encontrar personas de color que trabajan en *shoppings* que se sienten más cómodas y son más amables con gente blanca que con gente negra. Por ser blanco cuando te atiendan te ayudarán, serán extremadamente amables y hasta quizá harán un chiste o dos. Pero si yo, una persona de color, fuera allí no recibiría el mismo trato. Muchas veces yo insisto en que se me brinde el mismo trato, porque debemos cambiar esa visión. Este fenómeno muchas veces es ocultado, negado. Es algo en lo que debemos seguir trabajando.

### **¿Cuál fue el rol de los jueces y los magistrados durante y después del *apartheid*? Supongo que eran**

.....

(1) Personas inmigrantes originarios de la India o Pakistán establecidos años antes de la dominación británica.

(2) Provenientes de la mezcla de bantúes y khosas con personas de ascendencia europea.

### **blancos en un 100%. Luego del *apartheid*, ¿mantuvieron sus cargos o fueron removidos?**

Nuestro sistema de justicia aún tiene muchos defectos para corregir, muchos cambios por hacer. Un cambio real. Nosotros tendemos a ser auto indulgentes en base a los logros que hemos tenido en un período de tiempo muy corto, pero esos logros superficiales traen muchas preguntas difíciles sobre cómo puede ser que nos hayamos engañado tanto. ¿Cómo puede ser que nos vanagloriemos por lo que hemos logrado cuando los niveles de pobreza y desigualdad son enormes?! Hay un nuevo fenómeno que comenzó a ser estudiado el año pasado: la gente de color a la que le habían devuelto sus tierras, no tenían los conocimientos necesarios para explotarlas. En consecuencia, debieron venderlas de nuevo a la gente que se las había devuelto. Ahí se puede ver que nos apresuramos a hacer cosas y no pensamos en lo que tenía que hacerse previamente. Todavía tenemos que cambiar nuestro sistema en asuntos relativos al género y disparidad. Nuestro sistema de justicia es predominantemente masculino. La dominación patriarcal se ha mantenido en *statu quo*, así como también nuestra visión sobre la ley. Esta visión clásica sobre la ley tiende a provocar que la justicia no acompañe los cambios que se producen en la sociedad. La justicia y la sociedad deben cambiar en conjunto.

### **¿Considera que es posible la reconciliación sin rendición de cuentas o los dos son necesarios? ¿Un proceso como el que se desarrolló en**

## **Sudáfrica es una buena transición para la reconciliación?**

Aquí en Sudáfrica una vez que a una persona se le concedió el indulto no puede ser juzgada. Puede caminar en completa libertad. Ahora, con esto lo que discutimos es que se está alentando una cultura de la impunidad. Para el movimiento anti-*apartheid* el "intercambio" nunca tuvo lugar, no se consiguió la verdad para las víctimas, pero muchos indultos fueron concedidos al otro bando. Durante la era de Nelson Mandela, es decir, el primer gobierno democrático, se fomentó la reconciliación y construcción de una nación más que la democratización, en el verdadero sentido del término "democracia". Se tenían que hacer ciertos sacrificios y pensábamos que esos sacrificios incluían a la justicia. Entonces, mucha gente sintió que les estaban quitando sus derechos, porque no podrían ir ante los estrados de un tribunal y pedir justicia por sus familiares víctimas de los crímenes del *apartheid*. La cultura de la responsabilidad en la mayoría de los casos no fue fomentada.

La segunda parte de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación dispuso cómo serían las recomendaciones para las reparaciones, y eso fue una falla fatal. Una de las cosas que todavía están pendientes es abrir la lista cerrada de víctimas que se estableció al comienzo de nuestra transición. En otras palabras, si uno se presentaba ante la Comisión para la Verdad y la Reconciliación y era declarado víctima, le correspondían las reparaciones. ¿Y qué reparación había para aquellos que no eran declarados víctimas?

## **Al respecto, existen algunas críticas al trabajo de la Comisión como las que expresa el Grupo de Apoyo Khulumani<sup>(3)</sup> porque excluyeron a muchas familias y de esa manera se les negó la posibilidad de obtener justicia**

Bueno, hay motivos suficientes para esa crítica. El Grupo Khulumani actualmente pide que se abra la lista de víctimas para que aquellas personas que no pudieron pedir reparaciones (indemnizaciones) ante la Comisión sean también declaradas víctimas. Les doy un ejemplo: por motivos de logística, la Comisión tuvo que organizar un proceso inmenso de víctimas y se les dijo que si todas las personas que se presentaban eran declaradas víctimas, no sería posible que se les brindase representación letrada. Cuando llegó el momento de establecer quienes serían las víctimas, solamente una de cada cuatro personas fue reconocida como víctima. Ahora, considerando esa lista es posible entender por qué el Grupo Khulumani dice "eso no es justicia". Y, en definitiva, eso de ninguna manera es acceder a la justicia, porque las reparaciones estaban pensadas para cerrar heridas. ¿Eso se logró? La respuesta de las víctimas es no.

## **La pregunta entonces sería ¿a quiénes se consideraba víctima? ¿Solamente a aquellos que habían sido torturados, quienes habían sido privados de sus propiedades o**

.....

(3) Asociación de ayuda para las víctimas del *apartheid*.

### aqueellos que habían experimentado todo el régimen?

Es un verdadero problema. La Comisión sostiene que las reparaciones fueron solamente simbólicas y financieras. Y no hemos comenzado a interrogarnos sobre cómo el sistema ocultó a quienes no fueron amnistiados. Hasta ahora lo que sabemos es que hay una lista con un par de casos que fueron llevados a las cortes. Es un problema masivo, porque uno ve cómo aquellos que perpetraron los crímenes del *apartheid* están libres, algunos de ellos todavía viven en mansiones, reciben una pensión, tienen sus negocios de siempre.

### Analizando las estadísticas de la experiencia transicional sudafricana, de siete mil solicitudes de amnistía sólo mil quinientas fueron concedidas. Sin embargo, ¿cuánta gente participó de crímenes durante los 40 años que duró el *apartheid*? Fueron muchos más que siete mil. ¿Qué pasó con ellos?

Nada. El sistema de justicia perpetúa la revictimización, de algún modo. Continuamente estamos siendo revictimizados. Para las víctimas es contraproducente pensar que muchas de estas personas que cometieron crímenes nunca se presentaron ante la Comisión para la Verdad y siguen libres.

### Veinte años después, algunos autores sostienen que el Partido Nacional<sup>(4)</sup> sin la amnistía a cambio nunca

.....

(4) El Partido Nacional (*National Party*) fue el partido de gobierno en Sudáfrica desde el 4 de junio de 1948 hasta el 9 de mayo de 1994.

### habría renunciado al poder ¿Cuál es su opinión al respecto?

Es una pregunta muy compleja. Creo que hemos evitado la amnistía general que dio el gobierno argentino en los '90. Pero repensándolo ¿lo hemos evitado realmente? Porque de alguna manera, cuando no se juzgan crímenes lo que se hace en realidad es dar una amnistía general. Así que, aunque no esté legislada una amnistía general, podemos decir que hubo indultos para todas las personas. En los hechos no ha habido acciones legales por estos crímenes, lo cual es igual a proporcionar una amnistía general. Podría decir que ante la Comisión se presentaron personas sin ningún temor, ellos sabían que no enfrentarían ninguna consecuencia por sus actos. En efecto, las consecuencias por sus crímenes nunca se materializaron. Todo esto conllevó a que la gente perdiera la credibilidad en el sistema de justicia, quedó al descubierto que es un sistema de injusticia.

Lo que más temo de esto es el sentido de impunidad, el cual sobrepasó todos los límites, produciendo más delitos. Y ahora, en una época post-*apartheid*, se cometen más hechos de impunidad, porque las personas pueden cometer hechos delictivos porque hemos aprendido a dejarlo así.

Pero hay que recordar que la amnistía tuvo una dinámica en la que se produjo el intercambio de amnistía por verdad. Entonces, en algún sentido, no fue una amnistía general. Incluso con nuestras negociaciones, se hicieron algunos acuerdos que tienen un cierto sentido de justicia.

**¿La información que proporcionaron los autores de los crímenes era confiable? ¿Qué tipo de información proporcionaron? Porque hay grupos en Argentina que sostienen que si se otorga una amnistía a los autores de crímenes contra la humanidad, van a decir finalmente donde se encuentran los 30.000 desaparecidos**

Esa fue nuestra experiencia. Se ha garantizado la amnistía y aún no hemos recibido toda la verdad. Hubo un intercambio, se da verdad y se recibe amnistía. Pero tengo mis dudas de que ese intercambio realmente haya funcionado; creo que funcionó, como dije, sólo en una dirección, beneficiando a los grupos que siempre se mantuvieron en el poder, pero no en la otra. En definitiva, se tiene un montón de casos de personas desaparecidas que nunca pudieron ser encontradas. En algunos casos se obtuvo información. Algunas personas todavía tienen la información que permitiría devolver los restos mortales de una persona a sus familias. Y en algunos casos, donde hubo una bomba y los cuerpos fueron destruidos, las familias necesitan saber por lo menos lo que sucedió realmente. No creo que el intercambio haya sido completo, no fue suficiente para nosotros como para poder decir que logramos nuestro objetivo.

Mirando el sistema argentino, no creo que uno consiga toda la verdad. En Sudáfrica, existen casos en los que las personas han dicho que están conformes con la información y pueden tener paz con eso. Hay ejemplos donde por razones culturales/religiosas las familias necesitan

saber dónde está el cuerpo, por la creencia de que el alma no puede descansar hasta que el cuerpo esté enterrado.

Creo que se ha comprobado que el intercambio de verdad por amnistía fue un fraude, dado que este intercambio no funcionó en un 100%. Uno, como parte del sistema debe garantizar que las víctimas sientan que ha habido justicia, y una de las críticas que se puede ver en los trabajos sobre este tema es cómo no ha habido suficiente consulta a las personas directamente afectadas. Ni al formarse la Comisión para la Verdad ni en su trabajo como Comisión hubo suficiente consulta sobre qué tipo de acuerdo era el que la sociedad necesitaba y con el cual se sentiría satisfecha; qué tipo de trabajo la sociedad hubiera querido que el gobierno realizara para asegurar el acceso a la justicia. No creo que nuestro desempeño allí haya estado bien, y si hay algo de lo que pueden aprender de la experiencia sudafricana es no hacer lo que nosotros hicimos para crear en nosotros mismos una creencia de que habíamos entendido cómo la verdad debía ser revelada, cómo las personas debían tener acceso a la justicia o no. Para ser realistas, todavía hay mucho trabajo por hacer.

**¿La amnistía fue impugnada judicialmente?**

La familia de Steve Biko lo intentó. AZAPO,<sup>(5)</sup> una organización política, también impugnó el sistema de amnistías. De hecho, también el Partido Nacional lo

.....

(5) Organización política sudafricana influenciada por la filosofía del Movimiento de Conciencia Negra.

hizo, pero ellos lo impugnaron por motivos distintos: querían cambiar lo que decían sobre ellos los informes que se habían elaborado. De alguna manera, podemos decir que la Comisión para la Verdad intentó aceptar ambos lados. Con nuestro sistema ha sido imposible tener acceso a las grabaciones, desgravaciones e información en general. La Comisión debería haber asegurado que las familias tuvieran acceso a toda la información; eso hubiera hecho que tuvieran más paz y no creo que lo hayamos conseguido. Con los desaparecidos creo que es con lo que hemos tenido más éxito, porque el Departamento de Justicia creó una unidad itinerante que va a distintos lugares para tratar de localizar a las personas desaparecidas. Muchos casos han sido resueltos, e incluso, si bien no se han localizado todos los cuerpos, muchos sí se han encontrado y eso lleva esperanza a las familias, piensan "quizá nosotros seamos los próximos". Yo presencié una exhumación en Pretoria hace dos años. Fue muy satisfactorio, las familias estaban interesadas en asegurar que se realizaran los rituales a los huesos que eran recuperados. Sin embargo, no creo que haya una voluntad política para reparar a las familias. No creo que se reabra la lista de víctimas ni que se esclarezca lo que pasó. Muchos casos fueron declarados inadmisibles. Creo que hubo algunas instancias donde se cerró la puerta para próximas negociaciones. Reabrir las negociaciones, decir que habrá una lista abierta para las víctimas o no, si no se reabre la lista, ¿qué es lo que están planeado?

**El sistema interamericano de derechos humanos estableció que las amnistías son una violación del**

**derecho internacional, y en consecuencia, casi todos los países de Sudamérica están juzgando a las dictaduras de los años '70 y '80. Esto en Sudáfrica no ha sucedido aún. ¿Cree que algunas de las víctimas podrían haber ido a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos e impugnado el proceso de transición o piensa que no es algo en lo que estén pensando?**

Creo que África se encuentra en un momento muy difícil, donde los conflictos se han reducido considerablemente y actualmente hay menos guerras civiles que antes. Además, aunque tenemos un número menor de dictadores, la lista todavía existe. Las dictaduras que tienen alguna representación democrática pueden cambiar la constitución para darse a sí mismos un período adicional de mandato. Para evitar los conflictos hay que mirar hacia atrás y analizar el pasado, supongo que el lugar de partida es la amnistía. ¿Qué es lo que pienso sobre ir a la Corte Africana de Derechos Humanos? Creo que podría funcionar. Parte de mí piensa que deberíamos ir hacia esas instituciones, pero no sé si funcionaría. La próxima pregunta, entonces, es sobre la efectividad. Por un lado, tenemos a las víctimas que prefieren no acudir a la Corte Africana y aceptar lo que les da el gobierno. Y que, hablando erráticamente, ver qué es lo que pasa. Con la amnistía tengo mis dudas sobre alguno de esos órganos internacionales. Hay dictadores que sabes que son dictadores, entonces ¿por qué no se expiden sobre eso? Así que aunque yo crea en la forma en que

Sudáfrica hace las cosas, la forma que se ha acordado en general, la mejor manera es la que la gente siente, aunque nunca estoy seguro de si tuvimos justicia, si tuvimos igualdad.

**¿Y cuál fue el rol de las fuerzas de seguridad en Sudáfrica luego del apartheid? ¿Hubo algún cambio o todo siguió igual?**

No tuvimos éxodos masivos de gente yéndose, expulsada del Poder Judicial, si se quiere, por haber cometido esos crímenes. Lo que pasó fue que luego hubo gente como De Kock que terminó siendo juzgado por cometer actos criminales, yendo más allá de lo que el Estado les dijo que debían hacer. Hubo gente procesada por la Comisión para la Verdad y esos juzgamientos siguieron adelante, pero también están aquellos que dijeron "nosotros seguimos instrucciones, cumplimos órdenes de arriba". Muchos de esos comandantes siguieron en libertad, algunos de ellos terminaron ejecutando órdenes y a otros se les garantizó la amnistía o no, dependió del caso.

**¿El jefe de las fuerzas armadas está libre?**

Sí, él continúa siendo el Jefe del Ejército hasta que se jubile. Lo que pasó después fue que en el período 1993-1999 hubo un proceso de reunificación de las fuerzas, y en esa reunificación las fuerzas armadas fueron combinadas con las fuerzas del apartheid y el proceso de unificación, por supuesto, nunca fue pacífico y continuó siendo tomado por personas privilegiando a los soldados blancos y no a los soldados negros, reproduciendo de esta forma el sistema de dominación.

**Si hubieran tenido que hacer un sumario del trabajo de la Comisión para la Verdad y lo que sucedió luego de los juzgamientos, podemos decir que hubo casi mil cuatrocientas personas a las que se les garantizó la amnistía, pero ¿cuántas personas fueron juzgadas luego?**

Podría haber más, pero sólo estoy enterado de dos casos. Son recientes, de hace cuatro años. Creo que es responsabilidad del Estado juzgar a aquellos a los que no les fue garantizada la amnistía porque no es parte del acuerdo, no se puede ir con un acuerdo y decirle a las víctimas "ustedes necesitan ir y compartir su historia, lo que les pasó" y además decirles a los perpetradores "hagan lo mismo, cuéntenos la verdad y lo que le hicieron a las víctimas" y después no cumplirlo. El problema es que se necesita una voluntad política para realizar ese proceso.

**Si uno le pregunta a la gente en la calle, ¿qué piensan sobre la posibilidad de dejar sin efecto la amnistía y realizar juicios?**

Las opiniones están divididas. Quizá el 78% de las víctimas dirían "los criminales deberían ser juzgados", mientras que otros dirán "no, ya hemos hecho un acuerdo, ahora quiero seguir adelante. No quiero continuar siendo victimizado, pensando que los perpetradores siguen teniendo control sobre mi vida". Por un lado eso, por otro, hay personas que fueron privilegiadas en el pasado y aún hoy continúan siéndolo y en función de eso dirán "eso ya pasó. Ahora miremos hacia adelante". Desafortunadamente, uno encuentra una mayoría de personas blancas que dicen

“ustedes ya tuvieron un gobierno democrático, han tenido un nuevo presidente, la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, algunos juzgamientos; ahora miren hacia adelante, concéntrense en los problemas que tienen los nuevos gobiernos”.

Es cierto que los niveles de inequidad continúan aumentando, la población no está satisfecha. Nuestra civilización tiene ciertos valores que hacen que la gente diga “si tengo trabajo, puedo ganar un salario y entonces podré cuidar a mi familia”. Es más probable que una persona sea más feliz así que una persona que continúa viendo a los culpables del *apartheid* en libertad. Los perpetradores siguen manteniendo el estándar de vida que tenían durante ese período de la historia: tienen las mismas casas y mansiones, reciben beneficios en forma de pensiones por parte del Estado, y no hay ninguna forma de responsabilidad por lo que hicieron. Eso genera descontento.

**En Argentina hay una discusión muy reciente sobre los crímenes cometidos por los grupos guerrilleros durante las dictaduras cívico-militares, más conocida como “la teoría de los dos demonios”. Uno de los demonios eran las fuerzas**

**armadas y el otro las personas que luchaban contra el régimen dictatorial. La Comisión para la Verdad y la Reconciliación fue criticada porque hubo investigaciones por los crímenes cometidos por los movimientos para la liberación nacional**

Ha habido muchas luchas del pueblo contra los opresores del *apartheid*. La ecuación ciertamente no funcionó, porque se criminalizaron los actos de liberación, los cuales fueron producidos por el régimen imperante en el *apartheid*. Fui a una conferencia donde una mujer estaba muy acongojada por esta situación, incluso lloró, porque sus compañeros de lucha todavía estaban en prisión por hechos cometidos durante el *apartheid* y no fueron declarados como delitos políticos por la Comisión.

**¿Aún hoy estas personas están cumpliendo una condena?**

Sí, porque fueron juzgados antes. Fueron casos que se trataron antes de la creación de la Comisión para la Verdad y luego no fueron revisados. Esas personas no deberían haber sido procesadas, pero lo fueron, dado que eran miembros de los movimientos para la liberación. Esa es una deuda pendiente. No hubo indultos para ellos.

# Entrevista a Enver Moothoosamy



## ENVER MOOTHOOSAMY

*Legal Officer* de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica.

Staff de la Fundación por los Derechos Humanos (FHR).

### ¿Cómo fue el trabajo de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (en adelante, CVR)?

La CVR fue creada por una ley promulgada en diciembre de 1995. Originalmente se contaba con dos años y medio para terminar el trabajo de la Comisión y realizar audiencias de amnistía. Era una tarea imposible sencillamente porque se necesitaba mucho tiempo y la Comisión fue establecida en una fecha muy particular justo antes de las primeras elecciones interraciales en 30 años.

Sin embargo, al principio, la Comisión tenía una definición muy específica de violaciones graves de derechos humanos, así que mientras el *apartheid* era considerado como un crimen contra la humanidad, no era tratado como una violación grave de derechos humanos que había afectado a la población del país. Desde un punto de vista muy pesimista, creo que si realmente hubieran tenido que lidiar con ese asunto en particular, entonces el trabajo de la Comisión nunca hubiera terminado. ¿Cómo se documenta la violación de derechos contra la mayoría de la población? Desde los estudios fisiológicos al trauma físico y los abusos resultantes del *apartheid*. Hubiera sido imposible realmente. Igualmente, la tarea asignada resultaba ambiciosa. En 1998 se entregó un reporte y las audiencias sobre amnistía tuvieron un comienzo tardío, obviamente porque debía investigarse cada caso, chequear los detalles, las referencias no concordaban, y en general, era una tarea ardua. Había un montón de personas que pedían la amnistía y si no se hacía una investigación apropiada, básicamente se estaba usando como una red para cubrir la impunidad.

Estrictamente hablando, si bien la política del trabajo de la CVR en Sudáfrica fue cuestionada, algo que no puede ser negado es que en el tiempo en que Sudáfrica estaba transitando, cumplió un rol muy importante. Era una institución que contaba con



credibilidad, en la que todos los partidos participaban y aseguraba que no había necesidad de recurrir a una guerra civil para enfrentarse a la oposición, por ejemplo. Soy muy firme en esa opinión, y no estoy dispuesto a creer que pudo haber existido una posibilidad mejor de lidiar con estos viejos problemas.

Para el año 2003, el trabajo del comité de amnistía había terminado. El informe final de la CVR se suponía que iba a ocupar cinco volúmenes y el trabajo del comité de amnistía añadiría otros dos volúmenes más. Uno de ellos, en honor a las víctimas mencionándolas por sus nombres. Pero, como dije, la definición de graves violaciones de derechos humanos acotaba el número posible de víctimas. Había discusiones sobre si algunas personas que no asistieron a la CVR podían ser calificadas como víctimas en un sentido amplio. Además, algunos grupos en ese momento de nuestra historia seguían siendo muy poderosos como el IFP (*Inkatha Freedom Party*), que estaba fuertemente vinculado con las fuerzas de seguridad del *apartheid*, trabajó con ellos y fue responsable por las graves violaciones de derechos humanos cometidas al ocupar una posición de poder en el régimen. Así que lo que pasó con el IFP, por ejemplo, fue que se negaron a participar en el proceso. El nuestro era un proceso de negociación, en términos de que los partidos se juntaban y negociaban, y pienso que en ese momento, Mangosuthu Buthelezi,<sup>(1)</sup> líder del IFP, temía que si negociaba su parti-

.....

(1) Mangosuthi Buthelezi es un político sudafricano fundador del partido *Inkatha Freedom Party* en 1975.

do se volviera insignificante. Había muchas negociaciones políticas, pero el IFP nunca participó. Y luego se produjeron acusaciones de que miembros del PAC (*Pan Africanist Congress*) solicitaron la amnistía pero no recibieron la clase de asistencia que necesitaban. Era una situación extraña, porque estábamos en un período de transición y la influencia y el poder que tenían las fuerzas de seguridad todavía era muy grande. Por otra parte, existía una discusión importante sobre aquellos grupos que se consideraban a sí mismos como estandartes de la libertad, como el PAC o el CNA (Congreso Nacional Africano), opuestamente a como el Estado los veía, es decir, como terroristas.

### ¿Cuál fue su rol en la CVR?

Yo fui llamado a colaborar porque confiaban en investigadores que no eran expertos en materia legal, pero como era la única persona con esa capacidad tenía demasiadas cosas que hacer. Además de la gran cantidad de trabajo, tuvimos el problema de la distancia. En nuestro caso, la Comisión sólo iba a las ciudades más grandes así que había muchísimas víctimas que no pudieron acceder a la Comisión, así que no figuran en el reporte final. Afortunadamente, la Comisión mandó personas para tomar declaraciones, que fueron entrenadas en diferentes áreas. Teníamos un grave problema práctico: había gente que decía cosas que nunca habían pasado porque tenían la expectativa de que se los reparase. El Gobierno decidió que la primera medida orientada a dar reparaciones era dar a cada una de las víctimas 30 mil dólares. Básicamente los compensaron por las

varias historias que recogieron de las víctimas sobre su sufrimiento, sopesando si concederles o no esa subvención. Igualmente esa cantidad de dinero no iba a resolver los problemas y las circunstancias de la vida de las víctimas.

### **Durante el *apartheid*, ¿era un activista de los derechos humanos?**

Sí. Afortunadamente nunca fui arrestado, aunque muchos de mis amigos no tuvieron la misma suerte. Lo que usualmente ocurría cuando marchabas en una protesta e incluso si era pacífica, era que te arresten por haber actuado violentamente. Si alguien tiraba piedras, ellos disparaban, usando balas contra los tumultos. Pero ese no era el final de la historia, tenían muchas maneras de asegurarse los arrestos. En cuanto a la tortura, se volvía un poco más sofisticada: al principio usaban fuerza física, y al final, por supuesto, era una tortura psicológica. Siempre trataban de quebrarte. La CVR juntó evidencia de personas que solicitaron amnistía y que no pudieron acceder a ella.

### **¿Cómo describiría el funcionamiento del *apartheid*?**

Muy sencillo, era un sistema social muy astuto diseñado para pretender que se respetaba la independencia de varias etnias, por eso lo llamaban desarrollo separado. Pero, se debe recordar que los que eran diferentes estaban separados pero a la vez aislados. Lo que significaba que se pensaba en estos términos: "sigan haciendo lo que hacen, lo que es básicamente ser usados para traer madera, agua y proveer de mano de obra a su benefactor". Siempre creían que el hombre de color no es

capaz de cuidarse a sí mismo como los demás. Esa era su filosofía básica, la cuál era muy cruel. Nos quitaron el derecho de tener propiedades y comenzaron a separar sus casas de manera tal que obtuvieran las mejores tierras. Y luego empezaron a introducir pequeños cambios, cambios cosméticos en su mayoría. Era un país muy temeroso del socialismo y del comunismo y, de hecho, al igual que en Sudamérica, hicieron creer a la gente de Sudáfrica, en especial a los blancos y la clase media, que el comunismo y el socialismo eran el fin y que perderían todo por lo que habían trabajado. Recuerdo una anécdota personal, una persona de color, un hombre de negocios que tenía entre 2 o 3 millones de dólares, realmente no tanto dinero hablando en términos de un empresario. Tenía amigos y familia que le decían: "debes ser cuidadoso porque podrían nacionalizar el servicio y perderías tu dinero". Le pregunté por qué creyó eso y me contestó que había escuchado historias sobre la nacionalización y que el gobierno le daba a la gente lo que el pueblo quería. Esa era una táctica usada años atrás.

Pero básicamente el *apartheid* era un experimento social. Una de las principales razones por las que pienso que Sudáfrica decidió negociar fue que se empezaban a sentir los efectos de las sanciones y se produjo un efecto pernicioso en la economía de Sudáfrica. Lentamente, estaban perdiendo poder e influencia.

### **¿Y cuál fue el rol de los jueces durante el *apartheid*?**

Es interesante. Había tanto jueces que defendían a las personas que luchaban por

la libertad como jueces que básicamente se aseguraban de detenerlos. A pesar de la legislación vigente en ese momento, no puedo aseverar que no había jueces correctos que interpretasen a ley de una forma en que se respetasen los derechos humanos, la libertad y la democracia. Teníamos una legislación que permitía las detenciones sin un juicio previo, por ejemplo. Eso, en sí mismo, solía ser problemático. ¿Qué es lo que podían hacer los jueces? Estaba permitido. Sin embargo, ¿qué pasaba si se aseveraba que esa persona había sido golpeada durante su detención? Existían formas de asegurarse de que los jueces no escucharan ciertos asuntos y protegieran a los *afrikáans*. Y cuando llegó la democracia ello continuó. Uno debe comprender que teníamos varios desafíos. Uno era que los *afrikáans* seguían ahí dado que fue una salida negociada y por el hecho de que necesitábamos de los servicios públicos y no podíamos promover a personas que no tenían ninguna experiencia en este campo. Por eso la situación estaba diseñada para que, si bien formalmente habían perdido porque ya no tenían un partido, los *afrikáans* siguieron tomando provecho del sistema.

### **¿Y qué ocurrió con las fuerzas de seguridad?**

Desafortunadamente, no hubo muchos cambios al respecto. Los uniformes y los colores pueden haber cambiado pero la lógica de los policías no. Aún tenemos problemas que son ligeramente diferentes pero que siguen constituyendo violaciones de derechos humanos. Las razones detrás de éstas cambiaron pero sigue existiendo una gran corrupción dentro de la policía.

### **¿Qué clase de información daban los autores de violaciones de derechos humanos a cambio de la amnistía?**

Lo que se necesitaba hacer era verificar que la violación por la cual estaban solicitando amnistía se había efectivamente producido y qué había un motivo político detrás de eso. Por ejemplo, a dos miembros de un partido político no se les concedió la amnistía porque el comité no creía que habían actuado con un motivo político. Y era un problema, porque se requería probar que la víctima pertenecía a un partido político o a un grupo de lucha por la liberación y se corroboraba si eran miembros del CNA o el PAC, si eran miembros de las fuerzas de seguridad, etc.

### **¿Cuál cree que es la posición de los sudafricanos con respecto a la decisión de no realizar juicios a cambio de una salida negociada y la entrega de información sobre lo ocurrido?**

Si uno habla con varias personas se encuentra que cada una tiene un punto de vista diferente sobre el asunto. Yo era crítico y no creía en la CVR antes de unirme a ella. Realmente creía que deberíamos tener juicios. Pero también pienso que quizás era por la ira, por seguir recordando el pasado y no ver que había otra vía posible y necesaria. Teníamos un factor motivador, aunque en ese momento no sabíamos si era usado como una herramienta para preparar las negociaciones. Los abogados también constituyeron una parte integral en la forma en que prepararon los casos y como presentaron la evidencia. Había personas a las que no se les concedió la

amnistía porque, por ejemplo, no se trataba de un hecho criminal o no estaba relacionado con motivaciones políticas. La ofensa misma debía comenzar con el motivo que la produjo. Eso introdujo otro problema ya que las personas tenían miedo de decir lo que habían hecho y no querían parecer sádicos, por razones obvias. Por ejemplo: hubo varios casos en los que se negaban a reconocer que habían enterrado un cuerpo porque había sido abusado físicamente. Así que lo que reconocían era que habían matado a esta persona disparándole pero no reconocían ninguna otra cosa. Existió un caso en el cual no se concedió la amnistía porque no estaban confesando la verdad. Decir la verdad a pesar de cómo suene era una decisión importante a tomar.

¿Es la verdad tan importante como para no sentenciar a los responsables? Mi respuesta es que eso depende de si va a traer paz a la nación. Fuimos lo suficientemente afortunados de tener personas con credibilidad que pensaban esto como el arzobispo Tutu,<sup>(2)</sup> quien promovió esta idea, y cuando recuerdo que quería que se los juzgase y que necesitaban ver que había consecuencias, me doy cuenta de que en realidad hay otra solución. Aunque no es una que haya contentado a todo el mundo. Cuando comenzó a trabajar la CVR se llevó a cabo un juicio en el cual se cuestionaba la constitucionalidad de estas medidas por no darse la posibilidad de abrir juicios para sancionar a los responsables. Se produjo un debate alrededor de este tema.

.....

(2) Desmond Mpilo Tutu es un obispo anglicano que se opuso al *apartheid* y se convirtió en un referente en materia de derechos humanos en Sudáfrica.

Alguien me preguntó mi opinión cuando estaba formando parte de la CVR. Lo que contesté sirve para ese momento en particular, es fácil de juzgarlo y de analizarlo ahora pero realmente no es posible contestar la misma pregunta en este momento. No puedo transportar esa misma experiencia al tiempo actual. Algunas cosas puedo trasladarlas y otras se encuentran influidas por la forma en la que nos estamos desarrollando ahora. Creo que la CVR fue la medida correcta a tomar en ese tiempo, pero no necesariamente seguiría siéndolo ahora.

### **¿Cuál es la opinión de las víctimas en este momento acerca del trabajo de la CVR? ¿Creen que obtuvieron justicia?**

No, no lo hacen. Están bastante enojadas, de hecho. Una víctima dijo que no le importaban los 30 mil dólares de indemnización, que podía quemarlos en frente mío si quisiese y no iba a producirle ninguna diferencia.

Creo que ese fue el precio que tuvimos que pagar, desafortunadamente. De lo que la mayoría se queja es que hay personas que no solicitaron amnistía o no les fue concedida y sin embargo no hay voluntad de perseguirlos penalmente. Eso es algo para pensar. Por ejemplo un político podría prometer enjuiciar a los responsables si lo votan. Pero es una decisión política. Pero las personas deben entender. ¿Cómo se puede exitosamente realizar un juicio sobre algo que pasó hace 30 años? ¿Cómo obtener la evidencia necesaria? Ese es el problema.

**Hubo siete mil peticiones de amnistía y sólo se concedieron mil quinientas. Sin embargo el número de personas implicadas en crímenes durante el *apartheid* es mucho mayor.**

Sí, pero muchas personas no solicitaron la amnistía. Además, a veces es difícil dar con un número exacto de personas porque en ocasiones una misma persona está involucrada en varios hechos. Así que una persona podía estar solicitando amnistía por diez incidentes distintos o veinte. Y a veces ocurrió lo mismo con los grupos guerrilleros. Así que te encuentras con esa complicación. Pero había también muchos delinquentes comunes que también pedían amnistía. Así que esa es otra de las críticas a la tarea de la CVR que creo que es acertada. Y no todos los que debieron haber participado lo hicieron. Había personas que fueron arrestadas y que se daban cuenta que la única forma de reducir su condena privativa de libertad era solicitar la amnistía.

Como hizo Dirk Coetzee:<sup>(3)</sup> obtuvo la amnistía por algunos hechos y por otros no.

**¿Cuántas personas que no solicitaron la amnistía fueron juzgadas?**

Muy pocas. Luego de la CVR sólo tengo conocimiento de un caso. Y a esta persona se le había rehusado la amnistía y se poseía la suficiente prueba como para enjuiciarla, lo cual se hizo. Y luego, en el trascurso del proceso, murió.

**¿Cuál es su opinión de la sobre el proceso de justicia transicional en la Argentina?**

Es muy interesante, aunque estoy seguro de que se produjo porque hubo una fuerte decisión política detrás. Parecen haber sido muy serios con todo el proceso y una de las cosas que me pregunto es ¿qué es lo que no se ha hecho?, ¿qué es lo que queda por hacer?

.....

(3) Dirk Coetzee fue el cofundador y comandante de la Policía de Sudáfrica en Vlakplaas.



# Jurisprudencia anotada

---



# Prohibición de discriminación

## Nacionalidad como categoría sospechosa

CSJN, "PÉREZ ORTEGA c/ HONORABLE CÁMARA de DIPUTADOS",  
21 de FEBRERO de 2013

por **LUCÍA BELÉN PENSO**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

Laura Pérez Ortega interpuso una acción de nulidad contra la resolución que revocaba su designación en un cargo de planta permanente en la Cámara de Diputados de la Nación, basada en el art. 7, inc. d, de la ley 22.140, que exige el requisito de ser argentino para ingresar a la administración pública.

En primera instancia, la acción fue rechazada. Con posterioridad, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que la apelación debía ser considerada desierta porque la apelante no había justificado debidamente la acción, al no haber rebatido el argumento que sostenía que tendría que haber impugnado la resolución al inicio de la relación laboral, porque, según la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "el voluntario so-

(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 XX".



metimiento a un régimen jurídico resulta incompatible con su posterior impugnación".<sup>(2)</sup> Como consecuencia de ello, Pérez Ortega interpuso el recurso extraordinario federal y, denegado éste, promovió queja por denegación de recurso.

## 2 | Consideraciones de la Corte

La Corte hace lugar a la queja y considera que la actora refutó todos los fundamentos del juez de primera instancia, en forma concreta y razonada, sobre todo con respecto al sometimiento voluntario, ya que sostuvo que no era admisible aplicar este principio (el de los **actos propios**) en materia de relaciones laborales, teniendo en cuenta las desiguales condiciones en las que se encuentran el empleado y el empleador. Además, sostuvo la actora, sería injusto y desproporcionado exigirle al trabajador que, antes de iniciar el vínculo, analice las normas y las cuestione.

Según la mayoría de los jueces de la Corte, quienes le dieron la razón a Pérez Ortega, no es aplicable la teoría de los actos propios cuando el interesado se vio obligado a someterse al régimen como única vía posible para ejercer su actividad,<sup>(3)</sup> ya que, en este caso, está involucrado el art 14 *bis* de la Constitución Nacional, que protege al trabajo en todas sus formas —es decir, tanto en el ámbito público como en el privado—. La Corte considera también que el art. 7, inc. "d", de la ley 22.140, resulta inconstitucional al imponer una distinción basada en la nacionalidad, que constituye una categoría sospechosa de discriminación, pues no supera el **test de razonabilidad** que requiere el control de constitucionalidad.<sup>(4)</sup> Por estas razones, deja sin efecto la sentencia apelada.

Los jueces Juan Carlos Maqueda y Elena Highton de Nolasco votaron en disidencia parcial. Según ambos magistrados, una problemática similar fue

.....

(2) CSJN, "Pérez Ortega c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público", XLV. RHE, 21 de febrero de 2013, p. 334, considerando 2°.

(3) CSJN, Pérez Ortega c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público, cit., considerando 5°; ver Fallos: 311:1132.

(4) CSJN, Pérez Ortega c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público, cit., considerando 6°.

resuelta en el caso "Gottschau";<sup>(5)</sup> y la garantía reguladora de ambos casos no es el art. 20 de la Constitución, que establece que "todos los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano...", ya que no se trata de derechos civiles si no de la posibilidad de acceder a un cargo público. Con ello, resulta aplicable a estas situaciones el artículo 16 de la ley fundamental, en tanto asegura que "todos [los habitantes de la Nación Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra **condición que la idoneidad...**". Al respecto, conviene recordar que la Corte ha dicho que la igualdad establecida en este artículo es el derecho a que no se configuren excepciones o diferencias que excluyan a unos de lo que se les concede a otros en iguales circunstancias.<sup>(6)</sup>

Afirman ambos jueces que las normas que distinguen entre nacionales y extranjeros no son, en principio, inconstitucionales, siempre y cuando el criterio de ponderación entre el medio elegido y el fin que se persigue supere el test de razonabilidad. Sostienen que la cuestión está en dirimir si la condición de argentino es un requisito de idoneidad para desarrollar las funciones del cargo para el que fue elegida. La distinción en este caso, no respondía al fin perseguido porque la apelante desempeñaba funciones administrativas y técnicas, por tanto no se estaba protegiendo ningún interés estatal razonable.<sup>(7)</sup>

### 3 | Consideraciones finales

En el presente caso, la Corte sigue su jurisprudencia, al considerar que la imposición del requisito de la nacionalidad para ocupar un cargo público debe presumirse una categoría sospechosa de discriminación, que amerita el control de constitucionalidad, ya que no hace a la idoneidad necesaria para desempeñar funciones administrativas.

(5) Allí la Corte declaró inconstitucional la norma que exigía la nacionalidad argentina para concursar al cargo de Secretario de Primera Instancia en los juzgados de la CABA (ver CSJN; "Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", G. 841. XXXVI. REX, 8 de agosto de 2006.

(6) Fallos: 153: 67.

(7) CSJN, "Pérez Ortega c/ Honorable Cámara de Diputados de la Nación s/ empleo público", cit., considerando 7° del voto en disidencia parcial de los jueces Maqueda y Highton de Nolasco.



# Libertad de Expresión

CSJN, "MOSLARES, JOSÉ LUIS c/ DIARIO LA ARENA y OTROS s/DAÑOS y PERJUICIOS", 26 de MARZO de 2013

por **GIULIANA MUCCI MIGLIANO**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

El presente caso se trata de una demanda entablada por el Sr. José Luis Moslares contra el diario *La Arena* de la ciudad de Santa Rosa, La Pampa, con el objeto de obtener una reparación monetaria por los daños que le habrían producido el contenido y el uso de su fotografía en una serie de publicaciones tendientes a informar sobre un supuesto de corrupción que habría involucrado a la provincia. El diario lo imputó como parte, publicando su imagen con leyendas sobreimpresas y diálogos telefónicos.

La investigación judicial de ese hecho se inició a partir de un video obtenido con una cámara oculta, situación que fue planeada por un empresario de apellido Elizondo. Este sujeto era acreedor del Estado provincial y a la vez deudor del Banco Río; el objeto de éste habría sido demostrar que se liberó de su obligación con esa entidad porque el gobierno local se hizo cargo de ella y así evitar abonarle en forma directa sus servicios, lo que constituiría un "pago en negro". El abogado de la entidad bancaria demandante habría sido el intermediario para concretar la "triangulación".

.....

(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".

Los magistrados integrantes del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de La Pampa resolvieron rechazar el recurso extraordinario local interpuesto por la demandada contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Ciudad de Santa Rosa que, a su vez, modificó la sentencia de primera instancia que hizo lugar parcialmente a la acción de daños y perjuicios, en la que se condenaba a La Arena, editora del diario mencionado, a pagar, en concepto de daño moral, la suma de \$ 30.000 y a publicar en la página central la parte resolutive de la sentencia.

## 2 | Análisis de la Corte

El tribunal sostuvo que no cabía realizar reproche alguno a la Cámara por no efectuar el examen de la cuestión a la luz de la doctrina de la “real malicia”, ya que de acuerdo con una posición de autores nacionales, dicha doctrina nada había agregado al derecho común vigente en nuestro país para dar suficientes fundamentos a las sentencias.

La doctrina de la “real malicia” resultó inaplicable al caso porque no se trataba de responsabilizar al accionado por el derecho a publicar opiniones sobre el actor, ni tampoco de indagar la exactitud o veracidad de esa información, sino que su responsabilidad provenía de las publicaciones agraviantes, imágenes con oraciones enjuiciadoras que revelaban la conducta del actor totalmente improcedente por ausencia de legitimación juzgadora, aunque bajo el paraguas de la libertad de información. Con la doctrina de la “real malicia” se busca que lleguen a conocimiento del público informaciones sobre circunstancias que, al momento de brindarse la información, parezcan razonablemente ciertas. Podría ocurrir que luego, con un conocimiento mejor de los hechos, las afirmaciones no se condigan con la realidad y, por lo tanto, comprometan el honor de cierta persona. En ese caso, no generaría el deber de reparar, porque sólo podrían informarse “verdades inmutables” que tienen escasa discusión pública. Sólo se generaría el deber de reparar si, al momento de publicar la noticia, el diagnóstico sobre su veracidad no se había hecho en base a la información disponible de manera diligente.

Cabe destacar que invocaron el caso “Ponzetti de Balbín”,<sup>(2)</sup> compartiendo el postulado de que el derecho a la intimidad constituye el último bastión

---

.....

(2) Fallos: 306: 1892.

de la libertad, esto da respuesta a la cuestión de la pretendida superioridad de la libertad de prensa, cuando se observaba “abusiva” la pretendida libertad de información al abrigo del derecho de informar. Agregaron que la reiteración mortificante hacia la persona del reclamante no podía ser el contenido o el continente de la información a la comunidad.<sup>(3)</sup>

En cuanto al contenido de las notas cabe señalar que nada agregan a aquellas otras que, según los jueces de la causa, quedaron al margen del reproche con sustento en que los hechos publicados eran veraces, por lo que el examen que se efectúa escindiéndolas del contexto general aparece como insuficiente para atribuir una conducta subjetivamente sancionable. Al respecto, tratándose de ideas, juicios de valor, juicios hipotéticos o conjeturas, dada su condición abstracta, no es posible predicar verdad o falsedad,<sup>(4)</sup> por lo que no resulta adecuado aplicarles un estándar de responsabilidad que tiene por presupuesto la falsedad. En la causa “Sciammaro, Liliana E. c/ Diario El Sol”, el criterio de ponderación deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que manifiestamente carezcan de relación con las ideas u opiniones que se expongan. Esto es así porque no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada.

En el caso, puede concluirse que las críticas formuladas por el medio periodístico a la actuación del actor, particular involucrado voluntariamente en una cuestión de indudable interés público —que finalizó con el sobreseimiento de todos los imputados por falta de mérito—, no contienen expresiones que puedan considerarse epítetos denigrantes, insultos o locuciones que no guarden relación con el sentido crítico del discurso.<sup>(5)</sup>

Con relación a la lesión de la imagen del actor, cabe señalar que no se advierte que se haya privilegiado la información pública por sobre el derecho a la intimidad, dado que en el caso, la publicación de las fotografías estuvo relacionada con hechos de carácter público y no con aspectos que invadieran la esfera reservada del actor para ser expuesta a terceros sin

(3) *Ibid*, Considerando 3.

(4) Fallos: 321: 2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert; “Sciammaro, Liliana E. c/ Diario El Sol”, votos de los jueces Maqueda y Zaffaroni, (Fallos: 330: 3685).

(5) Fallos: 306: 1892. Considerando 15.

un interés que lo justificara. Al respecto, la Dra. Argibay sostuvo que no existió violación al derecho a la imagen del actor por parte del accionado, dado que las publicaciones con la fotografía no tuvieron por objeto revelar algún aspecto relativo a su vida privada o a la de su familia, sino difundir hechos relativos a su actividad profesional relacionados con una investigación penal. En conclusión, el medio periodístico respaldó sus informaciones de un modo adecuado, que permite reconocer claramente la fuente original de los hechos, lo que descarta que haya actuado de un modo imprudente.

La decisión apelada, que responsabilizó al diario, constituye una restricción indebida a la libertad de expresión que desalienta el debate público de los temas de interés general, por lo que se revoca.

### 3 | Consideraciones finales

Tal como expresa la Dra. Argibay en su voto, las notas que el Tribunal valoró para responsabilizar al medio periodístico no resultan pasibles del reproche efectuado, en cuanto cumplen con los lineamientos dados por la Corte en materia de libertad de expresión. No se puede atribuir una conducta reprochable, ya que los elementos que estaban en su poder como prueba debían insertarse en el marco de la libertad de expresión y el deber de informar que le asiste a la prensa cuando se trata de una cuestión cuyo interés público y actualidad devienen incuestionables.

---

# Límites al uso de la fuerza por agentes estatales

## Derechos de los migrantes en procedimientos de expulsión

CORTE IDH, "CASO NADEGE DORZEMA y OTROS vs. REPÚBLICA DOMINICANA", FONDO, REPARACIONES y COSTAS, SENTENCIA del 24 de OCTUBRE de 2012

por **MARISOL DORREGO**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

El 18 de junio de 2000, un camión que transportaba a un grupo de 30 nacionales haitianos no se detuvo frente a un puesto de control ubicado en Botoncillo. Militares dominicanos iniciaron una persecución por varios kilómetros, durante la persecución se realizaron disparos que produjeron la muerte de cuatro personas y varios heridos. Al volcarse el camión, una persona más resultó muerta. En total, perdieron la vida seis nacionales haitianos, un nacional dominicano y 10 personas resultaron heridas. Dichos heridos fueron trasladados a un hospital sin que se los registrara ni fueran atendidos debidamente, los restantes sobrevivientes fueron detenidos en el Destacamento Operativo de Inteligencia Fronteriza (DOIF) en Monte-

(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".



cristi. Luego de ser trasladados horas más tarde al cuartel militar de Dejabón fueron amenazados por agentes militares y se les indicó que podrían trabajar en el campo o pagar dinero a los agentes para ser llevados a la frontera con Haití (en lugar de enfrentar una pena privativa de la libertad). Los detenidos entregaron dinero a dichos agentes militares y fueron trasladados a Quanamithe (Wanament) en Haití. Los cuerpos de los fallecidos fueron inhumados en una fosa común, no fueron repatriados ni entregados a sus familiares.

La investigación estuvo a cargo de funcionarios y jueces militares. El Consejo de Guerra de Primera Instancia emitió sentencia encontrando culpables de homicidio a dos militares condenándolos a cinco años de prisión. Un tercer militar fue encontrado culpable por homicidio pero por “amplias circunstancias atenuantes” sólo se le condenó a 30 días de suspensión de funciones. Un cuarto militar involucrado no fue encontrado culpable de los hechos y se le descargó de responsabilidad penal. El Consejo de Guerra de Apelación Mixto absolvió a los tres militares de la condena en primera instancia. Los familiares de las víctimas interpusieron un recurso en el Juzgado de Instrucción del Distrito Judicial de Montecristi y ante la Corte Suprema de Justicia de República Dominicana para que el caso fuera investigado por la jurisdicción ordinaria, pero ambos recursos fueron rechazados.<sup>(2)</sup>

## 2 | Análisis de la Corte IDH

La Corte analiza el derecho a la vida e integridad personal en relación con las obligaciones de respeto y garantía y en materia de uso de la fuerza. Constata que, en el momento de los hechos, República Dominicana no contaba con una legislación que estableciera los parámetros para el uso de la fuerza por parte de agentes del Estado. A su vez, habría establecido con anterioridad que existe un deber del Estado parte de adecuar su legislación nacional y de vigilar que sus cuerpos de seguridad respeten el derecho a la vida. Con este fin el Estado debe realizar capacitaciones a sus agentes para que conozcan las disposiciones legales

---

(2) Corte IDH, “Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de Octubre de 2012, pp. 38/65.

que permiten el uso de las armas de fuego y asegurar una capacitación acorde para la situación de vulnerabilidad de las personas migrantes. En este sentido, no cumplió con su obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal mediante una adecuada legislación conforme al art. 2 de la Convención.

No se constata de la prueba en el expediente que los migrantes estuvieran armados o hubieran accionado con agresión contra los agentes, lo cual fue confirmado por los militares involucrados y no desmentido por el Estado. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no deben emplear armas de fuego contra las personas, salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, y sólo cuando no existan medios menos lesivos. Para la corte el uso de la fuerza no está dirigido a un objetivo legítimo ya que la legislación no provee una forma de actuación en dicha situación. Tampoco se constata una situación de absoluta necesidad del uso de la fuerza, ya que existían otros medios disponibles menos lesivos. Respecto a la proporcionalidad, la misma está relacionada con la planeación de medidas preventivas y la relación entre el uso de la fuerza y el daño que estaba encaminado a repeler.

Al respecto, la Corte establece criterios para evaluar el uso de la fuerza:

- a) La legalidad: el uso de la fuerza siempre debe estar dirigido hacia un objetivo legítimo que debe estar previsto por el reglamento jurídico;
- b) absoluta necesidad: se debe verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona. No se encuentra acreditado el requisito de absoluta necesidad para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo (incluso cuando la falta de uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura);
- c) Proporcionalidad: el nivel de fuerza utilizado debe ser acorde con el nivel de resistencia ofrecido. Se debe aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión y en basé a eso emplear tácticas de negociación, control o uso de la fuerza.

Al constatarse que pudo haberse empleado medios menos lesivos para lograr el mismo objetivo y que se demostró la falta de implementación de medidas razonables.

A su vez, la Corte concluye que, con motivo del uso ilegítimo, innecesario y desproporcionado de la fuerza, el Estado violó el derecho a la vida dispuesto en el art. 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte encuentra que con motivo del despliegue del uso ilegítimo, innecesario y desproporcionado de la fuerza, al menos otras cinco personas sobrevivientes fueron heridas. Por lo tanto, el Estado es responsable de la violación del deber de respetar el derecho a la integridad personal dispuesto en el art. 5.1 de la Convención en relación con el art. 1.1.<sup>(3)</sup>

El Estado está obligado a iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, independiente, imparcial y efectiva, especialmente cuando están involucrados agentes estatales. La Corte observa que, en un comunicado de la Secretaría de las Fuerzas Armadas, emitido luego del incidente, se anunció que “los militares actuaron en el cumplimiento del deber de vigilar y resguardar su territorio”. Se han reportado a su vez otros supuestos incidentes de uso excesivo de la fuerza en contra de migrantes haitianos. El Estado debía haber investigado los hechos tomando en cuenta el contexto de violencia y discriminación en contra de este tipo de víctimas. En casos de privaciones colectivas de la vida, la Corte considera que no se necesita prueba para demostrar las graves afectaciones a la integridad psíquica de los familiares de las víctimas ejecutadas. Se considera violado el derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de las víctimas acorde al art. 5.1 de la Convención.

La Corte analiza a su vez, el art. 8 de la Convención (en virtud del estatus migratorio de las presuntas víctimas) y la alegada detención a la luz de los requisitos de excepcionalidad del art. 7 de la Convención Americana. En base al cuál se protegen los derechos de no ser privados de la libertad ilegalmente (art. 7.2), arbitrariamente (art. 7.3), a conocer las razones de la detención y los cargos formulados en contra del detenido (art. 7.4), al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5) y a impugnar la legalidad de la detención (art. 7.6). La Corte resalta que la referida privación de la libertad no fue registrada o justificada formalmente en ninguna oportunidad y que el traslado de los migrantes hasta el cuartel militar de Dajabón no fue autorizado por orden escrita y motivada y que en ningún momento los detenidos fueron puestos en presencia de una autoridad competente

.....  
.....  
(3) *Ibid.*, pp. 77/117.

como requería el derecho interno. A su vez, sostiene la necesidad de garantizar ciertos estándares mínimos que deben cumplirse en los centros de detención policial: es preciso que exista un registro de detenidos que permita controlar la legalidad de las detenciones. Al respecto, las autoridades no respetaron la obligación de consignar la información relativa a los extranjeros detenidos con el objeto de ser deportados. Concluye que se encuentra violado el art. 7.2.

En relación con el art. 7.4 existen dos obligaciones: a) la información en forma oral o escrita sobre las razones de la detención y b) la notificación, por escrito de los cargos. En ningún momento durante la privación de libertad, las personas detenidas fueron informadas sobre las razones y motivos de la misma, de forma verbal o escrita. Adicionalmente, no existe documento que acredite que los detenidos fueron comunicados por escrito sobre la existencia de algún tipo de cargo en su contra, por lo tanto, es violatoria de los arts. 7.2 y 7.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Respecto de la arbitrariedad de la detención, expresa que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo y que es necesario que la ley interna, el procedimiento aplicable y los principios generales correspondientes sean compatibles con la Convención. Las detenciones no fueron llevadas a cabo con la finalidad de realizar un procedimiento capaz de determinar las circunstancias y estatus jurídicos de los detenidos: fueron detenciones con fines ilegítimos y por lo tanto arbitrarias y en contravención del art. 7.3 de la Convención.

Respecto del art. 7.5 de la Convención, el mismo dispone que la detención debe someterse sin demora a revisión judicial. Dicha garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o detención de una persona a causa de su situación migratoria, dicha revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y que el funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones jurisdiccionales sea imparcial e independiente. En el caso, las detenciones tuvieron lugar por un período de tiempo inferior a 48 horas (plazo constitucionalmente establecido por el orden jurídico dominicano) pero los migrantes no fueron puestos en libertad sino que se les aplicó unilateralmente por parte de los agentes militares, una sanción de expulsión sin ser puestas ante una autoridad competente. Concluye que hubo violación del art. 7.5. Respec-

to al art. 7.6: las víctimas migrantes carecieron de toda oportunidad para accionar un recurso adecuado que tutelase la legalidad de la detención.<sup>(4)</sup>

El art. 22.9 de la Convención Americana establece que está prohibida la expulsión colectiva de extranjeros. La Corte ha resaltado que garantizar el contenido del art. 22 es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona. El carácter “colectivo” de una expulsión implica una decisión que no desarrolla un análisis objetivo de las circunstancias individuales de cada extranjero y por ende es arbitraria. La expulsión de los nueve migrantes haitianos no siguió los estándares internacionales en la materia ni los procedimientos previstos en la normativa interna.<sup>(5)</sup>

No se respetó a los migrantes haitianos ninguna de las garantías mínimas que les correspondían como extranjeros. Por tanto, la Corte considera que República Dominicana violó el derecho al debido proceso y las garantías judiciales, previsto en el art. 8.1 de la Convención Americana. A su vez, el Estado trató a los migrantes como un grupo, sin individualizarlos o darles un trato diferenciado como ser humano y tomando en consideración sus eventuales necesidades de protección en contravención del art. 22.9 de la Convención Americana.

Respecto a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, la Corte reiteró que la jurisdicción militar no puede ser el fuero competente en materia de violaciones de derechos humanos. Además, señaló que en casos de violaciones de derechos humanos el *principio ne bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento no es instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o cuando no hay la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Dado que la investigación de estas violaciones de derechos humanos en el fuero militar contravino los parámetros de excepcionalidad y no se permitió la participación de los familiares en el proceso, la Corte consideró que la absolución de los acusados en dicho fuero no podía ser considerada como una sentencia firme ni como un obstáculo legal a la promoción de la acción penal. El Estado no investigó los hechos relacionados con las heridas producidas a los sobrevivientes y, pasados

---

(4) *Ibid.*, pp. 124/144.

(5) *Ibid.*, pp. 168/170.

más de 12 años de la ocurrencia de los hechos y ninguna persona ha sido condenada. Esto implicó la violación por parte del Estado del derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstas en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana.<sup>(6)</sup>

Respecto del deber de respetar y garantizar los derechos sin discriminación, la Corte enfatizó la situación de vulnerabilidad en que se encuentran las víctimas haitianas, en razón de su condición de migrantes irregulares. La Corte analiza la falta de medidas preventivas por parte de República Dominicana para enfrentar las situaciones relacionadas con el control migratorio en la frontera con Haití, la violencia por el uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza contra personas migrantes desarmadas, la falta de investigación al respecto y falta de participación de las víctimas en el proceso penal e impunidad de los hechos y la falta de atención y tratamiento médico adecuado y trato denigrante a los cadáveres. Por todo eso existió una discriminación en perjuicio de las víctimas por su condición de migrantes. La Corte concluye que el Estado violó su deber de garantizar los derechos sin discriminación acorde a los arts. 2, 4, 5, 7, 8, 22.9, 25 de la Convención.<sup>(7)</sup>

### 3 | Consideraciones finales

El presente caso vuelve a condenar a República Dominicana por el trato discriminatorio hacia migrantes haitianos irregulares que habrían traspasado las fronteras terrestres de su país. El presente caso ha recibido críticas por parte de juristas dominicanos, quienes argumentan que los criterios tomados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basan en problemas sistémicos de países latinoamericanos. Sin embargo, es importante destacar que varias víctimas no recibieron atención en hospitales públicos siendo que, una vez dentro de las fronteras de República Dominicana, debieron haber recibido atención médica necesaria sin discriminación de su condición de migrantes. A su vez, el Estado no puede excusar la falta de medidas necesarias de control fronterizo de forma de evitar la entrada de migrantes haitianos en su territorio siendo que, esa misma falta

(6) *Ibid.*, pp. 183/201.

(7) *Ibid.*, pp. 207/217.

de control no puede justificar el uso ilegítimo de la fuerza por parte de sus funcionarios.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el uso legítimo de la fuerza pública implica que ésta debe ser tanto necesaria como proporcionada con respecto a la situación. Debe ser ejercida con moderación y con proporción al objetivo legítimo que se persigue, tratando de reducir al mínimo las lesiones personales y las pérdidas de vidas humanas. El grado de fuerza ejercido por los funcionarios del Estado para que se considere adecuado con los parámetros internacionales no debe ser más que absolutamente necesario.<sup>(8)</sup>

Respecto a las jurisdicciones militares, es un hecho no contestado que no es legítimo que tribunales militares entiendan en este tipo de violaciones a derechos humanos, sino que deben ser entendidas por jueces naturales. Ello demuestra una clara afrenta a los derechos de las personas migrantes que no puede ser tolerada por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni por ningún otro tribunal internacional. Respecto de las expulsiones colectivas de migrantes, la Corte basa su opinión en lo expresado, en el mismo sentido, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>(9)</sup> y el Comité de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación Racial en su Recomendación General N° 30<sup>(10)</sup> y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.<sup>(11)</sup>

---

.....

(8) CIDH, *Informe sobre la situación de las Defensoras y Defensores de los Derechos Humanos en las Américas*, OEA/ Ser.L/V/II.124. Doc. 5 rev.1, 7 de marzo de 2006.

(9) Ver TEDH, *Andric vs. Suecia*, N° 45917/99. Primera Cámara. Decisión de 23 de febrero de 1999, párr. 1, *Caso Conka vs. Bélgica*, N° 51564/99. Tercera Cámara. Sentencia de 5 de febrero de 2002, párr. 59.

(10) Ver Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Recomendación General N° XXX: Discriminación contra los no ciudadanos*, 4 de mayo de 2005, párr. 26.

(11) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *“Los Derechos de los N° Ciudadanos”*, 2006, p. 20.

---

# Deber de investigar graves violaciones de derechos humanos

## Límites a las amnistías

CORTE IDH, "CASO MASACRES de EL MOZOTE y LUGARES ALEDAÑOS vs. EL SALVADOR", FONDO, REPARACIONES y COSTAS, SENTENCIA del 25 de OCTUBRE de 2012, SERIE C N° 252

por **SEBASTIÁN ALEJANDRO REY**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

El Salvador se vio sumido en un conflicto armado interno entre 1980 y 1991, durante el cual se estima que más de 75.000 personas resultaron víctimas. Entre 1989 y 1992 se firmaron diversos acuerdos entre el Gobierno y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional y, finalmente, el 16 de enero de 1992 se firmó el Acuerdo de Paz que puso fin a las hostilidades en Chapultepec, México, bajo los buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas.

En los primeros años en los que se "institucionalizó la violencia" se crearon los Batallones de Infantería de Reacción Inmediata en la Fuerza Ar-

(1) Abogado con Diploma de Honor (Universidad de Buenos Aires). Magister en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Plata). Doctorando en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Docente e Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" (Universidad de Buenos Aires).



mada salvadoreña, unidades de elite entrenadas especialmente para la lucha contrainsurgente, que habían concluido su entrenamiento bajo la asesoría y supervisión de militares estadounidenses. La primera unidad se creó en marzo de 1981 con el nombre de "Atlacatl". La Comisión de la Verdad recibió testimonios directos de numerosas ejecuciones masivas ocurridas en el transcurso de los años 1980, 1981 y 1982, en las cuales miembros de la Fuerza Armada, en el curso de operaciones contrainsurgentes, ejecutaron a campesinos, hombres, mujeres y niños que no habían opuesto ninguna resistencia, simplemente por considerarlos colaboradores de los guerrilleros. Durante el conflicto armado en El Salvador, existió una política estatal ejecutada a través de los operativos de "tierra arrasada", que buscaba despoblar las zonas rurales consideradas de apoyo o bajo presencia de la guerrilla, a través de la perpetración sistemática de masacres de miembros de la población civil por parte de la Fuerza Armada salvadoreña, y la quema y destrucción de viviendas, cultivos y otros bienes, así como la matanza de animales.

La Masacre de El Mozote y los lugares aledaños fue un caso ilustrativo de las masacres de campesinos cometidas por la Fuerza Armada salvadoreña en el marco de los operativos de contrainsurgencia, aunque durante varios años fue sistemáticamente negada y encubierta por el Estado. Antes de 1990 el Estado no llevó a cabo investigaciones de ninguna naturaleza respecto de las masacres. Las excavaciones y exhumaciones de los restos, realizadas a partir del año 1992 por el Equipo Argentino de Antropología Forense, borraron cualquier resquicio de duda sobre la verdad de lo ocurrido y mostraron evidencias contundentes sobre una de las mayores masacres de civiles ocurridas en el continente americano. Finalmente, en septiembre del año 1993 se sobreseyó a todos los imputados en aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz.

## 2 | Análisis de la Corte IDH

Una primera cuestión interesante del fallo radica en la solicitud de la Comisión y los representantes de las presuntas víctimas de aplicar la última parte del art. 34.2 del Reglamento del Tribunal al presente caso, en cuanto a la posibilidad de la Comisión de no consignar el nombre y la dirección de las presuntas víctimas o sus representantes. La Corte IDH lo consideró razonable en virtud de la complejidad de identificar e individualizar a cada

una de las presuntas víctimas en razón de la magnitud del caso —que trata sobre masacres perpetradas en siete lugares diferentes—, de la naturaleza de los hechos y las circunstancias que rodearon las mismas, y del tiempo transcurrido.<sup>(2)</sup>

Otra circunstancia relevante es que el Estado aceptó los hechos y reconoció la competencia del Tribunal en el presente caso para pronunciarse sobre hechos ocurridos con anterioridad al 6 de junio de 1995 —fecha de aceptación de la competencia contenciosa del Tribunal—.

En cuanto a las violaciones de derechos, la Corte IDH consideró que el Estado violó el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, la Convención Americana o CADH), en relación con los arts. 1.1 y 19 de dicho instrumento, toda vez que el operativo que dio lugar a las masacres estuvo dirigido deliberadamente contra población civil o no combatiente. Si bien la zona afectada constituía una zona conflictiva con presencia tanto del Ejército como del FMLN, para el Tribunal al momento de los hechos no había presencia de miembros de la guerrilla ni de personas armadas en los referidos lugares, más aun teniendo en cuenta que la gran mayoría de las víctimas ejecutadas eran niños y niñas, mujeres —algunas de ellas embarazadas— y adultos mayores.<sup>(3)</sup> Además, las personas estuvieron detenidas ilegal y arbitrariamente bajo el control de miembros de la Fuerza Armada entre 12 y 24 horas durante las cuales fueron intencionalmente sometidas a sufrimientos intensos al ser amenazadas e intimidadas, sin saber cuál sería su suerte final, lo que constituyó una afectación al art. 7 de la Convención Americana.<sup>(4)</sup> En idéntico sentido, para el Tribunal la circunstancia de que los habitantes de estas zonas tuviesen conocimiento del operativo y de que algunos hayan recibido noticias de personas que venían escapando sobre el accionar violento de las fuerzas militares, prueba que padecieron angustia y temor en los momentos previos al arribo de los soldados, ya que pudieron prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta, lo cual constituyó un trato cruel e inhumano.<sup>(5)</sup>

(2) Corte IDH, "Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de octubre de 2012 Serie C, N° 252, párr. 51.

(3) *Ibid.*, párr. 153.

(4) *Ibid.*, párr. 158.

(5) *Ibid.*, párr. 161.

Por otra parte, la Corte IDH otorgó valor a la serie de indicios que surgen del expediente en relación con la perpetración de violaciones sexuales por parte de militares en contra de mujeres en el caserío El Mozote. “Una conclusión distinta —señala el tribunal— permitiría al Estado ampararse en la impunidad en que se encuentra la investigación penal de los hechos del presente caso para sustraerse de su responsabilidad por la violación del art. 5 de la Convención”. De igual modo, se consideró que las violaciones sexuales constituyeron una violación de los arts. 5.2 y 11.2 CADH, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento, pese a que no contaba con prueba suficiente que permita establecer la individualización de las personas en perjuicio de quienes se habría concretado esta vulneración.<sup>(6)</sup> El tribunal estimó que dicha tarea corresponde que la realicen los tribunales internos en las investigaciones que debe llevar adelante como forma de reparación.

En cuanto al derecho a la propiedad privada, dado que efectivos militares despojaron a las víctimas de sus pertenencias, quemaron las viviendas, destruyeron y quemaron los cultivos, y mataron a los animales, el Estado violó el art. 21.1 y 21.2 CADH, en relación con el art. 1.1 del mismo instrumento.<sup>(7)</sup> La afectación a este derecho tuvo una especial gravedad y magnitud en el presente caso, no sólo por la pérdida de bienes materiales sino también por la pérdida de las más básicas condiciones de existencia y de todo referente social de las personas que residían en los poblados mencionados. Estos hechos constituyen, asimismo, una injerencia abusiva y arbitraria en la vida privada y domicilio de las víctimas que perdieron sus hogares y el lugar donde desarrollaban su vida privada.<sup>(8)</sup>

Por último, la Corte IDH reconoció que el art. 22.1 de la Convención Americana protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado Parte o a no tener que salir forzosamente fuera del territorio del Estado en el cual se halle legalmente. Dado que el Estado no proporcionó información sobre las medidas que habría adoptado para asegurar condiciones para el retorno, tanto de los desplazados forzados internos como de aquéllos que fueron obligados a salir a Hon-

(6) *Ibid.*, párrs. 163/167.

(7) *Ibid.*, párr. 168.

(8) *Ibid.*, párrs. 180/182.

duras en búsqueda de refugio,<sup>(9)</sup> consideró que incurrió en responsabilidad internacional.

### 3 | El deber de investigar y sancionar y el voto concurrente del juez García-Sayán

Manteniendo su jurisprudencia constante sobre la materia, la Corte IDH concluyó que

“el Estado debió iniciar *ex officio* y sin dilación una investigación seria, imparcial y efectiva de todos los hechos de las masacres relacionados tanto con la vulneración de la vida, así como respecto a otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como las supuestas torturas y actos de violencia contra la mujer con una perspectiva de género, y de conformidad con los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, y las obligaciones específicas dispuestas en los arts. 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y 7.b) de la Convención de Belém do Pará”.<sup>(10)</sup>

Sin embargo, por aplicación de la Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz, se procedió a sobreseer definitivamente “a cualquier persona que haya pertenecido al Batallón Atlacatl en esa época que ocurrió el hecho”, sin que se haya individualizado ni sometido a un proceso a persona alguna.<sup>(11)</sup>

Toda vez que en El Salvador la amnistía general se refiere a hechos cometidos en el contexto de un conflicto armado interno, la Corte IDH analizó su compatibilidad con las obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana a la luz de lo establecido en el Protocolo II, adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, así como de los términos específicos

(9) *Ibid.*, párr. 191.

(10) *Ibid.*, párr. 252.

(11) *Ibid.*, párr. 263.

en que se acordó el cese de las hostilidades que puso fin al conflicto en el citado país.<sup>(12)</sup>

En el ámbito del Derecho Internacional Humanitario —y, en particular, en el art. 6.5 del Protocolo II— se reconoce la facultad de los Estados de dictar amnistías amplias respecto de quienes hayan participado en el conflicto armado no internacional a los fines de alcanzar la paz, siempre que no se trate de hechos que constituyan crímenes de guerra o contra la humanidad. En el caso particular del conflicto armado salvadoreño, las partes se habían comprometido a investigar y sancionar a través de “la actuación ejemplarizante” de los tribunales de justicia ordinarios al menos las graves violaciones de derechos humanos que estableciera la Comisión de la Verdad, de modo tal que no quedaran impunes. El problema consistió, entonces, en que la amnistía de carácter general y absoluta que se dictó extendió la posibilidad de impedir la investigación penal y la determinación de responsabilidades a las personas que participaron en la comisión de graves violaciones de derechos humanos e infracciones graves del derecho internacional humanitario, incluidos aquellos casos ejemplarizantes determinados por la Comisión de la Verdad. Por lo tanto, el Tribunal entendió que la aprobación de la Ley de Amnistía, y su posterior aplicación en el presente caso, es contraria a la letra y espíritu de los Acuerdos de Paz, lo cual, leído a la luz de la Convención Americana, se refleja en una grave afectación de la obligación internacional del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos referidas a las masacres de El Mozote y lugares aledaños, al impedir que los sobrevivientes y los familiares de las víctimas en el presente caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el art. 8.1 CADH y recibieran protección judicial, según el derecho establecido en el art. 25 del mismo instrumento.<sup>(13)</sup>

Resulta interesante, sobre este aspecto, el voto concurrente del juez García-Sayán.<sup>(14)</sup> El magistrado señala que ésta es la primera oportunidad que la Corte IDH analizó una amnistía dictada en el contexto de un proceso orientado a poner término por la vía negociada a un conflicto armado no

---

(12) *Ibid.*, párr. 284.

(13) *Ibid.*, párr. 295.

(14) Al que adhieren los jueces Franco, May Macaulay, Abreu Blondet y Pérez Pérez.

internacional, por lo que al analizar la compatibilidad de la amnistía con las obligaciones internacionales de los estados se “requiere un análisis que proporcione criterios adecuados para un juicio de ponderación en contextos en los que pudieran surgir tensiones entre las demandas de justicia con los requerimientos de una paz negociada en el marco de un conflicto armado no internacional”.<sup>(15)</sup>

García Sayán sostuvo que no existe en el derecho internacional positivo una norma a través de la cual se haya proscrito explícitamente todo tipo de amnistía, siendo el art. 6(5) del Protocolo Adicional II, la única mención explícita a la amnistía en un tratado multilateral. Esta circunstancia ya había sido señalada por la CIDH en la década del ‘90 cuando recordó que el Protocolo II favorece “la amnistía más amplia posible” después del cese de los conflictos armados internos. Sin embargo, ello implica la liberación al término de las hostilidades para quienes fueron detenidos o sancionados por el mero hecho de haber participado en ellas, pero de ningún modo se aplica a aquéllos que han violado el derecho internacional humanitario.<sup>(16)</sup>

De la jurisprudencia de los órganos de aplicación de los tratados de derechos humanos se desprende que las graves violaciones de derechos humanos no admiten la amnistía en ningún supuesto.<sup>(17)</sup> Ello obedece a que, en la actualidad, existe consenso a nivel internacional con respecto a que la obligación de investigar, juzgar y castigar las graves violaciones de derechos humanos constituye un paso ineludible para asegurar la paz y seguridad internacionales; por lo que es considerada una norma imperativa de derecho internacional —*ius cogens*— que no admite objeciones o protestas por parte de ningún Estado sobre su existencia.<sup>(18)</sup>

(15) Corte IDH, “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, cit., voto del juez García Sayán, párr. 4.

(16) CIDH, Informe N° 1/99, Caso 10.480, “Lucio Parada Cea y otros”, El Salvador, 27 de enero de 1999, párrs. 114 y 115. Similar criterio surge de las Actas de la Conferencia Diplomática en las que se adoptó el Protocolo Adicional II en 1977, y de los comentarios a ese artículo realizado por el Comité Internacional de la Cruz Roja.

(17) Ver REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 149/235.

(18) REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, *ibid.*, p. 406.

Sin embargo, ello no implica que el Estado incurriría en responsabilidad internacional en caso de no castigar a todos los autores de graves violaciones de derechos humanos, toda vez que existe una imposibilidad fáctica de hacerlo,<sup>(19)</sup> con mayor razón si las violaciones han sido masivas y sistemáticas puesto que casi la totalidad de los miembros de las fuerzas de seguridad estuvieron involucrados en cierto grado con el aparato represivo, ya sea como protagonistas o como meros observadores que no hicieron nada para evitar la comisión de estos crímenes. Por ello, la selectividad es inevitable. A los efectos de reivindicar la vigencia del derecho y evitar la repetición de los crímenes, no es imprescindible que se persigan a todos los que participaron en los crímenes cometidos por un régimen anterior siempre que se lleve adelante un programa organizado de castigos ejemplares para los principales responsables de los crímenes cometidos.<sup>(20)</sup> Lo que aquí se pretende destacar es que no es necesario que el Estado amnistie a un autor de una grave violación de derechos humanos si su intención es no perseguirlo penalmente. Para cumplir sus obligaciones, basta con que muestre que ha realizado una serie de procesos contra los máximos responsables de los crímenes cometidos y aquellos individuos que, si bien no ocupaban un rol importante, se distinguieron por haber cometido numerosos crímenes de modo sistemático y generalizado.<sup>(21)</sup>

El aspecto más controvertido del voto radica en la posibilidad de negociar la condena de los autores de graves violaciones de derechos humanos para lograr la paz. García Sayán propone la aplicación de penas alternativas o suspendidas, aunque reconoce que ello puede variar de acuerdo tanto al grado de responsabilidad en graves crímenes como al grado de reconocimiento de las propias responsabilidades y aporte de información de lo ocurrido. De allí derivarían diferencias importantes entre los "ejecutores" y quienes desempeñaron funciones de alto mando y dirección.<sup>(22)</sup> En este sentido, también propone como alternativas

(19) Véase AUKERMAN, MIRIAM J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, 2002, p. 52.

(20) Véase ORENTLICHER, DIANE F., "Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime", en *Yale Law Journal*, vol. 100, N° 8, June, 1991, pp. 2598/2603.

(21) Véase DEL PONTE, CARLA, "Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility", en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n° 2, 2004, p. 517.

(22) Corte IDH, "Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador", cit., voto del juez García Sayán, párr. 30.

“la reducción de penas, la concesión de penas alternativas, la reparación directa del perpetrador a la víctima, el reconocimiento público de responsabilidad”.<sup>(23)</sup>

La posibilidad de contemplar la colaboración del imputado por graves violaciones de derechos humanos es utilizada por los tribunales, sirviendo como atenuante de la pena. Así, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) en “Prosecutor v. Erdemović” valoró positivamente que el imputado haya cooperado brindando información no sólo sobre los hechos sucedidos sino también sobre sus ejecutores y responsables, reconocido su culpabilidad y mostrado arrepentimiento.<sup>(24)</sup> Pero esto no modifica lo señalado en los párrafos anteriores respecto de la necesidad de aplicar la sanción penal.

Por último, el magistrado afirma que

“las sociedades pueden demandar que existan mecanismos complementarios al deber de justicia penal que satisfagan en mejor y mayor medida las aspiraciones de las víctimas. Las comisiones de la verdad, los instrumentos de reparación integral, los mecanismos de atención, la protección de las poblaciones vulnerables, depuraciones en el sector público y las reformas institucionales, son, entre otros, opciones que el legislador y el gobernante tienen sobre el curso de las políticas del Estado, en combinación con la aplicación de la justicia penal desarrollada en un marco de ponderación”.<sup>(25)</sup>

Como sostuve en otra oportunidad,<sup>(26)</sup> si bien las aspiraciones de las víctimas deben ser tenidas en cuenta por el Estado y la comunidad internacional al momento de lidiar con el pasado, la respuesta que se le dé a las

.....  
(23) *Ibid.*, párr. 31.

(24) TPIY, “Prosecutor v. Erdemović”, IT-96-22-Tbis, 5 March 1998, Trial Chamber.

(25) Corte IDH, “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, cit., voto del juez García Sayán, párr. 36.

(26) Véase REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, “La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos”, en Rey, Sebastián Alejandro y Filardi, Marcos Ezequiel (coords.), *Derechos humanos. Reflexiones desde el Sur*, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012, pp. 147/173.



graves violaciones de derechos humanos no depende de la opinión de las primeras. Por un lado, porque la investigación y sanción de las graves violaciones de derechos humanos permiten que los hechos sean conocidos no sólo por las víctimas y sus familiares, sino también por el conjunto de la sociedad.<sup>(27)</sup> Por el otro, en virtud de que la afectación que el criminal produce a la comunidad internacional es tan grave, que aún si la víctima o sus familiares lo perdonasen, ello no serviría para exonerarlo de sus actos pues la sociedad en su conjunto necesita reafirmar la vigencia del derecho.<sup>(28)</sup> En este sentido, la realización de la justicia y el combate a la impunidad restablece el orden jurídico internacional quebrantado por dichas violaciones; un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana.<sup>(29)</sup>

---

.....

(27) Véase HARRIS, DAVID; O'BOYLE, MICHAEL y WARBRICK, COLIN, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 49; y HAYNER, PRISCILLA B., "Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study", en *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n° 4, 1994, p. 611. En el "Caso del Caracazo vs. Venezuela", la Corte IDH consideró que como no se habían identificado y sancionado a los responsables de los homicidios, desapariciones y de las graves lesiones sufridas por las víctimas, ni a quienes ordenaron sepultar a los fallecidos en fosas comunes, se había configurado una situación de grave impunidad en relación con los respectivos hechos que lesionaba **a las víctimas, a sus familiares y al conjunto de la sociedad** (véase Corte IDH, "Caso del Caracazo vs. Venezuela", Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de agosto de 2002, Serie C, N° 95, párr. 117 (el destacado me pertenece).

(28) Véase SOTTAS, ERIC, "Transitional justice and sanctions", en *International Revue of the Red Cross*, vol. 90, n° 870, 2008, p. 380 y AUKERMAN, MIRIAM J., *op. cit.*, pp. 46 y 47.

(29) Véase Corte IDH, "Caso Bulacio vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, N° 100, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 37; AKHAVAN, PAYAM, "Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia?", en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 4, 1998, p. 744 y McAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET, "The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity", en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, The Johns Hopkins University Press, 2000, p. 339.

---

# Desaparición forzada de personas

CORTE IDH, "CASO GUDIEL ÁLVAREZ ('DIARIO MILITAR')  
vs. GUATEMALA", FONDO, REPARACIONES y COSTAS,  
SENTENCIA del 20 de NOVIEMBRE de 2012, SERIE C N° 253

por **AGUSTÍN MOGNI**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

En el presente caso se desarrollan las violaciones a los derechos humanos de 26 personas, la desaparición y ejecución extrajudicial de Rudy Gustavo Figueroa Muñoz y la detención y tortura de la menor Wendy Santizo Méndez en el territorio de Guatemala. Es necesario, para explicar los hechos del caso y comprender mejor la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Corte"), hacer una breve introducción acerca del contexto histórico guatemalteco y del denominado **Diario Militar**.

## 2 | Contexto histórico

Guatemala sufrió entre los años 1962 y 1996 un conflicto armado que generó importantes costos humanos, materiales, institucionales y morales, llamado "Genocidio guatemalteco". Gracias a la investigación de 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".

Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Esclarecimiento Histórico (en adelante, “la Comisión”), se estimó que la cantidad de muertos y desaparecidos llegó a más de doscientas mil personas en manos del Estado debido a diferencias políticas, sociales, religiosas, estudiantiles, entre otras. Durante este período, la policía y el ejército, con la complicidad y participación de las organizaciones estatales de inteligencia, trabajaron conjuntamente en la desaparición sistemática de personas. Recién en 1990, se inició el proceso de negociaciones de paz en Guatemala que finaliza en 1996, período en el cual se firmaron varios acuerdos para el retorno a la paz social y a la necesaria investigación de todos los crímenes cometidos por el gobierno guatemalteco, con la connivencia de Estados Unidos y varios gobiernos de América, entre ellos, Argentina y Chile.

### 3 | Diario militar

El conocido como **Diario Militar** es un documento secreto de inteligencia estatal guatemalteco que consta de aproximadamente 75 páginas en el que se detalla información específica sobre las personas que fueron secuestradas y, posteriormente, ejecutadas. Este posee un léxico propio y codificado para describir el destino de las víctimas anotadas en dicho registro que tuvieron lugar entre agosto de 1983 y marzo de 1985, desconociendo el paradero de la mayoría de las personas. La autenticidad del documento fue el primer y principal objetivo de las organizaciones no gubernamentales, que quedó certificada al constatar los hechos con otros documentos de la época emanados de organismos estatales. A la par de este registro, la Procuraduría de Derechos Humanos descubrió por accidente una antigua base de datos de la Policía Nacional en la capital guatemalteca en la cual se constataba el accionar de dicha fuerza a lo largo de los últimos 100 años. A este documento se lo denominó “Archivo Histórico de la Policía” y en él se encontraron más de 250 archivos en relación directa con las violaciones de derechos humanos registradas en el **Diario Militar**.

En el presente caso, las víctimas son 26 personas registradas en el **Diario Militar**, Rudy G. Figueroa Muñoz y Wendy Santizo Méndez. En la sentencia de la Corte se detalla la desaparición de cada persona, con información de su vida personal y política, a la vez de cómo eran descriptos por el Estado mediante el **Diario Militar**. El rango etario de las víctimas es

amplio y va desde los 12 hasta los 52 años, la gran mayoría de las desapariciones se producen en lugares públicos a plena luz del día. Dentro de este *modus operandi* fueron comunes las posteriores amenazas a los familiares para que no denunciaran lo sucedido. Los parientes que denunciaron la desaparición no obtuvieron respuestas claras acerca de los desaparecidos, a pesar de interponer recursos de exhibición, los cuales fueron concedidos por la Corte Suprema de Justicia de Guatemala; las autoridades policiales respondían una y otra vez que esa persona no se encontraba en sus registros, por lo que no podían darle información de su paradero.

El mencionado documento secreto fue revelado en mayo de 1999 por una organización no gubernamental estadounidense, provocando una importante presión social de diversos actores que le exigieron al Ministerio Público la realización de la investigación pertinente para verificar la autenticidad del documento, solicitando la desclasificación de archivos a las distintas unidades de inteligencia de la Policía Nacional y el Ejército. El Ministerio Público empezó a recopilar información en base al **Diario Militar**, requiriendo la participación de los familiares de las víctimas para alcanzar la verdad, a la vez que exigían informes detallados a los altos mandos que componían el Ejército y la Policía sobre el paradero de los desaparecidos apuntados en el **Diario Militar**.

Finalmente, se presenta el 9 de diciembre de 2005 la petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual somete el caso ante la Corte el 13 de mayo de 2011.

## 4 | Análisis

En primer lugar, la Corte realiza un análisis acerca de su competencia para fallar en el caso debido a que los hechos descritos se producen antes del 9 de marzo de 1987, fecha en la cual Guatemala reconoce la competencia contenciosa de la Corte. Sin embargo, el Estado reconoce parcialmente su responsabilidad internacional en cuanto a la privación de la libertad y la desaparición forzada de las 26 personas. A causa de esto, la Corte entiende que el Estado renuncia a la limitación temporal de su competencia por lo que otorga el consentimiento para que el Tribunal examine los hechos ocurridos y falle acerca de los mismos.

Debido al reconocimiento estatal de los hechos y de la autenticidad de los documentos presentados por los representantes de las víctimas, la Corte afirma que no hay controversia acerca de la responsabilidad internacional del Estado y analiza las violaciones de los derechos

“al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en relación con la obligación de respeto establecida en la Convención Americana, así como de los arts. I, II y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada en perjuicio de las 26 víctimas desaparecidas, y en relación con los derechos del niño, en el caso de Juan Pablo y María Quririna Armina López”.<sup>(2)</sup>

Para ello, se remite a su jurisprudencia en el caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”,<sup>(3)</sup> en el cual estableció el carácter permanente y continuo de la desaparición forzada hasta que se conociera el paradero de la víctima; es por esto que, a pesar de la identificación de los restos de dos víctimas encontradas en noviembre de 2011, hecho por el cual cesa su desaparición, no se afecta la calificación y se las considera desaparecidas por el tiempo en el que no se tuvo información de ellas.

Con respecto al derecho a la libertad personal, la Corte continúa sosteniendo que el Estado se encuentra en una posición de garante de los derechos de los detenidos y sólo se podrá privar de libertad por leyes dictadas de antemano o por normas fijadas en las Constituciones Políticas de cada Estado.<sup>(4)</sup> Gracias a la información del **Diario Militar**, es posible tener conocimiento de que las personas detenidas eran trasladadas de un centro de detención clandestino a otro, lo que formó parte de las negativas del Estado a reconocer las privaciones de la libertad. A pesar del reconocimiento estatal, del documento de inteligencia sólo se conoce el paradero de dos personas mientras que subsiste la desinformación acerca del resto de las víctimas. Además, se pudo determinar que en las anotaciones del **Diario Militar** don-

.....

(2) Corte IDH, “Caso Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala”, Fondo, reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2012, Serie C, N° 253, párr. 190.

(3) Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4.

(4) Corte IDH, “Caso Gudiel Álvarez y otros (‘Diario Militar’) vs. Guatemala”, Fondo, reparaciones y Costas, cit., párr. 197.

de figura el número “300” junto a la víctima significa que ha sido ejecutada pero, al no ser identificados sus restos, persiste la desaparición forzada.<sup>(5)</sup>

En relación con la obligación de investigar, el Estado reconoció su responsabilidad en la violación de los arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debido a que el caso se mantiene totalmente impune, y no sólo no han realizado las diligencias a su alcance sino que ha entorpecido la investigación. La Corte reafirma la existencia de responsabilidad internacional del Estado en cuanto a la falta de investigación, la violación de garantías judiciales y del acceso a un recurso efectivo de las víctimas desaparecidas. A su vez, destaca el rol que debe tener cualquier Estado frente a la investigación de violación de derechos humanos como una medida positiva esencial para que estos hechos no vuelvan a suceder en el futuro.

Otro derecho que alegaron la Comisión y los representantes fue el de acceso a la información y derecho a conocer la verdad establecidos en los arts. 13 y 23 de la Convención. El Estado reconoce la totalidad de la responsabilidad internacional de este último artículo pero no así del art. 13, sobre el cual dice que es cierto que los familiares no saben el paradero de las víctimas pero que el Estado hizo todo lo que estaba a su alcance para que se pudiera dilucidar dónde se encontraban. El Tribunal destacó que no tenía competencia para pronunciarse respecto de la alegada violación de este artículo, aunque contempla una lesión al art. 16 CADH, concluyendo que las desapariciones forzadas de las 26 víctimas registradas en el **Diario Militar** tuvieron como propósito restringir el ejercicio de su derecho a asociarse libremente.

Al momento de las reparaciones, la Corte recuerda al Estado la obligación de investigar y lo exhorta a hacerlo con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los responsables, absteniéndose de aplicar leyes de amnistía y en un plazo razonable, sobrepasando cualquier obstáculo de hecho o de derecho que ralentice el proceso. Esta investigación también debe tener como resultado la determinación del paradero de las víctimas. Otra medida de reparación es la asistencia psicológica y psiquiátrica para la rehabilitación de las víctimas y familiares. También dispone la Corte que se publique en un plazo no mayor a seis meses el resumen que ella misma realizó de la sentencia en un diario de gran circulación, en el diario oficial y que se encuentre a disponibilidad durante el lapso de un año en una página web oficial. A su vez, la Corte considera de gran importancia la reivindicación

(5) *Ibid.*, párr. 206.

de la memoria y dignidad de las víctimas, por lo que insta al Estado a producir un documental sobre los hechos y contexto del **Diario Militar** y a la construcción del Parque Nacional de la Memoria.

Finalmente, declara unánimemente responsable al Estado por la violación a los derechos mencionados anteriormente, consagrados en la Convención Americana y dispone el cumplimiento de las reparaciones establecidas, que serán supervisadas por la misma Corte.

## 5 | Consideraciones finales

En este asunto, la Corte Interamericana retoma gran parte de su jurisprudencia más relevante y vuelve a aplicarla en esta compleja situación en la que se ven envueltas 26 víctimas y sus familiares en un típico caso de desaparición forzada, privación de la libertad y violación de las garantías judiciales producto del terrorismo de Estado de Guatemala. Es destacable la postura del Estado al reconocer su responsabilidad internacional en la gran mayoría de los hechos, ya que evidencia una progresiva incorporación en los Estados que conforman el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos de los estándares internacionales.

Esto permite que se produzca una autoconsciencia que lleve a los países a reconocer su pasado para poder juzgarlo, en miras de la no repetición futura. Sin embargo, es preciso remarcar que sería de gran utilidad una instancia breve y expedita a la cual las partes puedan acercarse para realizar un acuerdo amistoso, con el objetivo de reparar las situaciones de hecho y derecho que se vean vulneradas, disminuyendo los tiempos y costos que tanto repercuten en los ámbitos sociales de las víctimas. Para esto sería vital evitar caer en la burocratización de dicha etapa ya que ella sólo perjudicaría a las partes y haría todavía más lento al proceso contencioso en el sistema interamericano.

El punto más alto de la sentencia se puede hallar en la parte de las reparaciones, en las cuales la Corte repara de forma integral a las víctimas con medidas que van desde lo económico hasta lo psicológico, entre las que se encuentran diversos reconocimientos públicos que, sin duda, velan por la protección futura de la sociedad toda para que no vuelvan a repetirse las violaciones cometidas.

---

# Derecho al recurso, legalidad penal y prohibición de doble juzgamiento

CORTE IDH, "CASO MOHAMED vs. ARGENTINA",  
EXCEPCIÓN PRELIMINAR, FONDO, REPARACIONES y COSTAS,  
SENTENCIA del 23 NOVIEMBRE de 2012, SERIE C N° 255

por **GUSTAVO L. VITALE**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

En el "Caso Mohamed vs. Argentina" (N° 11.618), la Corte IDH dictó sentencia, el 23 de noviembre del año 2012, en el que se condenó al referido Estado por violación al derecho a recurrir el fallo, consagrado en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con sus arts. 1.1 y 2. Esta violación convencional perjudicó al señor Oscar Alberto Mohamed.

Hace más de 20 años (el 16 de marzo de 1992), Mohamed, en su calidad de chofer de colectivos, conducía un autobús por la Avenida Belgrano —de la hoy llamada Ciudad Autónoma de Buenos Aires— y, en la intersección con la calle Piedras, protagonizó un accidente de tránsito, como consecuencia

.....  
(1) Profesor Titular de Derecho Penal (Facultad de Derecho y C.S. de la Universidad Nacional del Comahue). Defensor Público Interamericano —por la República Argentina— para el período 2010-2013, designado en el Caso Mohammed conjuntamente con Marcelo Torres Bóveda, entonces Defensor Público Interamericano por Paraguay.



de éste pierde la vida la señora Adelina Vidoni de Urli, quien cruzaba la avenida, al ser apenas embestida por el ómnibus.

En la causa penal que se le abrió a Mohamed por el hecho mencionado, y en el marco del sistema procesal penal escrito que regía en ese entonces, el 30 de agosto de 1994 el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 3 pronunció, a su favor, una sentencia absolutoria.

Tanto el acusador público —el Fiscal— como el privado —el querellante— interpusieron recurso de apelación y, en función de tales medios de impugnación, el 22 de febrero de 1995 la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional revocó la absolución y dictó sentencia de condena contra Mohamed, por el delito de homicidio culposo (art. 84 del CP), imponiéndole la pena de 3 años de prisión en forma condicional y la de 8 años de efectiva inhabilitación especial para conducir cualquier clase de automotor.

Dicho Tribunal de Apelaciones, para fundar la responsabilidad penal por homicidio culposo, sostuvo que las normas que violó Mohamed al conducir el autobús

“...son normas de práctica internacional, una establece el deber para quien crea un riesgo a terceros, de conducirse de modo de tener en todo momento el debido control de ese riesgo, para poder impedir cualquier daño a terceros, que pudiera provenir de circunstancias posibles y previsibles; otra, ligada con aquella, impone a quien procure adelantarse a otro vehículo la obligación de preservar la necesaria visibilidad, no debiendo, por tanto, iniciar esa maniobra ante una encrucijada, curva, puente u otro lugar peligroso, y una tercera otorga prioridad de paso al peatón cuando éste cruza sobre la senda peatonal, de un modo absoluto en los lugares donde no hay indicadores mecánicos, y de un modo relativo, donde hay señales fijas, pues debe hacerlo con arreglo a las indicaciones de las mencionadas señales. En nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts. 37, 39 y 40 del decreto-ley 692/92, reglamentario del tránsito automotor”.<sup>(2)</sup>

---

(2) Del texto de la sentencia de la Corte IDH, párr. 49.

Quedó acreditado en el proceso ante la Corte IDH que tal decreto-ley 692/92 no estaba vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed.

Contra esta condena que fue dictada por primera vez en segunda instancia, cabe señalar que en Argentina sólo existía (y en general sólo existe hoy) el recurso extraordinario federal. Es decir, no había recurso ordinario alguno para procurar una revisión amplia e integral de tal condenación.

Por ello, el 13 de marzo de 1995 la defensa de Mohamed interpuso recurso extraordinario federal (con fundamento en los arts. 14 y 15 de la ley 48 de 1863), planteando cuestiones federales o constitucionales, entre las que se destaca la afectación al principio de legalidad penal y, en particular, a una de sus consecuencias: la irretroactividad de la ley penal. Ello por cuanto, la condena invocó la violación a un deber de cuidado previsto en un reglamento no vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed.

La misma Sala Primera de la Cámara de Apelaciones que condenó a Mohamed, dejando sin efecto la absolución anterior, el 4 de julio de 1995 rechazó el recurso extraordinario, argumentando que la defensa invocó meras cuestiones de hecho, prueba y derecho común. Incluso, al resolver, intentó corregir lo que denominaron un “error material”, que fue precisamente la invocación del decreto no vigente al momento del hecho (como única norma previsoras de los mencionados deberes de cuidado —que para ellos había transgredido el colectivo—).

El 18 de julio de 1995, la defensa de Mohamed debió interponer recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por recurso extraordinario denegado, indicando en forma expresa que las planteadas constituían cuestiones constitucionales trascendentes, sin perjuicio de destacar que los parámetros para que la Corte Suprema defina la trascendencia de cada cuestión era “imposible estimarla a priori”.

Ante tal reclamo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la queja sin expresar fundamento alguno, con la simple cita del texto del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que así lo autoriza. Sólo dijo, entonces, que la queja “era inadmisibles”.

El 27 de septiembre de 1995, la defensa de Mohamed interpuso revocatoria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que fue denegada el

19 de octubre de 1995 por no ser sus decisiones susceptibles de reposición o revocatoria.

Luego del rechazo del recurso extraordinario federal, Mohamed fue inhabilitado para conducir cualquier tipo de vehículos, por lo cual perdió su empleo como chofer de ómnibus en la empresa en la que trabajaba y, a consecuencia de ello, quedó directamente sin trabajo.

## 2 | Los problemas jurídicos del caso

El presente caso plantea varias cuestiones jurídicas de relevancia, entre las que mencionaré cuatro: a) el derecho del imputado al recurso amplio contra la primera condena; b) el principio de legalidad penal y la consecuente irretroactividad de la ley penal; c) la prohibición de más de un juzgamiento contra una persona por el mismo hecho y d) las reparaciones.

### 2.1 | El derecho del imputado al recurso amplio contra la primera condena

El tema principal del caso fue el derecho al recurso y, en particular, su alcance cuando es ejercido contra una absolución dictada, por vez primera, en segunda instancia.

La Corte IDH dispuso, correctamente, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se inserta dentro de las garantías mínimas a favor de “toda persona inculpada de delito” (párr. 91). Es “una garantía del individuo frente al Estado” (párr. 92); “se trata de un derecho que asiste al condenado” (párr. 93) y, de acuerdo “...al lenguaje concreto del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) es una garantía que tiene ‘**toda persona declarada culpable de un delito**’”. (párr. 93).<sup>(3)</sup>

Como también lo destaca esta sentencia de la Corte IDH, “...esas garantías mínimas deben ser protegidas dentro del contexto de las distintas

.....

(3) El resaltado pertenece al autor.

etapas del proceso penal, que abarca la investigación, acusación, juzgamiento y condena” (párr. 91).

Este derecho al recurso “se garantiza respecto de todo aquel que es condenado” (párr. 92) y comprende la potestad de todo imputado a impugnar la condena dictada, en su contra, ya sea en primera como en segunda instancia, en este último caso por un tribunal que dejó sin efecto una absolución anterior.

Indudablemente, con esta sentencia se ha dado un importante paso adelante, al sostener que “...resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena” (párr. 92).

La sentencia de la Corte IDH dejó bien en claro, como lo había hecho antes en relación a condenas pronunciadas en primera instancia,<sup>(4)</sup> que este derecho de todo condenado le debe proporcionar un “recurso ordinario, accesible, eficaz” (párr. 99) y “**adecuado** para obtener un **control amplio e integral** de la decisión que lo perjudica” (párr. 97, 99 y 100).

Puntualiza el Alto Tribunal Interamericano que el recurso extraordinario federal existente en la República Argentina no es un recurso **ordinario** y no satisface, por ende, los recaudos que necesariamente debe reunir un medio de impugnación para cumplir con las exigencias del art. 8.2.h de la CADH (párr. 104).

Al mismo tiempo la Corte IDH considera que:

“...el hecho de que el recurso haya sido rechazado con base en el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación torna en **incierto la accesibilidad** al mismo, puesto que esta disposición habilita la denegatoria **no motivada del recurso**, de manera que los usuarios de la administración de justicia y, en este caso el señor Mohamed, no pueden conocer las razones por las que no pudieron **acceder** a esa instancia recursiva. Esto fue claramente expresado por la defensa del señor Mohamed

(4) Ver entre otros, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009; “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de julio de 2004.

(...) que manifestó que ‘no existe parámetro o elemento normativo alguno que pueda orientar a los recurrentes sobre las cuestiones que pueden ser sustanciales o trascendentes para la Corte Suprema. Por lo tanto, es una situación que resulta imposible estimarla a priori’”. (párr. 107).<sup>(5)</sup>

Entonces, por lo dicho por la Corte IDH, queda en claro que el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina torna **inaccesible** el recurso extraordinario federal y, por ende, aunque se tratara de un medio de impugnación amplio (que no lo es), no garantiza la necesaria *accesibilidad* que debe tener todo recurso para cumplir con las exigencias del art. 8.2.h de la CADH.

A su vez, como el citado art. 280 del CPC y CN “habilita la denegatoria no motivada del recurso” (párr. 107) y como, a su vez, el “deber de motivar” las sentencias queda comprendido “dentro de la referida violación al derecho a recurrir el fallo” (párr. 118), es claro que, de acuerdo con el contenido de la presente sentencia de la Corte IDH, el art. 280 señalado violenta el derecho del imputado a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior contenido en el art. 8.2.h de la Convención ADH.<sup>(6)</sup>

Por último, la **eficacia, adecuación o idoneidad** y, en definitiva, la **amplitud** del derecho al recurso importa que todo reclamo contra una sentencia de condena “debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido”. (párr. 99)

Además de servir para:

“...que pueda analizar[se] cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada, puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las

.....

(5) El resaltado le pertenece al autor.

(6) Es de lamentar que, sin embargo, la Corte IDH no haya acompañado esta correcta fundamentación con una medida de reparación compatible, destinada a evitar la repetición tan frecuente de los atropellos al derecho al recurso que se producen, en Argentina, por aplicación del ilegítimo “*certiorari* al revés”. Una crítica a este instituto, contenido en el art. 280 del CPC y CN, puede verse en VITALE, GUSTAVO L. “Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso penal a prueba (el ilegítimo “*certiorari* al revés”)”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento del fascículo, n° 13, Lexis-Nexis, del 25 de junio del año 2003.

determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho” (párr. 100).

No hay duda alguna, entonces, sobre la corrección del fallo de la Corte IDH en el presente caso, en cuanto condena al Estado de Argentina por violación al derecho al recurso contenido en el art. 8.2.h de la CADH y, en esa medida, resulta ser una decisión apta para cumplir con la función primordial de controlar la convencionalidad de las decisiones estatales.

## 2.2 | El principio de legalidad penal y la consecuente irretroactividad de la ley penal

La sentencia del Caso Mohamed no se pronuncia sobre la posible afectación al principio de legalidad penal (y su consecuente prohibición de retroactividad de la ley penal), contenido en el art. 9° de la CADH, pues considera que la temática trata “... asuntos penales que corresponde sean examinados por el tribunal superior que debe conocer del recurso contra el fallo condenatorio, tal como lo ordena como consecuencia de haber declarado que se violó el art. 8.2.h (...) en perjuicio del señor Mohamed” (párr. 139).

Por lo que se verá, a pesar de lo resuelto por la Corte IDH, no es posible hoy revisar la sentencia de condena dictada contra el señor Mohamed, porque ella ha desaparecido de los registros de condenas al haber transcurrido sobradamente el plazo previsto por el art. 51 del Código Penal de Argentina sobre caducidad registral. Si no puede recurrirse una condena que no existe, entonces no existía razón válida para no tratar la cuestión de legalidad planteada por la Comisión IDH y por los representantes de la víctima (el señor Mohamed).

En verdad, es una lástima que no haya existido un pronunciamiento acerca de esta clara violación convencional producida en el caso al que nos referimos.

Es que el principio de legalidad penal requiere que el delito sea creado y descrito en una ley anterior al hecho del proceso, no pudiendo ningún otro órgano de poder de los Estados partes establecer elementos consti-

tutivos de ese delito. Lo mismo sucede, obviamente, con la pena, que no podrá establecerla, ni siquiera en parte, órgano alguno del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.

El art. 9° de la CADH establece: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable ...”. Al momento del hecho, entonces, el derecho aplicable debe describir el delito. Por ende, no puede describirlo un órgano del Poder Ejecutivo ni tampoco el juez que, precisamente, debe aplicar ese derecho anterior.

“El principio de legalidad —dijo la Corte IDH— constituye uno de los elementos centrales de la persecución penal en una sociedad democrática...”. (párr. 130) “...la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste” (párr. 131).

La imposibilidad de aplicar la ley penal (más severa) para el pasado es una consecuencia lógica de la necesidad de ley anterior. La propia Corte IDH dijo al respecto que “...el principio de irretroactividad tiene el sentido de impedir que una persona sea penada por un hecho que cuando fue cometido no era delito o no era punible o perseguible” (párr. 131).

Entonces, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal:

“...atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico. El tribunal considera preciso agregar que, tratándose de delitos culposos, cuya ilicitud es menor comparada a las de los delitos dolosos y cuyos elementos típicos están definidos de forma genérica, se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa ...” (párr. 132).

La sentencia de condena —dictada en segunda instancia— sostuvo que Mohamed violó deberes de cuidado provenientes de “normas de práctica internacional”, agregando que “en nuestra legislación, tales principios están contenidos en los arts. 37, 39 y 40 del decreto-ley 692/92, reglamentario del tránsito automotor”.<sup>(7)</sup>

Como tal decreto-ley no estaba vigente al momento del hecho atribuido a Mohamed (y ello lo reconoció la Corte IDH), para condenar a este último se aplicó un decreto-ley en forma **retroactiva**. Esto es, a los efectos de determinar cuáles eran los deberes de cuidado que se le exigían a él, antes del hecho, en la situación particular en la que actuó, no podía recurrirse a una norma legal no vigente el día del hecho. Por esa razón, ese decreto-ley no era fuente legal válida para cerrar el tipo penal abierto de homicidio culposo.

Resulta sorprendente que la Corte IDH, a pesar de no expedirse sobre la violación alegada por la Comisión IDH y por los representantes de la víctima, haya expresado que: “...al contrario de lo sostenido por los representantes ..., para determinar en cada caso cuál fue el deber objetivo de cuidado que se infringió, tratándose de un hecho ocurrido en un accidente de tránsito, el juzgador **no está limitado a recurrir únicamente a una norma formal** como lo sería el reglamento de tránsito automotor” (párr. 136).<sup>(8)</sup> Y mucho más llamativo es que —después de haber sostenido que, en materia de delitos culposos, “se requiere que el juez o tribunal observe el principio de legalidad de forma rigurosa”—<sup>(9)</sup> haya tomado en cuenta que el tribunal que condenó a Mohamed, en segunda instancia, sostuvo que los deberes de cuidado surgían de “normas de práctica internacional”,<sup>(10)</sup> pues estas últimas no son fuentes válidas de creación de delitos y de penas.

La única fuente válida de los delitos y de las penas es la ley anterior al hecho del proceso. Y no es otra cosa lo que exige en principio de legalidad penal.

(7) Del texto de la sentencia de la Corte IDH, párr. 49.

(8) Lo resaltado pertenece al autor.

(9) Párr. 132.

(10) Párr. 137.



En suma, si el deber de cuidado no estaba descripto en una ley formal anterior al hecho del proceso no puede, supliendo tal ausencia, ser deducido por el juez de ninguna pauta social de conducta. Tal deber legal, como elemento de un tipo penal culposo, no puede, por ejemplo, identificarse con las pautas de conducta que “habría seguido un hombre razonable y prudente en la situación del autor”,<sup>(11)</sup> ni de “los patrones sociales de prudencia” o del “estándar mínimo de previsibilidad, compartido por casi todos los integrantes de una cultura”.<sup>(12)</sup> Más allá de la imprecisión y de lo indescifrable de tales **pautas sociales de conducta**, ninguna de ellas constituye un deber **legal** y, menos aún, proveniente de una **ley anterior** al hecho del proceso.<sup>(13)</sup>

La violación a la legalidad penal, en este caso, era patente y así debió ser declarada.

### 2.3 | La prohibición de más de un juzgamiento contra una persona por el mismo hecho

La Corte IDH rechazó la pretensión de los representantes de la víctima de considerar violado el derecho del señor Mohamed a no ser juzgado más de una vez por el mismo hecho, contenido en el art. 8.4 de la CADH (“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”).

Sostuvo, básicamente, que el término “firme” utilizado por el texto del art. 8.4 convencional impide considerar transgredido tal principio cuando la sentencia absolutoria fue pronunciada en primera instancia, quedando abierta la segunda instancia del mismo proceso. Dijo la Corte IDH que: “La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una

.....

(11) WELZEL, HAN, *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 187.

(12) ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000, p. 530.

(13) Ver VITALE, GUSTAVO, “Rol del Estado frente a la seguridad ciudadana y tutela de los derechos fundamentales. Tutela Judicial, Derechos Humanos y Privación de Libertad”, 3° Congreso Nacional de Defensa Pública, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Oficina Nacional de Defensa Pública y Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal, 2010, p. 17 y ss. y, en especial, p. 34.

sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal..." (párr. 123).

Ello, más allá de responder a una interpretación **estrictamente literal** del texto convencional, entra en franca contradicción con la naturaleza que el mismo fallo de la Corte IDH adjudicó al derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, previsto en el art. 8.2.h de la CADH.

Ello por cuanto sostuvieron, en la misma sentencia, que "El art. 8.2.h de la Convención contempla la protección de **garantías mínimas a favor** de 'toda persona inculpada de delito'" (párr. 91).<sup>(14)</sup> Es "una garantía del individuo frente al Estado" (párr. 92); "se trata de un derecho que asiste al condenado" (párr. 93) y, de acuerdo "al lenguaje concreto del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (...) es una garantía que tiene 'toda persona *declarada culpable* de un delito' (énfasis agregado)" (párr. 93).

El derecho a recurrir el fallo no es, entonces, una potestad del poder penal del Estado para intentar nuevamente lograr una sentencia de condena, cuando no logró su objetivo en un juicio penal, luego de haber sometido al imputado al riesgo de condena. No se trata de un poder estatuido a favor del Estado ni del poder penal. No está en manos del acusador, sino del imputado de delito y de su defensor. Y eso lo dijo con toda claridad la Corte IDH al tratar el alcance del citado art. 8.2.h.

Por lo dicho, resulta contradictorio sostener que el término "firme" del art. 8.4 de la CADH constituye razón suficiente para reconocer la procedencia del recurso del acusador contra la sentencia absolutoria, cuando se afirmó, en la misma sentencia, que el derecho a recurrir el fallo está consagrado a favor del imputado, como parte de "...un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que buscan asegurar que el inculcado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar 'las debidas garantías' que aseguren ...el derecho al debido proceso" (párr. 80).

Si el poder del Estado puede seguir juzgando a una persona —por el mismo hecho— a pesar del pronunciamiento de una sentencia absolutoria

(14) El resaltado pertenece al autor.

que cierra el proceso a su favor, entonces el derecho a recurrir el fallo deja de ser “una garantía del individuo frente al Estado” (como la misma sentencia lo declaró, en su párrafo 92), para pasar a ser un eslabón del entonces inagotable poder punitivo del Estado.

Tal pretensión de inagotabilidad del proceso surge de las claras palabras de Julio B. J. Maier (perito en el caso que aquí se trata):

“Repárese en que, si se permite al ministerio público buscar renovadamente la condena con un recurso, al menos ello conduce, necesariamente, a que, si la consigue en última instancia o en un nuevo juicio, todavía se debe ofrecer al condenado —por primera vez o por primera vez respecto de esa condena— un recurso para atacarla, ante un tribunal superior. Se advertirá que ello resulta prácticamente imposible desde el punto de vista de la organización judicial y que la solución conduce, en verdad, a un infinito recursivo y procesal, pues siempre es posible pensar (...) que el acusador logrará la condena ansiada ante el último tribunal y contra ella todavía resulta necesario garantizar un recurso al imputado a quien esa condena afecta. Se advertirá también (...) cómo queda a la vista la múltiple persecución penal provocada por el Estado, el sometimiento múltiple al riesgo de una consecuencia jurídico-penal. El único que puede provocar esta persecución penal múltiple es el propio perseguido penalmente, pues el riesgo múltiple queda eliminado si, además, la segunda sentencia de condena eventual no puede superar la consecuencia penal que propone la primera sentencia (prohibición de la *reformatio in peius*)”.<sup>(15)</sup>

En el mismo sentido se expidió el perito Alberto M. Binder, quien concluyó su fundado dictamen escrito sosteniendo, sobre el punto, que “...la condena del señor Mohamed sería inválida porque la concesión del recurso de los acusadores ante una absolucón ya dictada viola el principio del ‘*non bis in ídem*’”.<sup>(16)</sup>

---

(15) Ver MAIER, JULIO B. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2da. ed., Bs. As., Editores del Puerto, 1996, T. 1, pp. 635/ 636.

(16) Ver texto de la pericia de Alberto M. Binder, prestada ante escribano público.

Pero, hay otra cuestión que merece remarcar y es la falta de tratamiento por parte de la Corte IDH acerca de una petición concreta de los representantes de la víctima. Me refiero al necesario respeto, por parte de la Corte IDH, del mejor estándar jurisprudencial existente en Argentina en materia de *ne bis in ídem*, por imperio del principio *pro homine* (o pro persona), contenido en el art. 29 de la CADH.

En tal sentido, la Corte IDH manifestó que “no encuentra fundamento para entrar a analizar lo solicitado por los representantes en cuanto al criterio de interpretación del art. 29.b) de la Convención”, ya que “los representantes no aportaron al acervo probatorio de este caso las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a las que se refirieron en su escrito de solicitudes y argumentos”, por lo que “no ha sido probado ante este Tribunal con la seguridad que se requiere, que en Argentina el principio de *ne bis in ídem* está jurídicamente protegido y debe ser garantizado de forma más amplia que en los términos indicados en la Convención” (párr. 124).

Cabe destacar que los representantes de la víctima adjuntaron copia del último fallo relevante en ese momento (el correspondiente a la causa “Kang, Yoong Soo s/rec. Extraordinario”, Buenos Aires, 27 de diciembre de 2011), como en otro lugar de la sentencia lo reconoció la propia Corte IDH.<sup>(17)</sup> Pero, inclusive, ese mismo fallo —incorporado a los Anexos como prueba documental—, en su considerando 5º, remite expresamente a la causa Sandoval (dijo allí la Corte Suprema Argentina, en la decisión incorporada al acervo probatorio: “la cuestión debatida en al presente resulta sustancialmente idéntica a la tratada en los autos “Sandoval, David Andrés —Fallos: 333:1687—”, a cuyas consideraciones corresponde remitir en lo pertinente”).

Además de ello, se mencionaron y transcribieron las partes pertinentes de las demás decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativas al tema, indicando todos los datos indetificatorios de los fallos y proporcionando a la Corte IDH el *link* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en el ofrecimiento de prueba), precisamente para poder constatar la veracidad de las citas y transcripciones.

(17) Ver párr. 77, nota de pie n° 67.

Por si fuera poco, a los mismos fallos se refirieron los peritos Julio B. J. Maier (en la audiencia oral ante la Corte IDH) y Alberto M. Binder (en su declaración escrita prestada ante escribano público).

También, hicieron una pormenorizada mención de tales fallos, con transcripción y cita de las fuentes, los firmantes del *Amicus Curiae* presentado por la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Argentina, que formó parte de la prueba incorporada al proceso.

En verdad, no hacía falta nada más para demostrar cuál era el estándar del máximo tribunal judicial argentino sobre la materia, ya que no quedó duda alguna acerca del contenido de los fallos mencionados, perfectamente ubicables, por otra parte, en el *link* de la Corte Suprema Argentina (lo que, incluso, es más seguro que acompañar una simple copia, por medio del procedimiento de copiado y pegado del texto).

Por esta razón, la Corte IDH no trató un planteo central de los representantes de la víctima, por el que se reclamó, con toda justicia, que se acepte, por imperio de lo dispuesto en el art. 29 de la CADH, los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que otorgan mayor protección al principio que prohíbe el doble juzgamiento del imputado por el mismo hecho. De acuerdo con ello, la condena que (en segunda instancia) revocó la absolución dictada en un proceso regular no tiene ningún valor, por afectar la garantía contra el doble juzgamiento contenida en el art. 8.4 de la CADH.

## 2.4 | Las reparaciones

Aquí sólo voy a tratar algunos aspectos.

La sentencia de la Corte IDH condenó al Estado de Argentina, por violación al art. 8.3.h de la CADH, y, en función de ello, estableció ciertas obligaciones para el Estado.

En primer lugar, le impuso una obligación de imposible cumplimiento. En tal sentido, lo obligó a dos cosas imposibles: 1) adoptar las medidas necesarias para que, hoy, Mohamed tenga un recurso contra la condena

(párr. 152, a) y 2) adoptar las medidas necesarias para que, hasta que Argentina dicte sentencia de fondo (en virtud del recurso que debe garantizar a Mohamed) se suspendan los efectos jurídicos de la condena y, en especial, su registración (párr. 152, b).

No es posible el cumplimiento de tales obligaciones por la sencilla razón de no existir ya, en los registros de antecedentes, la condena dictada contra el señor Mohamed. Ello es consecuencia de la disposición legal incorporada al Código Penal Argentino, en el año 1984, en virtud de la cual los antecedentes condenatorios ya no perduran durante toda la vida de la persona, sino que caducan por el transcurso del tiempo. Por haber transcurrido, entonces, los plazos legales de caducidad registral previstos en el art. 51 del Código Penal, Mohamed no tiene ya condena alguna en sus registros de antecedentes, por lo que mal podría recurrirse una condena inexistente o mal podría suspenderse la registración de una condena que no se encuentra registrada por disposición legal.

Si esto hubiera sido advertido por la Corte IDH, entonces hubiera tratado el planteo de la Comisión IDH y de los representantes de la víctima relativos a la violación al principio de legalidad contenido en el art. 9° de la CADH (que no trató por haber impuesto al Estado de Argentina el deber de brindar un recurso amplio contra una condena hoy inexistente).

Por otra parte, la supuesta existencia actual de la condena contra Mohamed la dio por probada (errónea e implícitamente) sin incorporar prueba alguna al respecto, a contrapunto con su decisión de no dar por probada la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina que mencionamos en el apartado anterior, relativa a los estándares en materia de prohibición de doble juzgamiento, a pesar de los elementos probatorios que considero abundantes para acreditarlos.

A su vez, la sentencia le impuso al Estado la obligación de publicar el resumen oficial de la sentencia y el texto íntegro de esta última.

Igualmente, lo condenó a pagar al señor Mohamed, en carácter de única víctima, una indemnización en dinero (50.000 dólares de los Estados Unidos de América en concepto de daño material e inmaterial y 3000 dólares del mismo Estado por gastos relacionados con la tramitación del caso ante la Comisión IDH).

Lo que no entiendo compatible con los fundamentos de la sentencia es la falta de imposición al Estado —como medida de no repetición—, de la obligación de prever, en sus distintas legislaciones procesales (nacional y provinciales) un recurso amplio contra la sentencia de condena y, en especial, contra la que se dicte en segunda instancia dejando sin efecto una absolución anterior o aumentando la pena impuesta en una anterior sentencia (aunque una legislación acorde con este fallo debiera, directamente, prohibir el dictado de una primera condena en segunda instancia o de una condena más severa en segunda instancia, debiendo ordenarse el reenvío para que otro tribunal juzgue el caso —al menos mientras la Corte IDH permita el recurso del acusador contra la sentencia absolutoria o contra la condena para lograr una pena mayor, a diferencia del planteo de los representantes de la víctima y de lo que personalmente pienso sobre el tema—).

Tampoco entiendo compatible con el contenido de la sentencia (en cuanto afirma un incumplimiento del Estado del deber general de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar la realización de la garantía judicial protegida por el art. 8.2.h de la Convención),<sup>(18)</sup> no haber asegurado la no repetición impidiendo que el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina pueda ser empleado para rechazar, sin fundamento, un recurso extraordinario al menos en los casos en los que no se respetó el derecho a interponer un recurso ordinario, accesible, eficaz y amplio contra una condena dictada, por primera vez, en segunda instancia.

Las anteriores apreciaciones se entienden si se repara en que la Corte IDH, en esta sentencia, declaró la responsabilidad internacional del Estado por violar el art. 8.2.h en función de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, el último de los cuales manda a que, cuando el derecho desconocido no estuviere garantizado por disposiciones legales, los Estados Partes deberán adoptar las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos tales derechos, entre las cuales se incluye la obligación de “dejar sin efecto leyes contrarias a la Convención Americana” o la de “adoptar legislación para proteger derechos consagrados en la Convención Americana”.<sup>(19)</sup>

.....

(18) Ver párr. 116.

(19) CEJIL, *Guía para Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Bs. As., Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007, p. 113.

### 3 | Consideraciones finales

En suma, la sentencia de la Corte IDH en el “Caso Mohamed vs. Argentina”, en cuanto condenó al Estado por violación al derecho al recurso previsto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, significó un importante avance en el reconocimiento del contenido de tal potestad del imputado, al reconocer que puede ser ejercido, con toda amplitud, contra la primera condena pronunciada en segunda instancia.

No obstante ello, hubiera sido deseable y necesario que ordenara al Estado la adopción de medidas legislativas encaminadas a evitar la reiteración de violaciones al mismo derecho, como la ocurrida en el presente caso.

Al mismo tiempo, si bien la sentencia obliga al Estado a compensar en dinero los daños materiales e inmateriales y los gastos del proceso, por otro lado le impone obligaciones de imposible cumplimiento (acordar un recurso contra una condena hoy inexistente —sin probar su aceptada existencia—), en base a lo cual no trató el reclamo de violación al principio de legalidad penal (producido por una condena por homicidio culposo que cita, como fuente legal de los deberes de cuidado, un decreto ley no vigente al momento del hecho juzgado).

A su vez, la sentencia rechazó el reclamo de violación al *ne bis in ídem* (que tuvo lugar por haberse condenado a quien había sido antes absuelto en un proceso regular), por entender que es legítimo revocar, en otra instancia del mismo proceso, una sentencia absolutoria —si es recurrida por el acusador—, a pesar de haber sostenido antes, con toda corrección y en opuesto sentido, que el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior es un derecho del imputado o condenado frente al poder punitivo del Estado (y no una prerrogativa de este último en contra del primero).

---





# Ausencia de responsabilidad del Estado

## Deberes de prevenir e investigar

CORTE IDH, "CASO CASTILLO GONZÁLEZ  
y OTROS vs. VENEZUELA", FONDO,  
SENTENCIA del 27 de NOVIEMBRE de 2012, SERIE C N° 255

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**<sup>(1)</sup>

En el "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela",<sup>(2)</sup> fallado en noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante, "la Corte"/"El Tribunal"/Corte IDH), determinó que Venezuela no había violado los derechos a la Vida, Integridad Personal, Garantías Judiciales y Protección Judicial, entre otros, en perjuicio de José Luis Castillo González (en adelante, "el Sr. Castillo") y sus familiares.

El caso se originó a partir de una petición de marzo de 2006, declarada admisible por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión"/"CIDH") en 2007. En 2010, atento que no había mediado cumplimiento de las recomendaciones vertidas en el Informe de Fondo que determinaba la responsabilidad de Venezuela, la Comisión envió el caso a la Corte.

.....

(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".

(2) Corte IDH, "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", Fondo, Serie C, N° 255, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

## I | Los hechos del caso

En primer término, la Corte enuncia las circunstancias generales en que se desarrollan los hechos del caso, destacando: a) los desplazamientos de colombianos que huyen de los conflictos armados y buscan refugio en Venezuela,<sup>(3)</sup> b) la situación de inseguridad imperante en la frontera colombiano-venezolana, determinada por la presencia de grupos armados colombianos,<sup>(4)</sup> y c) los atentados sufridos por campesinos, a partir de la Reforma Agraria implementada desde 2001.<sup>(5)</sup>

En ese contexto, el Sr. Castillo, abogado, se desempeñaba como asistente legal de refugiados víctimas del conflicto colombiano y de campesinos que promovían la recuperación de tierras. En agosto de 2003, mientras se dirigía a su casa acompañado por su esposa y su hijo, su automóvil fue baleado por personas que iban a bordo de una motocicleta. Como consecuencia de los disparos sufridos, el Sr. Castillo falleció, y sus familiares resultaron heridos.

La Corte dedica numerosos párrafos al relato del desarrollo de la investigación interna. En síntesis, vale referir que los sumarios fueron archivados por falta de prueba que solventara la acusación. Por otra parte, merece ser considerado que se manejó la hipótesis de que los atacantes eran paramilitares, según una serie de testimonios,<sup>(6)</sup> entre los que se cuentan las declaraciones de un presunto paramilitar y un guardia nacional venezolano, que refirieron que Castillo González era un “objetivo” a ultimar, a partir de su actividad defensora de los campesinos en conflicto con los ganaderos de la zona.<sup>(7)</sup> En esa misma línea, la Corte hace notar que, en 2007, un particular radicó una denuncia contra Alfonso Márquez, un alcalde venezolano, por ser el autor intelectual del ataque a la familia Castillo González. Este sujeto ya había sido sindicado por haber favorecido a los paramilitares en sus actividades contra el campesinado.

.....  
(3) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 35.

(4) *Ibid.*, párr. 36.

(5) *Ibid.*, párr. 37.

(6) *Ibid.*, párrs. 57 y 59.

(7) *Ibid.*, párrs. 59 y 60.

## 2 | Deberes de respetar y prevenir. Derechos a la vida, a la integridad personal y del niño<sup>(8)</sup>

La Corte analizó la eventual responsabilidad del Estado a partir de dos de sus tradicionales criterios de atribución: la supuesta participación o aquiescencia estatal en los hechos denunciados, y la alegada infracción al deber de **prevenir** por parte del Estado.

En relación con lo primero, la Comisión sostuvo que existían **elementos circunstanciales** (indicios y presunciones), que permitían inferir que agentes estatales habían tomado parte o prestado aquiescencia en el ataque contra el Sr. Castillo. Tales elementos implicaban fundamento suficiente de responsabilidad, según la Comisión, toda vez que la Corte ya les había otorgado peso probatorio en el precedente “Kaiwas Fernández vs. Honduras”.

La Corte reafirma su amplia competencia para apreciar y valorar la prueba,<sup>(9)</sup> sosteniendo que los indicios y presunciones pueden ser utilizados, **siempre que de ellos puedan referirse conclusiones consistentes sobre los hechos**.<sup>(10)</sup> Sin embargo, de los elementos acercados como prueba circunstancial —las deposiciones y la denuncia arriba mencionadas—, la Corte entiende que **no es razonable colegir** la responsabilidad del Estado por su aquiescencia o participación en los hechos ventilados.<sup>(11)</sup>

Por otra parte, la Comisión sostuvo que el Estado no había incumplido su deber de **prevenir**,<sup>(12)</sup> emanado de la obligación de **garantizar los**

(8) Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), firmada en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, Costa Rica, 1969. Arts. 4, 5 y 19.

(9) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 113; “Caso Ríos y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, N° 194, párr. 101, y “Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de mayo de 2010. Serie C, N° 213, párr. 66.

(10) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 113; Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, N° 4, párr. 130.

(11) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 115.

(12) *Ibid.*, párr. 101.

**derechos**, inserta en el art. 1 CADH, la cláusula que fija los criterios de atribución de responsabilidad en ese tratado. Para la CIDH, previamente al ataque, no existieron, respecto del Sr. Castillo, **amenazas, intimidaciones o situaciones de riesgo** frente a las cuales el Estado haya permanecido pasivo, circunstancia que habilitaría responsabilizarlo por no prevenir el ataque sufrido por la víctima.

Sin embargo, los representantes, basándose en numerosas publicaciones internacionales,<sup>(13)</sup> sostuvieron que el Estado sí había defraudado su deber de prevención, indicando que, en Venezuela, existía un **riesgo estructural** contra defensoras y defensores de derechos humanos.<sup>(14)</sup>

La Corte reitera que los defensores y defensoras de derechos humanos, en determinados contextos, pueden encontrarse en situación de vulnerabilidad, lo que reclama del Estado la adopción de medidas necesarias y razonables para garantizar su vida e integridad personal.<sup>(15)</sup> Ello, a partir

.....

(13) *Ibid.*, párr. 118: "...los representantes se remitieron al Informe de la Comisión Interamericana sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela del año 2003, las medidas cautelares dispuestas por la Comisión sobre refugiados colombianos en Venezuela, caratuladas: Manuel de Jesús Pinilla Camacho y otros, los Boletines 104 y 116 de PROVEA, así como el Informe Anual de PROVEA de 22 de noviembre de 2002, documentos en los que se da cuenta en general, por un lado, de la situación de los refugiados y el asesinato de al menos tres refugiados protegidos por las medidas cautelares y, por otro, de la aparición del sicariato con el consecuente aumento de asesinatos de 'dirigentes campesinos' para el período que comprende el informe (octubre de 2001-septiembre de 2002) en los que se mencionan los ataques y asesinatos ocurridos en su contra. Aludieron además al informe de la Defensoría del Pueblo de Venezuela de 2003, que enfatiza también la situación de los dirigentes campesinos (...). Por otra parte, la Comisión hizo referencia a su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela de 24 de octubre 2003, en el cual indicó que se tuvo noticia que defensores de derechos humanos habían recibido distintos tipos de ataques y actos de intimidación en su contra. Asimismo, se remitió al Informe Democracia y Derechos Humanos en Venezuela de 30 de diciembre de 2009, en el cual señaló que 'organizaciones venezolanas de derechos humanos han advertido con preocupación que por primera vez en la historia democrática de Venezuela se han registrado asesinatos y ejecuciones de defensores de derechos humanos', e hizo referencia a un informe de la Vicaría de Caracas, en cual se indica que se 'ha[n] llegado a documentar seis casos de violaciones del derecho a la vida de defensores de derechos humanos en Venezuela entre 1997 y 2007'. En dicho documento, entre otros, se menciona el atentado contra de José Luis Castillo...".

(14) *Ibid.*, párr. 117.

(15) *Ibid.*, párr. 124; "Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia", *supra*, párrs. 81/91, y "Caso Fleury y otros vs. Haití", Fondo y Reparaciones, Sentencia del 23 de noviembre de 2011, Serie C, N° 236, párrs. 79/82.

de que la labor de estas personas es **fundamental para la democracia y el fortalecimiento del Estado de Derecho.**<sup>(16)</sup>

No obstante ello, el Tribunal señala que, al momento de establecer la existencia de un patrón de violencia contra defensores y defensoras de derechos humanos, no debe perderse de vista la gravedad especial que implica la posibilidad de imputar al Estado una práctica de violaciones a derechos humanos.<sup>(17)</sup> En ese sentido, si bien hasta la propia Venezuela ha asumido que existe una **situación de inseguridad** en la zona donde ocurrieron los hechos, no se ha comprobado que las agresiones sufridas por defensores y defensoras de derechos humanos hayan constituido una práctica **generalizada y sistemática.**<sup>(18)</sup>

Además, la Corte, con cita de “Campo Algodonero”, refiere que el **requisito**<sup>(19)</sup> para determinar la responsabilidad del Estado por falta de prevención, es la previa constatación de un **riesgo real e inmediato** para la vida o integridad de un individuo determinado, conocido (o conocible) por el Estado. Ante ese riesgo, el Estado debe omitir las medidas de prevención que sean razonables. Vale aditar que la exigencia de este elemento (riesgo), tiene que ver con el hecho de que la responsabilidad del Estado no es **ilimitada**<sup>(20)</sup> pues, como ha sostenido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cabe ponderar las dificultades que presenta garantizar la seguridad en las sociedades modernas,<sup>(21)</sup> lo cual lleva a concluir que el deber de prevenir no puede exceder lo razonable, deviniendo en una carga **imposible o desproporcionada.**<sup>(22)</sup>

.....

(16) *Ibid.*; “Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, cit., párr. 87, y “Caso Fleury y otros vs. Haití, cit., párr. 80.

(17) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 125.

(18) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 127.

(19) *Ibid.*, 128.

(20) Corte IDH, “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, *supra*, párr. 123; y “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C, N° 205, párr. 280.

(21) Véase TEDH, “Osman vs. Reino Unido”, Sentencia del 28 de octubre de 1998. Reports: 1998-VIII, párr. 116.

(22) *Ibid.*

En el presente caso, la Corte encuentra que Venezuela, a partir de la situación de inseguridad mencionada, incrementó la vigilancia a través del establecimiento de un Comando Estratégico.

Además, por otro lado, no existieron amenazas respecto de Castillo González, lo cual implica que no se concretizó un riesgo **real e inmediato** a su respecto. Ese riesgo tampoco fue **notorio** pues no mediaron denuncias públicas que activaran el deber del Estado de proteger al Sr. Castillo.

En virtud del análisis apuntado, la Corte descartó la responsabilidad de Venezuela por la violación de los derechos a la Vida, Integridad Personal y del Niño, en relación a Castillo González y su familia.

### 3 | Deber de investigar. Garantías judiciales y protección judicial

Las alegaciones de la Comisión y los Representantes, en este sentido, versan sobre los siguientes puntos: 1) falta de seguimiento de líneas lógicas de investigación,<sup>(23)</sup> 2) omisión de la debida diligencia, entendida según los lineamientos del Protocolo de Naciones Unidas para la Investigación Legal de las Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias (Protocolo de Minnesota),<sup>(24)</sup> 3) plazo irrazonable de decisión,<sup>(25)</sup> 4) impunidad y violación del derecho a la verdad,<sup>(26)</sup> e 5) infracción del debido proceso al negar una adecuada participación de las víctimas,<sup>(27)</sup> etc.

La Corte hace notar que sólo estudiará el mérito de las medidas que el Estado efectivamente adoptó, y no entenderá sobre las diligencias que, según la Comisión y los Representantes, **deberían haberse realizado**. En ese sentido, la Corte recuerda que carece de competencia para sugerir la

---

(23) Corte IDH, "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", cit., párr. 135.

(24) *Ibid.*, 133.

(25) *Ibid.*, 135 y 138.

(26) *Ibid.*, 140.

(27) *Ibid.*, 139.

utilidad, procedencia u oportunidad de una medida de investigación:<sup>(28)</sup> no obstante ello, destaca que su competencia se amplía en este sentido, en aquellos casos en que la omisión de ciertas medidas resulte "...contraria a pautas objetivas, o irrazonable de modo manifiesto...".<sup>(29)</sup>

La Corte aplicará el **test de debida diligencia**<sup>(30)</sup> para evaluar la actuación del Estado en torno a su deber de investigar "...para satisfacer el Derecho de Acceso a la Justicia...".<sup>(31)</sup> Al hacerlo, recalca, **no sustituye** al Estado en esa función, sino que decide "...si el actuar de un órgano del Estado (...) constituye o no un ilícito internacional a la luz de lo dispuesto en la Convención".<sup>(32)</sup>

Tras valorar **en conjunto** la investigación, la Corte determina que ésta ha sido conducida de modo **razonable**.

Según surge del análisis apuntado por la Corte, al momento de realizar la valoración referida, debe considerarse, en primer término, que la obligación de investigar es una **de medios** y no de resultados. Además, debe tenerse en cuenta lo previamente analizado, esto es, que la Corte carece de competencia para decidir **qué medidas debió tomar el Estado**.<sup>(33)</sup>

Por último, ha de ponderarse el hecho que debió ser investigado y, fundamentalmente, si la entidad o gravedad de las omisiones y/o dilaciones en la investigación, es suficiente como para determinar la responsabilidad internacional del Estado.<sup>(34)</sup>

En ese sentido, para la Corte, las omisiones y falencias no resultaron suficientes para atribuir responsabilidad al Estado por violación de su deber de investigar, y de sus obligaciones de proveer garantías y protección judiciales.<sup>(35)</sup>

.....

(28) *Ibid.*, 153.

(29) *Ibid.*

(30) *Ibid.*, 160.

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*

(33) Corte IDH, "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", cit., párr. 161.

(34) *Ibid.*

(35) *Ibid.*, párr. 162.



En otro orden de ideas, la Corte señala que el archivo de la causa por falta de prueba no puede considerarse violatorio de la Convención, por cuanto esa decisión depende de una valoración de la prueba realizada por el agente estatal. En ese sentido, la Corte señala que lo traído a su decisión parece ser una digresión entre los peticionarios, la Comisión y el Estado, sobre la valoración de la prueba disponible en sede interna (a saber, si existieron o no elementos suficientes para proseguir el trámite). La Corte ya se ha pronunciado sobre el punto,<sup>(36)</sup> diciendo que no puede dirimir esos conflictos, a no ser que estén involucrados con el cumplimiento (o no) de obligaciones internacionales. Por otra parte, además, el hecho de que se haya dictado el archivo de la causa por falta de prueba no implica que se clausure la investigación, toda vez que ésta puede ser reabierta cuando existan nuevos elementos de juicio que lo ameriten. Máxime, se hace notar que los peticionarios no cuestionaron el auto de archivo, teniendo posibilidades de hacerlo.

Por último, sin demasiados desarrollos, la Corte rechaza que se haya negado participación en el proceso a la familia del Sr Castillo,<sup>(37)</sup> o que el plazo de decisión fuera irrazonable.<sup>(38)</sup> En esa misma línea, considera que no corresponde pronunciarse sobre la alegada violación al Derecho a la Verdad, en razón de toda su argumentación previa, de la cual surge que el Estado no es responsable por violaciones a la Convención Americana.<sup>(39)</sup>

## 4 | Consideraciones finales

En el fallo analizado, la Corte ha volcado con docencia algunos de sus clásicos conceptos sobre atribución de responsabilidad en el marco de la Convención Americana.

En primer término, frente a la pretensión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de atribuir responsabilidad a partir de in-

(36) Corte IDH, "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", cit., párr. 163; "Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil", Excepciones Preliminares y Fondo, Sentencia del 28 de noviembre de 2006, Serie C, N° 161, párr. 80, y "Caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador", Excepción Preliminar y Fondo, Sentencia del 3 de septiembre de 2012. Serie C, N° 247, párr. 102.

(37) Corte IDH, "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", cit., párr. 171.

(38) *Ibid.*, párr. 166.

(39) *Ibid.*, párr. 172.

dicios y presunciones, según lo dicho en “Kawas Fernández”,<sup>(40)</sup> (donde Honduras fue condenada a partir de pruebas de este tipo), la Corte se mostró conservadora.

Según el Tribunal, la diferencia entre ambos casos radica en el hecho de que “...el cúmulo de elementos [probatorios] (...) era cualitativamente diverso...”.<sup>(41)</sup>

En este sentido, si bien la doctrina de “Kawas” resulta acertadamente protectoria de los derechos consagrados por la Convención Americana, la invocación de la misma sólo puede ser exitosa en aquellas situaciones donde los indicios son de una entidad tal que permitan inferir la responsabilidad por participación o aquiescencia, sin que el Estado pueda desvirtuarlos.<sup>(42)</sup>

Por otro lado, la Corte ha desestimado el planteo de los representantes (no compartido por la CIDH), que invocaba un “**riesgo estructural**” padecido por los defensores y defensoras de derechos humanos en Venezuela. Este argumento sostenía que la **teoría del riesgo objetivo** —aquella que utiliza la Corte, que exige un **riesgo real e inmediato** para las víctimas—, podía resultar “...limitante para la efectiva protección del derecho a la vida...”.<sup>(43)</sup> Según esta posición, no era necesario detectar una amenaza directamente dirigida al Sr. Castillo, para entender que el Estado, al ignorarla, habría violado el deber de prevenir: bastaba el hecho de que existiera un **riesgo estructural**, es decir, una supuesta situación general de riesgo, respecto de todas las personas como Castillo González.

Este argumento, que, considero, podría gozar de gran solvencia en otras situaciones, no aplicó en el caso estudiado, por cuanto el supuesto **riesgo estructural**, no refería a una práctica **sistemática** o **generalizada** dirigida contra los defensores y defensoras de derechos humanos. Cabe referir que la Corte reforzó este aserto a partir de una de las publicaciones de

(40) Corte IDH, “Caso Kawas Fernández vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C, N° 196.

(41) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., cita a pie de página n° 61.

(42) Corte IDH, “Caso Kawas Fernández vs. Honduras”, cit., párr. 97.

(43) Corte IDH, “Caso Castillo González y otros vs. Venezuela”, cit., párr. 140.

la Comisión Interamericana citadas por los Representantes,<sup>(44)</sup> donde se expresaba que "...esta situación [en contra de defensores] no constitu[ía] una práctica general...".<sup>(45)</sup>

Finalmente, la Corte superpuso el análisis de la pretendida violación al deber de investigar en relación con los derechos a la Vida y la Integridad Personal, con el estudio de los agravios relativos a los arts. 8 y 25 CADH. En ese sentido, se preocupó de destacar que su función no es la de estudiar el mérito de lo actuado en los tribunales internos, como si se tratara de una Alzada extraordinaria.

Por otra parte, la Corte utilizó un elemento de evaluación ciertamente novedoso que remite a valoraciones de corte subjetivo, lo cual invita a estudiar sus alcances. Éste es el de la **suficiente gravedad o entidad de las omisiones o dilaciones en las investigaciones.**

---

(44) CIDH, "Situación de defensores de derechos humanos" (Capítulo II. B.), en *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, OEA/Ser.LV/II.118. Doc. 4 rev. 1, 24 de octubre de 2003.

(45) CIDH, "Situación de defensores de derechos humanos" (Capítulo II. B.), en *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela*, cit., en Corte IDH, "Caso Castillo González y otros vs. Venezuela", cit., párr. 121.

# Justicia reproductiva

CORTE IDH, "CASO ARTAVIA MURILLO y OTROS (FERTILIZACIÓN *IN VITRO*) vs. COSTA RICA", EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO, REPARACIONES y COSTAS, SENTENCIA del 28 NOVIEMBRE de 2012, SERIE C N° 257

por **SABRINA CARTABIA GROBA**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

En los últimos años la CIDH ha resuelto casos en los que la violación de los DDHH de las mujeres ha sido central. Por medio de la jurisprudencia comenzó a delinearse un marco regional de protección y reconocimiento de derechos que ha tenido un impacto relevante en colocar temas invisibilizados en la agenda pública de los Estados miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos que incumplían y desprotegían a dicho grupo poblacional. Estos casos son "González y otras ('Campo algodónero') vs. México", "Fornerón e Hija vs. Argentina", "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", y "Gretel Artavia Murillo y otros v. Costa Rica (Fecundación *in vitro*)".

Todos ellos buscan remover barreras y obstáculos que les impiden a las mujeres la plena realización de sus planes de vida buscando el cambio dentro de diseños institucionales y estatales signados por el patriarcado y la heteronorma.

El caso en el cual nos concentraremos en esta oportunidad es "Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación *in vitro*)", pues su argumentación, además de brindar respaldo al derecho al acceso a la FIV, orbita

.....

(1) Abogada, Diploma de Honor (UBA).

alrededor de puntos de interés en relación con la gran deuda pendiente en derechos humanos que ostentan la inmensa mayoría de los estados de la región: la legalización del aborto,<sup>(2)</sup> más aun si tenemos en cuenta que hay países que no permiten el aborto en ningún caso, ni aún cuando se encuentre en peligro la vida de la gestante como Chile, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana.

## 2 | El fallo “Artavia Murillo”

El 28 de noviembre de 2012 la Corte IDH decidió que la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual por medio de una interpretación absoluta del derecho a la vida<sup>(3)</sup> contenido en el art. 4.1 de la Convención Americana declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N° 24029-S. Este regulaba la técnica de Fecundación *In Vitro* (FIV) en el país, lo cual implicó que se prohibiera esta

(2) De los 194 países (2013) que existen en el mundo, 57 permiten el aborto a demanda, es decir el 29% de los países que representa al 62% de la población femenina mundial:

- África: Sudáfrica y Túnez.
- América, Canadá, USA; Groenlandia; DF; Cuba; Puerto Rico; Guyana; Guayana Francesa; Uruguay.
- Oceanía: Australia.
- Europa: Noruega; Suecia; Estonia; Lituania; Letonia; Bielorusia; Ucrania; Moldavia; Rumania; Bulgaria; Yugoslavia; Grecia; Serbia; Bosnia; Croacia; Hungría; Eslovenia; Italia; Albania; Austria; Eslovaquia; Rep. Checa; Alemania; Suiza; Bélgica; Holanda; Francia; España; Portugal; Mónaco; Rusia.
- Asia: Turquía; Georgia; Armenia; Kazajstán; Uzbekistán; Turkmenistán; Azerbaiján; Tazajistán; China; Mongolia; Nepal; Vietnam; Camboya; Corea del Sur.

(3)“(...) la Sala Constitucional manifestó que “[l]a normativa internacional [...] establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana”, para lo cual citó el art. 1 de la Declaración Americana, el art. 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 4 de la Convención Americana. Respecto al art. 4 de la Convención, la Sala consideró que “[e]ste instrumento internacional da un paso decisivo, pues tutela el derecho [a la vida] a partir del momento de la concepción [, además s]e prohíbe tajantemente imponer la pena de muerte a una mujer en estado de gravidez, lo que constituye una protección directa y, por ende, un reconocimiento pleno de la personalidad jurídica y real del no nacido y de sus derechos”. También la Sala hizo referencia al art. 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre este punto, la Sala concluyó que “[l]as normas citadas imponen la obligación de proteger al embrión contra los abusos a que puede ser sometido en un laboratorio y, especialmente del más grave de ellos, el capaz de eliminar la existencia”. CortelDH, “Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica (Fecundación *in vitro*)”, consid. 75.

práctica en el país. Se declaró a Costa Rica responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación, consagrados en los arts. 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el art. 1.1 de la Convención Americana.

La Sala Constitucional había basado su decisión en la consideración de que el embrión es un ser humano desde el momento de la concepción y que por tal razón ostenta un derecho absoluto a la vida con base en el Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución local, invisibilizando completamente el estatus de derechos humanos que tienen los derechos sexuales y reproductivos. La CIDH rebate estos argumentos dejando sin efecto la prohibición.

### 3 | La importancia en torno a la legalización del aborto

En primer lugar el hecho de que por primera vez la CIDH se haya pronunciado respecto a cuál es la interpretación correcta que se le debe otorgar a la protección a la vida que establece el art. 4.1 del Pacto, aclara muchas de las dudas que existían frente a la compatibilidad de la norma con legislaciones permisivas del aborto.

La Corte utiliza a lo largo de la sentencia diversos precedentes para asentar esta posición en los que se encontraba en juego el derecho y acceso al aborto en diversos países y regiones: Comité CEDAW, "L.C vs. Perú"; Comité de DDHH, "K. L vs. Perú" y "L. M. R. vs. Argentina"; TEDH, "Paton vs. Reino Unido", "V. O. vs. Francia", "R. R. vs. Polonia", "A., B. y C. vs. Irlanda", "R. H. vs. Noruega" y Boso vs. Italia; Corte Suprema de Estados Unidos, "Roe vs. Wade" y "Doe vs. Bolton"; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Baby Boy vs. Estados Unidos"; Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, "F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva"; Tribunal Constitucional de España, Sentencia de Recurso Previo de Constitucionalidad 53/1985; Corte Constitucional Alemana BVerfG 88; y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad 146/2007.

En estas sentencias se ha buscado generar un balance proporcional entre el interés estatal que existe por proteger la vida en gestación y los derechos de las mujeres, “donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre” (consid. 260).<sup>(4)</sup>

Entonces, al entender que “La maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres” (consid. 230), la Corte considera que “la decisión de ser o no madre es parte del derecho a la vida privada” (consid. 231), reconociendo que este derecho se vincula con: la autonomía reproductiva (art. 16 EDAW) y el acceso a los servicios de salud reproductiva que involucra la tecnología médica necesaria para que el ejercicio efectivo.

La vulneración ocurre cuando se obstaculizan los medios a través de que una mujer puede controlar su fecundidad. La falta de salvaguardas para con la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva, pues existe una conexión entre autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica (consids. 146 y 147).

.....

(4) En el ámbito europeo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Alemania, resaltando el deber general del Estado de proteger al no nacido, ha establecido que “[l]a protección de la vida, (...) no es en tal grado absoluta que goce sin excepción alguna de prevalencia sobre todos los demás bienes jurídicos”, y que “[l]os derechos fundamentales de la mujer (...) subsisten de cara al derecho a la vida del nasciturus y consecuentemente han de ser protegidos”. Asimismo, según el Tribunal Constitucional de España, “[l]a protección que la Constitución dispensa al ‘nasciturus’ (...) no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto” (consid. 261).

Por su parte, en la región, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha señalado que “[e]s razonable y lógico que un Estado, en un determinado momento, proteja otros intereses [...] como por ejemplo los de la potencial vida humana”, lo cual debe ser ponderado con la intimidad personal de la mujer —la cual no puede entenderse como un derecho absoluto— y “otras circunstancias y valores”. De otra parte, según la Corte Constitucional de Colombia, “[s]i bien corresponde al Congreso adoptar las medidas idóneas para cumplir con el deber de protección de la vida (...) esto no significa que estén justificadas todas las que dicte con dicha finalidad, porque a pesar de su relevancia constitucional la vida no tiene el carácter de un valor o de un derecho de carácter absoluto y debe ser ponderada con los otros valores, principios y derechos constitucionales”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado que ni de la Declaración Americana ni de la Convención Americana se deriva algún mandato por el que corresponda interpretar, de modo restrictivo, el alcance de las normas penales que permiten el aborto en ciertas circunstancias, “por cuanto las normas pertinentes de estos instrumentos fueron expresamente delimitadas en su formulación para que de ellas no se derivara la invalidez de un supuesto de aborto” como el previsto en el Código Penal argentino” (consid. 262).

La Corte IDH, como intérprete última del Pacto de San José de Costa Rica, para resolver este caso precisó el alcance que tienen la protección a la vida en el art. 4.1 considerando las fuentes de Derecho Internacional pertinentes, pues las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance se debe girar en función del sistema jurídico al cual pertenecen, debe considerarse todo el derecho internacional de los derechos humanos, que abarca no solo al sistema interamericano (Convención y Declaración Interamericana), sino también el universal (Declaración Universal de los derechos humanos, el PIDCP, la CEDAW, la CDN), el europeo y el africano.

Por otra parte la Corte IDH sostiene que el principio general del derecho que establece que las normas deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana (consid. 263), así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.<sup>(5)</sup>

La Corte IDH observa que el concepto “persona” encuentra su definición anclada en las menciones que el tratado hace respecto a la “concepción” y al “ser humano”, asentando que la Sala Constitucional optó por una de las posturas científicas sobre el tema, cuando un óvulo es fecundado por un espermatozoide, para decidir en qué punto comienza la vida y la titularidad de un derecho. Respecto a dicho punto, la Corte IDH expresó que:

“se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena, por lo tanto le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Pero no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten” (consid. 185).

(5) “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”.



Por otra parte entienden que “el término ‘concepción’ no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...)” (consid. 187). El término “concepción” solo aplica desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual no procede aplicar el art. 4 de la Convención Americana. “La expresión ‘en general’ permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones” (consid. 189).

En relación con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, se resalta que el Comité de DDHH no se ha expresado sobre el derecho a la vida del no nacido ni en la observación general 6 (derecho a la vida), ni en la 17 (derechos del niño); pero, por el contrario, en sus observaciones finales a los Estados sí ha señalado que se viola el derecho a la vida de las mujeres, niñas y adolescentes cuando las leyes restringen el acceso al aborto obligándolas a recurrir a un aborto inseguro, exponiéndolas a morir.<sup>(6)</sup>

El fallo “Artavia Murillo” reconoce la centralidad que tiene en la vida de las mujeres la reproducción, entendiendo que la falta de recursos económicos no puede ser un obstáculo para el acceso a los derechos sexuales y reproductivos. Por otra parte, la cuestión no reproductiva ligada al acceso a anticoncepción y aborto deben ser reconocidos como derechos con los mismos argumentos que se dan en la sentencia, y una muestra es esto es que las citas jurisprudenciales que se usan para argumentar son de casos de aborto.

(6) A manera de ejemplo, Comité de Derechos Humanos ha emitido las siguientes observaciones finales en este sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolivia, § 22, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Add.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Ecuador, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.92 (1998); Gambia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc. CCPR/C/HND/CO/1 (2006); Kenia, § 14, UN Doc. CCPR/CO/83/KEN (2005); Kuwait, §§ 9, CCPR/CO/69/KWT (2000); Lesotho, § 11, UN Doc. CCPR/C/79/Add.106 (1999); Islas Mauricio, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marruecos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguay, § 10, UN Doc. CCPR/C/PRY/CO/2 (2006); Perú, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.72 (1996); Perú, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polonia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República de Tanzania, § 15, UN Doc. CCPR/C/79/Ad.97 (1998); Trinidad y Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), y Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002).

Sumado a que se destaca que el art. 4.1 de la Convención Interamericana protege la vida “en general” desde el momento de la concepción, implica que es acorde al marco de los derechos humanos, que las legislaciones contemplen el derecho al aborto y a la FIV, como dos caras de la misma moneda, es decir, de la justicia reproductiva. Siendo claro que tanto la prohibición de la fecundación *in vitro* como del aborto genera vulneraciones de derechos, pues ambas privaciones afectan en forma desproporcionada a las mujeres debido a que existen prejuicios y estereotipos sociales enlazados con la maternidad que las hacen objeto de discriminación, pues según el imaginario social son estas las que dan origen a la familia (consid. 295). En este sentido valen las reflexiones de Frug:

“Las normas jurídicas permiten y, en ocasiones, ordenan la maternalización del cuerpo femenino. Esto se da a través de disposiciones que recompensan a las mujeres por asumir completamente la responsabilidad de los hijos después del parto y con aquellas que penalizan conductas —tales como la sexualidad o el trabajo en el mercado laboral— que entren en conflicto con la maternidad. La maternalización se da también a través de normas tales como las restricciones al aborto que obligan a las mujeres a convertirse en madres, y a través de normas de derecho de familia que favorecen a las madres sobre los padres. Otro significado de ‘cuerpo femenino’ es, entonces, un cuerpo ‘para’ la maternidad. El discurso jurídico apoya este significado”.<sup>(7)</sup>

Entonces “el sufrimiento personal de la mujer infecunda es exacerbado y puede conducir a la inestabilidad del matrimonio, a la violencia doméstica, la estigmatización e incluso el ostracismo” (consid. 296), siendo producto de estos prejuicios sociales que muchos médicos y tribunales den prevalencia a la existencia de los embriones por sobre la salud y derechos de las mujeres.

Las mismas razones y conclusiones son aplicables en torno al aborto, pues el peso simbólico que tiene el mito de la protección absoluta de la vida del por nacer puede ser contrapuesto a la visibilización de las conductas

.....

(7) FRUG, MARY J., “Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno (versión inconclusa)”, en AAVV, *Crítica Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2005.

que se llevan adelante en nombre de buscar dicha protección, que ha demostrado ser ineficiente, pues las mujeres no dejan de abortar por la prohibición. Dichas prácticas son contrarias a la dignidad y los derechos humanos, mucho más condenables por el impacto negativo que tiene sobre la vida y la libertad de personas reales, ya nacidas y verdaderas titulares de derechos, en contrapartida con una supuesta protección del valor de la vida del por nacer. Esto se ve con particular énfasis en el caso de los abortos no punibles, es decir, aquellos que están autorizados por el art. 86 del Código Penal Argentino. Aun en casos extremos, como el de peligro para la vida de la mujer, los médicos se resisten a realizar la interrupción del embarazo. Un buen ejemplo de esto es el caso "Requerimiento de Instrucción Fiscal N° 1 referido a la muerte de Ana María Acevedo".<sup>(8)</sup> En la provincia de Santa Fe, Argentina, en 2007, se le negó a una mujer embarazada y enferma de cáncer de mandíbula el tratamiento que requería su patología (terapia de rayos) pues causaría problemas al feto. Para el caso en cuestión, lo recomendado era la interrupción del embarazo. Ana María falleció por el desarrollo de la enfermedad. En un sistema donde se respeten los derechos de las mujeres y donde todos los miembros de la comunidad legal apliquen y conozcan las obligaciones que el Estado asumió en relación con nuestra protección, este caso nunca hubiera existido, porque los médicos intervinientes jamás hubieran dudado respecto del derecho a la atención médica y a la vida que tenía Ana María. Se nos presenta como ridículo que los profesionales de la salud se encontraran más convencidos de su obligación de resguardar la vida del feto que del deber de salvar la vida de Acevedo. Por otra parte, de la encuesta realizada por el Ministerio de Salud de la Nación en 2004 para evaluar la calidad de los servicios de las maternidades públicas, el 9% de las maternidades del país que respondieron la encuesta indicaron que realizaban los legrados sin anestesia,<sup>(9)</sup> indicador inequívoco de la violencia institucional a la que se enfrentan las mujeres en situación de aborto. Si a esto se suma un estudio realizado por el Instituto de Género, Derecho y Desarrollo (INSGENAR), allí también se reportó la prevalencia de estas prácticas a partir de un relevamiento cualitativo de testimonios de mujeres en situación de exclusión, atendidas en los hospitales de Rosario. Algunos

(8) ELA (EQUIPO LATINOAMERICANO DE JUSTICIA y GÉNERO), Observatorio de sentencias judiciales, [en línea], [www.ela.org.ar](http://www.ela.org.ar), OSJ, Fallo: 566.

(9) LOMUTO, CRISTINA y NIGRI, CISTINA, "Maternidades públicas argentinas: ¿cumplen las condiciones esenciales de funcionamiento?", Dirección Nacional de Maternidad e Infancia, Bs. As., 2004.

de los testimonios relevados son elocuentes: “si saben que te hiciste un aborto te hacen el raspaje en carne viva”, o “no, querida, ahora aguántatela, mamá. Mirá, ahora vienen acá y quieren que no les duela”.<sup>(10)</sup>

La Corte IDH reconoce que

“El impacto de la incapacidad fértil en las mujeres suele ser mayor que en los hombres, porque (...) la maternidad les ha sido asignada como parte fundante de su identidad de género y transformada en su destino” (consid. 298).

“Estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional” (consid. 302).

Por otra parte la Corte IDH toma el argumento de la mayor protección que le otorgan las constituciones nacionales al derecho a la vida desde la concepción, que deriva en una defensa absoluta de la persona por nacer, impidiendo tanto la FIV como el aborto, y establece que:

“no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada ‘protección más amplia’ en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (consid. 259).

(10) JURADO, MARÍA y ARMICHIARDI, SAMANTHA, “Con todo al aire. Reporte de derechos humanos sobre la atención en salud reproductiva en hospitales públicos”, (INSGENAR/CLADEM), 2003.

De esta manera deja en claro que las protecciones absolutas a la vida, que no se corresponden con el marco legal internacional de los DDHH, pueden generar violaciones a los derechos de las personas reconocidos en las convenciones al generar obligaciones supererogatorias y desproporcionadas.

## 4 | Consideraciones finales

Por primera vez la Corte IDH se expresa sobre el derecho a la vida, tendiendo un puente argumental relacionado con el derecho al aborto. Este es un tema de gran relevancia en la región. Según la Organización Mundial de la Salud, en 2008, el 12% de todas las muertes maternas en América Latina y el Caribe (1,100 en total) se debieron a abortos inseguros.<sup>(11)</sup> Anualmente se practican en América Latina 4.4 millones de abortos, de los cuales se estima que el 95% son inseguros. Encuestas realizadas a profesionales de la salud conocedores del tema en Colombia, Guatemala, México y Perú, establecen que las mujeres que buscan abortos comúnmente recurren a proveedores tradicionales o comadronas, quienes emplean técnicas inseguras, o a médicos o enfermeras, que generalmente proveen servicios más seguros. Algunas mujeres tratan de autoinducirse el aborto usando otros métodos peligrosos, o medicamentos comprados a farmacéuticos u otros proveedores. El aborto con medicamentos, usualmente basado en misoprostol obtenido de una variedad de fuentes, es cada vez más común en toda la región y ha aumentado la seguridad de los procedimientos clandestinos. Pero frente a las complicaciones que pudieran surgir se retrasa la búsqueda de auxilio médico por existir temor al maltrato, denuncia y estigmatización de los miembros de los servicios de salud. Entonces las mujeres en desventaja recurren a métodos inseguros y a proveedores inadecuadamente capacitados.<sup>(12)</sup>

Artavia Murillo no es un fallo que solo habla de reproducción, también sienta las bases para la legalización del aborto con argumentos de derechos humanos en la región, dejando claro que el interés estatal en la protección de la vida en gestación nunca puede ser superior a los derechos que detentan niñas, adolescentes y mujeres en la región. Es un gran avance que sitúa la discusión sobre el aborto en un nuevo escenario.

(11) WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), *Unsafe Abortion: Global and Regional Estimates of the Incidence of Unsafe Abortion and Associated Mortality in 2008*, 6<sup>th</sup> ed., Geneva, WHO, 2011.

(12) INSTITUTO GUTTMACHER, "Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe", [en línea] <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Evidencia/Estadistica/Guttmacher2012-AL.pdf>

# Desaparición forzada de personas

CORTE IDH, "CASO GARCÍA y FAMILIARES vs. GUATEMALA",  
FONDO, REPARACIONES y COSTAS,  
SENTENCIA del 29 de NOVIEMBRE de 2012

por **CAROLINA CASANOVA**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

El día 18 de febrero de 1984, el Sr. Edgar Fernando García, habría sido desaparecido de manera forzada, en el marco de un conflicto armado interno que tuvo lugar en Guatemala entre los años 1962 y 1996.<sup>(2)</sup>

En el mes de octubre del año 2000, los familiares del Sr. Edgar Fernando García, sin conocer dato alguno respecto de su paradero, y luego de haber intentado obtener respuesta por parte de la Justicia guatemalteca, se unen al "Grupo de Ayuda Mutuo" (en adelante, "GAM") y realizan la petición inicial ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "la Comisión").

El 21 de octubre del año 2006, la Comisión aprobó el Informe de Admisibilidad y, cuatro años más tarde, en octubre del 2010, de conformidad con lo

.....

(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".

(2) Corte IDH, "Caso García y Familiares vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de noviembre de 2012, Serie C, N° 258, p. 4, párr. 2.

dispuesto por el art. 50 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”), redactó el Informe de Fondo N°117/10, que fue transmitido al Estado de Guatemala en noviembre del mismo año.

En enero del año siguiente, el Estado responde dicho Informe, haciendo saber a la Comisión las medidas de reparación que ya se habrían adoptado. Sin perjuicio de ello, y por considerar que las medidas resultaban insuficientes a fin de garantizar verdadera justicia, la Comisión procedió a presentar su escrito de sometimiento del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte”).

Para la Comisión, de acuerdo al Informe de Fondo, debían ser consideradas como presuntas víctimas el Sr. Edgar Fernando García (desaparecido), su esposa —la Sra. Nineth Varenca Montenegro Cottom—, su hija —la Sra. Alejandra García Montenegro— y su madre —la Sra. María Emilia García—. En el escrito de sometimiento del caso ante la Corte, la Comisión requiere que, de forma adicional, se tenga como presuntas víctimas al Sr. Mario Alcides Polanco Pérez (quien había sido nombrado como representante de la familia del Sr. García) y la Sra. Andrea Polanco Montenegro, hija de Nineth Montenegro Cottom.<sup>(3)</sup>

El Estado de Guatemala realizó un reconocimiento parcial respecto de las violaciones alegadas por la Comisión y por las presuntas víctimas. Al mismo tiempo, señaló al Tribunal que, a su parecer, no se habían agotado los recursos de la jurisdicción interna, lo que motivaba la interposición de una excepción preliminar. Dos días antes de la celebración de la Audiencia Pública fijada por la Corte, el Estado guatemalteco hace saber que ha llegado a un acuerdo con los representantes de las víctimas, en lo que respecta a las medidas de reparación.<sup>(4)</sup>

## 2 | Análisis de la Corte IDH

En vistas de que las violaciones alegadas en el presente caso se sucedieron mucho tiempo antes de que la República de Guatemala ratificara la Convención y reconociera la competencia contenciosa de la Corte, el

---

(3) *Ibid.*, párrs. 1, 3 y 4.

(4) *Ibid.*, Capítulo II: “Procedimiento ante la Corte”, párrs. 5/12.

Tribunal se vio obligado a realizar una observación en lo que respecta a la cuestión de competencia.

En palabras de la Corte, ya se habría estipulado en otros casos que cuando un Estado realiza un reconocimiento parcial de la responsabilidad, está estableciendo la inexistencia de un límite temporal para la actuación de la Corte en ese caso.<sup>(5)</sup>

Hecha esta salvedad, y antes de comenzar con el análisis de fondo del caso, el Tribunal hace un alto para resolver dos situaciones que habían generado controversia entre las partes.

En primer lugar, la Corte se manifiesta respecto de la excepción preliminar solicitada por el Estado de Guatemala, donde puso de manifiesto que no se habrían agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. El mismo Estado que había solicitado la excepción previa la retiró durante la Audiencia Pública, y luego la reiteró en los alegatos finales. El Tribunal entiende que la solicitud de una excepción previa es una facultad del Estado, y que puede retirarla en el momento en que lo desee. No obstante ello, hace saber que, de acuerdo a la práctica jurídica internacional y a su propia jurisprudencia, no es posible que una de las partes, habiendo adoptado una posición que redunde en su deterioro o en beneficio de la contraria, vuelva a la postura original, en virtud del principio de *estoppel*.<sup>(6)</sup>

En segundo lugar, hace referencia al intento de la Comisión de contemplar como presuntas víctimas al Sr. Mario Alcides Polanco Pérez y a la Sra. Andrea Polanco Montenegro, los cuales no se encontraban identificados en la petición inicial. Mantiene entonces su criterio de que tan sólo podrán ser parte aquellas presuntas víctimas que hubiesen sido señaladas y fehacientemente identificadas en su debida oportunidad, es decir, al momento de redactar el Informe de Fondo del caso.<sup>(7)</sup>

(5) Corte IDH, "Caso García y Familiares vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, cit., p. 4, párrs. 25/27.

(6) Ver "Caso Neira Alegría y otros vs. Perú", Excepciones Preliminares, sentencia del 11 de diciembre de 1991, Serie C, N° 13, párr. 29, y "Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C, N° 250, párr. 25.

(7) Corte IDH, "Caso García y Familiares vs. Guatemala", Fondo, Reparaciones y Costas, cit., p. 4, párrs. 30/37.



Finalizadas estas observaciones previas, la Corte establece la necesidad de actuar no sólo respecto de los hechos controvertidos —aquéllos que no fueron reconocidos por el Estado— sino también con el objeto último de velar por que los acuerdos realizados entre las presuntas víctimas y el Estado cumplan con los estándares de justicia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, señalando que, de esta forma, se preserve la memoria histórica y se evita la repetición de hechos semejantes.

El Tribunal entiende y hace saber que no existe controversia respecto de la responsabilidad del Estado por la desaparición forzada del Sr. García. En primer lugar, porque el Estado así lo ha reconocido en su totalidad; y, en segundo lugar, porque el nombre del Sr. García fue encontrado tanto en el “**Diario Militar**”<sup>(8)</sup> como en el “**Archivo Histórico de la Policía Nacional**”.<sup>(9)</sup>

En su reconocimiento de responsabilidad, el Estado aceptó los hechos ligados a la violación de los arts. 3° (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4° (Derecho a la Vida), 5° (Derecho a la Integridad Personal), y 7° (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención en relación con el art. 1° 1. (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del Sr. García. Adicionalmente, reconoció la violación del art. I, literal (a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,<sup>(10)</sup> en perjuicio de la víctima, ya que se incumplió con la obligación de no tolerar ni permitir

.....

(8) El **Diario Militar** es un documento emanado por alguna de las fuerzas de inteligencia militar de Guatemala que fue dado a conocer por una ONG de Estados Unidos, obtenido de manera extraoficial, pero tenido como prueba fundamental en el presente caso. Allí se encontraban nombres de ciudadanos guatemaltecos que habrían sido víctimas de detenciones y/o torturas durante el proceso, detallando además las acciones que se habrían tomado con cada uno de ellos. Las pruebas periciales realizadas constataron su veracidad, y el Estado de Guatemala no desconoció dicho documento.

(9) El **Archivo Histórico de la Policía Nacional** fue hallado de manera accidental, en el año 2005, por empleados de la Procuraduría de Derechos Humanos. En estos documentos, se detallaban las acciones llevadas a cabo por la Policía entre los años 1882 y 1997. Contenía planes militares y operaciones contrainsurgentes, además de fichas políticas de cientos de ciudadanos. Su existencia había sido negada por el Estado antes de su aparición. Para la Corte, toda la información allí contenida avala y complementa lo hallado en el **Diario Militar**.

(10) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General. Artículo I, literal (a): “No practicar, no permitir, ni tolerar la desaparición forzada de personas, ni aun en estado de emergencia, excepción o suspensión de garantías individuales”.

la desaparición forzada de personas, pero desconoció la violación del art. II de la misma Convención.<sup>(11)</sup>

La Corte se manifiesta, en este punto, a favor de lo alegado por los representantes, pues, como ya lo ha dicho en otros casos, la desaparición forzada es entendida como una violación continua de derechos, que se perpetúa en el tiempo y que trae consigo la violación de muchos otros derechos, también protegidos por la Convención.<sup>(12)</sup>

Concluye entonces que el Estado es responsable por la violación de los arts. 3º, 4º, 5º, y 7º de la Convención en relación con la obligación de respeto dispuesta en el art. 1º 1. de la misma, así como también por la violación del art. Iº, literal (a) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio de la víctima. Respecto del art. II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada,<sup>(13)</sup> la Corte manifiesta que, como lo viene sosteniendo hasta ahora, no se trata de una obligación, sino más bien de una definición del término “Desaparición Forzada”; por lo tanto, se despacha a favor del Estado, haciendo saber que resulta improcedente.<sup>(14)</sup>

La Corte examina además, la responsabilidad del Estado por la violación a los arts. 13. 1. (Libertad de Expresión) y 16. 1. (Libertad de Asociación) de la Convención, sin perjuicio de que ambos fueron reconocidos por el Estado. Siguiendo entonces su propia jurisprudencia, la Corte declara que si el derecho a la vida o a la integridad personal son menoscabados en .....

(11) Corte IDH, “Caso García y Familiares vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., p. 32, párr. 92.

(12) Ver Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, N° 4, párr. 155; y Corte IDH, “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C, N° 250, párr. 112.

(13) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, cit., art. II: “Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”.

(14) Corte IDH, “Caso García y Familiares vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., p. 39, párr. 115.

función de detener el libre ejercicio de otros derechos protegidos por la Convención, se está configurando en el mismo acto la violación autónoma de todos esos otros derechos. En el presente caso, la Corte tiene por probado que el Sr. García era líder sindical y dirigente estudiantil, grupos que eran considerados sin duda como “enemigos internos” durante el conflicto armado, y que la desaparición de las víctimas se realizaba con el objetivo de frenar este tipo de actividades. El Estado reconoció la violación de estos artículos.<sup>(15)</sup>

Finalmente, la Corte concluye que el Estado es responsable por la violación al art. 16. 1., pero no respecto del 13. 1. ya que, a pesar de que resultan ser derechos intrínsecamente relacionados, no se ha demostrado en este caso un acto violatorio de la libertad de expresión de la víctima por fuera de la violación al derecho a la libre asociación.<sup>(16)</sup>

Habiendo establecido aquellos hechos sobre los cuales puede hacerse recaer la responsabilidad del Estado, ocupa al Tribunal analizar las violaciones alegadas a los arts. 8. 1. (Garantías Judiciales) y 25. 1. (Protección Judicial) de la Convención respecto de los familiares de la víctima. Para ello, la Corte hace saber que, por razones de competencia temporal, sólo podrá analizar los hechos ocurridos a partir del 9 de marzo de 1987, pudiendo tomar todo lo anterior sólo como antecedente.<sup>(17)</sup>

En este orden de ideas, la Comisión había solicitado la declaración de responsabilidad del Estado por las violaciones a los arts. 8° 1. y 25. 1. de la Convención, por cuanto no se había llevado a cabo una investigación seria y diligente en un plazo razonable. El Estado, en su oportunidad, había planteado a la Corte su reconocimiento parcial de estos hechos, pero le hizo saber que deberían tomarse en cuenta la gravedad de los hechos a investigar y los obstáculos con los que habían tenido que lidiar todas las autoridades a cargo de la investigación.<sup>(18)</sup>

.....

(15) *Ibid.*, p. 40, párrs. 117/121.

(16) *Ibid.*, p. 40, párr. 122.

(17) Ello se debe a que el 9 de marzo del año 1987 fue el día en que el Estado de Guatemala reconoció la competencia contenciosa de la Corte.

(18) Corte IDH, “Caso García y Familiares vs. Guatemala”, Fondo, Reparaciones y Costas, cit., pp. 42/44, párrs. 123/128.

Durante el proceso jurídico interno, desde la desaparición del Sr. García, sus familiares habían interpuesto varios recursos de exhibición personal en su favor, y se habían radicado múltiples denuncias. Luego del reconocimiento contencioso de la Corte, se presentaron tres recursos de exhibición personal, se denunció el hecho por ante la Procuraduría de Derechos Humanos y se inició un proceso de investigación especial ante la Corte Suprema de Justicia. Recién en el año 2009, y gracias al descubrimiento del Archivo Histórico de la Policía Nacional, el Ministerio Público logró finalmente acusar a dos de los imputados, quienes fueron condenados en el año 2010 y cuya sentencia se encuentra firme.

Es aquí donde la Corte realiza un pequeño resumen acerca de las obligaciones que se imponen en la Convención, respecto de la investigación y sanción de los responsables. Siguiendo la línea de su propia jurisprudencia, el Tribunal pone de resalto que estas acciones resultan ser obligaciones de medios y no de resultados y que, a pesar de los obstáculos que puedan interponerse, es sumamente necesario realizar una investigación seria e imparcial, sin perjuicio de que exista o no denuncia por parte de los familiares. Como ya lo viene repitiendo en todos los casos relacionados a desapariciones forzadas, la Corte sostiene que la Convención obliga a los Estados a llevar a cabo todas las medidas que se encuentren a su alcance a fin de poder dilucidar la verdad de los hechos y el paradero final de la víctima.<sup>(19)</sup>

En este caso en particular, la Corte tiene por probado que el Estado se encuentra al tanto de lo sucedido desde el año 1984 y que no fue sino hasta 1999 —cuando la Corte Suprema de Justicia de Guatemala intimó al Ministerio Público para que investigara lo que había sido denunciado por los familiares del Sr. García— que se comenzó la real búsqueda del paradero de la víctima.<sup>(20)</sup>

Sostiene entonces que, para cumplir con la obligación de investigar, no basta la mera existencia de un recurso (como el *habeas corpus* o, en este caso, el de exhibición personal) sino que es necesario que el mismo resulte diligente a sus efectos. En su análisis, la Corte pone de resalto que una de las condiciones de la desaparición forzada resulta ser la negativa de las autoridades a reconocer el hecho y a brindar información. Es allí donde el

.....

(19) *Ibid.*, pp. 44 /48, párrs. 129/140.

(20) *Ibid.*, p. 48, párr. 141.

Estado se encuentra obligado a constatar que el recurso deducido produzca el efecto deseado y se consiga la información necesaria.<sup>(21)</sup>

En este caso, tampoco resultó efectiva la investigación especial que prevé el sistema jurídico guatemalteco para cuando los recursos de exhibición personal no surtan efecto, ya que dicha investigación no se inició hasta el año 1999.<sup>(22)</sup>

En consecuencia, la Corte concluye que el Estado de Guatemala es responsable por la violación de los arts. 3º, 4º 1., 5º 1., 5º 2. y 7º de la Convención, en relación con los arts. 1º 1. de la misma y el art. 1º b) de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Edgar Fernando García. Asimismo, declara que el Estado violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los arts. 8º 1. y 25. 1. de la Convención, en relación con el art. 1º 1. de la misma y el art. 1º b) de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, en perjuicio de los familiares de la víctima.<sup>(23)</sup>

Adicionalmente, establece la violación de los arts. 5º 1., 5º 2. y 16. 1., también en relación con el 1º 1. de la Convención, por los sufrimientos que la desaparición forzada del Sr. García ha producido a toda su familia.<sup>(24)</sup>

### 3 | Consideraciones finales

Quienes siguen con atención los diversos casos que han llegado a manos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relacionados con la desaparición forzada de personas, podrán advertir que el Tribunal nunca se aleja de los criterios adoptados en sus casos más emblemáticos como son “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”<sup>(25)</sup> o “Godínez Cruz vs. Honduras”,<sup>(26)</sup>

.....  
(21) *Ibid.*, p. 49, párr. 143.

(22) *Ibid.*, p. 49, párr. 144.

(23) *Ibid.*, p. 53, párr. 154.

(24) *Ibid.*, p. 58, párr. 167.

(25) Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, cit.

(26) Corte IDH, “Caso Godínez Cruz vs. Honduras”, Fondo, sentencia del 20 de enero de 1989, Serie C, N° 5.

donde estableció ciertos parámetros que permiten diferenciar una desaparición forzada de otro tipo de actos violatorios de derechos humanos.

Lo importante en este tipo de sentencias reside en las medidas de reparación que obligan a los Estados a llevar adelante acciones positivas que van incluso más allá de los familiares directos de las víctimas, como aquéllas que permiten un conocimiento popular de lo sucedido en el país y de la obligación del Estado de reparar. A modo de ejemplo, podrían nombrarse las obligaciones respecto a la creación de comisiones especiales para la búsqueda de personas víctimas de desaparición forzada o los actos públicos de reconocimiento de responsabilidad internacional.

Este tipo de medidas se sale del círculo íntimo de los familiares de las víctimas que lograron llevar su caso a la Corte e intima a los Estados a realizar investigaciones serias sobre lo sucedido durante los conflictos armados internos o gobiernos de facto.

Está claro que ninguna medida de reparación ni ningún avance jurídico de la Corte sobre el tema va a conseguir retrotraer los efectos negativos que genera la desaparición forzada de una persona; sin embargo, tiene en sus manos la difícil tarea de establecer nuevas obligaciones a los Estados, a fin de reparar todo aquello que sea posible, y liberar de obstáculos las investigaciones jurídicas internas.

---



# Violaciones a los derechos humanos en el conflicto armado

CORTE IDH, "CASO MASACRE de SANTO DOMINGO vs. COLOMBIA", EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO y REPARACIONES, SENTENCIA del 30 de NOVIEMBRE de 2012, SERIE C N° 259

por **VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA**<sup>(1)</sup>

## I | Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó en 2012 una nueva sentencia contra el Estado colombiano en el caso masacre de Santo Domingo, que se suma a las reiteradas decisiones de este alto tribunal en casos atinentes a masacres en las que han participado miembros de la fuerza pública colombiana contra la población civil. Esta sentencia se dictó después 14 años de ocurridos los hechos. El Estado colombiano, en este caso, violó los derechos humanos de una población rural bombardeando sus casas y sometiéndolos a situaciones de violencia y desplazamiento forzado.

Un polémico tema que se trató en la sentencia fue la participación activa de empresas multinacionales —extractivas petroleras— en unos ataques aéreos perpetrados por agentes del Estado, que además tuvieron repercusión en los desplazamientos masivos de la población civil, hecho por el cual, es preciso adelantar, no se pronunció la Corte Interamericana por falta de pruebas.

.....

(1) Abogada Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, Colombia, Maestranda en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina y Doctoranda en Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.



En este caso, en el orden interno, la jurisdicción contencioso administrativa indemnizó algunas familias antes de llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, diferentes instancias judiciales emitieron pronunciamientos sobre el conflicto de competencia entre la jurisdicción militar y la civil, considerando que el caso debía ser resuelto en la jurisdicción civil ya que algunos actos se evaluaron como cometidos por fuera del servicio. Lo que evidencia una vez más que ante hechos como los de la masacre de Santo Domingo se apela a la jurisdicción penal militar con el fin de evadir el juzgamiento del personal del ejército colombiano en la jurisdicción civil.

En esta sentencia la Corte Interamericana sancionó al Estado colombiano, y declaró su responsabilidad internacional por las violaciones a los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), como son: el derecho a la vida (art. 4.1) a la integridad personal (art. 5.1), el derecho a la propiedad privada (art. 21) el derecho de circulación y de residencia (art. 22) , a la protección a la familia (art. 17) y los derechos del niño (art.19); todos ellos relacionadas con la violación de las obligaciones generales de respeto y garantía del artículo 1.1 de dicho tratado.

## 2 | Hechos probados

Los hechos ocurrieron al nororiente de Colombia, en límites con Venezuela, en el departamento de Arauca, municipio del Tame en la vereda de Santo Domingo. Allí vivían 247 personas agrupadas en 47 casas ubicadas a orillas de una carretera que conduce a la capital del departamento. La actividad económica más importante de la región es la explotación petrolera; y desde 1983 la trasnacional *Occidental Petroleum Corporation* (OXI) opera allí. Por su ubicación estratégica Arauca ha sido un departamento fuertemente golpeado por el conflicto armado interno, existiendo una situación de violencia generalizada que afectaba a la población civil. En 1980 la OXY y el Ejército Nacional firmaron un acuerdo de ayuda económica para apoyar la XVIII Brigada.

El 12 de diciembre de 1998 en la vereda de Santo Domingo, habitantes y vecinos del lugar departían en una actividad pública, un “bazar” con actividades deportivas. El mismo día, el ejército colombiano interceptó una avioneta con dinero o armas para actividades del narcotráfico y dicha

operación fue interrumpida por un grupo de guerrilleros con armas de largo alcance. Como consecuencia de ello las fuerzas armadas planearon una operación aérea que duró varios días.

El 13 de diciembre a las 10:02 am la Fuerza Aérea Colombiana atacó la vereda de Santo Domingo. El bombardeo fue planeado por el Ejército Nacional, la Fuerza Aérea Colombiana y por personal estadounidense de una empresa extranjera que explota petróleo en la zona. En el operativo se decidió utilizar un dispositivo *cluster* o de municiones racimo,<sup>(2)</sup> compuesto por seis granadas o bombas de fragmentación, diseñadas para lanzarlas desde el aire y cuyas esquirlas se esparcen. Del bombardeo resultaron 17 personas muertas, de las cuales 6 eran niños y niñas, y otras 27 resultaron heridas, entre ellas 10 niñas y niños.

Fueron hechos no controvertidos que entre las personas que propiciaron el ataque aéreo se encontraban, además de miembros de la Fuerza Aérea Colombiana (FAC), dos civiles estadounidenses, y que uno de los cinco helicópteros que participaron en el ataque —que también lanzó municiones racimo y estaba tripulado por un civil—, era de la empresa Heliandes.

La Corte IDH también pudo constatar que, con posterioridad al lanzamiento del dispositivo *cluster*, la Fuerza Área Colombiana realizó ametrallamientos desde las aeronaves contra personas que se desplazaban en la carretera en dirección opuesta al caserío, ya fuera caminando o en un vehículo, y que cerca de las 16:00 horas de aquel día, varias aeronaves sobrevolaron la zona porque detectaron que se efectuaban disparos en zonas muy cercanas al caserío. Se probó también que la población civil, que intentaba sacar a los heridos y se identificó con camisas blancas y luces, aun así recibió balazos desde el aire.

Después del ataque, entre 200 y 300 pobladores de Santo Domingo huyeron en camiones, incluso con personas heridas, y tuvieron que abandonar

(2) Las municiones en racimo han tenido terribles consecuencias en los civiles: han causado muerte y heridas masivas y han originado persistentes problemas socioeconómicos. En 2008, los Gobiernos negociaron y aprobaron la Convención sobre Municiones en Racimo. Ese importante tratado de derecho internacional prohíbe el empleo, la producción, el almacenamiento y la transferencia de municiones en racimo y obliga a los Estados a tomar medidas específicas para que esas armas no se cobren nuevas víctimas (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2013).

sus residencias para movilizarse al corregimiento de Betoyes en el municipio de Tame, y a las ciudades de Tame y Saravena. La Corte encontró probado que la vereda estaba deshabitada después del 13 de diciembre de 1998. Y posteriormente, en 1999, se dio el retorno de algunos pobladores por medio de un convenio interinstitucional entre el departamento de Arauca y el Instituto de Desarrollo Araucano que reubicó, reconstruyó, y mejoró 47 viviendas de Santo Domingo.

Días posteriores al ataque, algunos pobladores volvieron a sus casas para cuantificar los daños, percibiendo robo y saqueo en sus propiedades, situación que fue confirmada por funcionarios de la Defensoría del Pueblo.

### 3 | Denuncias realizadas en el ámbito interno

El 14 de diciembre de 1998 se iniciaron simultáneamente las investigaciones en la justicia ordinaria y la penal militar. También el 17 de diciembre de 1998 un Fiscal Regional de la Unidad Nacional de Derechos Humanos abrió una investigación preliminar por los mismos hechos. En la jurisdicción penal militar, el 28 de diciembre de 1998 se dispuso “abstenerse de iniciar proceso penal en contra de los integrantes del Ejército Nacional”<sup>(3)</sup> y se pasó el caso a la Unidad Nacional de Derechos Humanos. También se compulsaron copias a la Procuraduría General de la Nación para que iniciara investigación disciplinaria.

El 30 de mayo de 2000, la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación revocó el auto mediante el cual la justicia penal militar se abstuvo de abrir investigación y adujo que la competencia sería de la justicia militar por ser actos propios del servicio. Posteriormente, un fiscal especializado de la Unidad Nacional de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación reclamó la competencia para conocer del caso, en vista de que se habían allegado nuevas pruebas que apuntaban hacia la comisión de un crimen de lesa humanidad, a lo que la justicia penal militar se negó configurándose un conflicto de competencias.

---

(3) Corte IDH, “Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, 30/11/2012, Serie C N° 248, párr. 83.

Después de varias actuaciones y mediando una acción de tutela, que llegó hasta la Corte Constitucional, quien compulsó copias al Consejo Superior de la Judicatura para que decidiera el conflicto de competencia, se decidió que la competencia era de la justicia ordinaria. Finalmente, el expediente lo conoció el Fiscal General de la Nación el 17 de febrero de 2003. Los defensores de los procesados pidieron cambio de jurisdicción y el juicio que inicialmente se tramitaba en Saravena-Arauca fue enviado a los Juzgados Penales del Circuito de Bogotá.

De este modo, como consecuencia de los bombardeos fueron imputados cuatro miembros de la Fuerza Aérea Colombiana, aunque después de varias apelaciones solo fueron condenados dos, el Capitán C. R. P. y el Teniente J. J. V., quienes eran tripulantes de la aeronave que lanzó el dispositivo sobre el caserío de Santo Domingo. La condena consistió en 30 años de prisión, la interdicción en el ejercicio de sus derechos y funciones públicas, y una multa por los delitos de concurso homogéneo de 17 homicidios y por concurso heterogéneo simultáneo con 18 lesiones personales en carácter de dolo eventual. Dicho fallo fue apelado y estaba en Corte Suprema hasta la sentencia de la Corte Interamericana. En noviembre de 2011 quedaron en libertad los otros dos procesados, el Coronel S. A. G. V. y el Mayor G. L. de la Fuerza Aérea Colombiana por vencimiento de términos.

El proceso disciplinario desarrollado en la Comisión Disciplinaria Especial, creada por el Procurador General de la Nación, falló sancionando al Capitán y al Técnico de Vuelo a suspensión en el ejercicio de sus cargos por tres meses y absolvió al Mayor y al Teniente que también participaron del ataque. La Procuraduría sostuvo que dicho comportamiento, estructurado por medio del dolo eventual, constituye una violación grave al Derecho Internacional Humanitario (DIH) por haber sido dirigido un ataque en contra de la población civil y con un dispositivo *cluster*, que encarnaba gran peligro.

La jurisdicción contencioso administrativo estableció la responsabilidad del Estado colombiano por los hechos de Santo Domingo y el 19 de noviembre de 2008 la Sección Tercera del Consejo de Estado declaró patrimonialmente responsable a la Nación —Ministerio de Defensa, Fuerza Aérea Colombiana— por los perjuicios ocasionados, pagando una indemnización a 23 grupos familiares comprendidos por 111 personas entre las que se encontraban familiares de 16 personas que murieron 13 de las personas que resultaron heridas junto a sus familiares.

## 4 | Las excepciones preliminares

**Primera excepción preliminar.** El Estado solicitó a la Corte que las alegadas violaciones de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la propiedad privada y a la circulación y residencia sean tramitadas como excepciones preliminares por tratarse de temas atinentes a la presunta violación de normas de Derecho Internacional Humanitario dado que “el derecho de la guerra” no está dentro de sus competencias, y que su decisión deberá ser tomada exclusivamente sólo en relación con la presunta afectación de las cláusulas convencionales. El Estado colombiano reconoce la existencia de un conflicto armado interno y apela a esta categoría para que la Corte no se pronuncie sobre los hechos principales de la demanda internacional, alegando que es el DIH quien debe pronunciarse sobre estas infracciones.

También solicitó a la Corte que, en caso de no acoger la excepción preliminar planteada, la admita de forma parcial, de modo que en su sentencia de fondo no podrá realizar pronunciamientos ni condenas en relación con la presunta vulneración de cláusulas de Derecho Internacional Humanitario, y que su decisión será realizada exclusivamente en relación con la presunta afectación de las cláusulas convencionales.

La Corte decidió que es competente para indagar sobre cualquier acto u omisión Estatal, ya sea en tiempos de paz o de conflicto armado, y de analizar si estos actos son compatibles o no con la Convención Americana, y dijo además que no tiene ningún límite normativo ya que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. El Tribunal indicó además, que los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana, como ya lo había hecho en casos anteriores.<sup>(4)</sup> Por otra parte, ni los representantes han solicitado a la Corte

.....

(4) La Corte IDH se ha pronunciado al respecto de la compatibilidad de las normas de Derechos Humanos con las de DIH en “Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala”, Fondo, 29/04/2004; “Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2009; “Caso Las Palmeras vs. Colombia”, Excepciones Preliminares; “Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, 31/01/2006; “Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia”, 01/07/2006; “Caso de la Masacre de la Rochela vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, 11/05/2007.

que el Estado sea declarado responsable por las alegadas violaciones a normas del DIH, ni la Comisión Interamericana concluyó algo similar en su informe. En razón a lo anterior, la Corte desestima la primera excepción preliminar.

Por otro lado, el Estado solicitó que sean excluidos dos temas relacionados con las cuestiones expuestas en el presente caso por la Comisión en el escrito de sometimiento del caso, a saber: la atribución de responsabilidad Estatal por hechos de actores privados en coordinación con la Fuerza Pública y el deber de investigar violaciones de derechos humanos por responsabilidad de mandos superiores, ya que no se presentaron pruebas suficientes. Pretensiones que acogió la Corte por lo que no se pronunció al respecto.

**Segunda excepción preliminar.** El Estado solicitó igualmente a la Corte rechazar las solicitudes de reparación de las personas que no agotaron los recursos internos ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana y alegó que el requisito de agotamiento de los recursos internos es exigible de cada una de las víctimas individualmente y porque el ser humano es el sujeto de protección del sistema interamericano y el objeto de la reparación. La Corte recordó que no sólo deben existir formalmente los recursos internos, sino que también deben ser adecuados y efectivos y deben ser presentados en el momento procesal oportuno, que era en la etapa de admisibilidad en el procedimiento ante la Comisión, momento procesal en que el Estado colombiano no los presentó.

En este sentido, el Estado considera que la totalidad de las víctimas deben presentar demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa colombiana ya que este es el recurso idóneo y efectivo para repararlas; a lo que la Corte contesta que los tribunales contencioso administrativos no establecen todos los alcances de la responsabilidad Estatal pues solamente determinan el abuso de autoridad del Estado, desconociendo parte de los elementos de la verdad y la justicia, por lo que el proceso penal resulta el recurso idóneo. Sin embargo cada circunstancia deberá ser evaluada particularmente, por lo que se analizará en el fondo del asunto, o en la fase de reparaciones. De esta forma, la Corte IDH desestimó la segunda excepción preliminar.

## 5 | Análisis de la decisión de fondo adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El acto Estatal denominado “reconocimiento de responsabilidad” internacional. El Estado colombiano presentó pruebas en la Corte que no presentó en la Comisión, las cuales fueron señaladas por el Tribunal como improcedentes, pues con ellas pretendían hacer un supuesto “reconocimiento de responsabilidad” internacional por las fallas del proceso penal interno, situación que habría violado las garantías judiciales y protección judicial. Se planteó dicho reconocimiento justificando que existen una “enorme confusión”<sup>(5)</sup> y posiciones contradictorias sobre los hechos, además de “falencias probatorias en las que se ha incurrido a lo largo de los procesos penales internos”.<sup>(6)</sup>

Fue así como, en actuaciones ante la Corte, el Estado allegó información que se había sentenciado al guerrillero de las FARC (alias “Grannobles”) por los mismos hechos del día 13 de diciembre de 1998, apuntando a su responsabilidad penal. Situación que obró en el juicio como elemento de distracción ya que existen dos sentencias por los mismos hechos “diametralmente opuestas” donde se apunta a responsabilizar a los guerrilleros por el ataque a la población civil, pretendiendo eximir de responsabilidad al Estado.<sup>(7)</sup>

El Estado colombiano también consideró que las víctimas —las que participaron en el proceso penal— no deben soportar las fallas probatorias de los procesos penales internos, a costa de la verdad. Y asume que hubo errores en materia probatoria que llevaron a fallar dos veces por los mismos hechos y reconociendo autorías distintas. Entre algunos de los errores que se señalan es que los informes del FBI (*Federal Bureau of Investigation*) en que se fundó el proceso penal interno fueron previamente modificados, es decir, fueron pruebas falsas. Por lo que el Estado reconoce “parcialmente

.....

(5) Corte IDH, “Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones, 30/11/2012, Serie C N° 248, párr. 152.

(6) Corte IDH, *ibid.*

(7) Ante un ataque a la población civil el Estado debe responder por acción y por omisión, por lo que pretender eximirse de responsabilidad alegando que fueron terceros los perpetradores del ataque poco sirve en su defensa.

su responsabilidad por la violación del derecho a la verdad y el acceso a la administración de justicia”.

En este sentido la Corte consideró que, “en los términos en que el propio Estado lo ha expuesto, el referido acto no implica reconocer ni aceptar los hechos presentados por la Comisión y por las víctimas, por lo que en realidad no se estaría allanando a las pretensiones de la contraparte”,<sup>(8)</sup> situación por la cual el “reconocimiento de responsabilidad” no surtirá efectos jurídicos.

## 6 | Derechos desestimados en el fallo

**Las garantías judiciales.** El pronunciamiento de la Corte a partir del “reconocimiento de responsabilidad del Estado” evidenció que el Estado ha variado sustancialmente su argumentación con respecto a lo sostenido inicialmente ante la Comisión, por lo cual la Corte, en favor de resguardar el equilibrio procesal de las partes,<sup>(9)</sup> sólo consideró los hechos alegados en el marco fáctico inicial.

Desde un inicio el Estado se refirió al proceso penal contra los tripulantes de la aeronave UH1H por lo que bajo los principios de *estoppel*,<sup>(10)</sup> buena fe, equidad procesal y seguridad jurídica, el Estado no puede variar tan sustancialmente su posición respecto de lo planteado ante la Comisión Interamericana, al presentar posteriormente una hipótesis sobre los hechos basados en un fallo dictado en el marco de un proceso penal que no fue objeto de debate (la acusación proferida contra alias “Grannobles”).

(8) Corte IDH, “Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, cit., párr. 128.

(9) Véase “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 58, y “Caso Tores Millacura y otros vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/08/2011, Serie C N° 229, párr. 52.

(10) De acuerdo con lo establecido en su jurisprudencia, la Corte IDH considera que un Estado que ha adoptado una determinada posición, la cual produce efectos jurídicos, no puede luego, en virtud del principio del *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera y que cambie el estado de cosas con en base al cual se guió la otra parte. El principio del *estoppel* ha sido reconocido y aplicado tanto en el derecho internacional general como en el derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, véase “Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, párr. 25, y “Caso Neira Alegría y otros vs. Perú”, Excepciones Preliminares, 11/12/1991, Serie C N° 13, párr. 29.



El Estado aseveró que el acto de reconocimiento “no implica reconocer ni aceptar los hechos presentados por la Comisión y por las víctimas”,<sup>(11)</sup> por lo que sencillamente no se estaría allanando a las pretensiones. Teniendo en cuenta que además uno de esos dos procesos penales, que el Estado refiere como contradictorio con el otro, no conforma el objeto del presente caso, por lo cual el planteamiento del Estado queda insubsistente y no será considerado como un reconocimiento de responsabilidad, ni tiene efectos jurídicos.

La Corte consideró pertinente analizar los derechos de garantías judiciales consagrados en los artículos 8° y 25 donde se pronunció diciendo que el derecho de acceso a la justicia se debe asegurar, en tiempo razonable, y garantizando el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a la verdad, la justicia y la reparación. Igualmente inquirió al Estado para que las autoridades estatales realicen una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientados a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de los autores de los hechos; especialmente en un caso como el presente en el cual estaban involucrados agentes estatales. Con respecto al fuero militar, la Corte dijo que sólo se puede juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

El Tribunal consideró que se trataba de un caso complejo, principalmente por todos los aspectos técnicos que involucraba una investigación efectiva, así como por la pluralidad de víctimas y la cantidad de actores de la Fuerza Aérea Colombiana y del Ejército que tuvieron participación en ese contexto específico. Pero reconoció que no fue demostrado que el Estado incurriera en violación del artículo 8° y 25 de la Convención por exceder el plazo razonable en las investigaciones; puesto que, en las circunstancias de este caso, para la Corte lo relevante es que los órganos de administración de justicia internos ya habían determinado ampliamente varios alcances de la responsabilidad del Estado por los hechos, independientemente de los niveles de responsabilidad individual, penal o disciplinaria de los agentes estatales o de particulares.

.....

(11) Corte IDH, “Caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia”, cit., párr. 152.

Por otra parte, la Corte se manifestó con relación al hecho de que los aviones estuvieran tripulados por civiles extranjeros, perteneciente a la empresa petrolera que trabaja en la zona, diciendo que los representantes no presentaron alegatos concretos y específicos, ni pruebas que permitan relacionar la actividad de las empresas transnacionales que operaban en la zona, ni demostraron que tenían contratos con las Fuerzas Armadas para coadyuvar con las violaciones declaradas en relación con los hechos del caso

**Derecho a la honra y la dignidad.** Con respecto al derecho a la honra, los representantes de las víctimas alegaron que habían sido objeto de estigmatizaciones por parte de los agentes del Estado que visibilizaron a la vereda de Santo Domingo, frente a la opinión pública, como colaboradora de la guerrilla, alegato que según la Corte no pudo ser probado, por lo que se desestimó esta pretensión.

**Deber de adoptar disposiciones del derecho interno.** La Corte decidió no pronunciarse sobre el presunto incumplimiento del artículo 2° que instituye la necesidad de legislar para hacer efectivos o para proteger los derechos. La petición realizada iba dirigida a que se estipulara un marco legal adecuado para evitar que las empresas transnacionales participen, directa o indirectamente, en ataques contra la población civil. La Corte consideró que no se logró demostrar la participación de la empresa en dicho ataque, ni tampoco se sustentó claramente lo que constituía un “marco legal adecuado” relativo a las empresas transnacionales.

**Los derechos tutelados.** La Corte se pronunció condenando al Estado colombiano con respecto a los derechos a la vida, integridad personal, a las medidas especiales de protección para los niños, a la circulación y residencia, a la honra y dignidad y a la propiedad, así como al deber de adoptar disposiciones de derecho interno, por los hechos ocurridos el 13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo-Arauca.

Asimismo, la Corte analizó las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal y las medidas de protección para las niñas y niños de forma conjunta por la complejidad de los hechos; haciendo uso interpretativamente de las normas del Derechos Internacional Humanitario en los casos de ataques a la población civil en conflictos armados no internacionales.

**El derecho a la vida y a la integridad personal.** Con respecto al derecho a la vida, el Tribunal adujo que no solo es necesario el respeto sino también que se adopten las medidas necesarias para garantizarlo, esto en cumplimiento del deber general de respetar los tratados. Además de la responsabilidad fundada en acciones u omisiones de cualquier órgano o poder no importa el rango o jerarquía. El derecho a la vida, como reiteradamente lo ha dicho la Corte IDH, es el presupuesto esencial de los demás derechos,<sup>(12)</sup> para garantizarlo los Estados deben crear condiciones para que no se viole este derecho, y particularmente que sus agentes no atenten contra él.

En cuanto a la obligación de respeto, el Estado debe asumir el ejercicio limitado de su poder Estatal. En cuanto a la obligación de garantía, el Estado puede hacerlo de diferentes maneras. Inicialmente, por la organización del aparato gubernamental por el que se ejerce el poder público para prevenir y sancionar las violaciones de los derechos humanos e investigando seriamente y propiciando una vía adecuada de reparación a las víctimas.

En cuanto a la integridad personal, física y psíquica la Corte consideró que es una infracción que puede estar diversamente calificada de acuerdo a cada caso y a los factores endógenos y exógenos que determinan la intensidad de las secuelas, donde la mera amenaza a la integridad puede encarnar un conflicto a este derecho. La Corte considera que el Estado es responsable por la violación de derechos a la integridad personal en perjuicio de los familiares de las víctimas de los hechos ocurridos el 13 de diciembre de 1998 en Santo Domingo.

Para delimitar los alcances que tuvo en los derechos de la población de Santo Domingo el ataque con el dispositivo *cluster*, la Corte analizó los principios del DIH referentes a los conflictos armados internacionales y no internacionales, a saber:

- a. **El principio de distinción.** Se refiere a que se deberán distinguir en todo momento entre combatientes y no combatientes. La Corte reconoce que en las instancias internas del Estado se reconoció el incumplimiento a dicho principio al propinar un ataque aéreo que causó las muertes y las lesiones a la población civil.

---

(12) Ver Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, párr. 144, y Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, párr. 145.

- b. **El principio de proporcionalidad.** Establece la prohibición de propinar un ataque que potencialmente genere muertos y heridos entre la población civil, e incluso daños a bienes de carácter civil que sean excesivos, estableciendo particularmente que el uso de la fuerza no debe ser desproporcionado. El tribunal decide no pronunciarse sobre el principio de proporcionalidad porque, de hacerlo, tendría que considerar los muertos y heridos como un resultado excesivo del ataque que presuntamente se realizó en contra de la guerrilla con el fin de obtener una ventaja militar, lo cual, consideró, no ocurrió en el presente caso.
- c. **El principio de precaución.** Las operaciones se realizarán con un constante cuidado de preservar la población civil lo máximo posible. Eligiendo métodos y medios de guerra para evitar perjuicios a los bienes y personas civiles. En este sentido consideró la Corte que por haber utilizado un dispositivo con escasa precisión resultó afectada directamente la población civil lo que va en contravía al principio de precaución.

Por otra parte, el Tribunal se refirió a los ametrallamientos realizados desde el aire donde se observa la despreocupación por la vida e integridad de los civiles de la zona, incumpliendo con ello los principios de distinción y de precaución, e incurriendo por estas razones en la violación de los derechos a la vida y la integridad personal de los pobladores de Santo Domingo. Pero como ni la Comisión ni los representantes individualizaron a las víctimas de estos ataques con ametralladora desde el aire, la Corte no se pronunció sobre esto en el acápite de reparaciones.

**Derechos a las medidas especiales de protección para los niños y niñas.** En correlación con el derecho a la vida y a la integridad personal, se analizó la violación de los derechos de los niños y las niñas de Santo Domingo, Arauca, víctimas del ataque —tanto los muertos, como los heridos y los desplazados—, instancia en la que el Estado colombiano incurrió en responsabilidad internacional al no cumplir con su obligación especial de protección de los niños y niñas en el marco de un conflicto armado no internacional.

**Derecho a la circulación y residencia.** Con respecto al derecho de circulación y residencia, la Corte consideró que el Estado es internacionalmente responsable por la violación de este derecho ya que es un derecho indispensable para el libre desarrollo de la persona,<sup>(13)</sup> que igualmente puede

(13) Véase “Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador”, párr. 186; “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004, párr. 115; y “Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia”, párr. 206. Véase también Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comentario general n° 27, 02/11/1999, párrs. 1, 4, 5 y 19.

ser interpretado como el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado.

**Derecho a la propiedad.** Asimismo, reconoció la Corte que el derecho a la propiedad privada fue vulnerado por el Estado Colombiano, respecto del uso y goce de los bienes —materiales e inmateriales— de algunos pobladores de Santo Domingo, por efecto de las bombas racimo. Dichos actos propiciaron una mayor situación de vulnerabilidad para esas personas con escasos recursos, que difícilmente podrían recuperarse del ataque, enfrentándolos a situaciones de mayor adversidad y pobreza.

Con respecto a los actos de pillaje y saqueo, la Corte consideró que no pudo probarse quien los realizó ni su cuantificación por lo que se abstuvo de pronunciarse por estos hechos.

## 7 | Consideraciones finales

Como es costumbre, la Corte IDH consideró que la sentencia es un mecanismo de reparación *per se* por lo cual el Estado debe hacer un acto público de reconocimiento de responsabilidad. Con respecto a las reparaciones, la Corte consideró que las indemnizaciones realizadas en el ámbito interno ante los tribunales contencioso administrativos habían favorecido a la mayoría de las víctimas en este caso y por ello, de conformidad con el principio de complementariedad, no correspondía ordenar nuevas reparaciones pecuniarias adicionales, aunque el Estado sí deberá otorgar tratamiento médico integral en salud a las víctimas a través de sus instituciones de salud especializadas. Todo esto sin perjuicio de las reparaciones que les correspondan a las otras víctimas que no acudieron a esa instancia a las cuales el Estado deberá otorgar, en el plazo de un año, las indemnizaciones pertinentes por concepto de daños materiales e inmateriales.

Esta sentencia deja en evidencia una de las prácticas más reiteradas del Estado colombiano cuando intenta defenderse ante el Sistema Interamericano y es que recurrentemente señala como responsables de los hechos cometidos por agentes del Estado a los grupos guerrilleros. En esta ocasión se presentó una condena a un guerrillero —por ataques perpetrados por la fuerza aérea colombiana— como prueba del acceso a la justicia y a

las garantías judiciales, lo que evidenció la poca experticia del Estado, o quizás la conciente pretensión de inducir a la Corte a error, presentando un nuevo juzgamiento —el de un guerrillero— como si fuese parte de la *litis* inicial e incluso como parte de la “verdad” que debían alcanzar las víctimas. Con cierto rigor la Corte no cedió ante una defensa maliciosa y desestimó este fallo como parte de las pruebas del Estado colombiano en el presente caso.

Algunos medios de comunicación local consideraron que la Corte Interamericana reivindicó a la justicia colombiana al reconocer que el Estado no violó las garantías judiciales y que los tiempos y las decisiones adoptadas en el ordenamiento interno —tanto en materia penal como administrativa— fueron acertados, a pesar que los representantes del Estado presentaron una vergonzosa defensa internacional que incluyó desvirtuar la labor de los tribunales internos.

Por otra parte, el tema de las multinacionales que participan por acción o por omisión en los conflictos armados es otro asunto por el que no se manifestó la Corte y que puede considerarse la pérdida de una importante oportunidad de lograr un pronunciamiento en este sentido. Igualmente, se perdió la posibilidad de debatir la obligación que tienen los Estados de proteger a los habitantes de su territorio en contra de cualquier amenaza, incluso de un tercero, como puede ser una multinacional con intereses económicos específicos y que muchas veces van en contravía de las necesidades de la población del lugar.

En la historia colombiana varias multinacionales han sido frecuentemente financiadoras o perpetradoras de hechos violatorios de derechos humanos.<sup>(14)</sup> En este caso la Corte consideró que no tenía pruebas suficientes sobre la participación de la empresa petrolera en el ataque aéreo y tampoco se pronunció sobre la omisión de juzgar a los ciudadanos estadounidenses que participaron en el bombardeo. Sin embargo, instó al Estado para que realice el proceso interno con el fin de esclarecer todas las responsabilidades penales que hagan falta.

.....

(14) Un caso conocido al respecto es el de la multinacional *Chiquita Brands* en la zona del Urabá Antioqueño, que financió al paramilitarismo en la zona y cobró muchísimas víctimas en las masacres perpetradas entre los años 1997 y 2007.

Siempre es importante contar con decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto de las violaciones de derechos humanos que permitan la reparación de las víctimas y la condena social al Estado por participar, permitir o coadyuvar en ataques contra la población civil. El seguimiento de esta condena será fundamental para establecer si se da finalmente el juzgamiento de los perpetradores del ataque en la jurisdicción interna en favor de la verdad, la justicia y la reparación.

---

# Justicia penal juvenil y derecho al recurso

CORTE IDH, "CASO MENDOZA y OTROS vs. ARGENTINA", EXCEPCIONES PRELIMINARES, FONDO y REPARACIONES, SENTENCIA del 14 de MAYO de 2013, SERIE C N° 260

por **STELLA MARIS MARTÍNEZ**,<sup>(1)</sup>  
**NICOLÁS LAINO**<sup>(2)</sup> y **JAVIER MARIEZCURRENA**<sup>(3)</sup>

## I | Introducción

El 14 de mayo de este año, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso "Mendoza y otros vs. Argentina" en el cual el Ministerio Público de la Defensa de la República Argentina representó legalmente a cinco jóvenes a quienes se les habían impuesto, con base en el decreto-ley 22.278 —Régimen Penal de Minoridad—, penas privativas de libertad perpetuas por delitos cometidos antes de haber alcanzado la mayoría de edad.<sup>(4)</sup> Se trató de la primera ocasión en que la Corte Interamericana declaró la responsabilidad internacional de un Estado frente a un caso en el que la representación de las víctimas fue ejercida, en forma autónoma, exclusiva y desde el inicio, por la Defensa Pública.

.....

(1) Defensora General de la Nación.

(2) Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

(3) Secretario Letrado (c) de la Defensoría General de la Nación.

(4) Corte IDH, "Mendoza y otros vs. Argentina", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013.



El máximo tribunal regional concluyó que las penas perpetuas no observaron las obligaciones internacionales relativas a los derechos de los niños incumpliendo, entre otros, los requisitos de excepcionalidad de la pena, de privación de libertad por el menor tiempo posible y de revisión periódica de la necesidad de la privación de la libertad. De tal modo, las condenas dispuestas por nuestros tribunales violaron la prohibición contra el encarcelamiento arbitrario, establecida en el art. 7.3 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte Interamericana señaló que, por su propia naturaleza, las penas impugnadas no cumplieron con la finalidad de la reintegración social de los niños, pues implicaron su máxima exclusión de la sociedad, siendo meramente retributivas y, por ende, anulando las expectativas de resocialización, en contradicción con el art. 5.6 del Pacto de San José. Más aún, las penas impuestas —señaló la Corte Interamericana— constituyeron tratos crueles e inhumanos, en violación al derecho a la integridad personal reconocido por el art. 5 del tratado regional.

Por otra parte, el caso culminó con una condena internacional contra nuestro país porque los tribunales superiores omitieron revisar oportuna y ampliamente las condenas impuestas, de conformidad con el mandato del art. 8.2.h) de la Convención Americana. En efecto, los recursos de casación previstos en el Código Procesal Penal de la Nación y en el Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza, no permitieron la revisión de cuestiones fácticas o probatorias de las sentencias condenatorias por una instancia superior. Si bien se reconoció el fallo “Casal” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación,<sup>(5)</sup> la Corte Interamericana concluyó que el recurso de casación tal como está regulado normativamente no es suficiente para garantizar a las víctimas el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, determinando en consecuencia que el Estado incumplió, además, su deber de adecuar el ordenamiento jurídico interno previsto en art. 2 de la Convención Americana. Asimismo, el Estado incumplió la misma norma convencional por la falta de adecuación normativa del régimen penal juvenil a las obligaciones convencionales.

Entre otras violaciones, la Corte Interamericana también consideró probadas las torturas padecidas por dos de las víctimas mencionadas mientras se encontraban bajo custodia estatal, así como la falta de debida diligencia en las investigaciones de los tormentos y de la muerte de otra de ellas. Así, el

(5) CSJN, “Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa”, 20/09/2005.

caso “Mendoza y otros vs. Argentina”, se suma a una serie de sentencias de la Corte Interamericana que señalan la habitualidad y la persistencia de la tortura en nuestro país y las profundas falencias del sistema de administración de justicia para investigar y sancionar a los funcionarios responsables.

Como es habitual en sus fallos la Corte Interamericana ordenó al Estado que adopte importantes medidas de reparación. Algunas de ellas van más allá del caso particular como, por ejemplo, la obligación de no imponer penas perpetuas a quienes hayan cometido delitos siendo menores de edad o bien que las personas que se encuentren en esa situación actualmente obtengan una revisión. Adicionalmente, de acuerdo con lo ordenado en la sentencia internacional, Argentina tiene por delante tareas de una gran transcendencia institucional como reformar el sistema de impugnación de sentencias penales y el régimen penal juvenil. Por otra parte, entre otras medidas de reparación se destaca la obligación de investigar, con debida diligencia, la muerte y las torturas sufridas por las víctimas. El comentario de todos los aspectos de este caso excede los límites de este trabajo, razón por la cual solo se abordarán, en las páginas que siguen, algunos de los aspectos principales de esta nueva sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## 2 | El régimen penal juvenil y la imposición de las condenas a prisión y reclusión perpetuas

Los hechos sometidos a conocimiento de la Corte Interamericana consistieron en la imposición, por parte de los tribunales argentinos, entre los años 1999 y 2002, de sanciones de prisión y reclusión perpetua respecto de cinco jóvenes que al momento de la comisión de los hechos por los que fueron castigados no habían alcanzado los dieciocho años de edad. Tres de las condenas fueron impuestas por el Tribunal Oral de Menores N° 1 de la Capital Federal, mientras que las dos restantes fueron dictadas por un Tribunal en lo Penal de Menores de la Provincia de Mendoza.

Entre los principales argumentos desarrollados tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su escrito de sometimiento del caso ante el Tribunal —Informe de Fondo N° 172/10— como en el Escrito

de solicitudes, argumentos y pruebas que presentó el Ministerio Público de la Defensa en representación de las víctimas, se sostuvo que las condenas se habían basado en el decreto-ley 22.278 de “Régimen Penal de la Minoridad” del 25 de agosto de 1980, norma aún vigente que no cuenta con parámetros especiales para la aplicación de sanciones penales a adolescentes, lo cual implicó que las víctimas fuesen tratadas como adultos infractores. Además, los jueces que conocieron los casos no habían explorado las diferentes alternativas a la pena impuesta ni fundamentaron la no aplicación de las facultades legales de reducción de la pena previstas en el art. 4 del decreto-ley 22.278, violando el estándar internacional de limitar la privación de libertad de adolescentes como **medida de último recurso y por el tiempo más breve que proceda**.

Asimismo, se planteó que las presuntas víctimas no contaron con la revisión periódica de las condenas, y que —contrariamente a lo sostenido por el Estado— la posibilidad legal de solicitar la excarcelación transcurridos veinte años de cumplimiento de pena no es *per se* suficiente para que la aplicación de la sanción de prisión perpetua sea compatible con las obligaciones internacionales en materia de protección especial de los niños y de finalidad de la pena bajo la Convención Americana. Por otra parte, tanto la Corte IDH como la representación de las víctimas sostuvimos que las sanciones de prisión a perpetuidad impuestas cuando los jóvenes aún eran niños, resultaban violatorias de la prohibición absoluta de aplicar penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Adicionalmente, el Ministerio Público de la Defensa alegó que Argentina había violado el **principio de subsidiariedad de la prisión** en materia penal juvenil al aplicar la prisión perpetua, así como el de principio de igualdad y no discriminación, el principio del interés superior del niño y las medidas de especial protección que impone el art. 19 de la Convención Americana. También se señaló la violación del principio de la menor culpabilidad penal de los niños en conflicto con la ley penal, en la medida en que el Régimen Penal de la Minoridad establece que los menores de edad pueden ser condenados a cumplir las mismas penas de prisión que los adultos. En efecto, en lo relativo a la determinación de los delitos, al establecimiento de las penas y a su ejecución, este sistema remite al de adultos sin ningún tipo de distinción. Por todo lo anterior, se concluyó que como resultado de la imposición de las penas perpetuas el Estado

había transgredido los derechos reconocidos en los arts. 5.1, 5.2, 5.6, 7.3, 19 y 24 en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre derechos Humanos.

Luego de un largo trámite ante la Comisión Interamericana en el cual el Estado no accedió a solucionar la controversia de manera amistosa, ante la Corte Interamericana Argentina asumió parcialmente su responsabilidad internacional por la imposición de penas perpetuas sobre los jóvenes. Sin embargo, dicho reconocimiento de responsabilidad no fue completo, en la medida en que no dio por válidas las argumentaciones relativas a la vigencia de un sistema normativo que hasta el día de hoy permitiría a los jueces imponer penas de prisión perpetua por delitos cometidos sin haber alcanzado la mayoría de edad. En cambio, el Estado sostuvo que lo que se había producido en estos casos constituía un “error de juzgamiento” por parte de los jueces intervinientes, quienes habrían aplicado sanciones que les estaban vedadas por imperio del principio de culpabilidad a tenor del criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Maldonado”.<sup>(6)</sup>

En tal sentido, el Estado indicó que la totalidad de las Reglas de Naciones Unidas relativas a la administración del Sistema de Justicia de Menores, las medidas privativas y no privativas de libertad (Reglas de Beijing, Reglas de Tokio, Directrices de Riad) conformarían el plexo normativo en función del cual deberían decidirse las cuestiones vinculadas con la ejecución de la pena de los menores condenados. Asimismo, afirmó que la cuestión habría quedado zanjada con la entrada en vigencia de la ley 26.061 de “Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes” que establece en su art. 2 que “la Convención de los Derechos del Niño en las condiciones de su vigencia resulta de aplicación obligatoria en toda decisión administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de un niño”, así como su Decreto Reglamentario N° 415/06 que establece que para la restricción legítima de la libertad de un niño se deben observar las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de Tokio.

Algo demostrativo de tales afirmaciones —sostuvo el Estado— sería el hecho de que con posterioridad al dictado del fallo “Maldonado” y a la entrada

(6) CSJN, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, 07/12/2005.

en vigencia de la ley 26.061 no se habrían registrado imposiciones de penas perpetuas a menores que quedaran firmes, citando a tal efecto las sentencias dictadas en dos casos de repercusión mediática por tribunales de la provincia de Buenos Aires donde, no obstante la calificación de los hechos como homicidios agravados, no se habían impuesto penas perpetuas.

Por otra parte, con relación a la discrecionalidad de los jueces para aplicar la máxima sanción prevista en el ordenamiento jurídico, reducir la pena a la escala de la tentativa o incluso absolver al niño acusado, el Estado sostuvo que ello no resultaría una deficiencia sino, al contrario, se encontraría previsto en las Reglas de Naciones Unidas relativas a la administración de justicia de menores. Finalmente, respecto al carácter de pena o trato cruel, inhumano o degradante de las sanciones a perpetuidad, el Estado consideró que el planteo resultaba inconsistente pues —afirmó— “no existe en el orden internacional una prohibición respecto de la aplicación de tales sanciones”.

El Ministerio Público de la Defensa indicó que lejos de tratarse de “errores de juzgamiento” la imposición de las penas cuestionadas había sido posibilitada por el ordenamiento jurídico aún vigente, de lo cual daba cuenta la imposición de penas de esa naturaleza respecto de otros niños por fuera de los casos sometidos a conocimiento de la Corte Interamericana, tanto con anterioridad como con posterioridad a ellos.

En efecto, tras un relevamiento efectuado por la Defensoría General de la Nación, se detectó un caso de una sentencia a prisión perpetua dictada en 2010 en la provincia de Santa Fe respecto de un joven que al cometer el hecho tenía 17 años, condena que contrariamente a lo sostenido por el Estado en su escrito de contestación, había quedado firme.<sup>(7)</sup> Dicho caso había sido, como puede advertirse, posterior a la entrada en vigor de la ley 26.061 y de su decreto reglamentario, así como del fallo “Maldonado”. Además, se citaron un número de casos en los cuales —no obstante no ser aplicadas por los tribunales— los fiscales habían solicitado, incluso en fechas recientes, penas a perpetuidad, amparados por el régimen legal en vigor.

(7) Juzgado de Menores de la Segunda Nominación de Santa Fe, expediente 1271/2008, fallo de fecha 01/06/2010, que adquirió firmeza el 01/07/2010. Una vez que el caso tomó estado público la defensa oficial presentó un recurso de revisión que fue admitido por la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, la cual anuló la sentencia a prisión perpetua que le había sido impuesta. CSJ SANTA FE, “Cabrera, Diego Fabián sobre revisión penal” (Expte. N° 375, año 2012, sentencia del 01/11/2012).

Por otra parte, con relación a la ley 26.061 y el decreto reglamentario N° 415/06, la representación legal de las víctimas observó que ellas no son normas penales y, por tanto, nada dicen respecto del sistema penal de niñas, niños y adolescentes, que sigue rigiéndose por el decreto-ley 22.278.

Adicionalmente, respecto al argumento acerca de que la discrecionalidad asignada a las instancias decisoras en materia penal juvenil se encontraría en armonía con las reglas de Beijing, se sostuvo que se trataba de una interpretación equivocada del régimen internacional de los derechos del niño, pues la discrecionalidad que indican las Reglas está pensada para favorecer al menor de edad (principio *pro persona*) y, con ello, para reducir el contenido punitivo pero jamás, como ocurre en Argentina, como una facultad arbitraria que permita un tratamiento igual al de un adulto.<sup>(8)</sup>

## 2.1 | La decisión de la Corte IDH sobre las condenas perpetuas

En su sentencia de 14 de mayo de 2013, el Tribunal regional consideró al Estado argentino internacionalmente responsable por la imposición de penas a prisión y reclusión perpetuas sobre quienes eran niños al momento de comisión de los hechos. Para ello, tras relevar los estándares principales del *corpus iuris* internacional y recordando su jurisprudencia previa sobre protección de la niñez, sostuvo con relación a las penas aplicables a niños que si bien la Convención Americana no incluye un listado de medidas punitivas que los Estados pueden imponer, para la determinación de las consecuencias jurídicas del delito cuando ha sido cometido por un niño, opera de manera relevante el principio de proporcionalidad según el cual debe existir un equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en la individualización de la pena como en su aplicación judicial. En tal sentido, el principio de proporcionalidad implica que cualquier respuesta a los niños que hayan cometido un ilícito penal será en todo momento ajustada a sus circunstancias como menores de edad y al delito, privilegiando su reintegración a su familia y/o sociedad.

.....

(8) COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (ONU), *Observación General N° 4. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*, CRC/GC/2003/4, 33° período de sesiones, 19 de mayo a 6 de junio de 2003.

Analizando en concreto las sentencias dictadas por los tribunales argentinos, la Corte Interamericana entendió que las condenas a penas perpetuas constituyeron un encarcelamiento arbitrario en los términos del art. 7.3 de la Convención Americana, interpretado a la luz de las disposiciones relevantes de la Convención de los Derechos del Niño, en la medida en que se las había dictado sin respetar los principios básicos que rigen esta materia, en especial los de excepcionalidad, de privación de la libertad por el menor tiempo posible determinado desde el momento de su imposición y de revisión periódica de la necesidad de privación de libertad.

Además, el Tribunal Interamericano consideró que por su propia naturaleza, esta clase de sanciones no cumplen con la finalidad de la reintegración social de los niños, toda vez que importan la máxima exclusión del niño de la sociedad, de tal manera que operan en un sentido meramente retributivo, pues las expectativas de resocialización se anulan a su grado mayor. Por lo tanto, afirmó que dichas penas no eran proporcionales respecto de la finalidad de la sanción penal a niños, resolviendo que el Estado violó el art. 5.6 de la Convención Americana.

Finalmente, la Corte de San José se expidió sobre la invocada violación al derecho a la integridad personal. En tal sentido, sostuvo que no obstante el texto de la Convención de los Derechos del Niño prohíbe la aplicación de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, con cita del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el "Caso Harkins y Edwards v. Reino Unido", afirmó que la imposición de una pena que adolece de grave desproporcionalidad puede constituir un trato cruel. Además, hizo alusión a las categóricas afirmaciones de los peritos en antropología y en psiquiatría ofrecidas por el Ministerio Público de la Defensa, así como a las declaraciones por escrito de las víctimas del caso, que daban cuenta del efecto devastador que aquellas penas habían producido. Como consecuencia de ello el Tribunal Interamericano, entendió que las penas aplicadas a mis cinco representados habían constituido tratos crueles e inhumanos prohibidos por los arts. 5.1 y 5.2 en relación con los arts. 19 y 1.1, todos de la Convención, interpretados a la luz de la Convención de los Derechos del Niño.

Uno de los aspectos más importantes de la sentencia comentada está dado por el hecho de que la Corte Interamericana consideró que las sanciones impuestas habían sido posibles por el marco normativo vigente en

Argentina en materia penal juvenil, en particular, el decreto-ley 22.278, cuestión que el Ministerio Público de la Defensa sostuvo invariablemente a lo largo de los más de diez años que llevó el trámite del caso internacional. En este sentido, la Corte Interamericana observó que al permitir la consideración de otros elementos más allá del delito cometido, así como la posibilidad de imponer a niños sanciones penales previstas para adultos, el decreto-ley 22.278 es contrario al principio de proporcionalidad de la sanción penal a niños. Destacó además que el plazo de 20 años contemplado en el art. 13 del Código Penal de la Nación al momento de los hechos para que los niños pudieran solicitar por primera vez la libertad y reintegrarse a la sociedad era abiertamente desproporcionado, pues los niños son obligados a permanecer más tiempo privados de la libertad que el tiempo vivido antes de la comisión de los delitos y de la imposición de la pena.

Con relación al argumento del Estado acerca de que con la sanción en 2005 de la ley 26.061 se habría solucionado el problema de la ejecución y revisión periódica de las sanciones, la Corte Interamericana sostuvo que aquella era una ley de protección integral de los niños, pero que los aspectos relativos a la determinación de las sanciones penales a niños se rigen por el decreto-ley 22.278 y por el Código Penal de la Nación, los cuales siguen vigentes en Argentina. Como consecuencia de lo anterior, si bien el tribunal interamericano consideró positivo el dictado del fallo "Maldonado", así como la anulación de las penas perpetuas por parte de la Cámara Federal de Casación Penal<sup>(9)</sup> y de la Corte Suprema de Justicia de Mendoza,<sup>(10)</sup> ordenó al Estado argentino que adecue su marco legal a los estándares internacionales en materia de justicia penal juvenil establecidos en la sentencia.

.....

(9) A raíz de los recursos de revisión interpuestos por las defensas oficiales de dos de los jóvenes y el interpuesto *in forma pauperis* por otro de ellos, el 21/08/2012 la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal dictó sentencia en la causa "Mendoza, César Alberto y otros s/ recurso de revisión", causa 14.087, haciendo lugar a los planteos, declarando la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7º del CP y reenviando la causa al Tribunal Oral de Menores N° 1 para que determine una nueva pena. Dicha audiencia aún no se ha llevado a cabo en tanto el Fiscal General ante la Cámara Federal de Casación Penal, Raúl Omar Pleé, interpuso recurso extraordinario contra aquella sentencia y, tras su denegación, recurso de queja ante la Corte Suprema, el que recientemente ha sido desistido por la Sra. Procuradora General de la Nación (dictamen de 04/09/2013), esperando a la fecha resolución por parte del Máximo Tribunal.

(10) Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala II, sentencia de fecha 09/03/2012.



Otras dos cuestiones muy importantes ordenadas por la Corte como garantías de no repetición se refieren, por un lado, a la prohibición de imponer nuevamente prisión o reclusión perpetuas a las víctimas del caso ni a ninguna otra persona en el futuro, por delitos cometidos siendo menores de edad, y a asegurar que quienes se encuentren en la actualidad cumpliendo dichas penas obtengan una revisión de acuerdo a los estándares establecidos en la sentencia. Por otra parte, la Corte Interamericana no solo ordenó la ya impostergable reforma del régimen penal juvenil, con base en el art. 2 de la Convención Americana, sino que fue más allá y dispuso que Argentina deberá diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Entre otros aspectos, deberá difundir los estándares internacionales sobre los derechos del niño y brindar apoyo a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, así como a sus familias.

La sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el "Caso Mendoza y otros vs. Argentina" constituye un importante reconocimiento de las violaciones a los derechos humanos ocurridas, así como una garantía contra la repetición de este tipo de prácticas. Pero además, la sentencia mencionada allana el camino para la reforma del régimen penal juvenil en nuestro país, sin duda una de las deudas más notorias de nuestra democracia que reclama desde hace tiempo que se deje de tratar a los niños sometidos a proceso penal peor que a los adultos. En este punto, el impacto y alcance de la sentencia excede en mucho lo vinculado con la aplicación de penas perpetuas.

Es habitual que frente a hechos muy graves que se sospecha han sido cometidos por niños se fomenten desde el poder político reformas que agraven la situación de los jóvenes sometidos a proceso penal y, en especial, que se propongan bajas en la edad de imputabilidad penal, actualmente fijada en los dieciséis años. Esta sentencia, a la vez que ordena un tan necesario cambio en el régimen penal juvenil, pone un freno a los intentos de bajar la edad de imputabilidad. Una reforma legal que disminuya la edad de punibilidad sin duda importaría un retroceso en el respeto de los derechos humanos a favor del colectivo de la niñez y violaría la prohibición de regresividad en materia de reconocimiento de derechos humanos.

## 2.2 | Las violaciones a la integridad personal por la aplicación de torturas. La obligación de investigar y sancionar dichas prácticas

Durante los años en los cuales las víctimas del caso estuvieron privadas de su libertad cumpliendo penas contrarias a los estándares internacionales, todas ellas sufrieron diversas situaciones de violencia institucional. Uno de los jóvenes perdió su vida detenido en una cárcel de las Penitenciarías de Mendoza a raíz de un supuesto suicidio, en un confuso hecho que nunca fue eficazmente investigado por la administración de justicia provincial. Dos de ellos, durante su estancia en el Complejo Penitenciario Federal I de Ezeiza, en el mes de diciembre de 2007 fueron víctimas de actos de tortura perpetrados por agentes del Servicio Penitenciario Federal. Tal como se demostró en el proceso ante la Corte Interamericana, fueron sometidos a hechos de tortura tales como la *falanga*, fueron golpeados fuertemente con palos en la cabeza, en la espalda y en las plantas de los pies, y días después fueron obligados a mantener posiciones de fuerza bajo el calor mientras eran golpeados en la espalda.

Adicionalmente, como es habitual en este tipo de delitos perpetrados por agentes del Estado en lugares de encierro, los hechos nunca fueron investigados de manera eficaz por los organismos jurisdiccionales ante los que se radicaron las denuncias, a pesar de contarse con informes médicos que acreditaban las lesiones sufridas. Considerando tal circunstancia, la Corte Interamericana estableció que en el caso se vulneraron, entre otros, los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana al haberse privado a las víctimas del derecho a una investigación imparcial, independiente y minuciosa que permitiera determinar la naturaleza y el origen de las lesiones, identificar a los responsables e iniciar su procesamiento. El tribunal interamericano condenó a la República Argentina por imponer torturas y por la falta de una investigación diligente de tales hechos.

Además, la Corte regional recordó que es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, tomando en cuenta que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos, sobre todo cuando se encuentra privada de la libertad bajo la custodia del Estado.

Asimismo, sostuvo que corresponde a las autoridades judiciales el deber de garantizar los derechos de la persona privada de la libertad, lo que implica la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar alegados actos de tortura. Sobre dicha base, la Corte analizó los argumentos por los cuales la justicia federal argentina había dispuesto el archivo de las causas, que no fueron sino la “poca colaboración” de las víctimas que no identificaron a los perpetradores de los hechos, sin haber producido ninguna prueba adicional, como por ejemplo la declaración de personas que estuvieran trabajando en la cárcel de Ezeiza el día de los hechos. Esta situación implicó que el Estado descargara en las presuntas víctimas su obligación de investigar, obligación que —sostuvo la Corte— no puede depender de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

La sentencia del “Caso Mendoza” se convirtió de este modo en un nuevo capítulo de una serie de pronunciamientos del máximo tribunal de derechos humanos de la región en los que se consideró al Estado Argentino responsable por afectaciones a la integridad personal de las víctimas,<sup>(11)</sup> en los que la falta de debida diligencia judicial en la investigación de los respectivos hechos resulta una constante.

El Tribunal interamericano no es el único organismo internacional que ha realizado recomendaciones a nuestro país con relación a prácticas de tortura y a su falta de investigación eficaz. En el ámbito universal, varios han sido los señalamientos en este sentido. Así, las observaciones finales del Comité contra la Tortura (CAT) respecto de la Argentina emitidas en 2004,<sup>(12)</sup> los informes del Comité de Derechos Humanos de 2000<sup>(13)</sup> y de 2010,<sup>(14)</sup> y los del Comité de los Derechos del Niño de 2002<sup>(15)</sup> y de 2010.<sup>(16)</sup>

(11) CORTE IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina”, Fondo, 02/02/1996; “Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 18/09/2003; “Caso Bueno Alves vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 11/05/2007; “Caso Bayarri vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/10/2008, y “Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/08/2011.

(12) CAT/C/CR/33/1, 10 de noviembre de 2004.

(13) CCPR/CO/70/ARG, 11 de marzo de 2000.

(14) CCPR/C/ARG/CO/4, 22 de marzo de 2010.

(15) CRC/C/15/Add. 187, 9 de octubre de 2002.

(16) CRC/C/ARG/CO/3-4, 21 de junio de 2010.

En el sistema interamericano, cabe mencionar —además de los referidos fallos de la Corte IDH— el informe realizado por el Relator sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad de la CIDH tras su visita a Argentina en junio de 2010.

Esta interpelación al Estado argentino por parte de los organismos y tribunales internacionales resulta un claro síntoma de las diversas y profundas fallas del sistema judicial en la investigación de esta grave forma de criminalidad estatal. En este sentido, la defensa pública debe constituirse cada vez más en un actor de interpelación a jueces y fiscales a fin de que tomen seriamente las denuncias formuladas contra fuerzas de seguridad y penitenciarias, habitualmente por parte de individuos pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad, por su condición socioeconómica y por el hecho de estar privados de libertad, circunstancia que sin duda alguna exige que se adopten a su respecto medidas de especial protección.

### 3 | Régimen de impugnación de la sentencia condenatoria en materia penal

Otro de los aspectos medulares de la sentencia “Mendoza”, cuyo impacto trasciende ampliamente al caso —e incluso los límites de nuestro país—, se refiere a la falta de adecuación a la Convención Americana del régimen de impugnación de las sentencias penales condenatorias.

En su sentencia anterior al caso bajo análisis, la Corte Interamericana había advertido la existencia de problemas con el sistema recursivo en materia penal en nuestro país. En el “Caso Mohamed vs. Argentina”, el máximo tribunal regional concluyó que la víctima —condenado en segunda instancia luego de una absolución— no contó con un medio impugnatorio conforme al art. 8.2.h) de la Convención Americana.<sup>(17)</sup> El problema de las condenas impuestas por primera vez en instancias recursivas, contrariamente a lo indicado por la lógica, continúa ocurriendo y, de manera evidente, puede hacer incurrir al Estado, una vez más, en responsabilidad internacional. El

(17) CORTE IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2012.

recurso extraordinario federal —intentado en el “Caso Mohamed” y vía usual para recurrir una sentencia condenatoria en instancia recursiva— no cumple, de acuerdo con la Corte Interamericana con los requisitos convencionales del art. 8.2.h) de la Convención, en tanto no constituye un medio de impugnación penal, es un recurso extraordinario, que resulta limitado en sus causales de procedencia a las cuestiones federales y que excluye las cuestiones fácticas, probatorias y de naturaleza jurídica no constitucional.<sup>(18)</sup>

En el “Caso Mendoza”, el problema del derecho a recurrir el fallo se planteó con relación al recurso de casación, cuya incompatibilidad con la Convención Americana (y con el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) había sido advertida por nuestra Corte Suprema de Justicia en 2005. En el recordado caso “Casal”, nuestra Corte Suprema postuló la ampliación de los márgenes de revisión del recurso de casación a partir de la recepción de la teoría de la **capacidad de rendimiento**, doctrina que implica que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar; o en otras palabras, debe agotar la revisión de lo revisable. La recepción de aquella teoría, le permitió a la CSJN afirmar que

“...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación (...) Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento”.<sup>(19)</sup>

### 3.1 | El derecho a recurrir el fallo

La Convención Americana establece de manera expresa ciertas garantías mínimas en beneficio de todas las personas inculpadas de un delito con el fin de protegerlas contra posibles decisiones arbitrarias. Una de ellas es el derecho

(18) Corte IDH, “Caso Mohamed vs. Argentina, cit, párr. 104 y ss.

(19) CSJN, Casal, cit., consid. 24.

de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior. La Corte Interamericana ha indicado que el derecho a recurrir el fallo es una garantía “primordial” que debe observarse como uno de los requisitos del debido proceso y no solo una guía que debe orientar el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte de la Convención.<sup>(20)</sup>

El tribunal de San José ha precisado que para satisfacer la garantía establecida en el art. 8.2.h) de la Convención no se requiere de la realización de un nuevo juicio<sup>(21)</sup> o de una “doble instancia”, según la denominación coloquial que se había dado al derecho, sino de una doble conformidad judicial como requisito previo para la legítima imposición de una sanción penal. La doble conformidad judicial, o el “juicio sobre el juicio”, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, permite confirmar los fundamentos de la decisión y otorgar mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado y, al mismo tiempo, brindar mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado.<sup>(22)</sup>

El “Caso Mendoza” tenía como elemento común que contra todas las sentencias condenatorias se interpusieron, entre otros, recursos de casación, de los cuales ninguno prosperó. En su análisis sobre la incompatibilidad del recurso de casación respecto de la Convención Americana, el Tribunal regional recurrió a diversos argumentos. En primer lugar, observó que “de la literalidad de las normas que regulan el recurso de casación no es posible la revisión de las cuestiones fácticas y/o probatorias (...) por un tribunal superior”, lo cual contrariaba la revisión integral de la sentencia condenatoria. En segundo lugar, indicó que el fallo “Casal” era posterior a los hechos del caso por lo que sería valorado —no ya respecto de las violaciones ocurridas entre 1999 y 2002 cuando no se revisaron las condenas— sino con relación a la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno. En tercer lugar, señaló que todos los recursos de casación presentados a favor de las víctimas fueron denegados con el fundamento que lo que se procuraba era una revisión de cuestiones fácticas y probatorias, las cuales estaban fuera del ámbito del alcance de los recursos de

(20) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párrs. 242 y 241.

(21) Corte IDH, Mohamed vs. Argentina, *supra* nota 14, párr. 101.

(22) Corte IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, 17/11/2009, párr. 89.

casación previstos en los códigos procesales penales de la Nación y de la Provincia de Mendoza. En palabras de la Corte IDH:

“[c]on base en fórmulas rígidas contrarias a la revisión integral del fallo en el sentido exigido por la Convención, el rechazo de los recursos de casación fue *in limine*, sin ningún análisis sobre el fondo de la cuestión, y sin considerar que las cuestiones fácticas y probatorias también pueden incidir en la corrección de una condena penal”.

Por último, la Corte Interamericana tomó nota que cuando el caso internacional ya se encontraba avanzado, en marzo y agosto de 2012 respectivamente, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, aplicando el control de convencionalidad, habían reconocido que los criterios en base a los cuales se rechazaron los recursos de casación habían sido contrarios a lo establecido en el art. 8.2.h) de la Convención, y que no habían procurado un examen integral de la decisión recurrida.<sup>(23)</sup>

Por otra parte, la Corte regional desestimó otro de los argumentos del Estado respecto a que el recurso de revisión de sentencia satisfacía la garantía reconocida en el art. 8.2.h) de la Convención Americana. El recurso de revisión no cumple, de manera evidente, al menos como está regulado hasta el presente, con los requisitos de ser un recurso ordinario y de estar disponible antes que quede firme la decisión, se trata de un recurso extraordinario y que procede contra sentencias firmes.<sup>(24)</sup> Con base en esos fundamentos, la Corte Interamericana concluyó que Argentina violó el derecho al recurso, reconocido en el art. 8.2.h) de la Convención Americana en perjuicio de las cinco víctimas condenadas a penas perpetuas.

### 3.2 | La obligación de adoptar disposiciones de derecho interno y la reforma del recurso de casación penal

La Corte Interamericana en su jurisprudencia, reiteradamente, ha establecido que el art. 2 de la Convención Americana contempla el deber general

(23) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 253 y ss.

(24) Corte IDH, “Caso Mendoza y otros vs. Argentina”, cit., párr. 260.

de los Estados Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de aquella para garantizar los derechos allí consagrados. Este deber implica la adopción de medidas en dos vertientes: por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención; por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

El Tribunal de San José concluyó que el Estado incumplió con la obligación contenida en el art. 2 de la Convención Americana, en relación con los arts. 8.2.h) y 19 del mismo tratado, en perjuicio de las víctimas. Al respecto, el Tribunal se remitió a lo dicho sobre la falta de revisión integral de las condenas, observó que Argentina no había negado que la regulación del recurso de casación era muy restringida y contraria a lo dispuesto en el 8.2.h), y observó que seguían vigentes las disposiciones procesales que regulan el recurso de casación, aun en contradicción con el fallo "Casal".

En virtud de esta determinación, la Corte Interamericana ordenó, como medida de reparación, que en un plazo razonable, el Estado debía adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en su sentencia.<sup>(25)</sup> Sin perjuicio de lo anterior, la Corte Interamericana destacó que los jueces argentinos debían "seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al art. 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia del Tribunal".

De esta manera, se pone fin a la discusión sobre la necesidad de la reforma del recurso de casación. Si bien "Casal" es una decisión muy importante, como lo destacó el Ministerio Público de la Defensa a lo largo de todo el litigio internacional y en todos los foros, no puede sostenerse que esa sentencia baste para que el derecho al recurso reconocido en el art. 8.2.h) de la Convención Americana sea respetado y garantizado en nuestro país.

El problema central de la falta de una clara previsión legal, con sus características de objetividad y generalidad, resulta en la posible aplicación desigual de la garantía convencional. En otras palabras, en la medida que la interpretación de los arts. 456 y 457 del Código Procesal Penal de la Nación

.....

(25) Corte IDH, *Mendoza y otros vs. Argentina* *supra* nota 1, párr. 332.



que efectúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación para compatibilizar el recurso de casación con el art. 8.2.h) de la Convención Americana no surge claramente de la letra de la ley, y dado que por el esquema de control de constitucionalidad difuso de Argentina la jurisprudencia de la Corte Suprema es sólo obligatoria en el caso bajo el cual se dicta sentencia y los demás tribunales sólo tienen una “obligación moral” de acatamiento de sus decisiones en otros procesos,<sup>(26)</sup> la revisión amplia ordenada por nuestro máximo tribunal en “Casal” resulta fuertemente discrecional para el resto de los tribunales del país.

Asimismo, la práctica post “Casal” muestra que hay casos en los cuales se ha evitado la revisión de la condena haciendo interpretaciones extensivas o incorrectas de lo “no revisable”. Por otra parte, algunos tribunales no han garantizado la revisión integral de los casos sometidos a su jurisdicción luego de dictado el fallo “Casal”, ya sea por no conceder a la revisión la amplitud necesaria o por realizar revisiones meramente aparentes sobre la base fáctica de los casos, entre otros motivos.

En los próximos tiempos, la agenda legislativa nacional deberá incluir la reforma del régimen de impugnación en materia penal de nuestro país.

En momentos en que se retoman los esfuerzos por reformar el Código Procesal Penal de la Nación, resulta fundamental reflexionar sobre los requisitos mínimos que el recurso de casación debe observar para no incurrir, en el futuro, en una nueva violación a la Convención Americana y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el “Caso Mendoza”, la Corte IDH, retomando varios de los estándares enunciados por primera vez en el célebre “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, interpretó que “el derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” previsto en el art. 8.2.h) de la Convención Americana debe observar, entre otros, los siguientes requisitos:

- que permita que la sentencia adversa pueda ser revisada por **un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica**;
- que otorgue la posibilidad de **una revisión íntegra** del fallo condenatorio, que garantice la posibilidad de un **examen integral** de la decisión recurrida;

.....

(26) CSJN, Fallos 307: 1094.

- que otorgue la posibilidad de evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores;
- que sea un recurso **ordinario**, accesible y eficaz; esto es, que debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera la calidad de cosa juzgada; que debe procurar resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido, no debe requerir mayores complejidades y las formalidades para que el recurso sea admitido deben ser mínimas y no deben constituir un obstáculo para que el recurso pueda ser examinado;
- que permita analizar las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en las que se basa la sentencia impugnada; las causales de procedencia del recurso deben posibilitar un control amplio de los aspectos impugnados, y
- que la **regulación respete las garantías procesales mínimas** que bajo el art. 8 de la Convención resulten relevantes y necesarias para resolver los agravios.

No es el objetivo de este breve comentario analizar cada uno de estos requisitos, sino mencionar algunos aspectos que merecerán en el futuro nuevas reflexiones. El cumplimiento de los requisitos señalados por la Corte Interamericana, evidentemente, implicará distintos grados de complejidad. Parece claro que la reforma del recurso de casación, o cualquier otro compatible con el 8.2.h) de la Convención Americana, que cumpla con los requisitos de **permitir la revisión por un juez o tribunal superior** o que esté **disponible previo a la que la sentencia quede firme**, no son aspectos problemáticos.

Por otra parte, en cuanto al requisito que sea un recurso **ordinario**, el recurso de casación puede ser considerado como un recurso ordinario si bien en su forma tradicional algunas veces, como en el caso argentino está organizado “con algo de exceso de formalidades”.<sup>(27)</sup> Estas formalidades hicieron que erróneamente se lo considerase —fundamentalmente, por los propios tribunales de casación—, como un medio impugnatorio “extraordinario”. Sin embargo, se trata de un recurso ordinario aunque, en su forma tradicional, limitado en su objeto.<sup>(28)</sup> El recurso de casación no tendría en sí mismo una incompatibilidad respecto del requisito de ser ordinario por ser “la vía regular para impugnar la sentencia pronunciada

(27) BOVINO, ALBERTO, “El Caso Herrera Ulloa de la Corte Interamericana y el Derecho al Recurso contra la Sentencia Penal Condenatoria”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n° 5, Buenos Aires, Ad-Hoc.

(28) BOVINO, ALBERTO, *ibid.*

luego del juicio oral en el procedimiento penal"; lo cual no debe confundirse con "el carácter limitado del recurso de casación",<sup>(29)</sup> circunstancia que, en efecto, entrañaría problemas a la luz de los estándares sostenidos por la Corte Interamericana.

La cuestión de la **accesibilidad** del recurso compatible con el 8.2.h) permite prever una profunda simplificación de los requisitos formales del recurso de casación que, incluso, puede implicar la posibilidad de sanear los defectos en su interposición; esto es, que el tribunal deba realizar una prevención al recurrente para su corrección puntualizando los aspectos que deben aclararse y corregirse cuando en su redacción existieran defectos y estos impidieran de forma absoluta conocer el reclamo. En este sentido, Maier, propuso mucho tiempo atrás

"eliminar la excesiva formalización que los tribunales de casación exigen para el planteo del recuso, de manera tal de 'ordinarizarlo' en relación con las exigencias que lo tornan procedente. Una reforma correcta de esa reglamentación debería permitir al tribunal de casación, antes de declarar improcedente el recurso por razones meramente formales, advertir al recurrente acerca de las deficiencias del planteo, para que lo complete convenientemente antes de decidir sobre su procedencia".<sup>(30)</sup>

Indudablemente, la mayor complejidad estará en la necesaria reforma del recurso de casación, o en un nuevo recurso, en todo lo relacionado con la **revisión integral** o **examen íntegro** de la sentencia. En relación con este aspecto, Maier había propuesto también extender el alcance del recurso de casación mediante "una ampliación significativa de su objeto consistente en la incorporación de todos los motivos que autorizan la revisión".<sup>(31)</sup> Nuestra Corte Suprema, a partir de "Casal", ha hecho aportes significativos al alcance de la revisión integral, sin perjuicio que sus contornos deben continuar siendo definidos. En este aspecto, algunos de los puntos que se revelan problemáticos serán la facultad del tribunal revisor

(29) *Ibid.*

(30) MAIER, JULIO, "El recurso del condenado contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., CELS/Del Puerto editores, 1997.

(31) MAIER, JULIO, *ibid.*, p. 423 y ss.

para valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión y lo relativo a la producción de prueba en la instancia superior. La reforma debería despejar la duda sobre la extensión que podría tener la prueba presentada en la instancia revisora precisando, por ejemplo, si se puede repetir prueba testimonial o pericial recibida en el juicio oral y público.

Resulta fundamental que la reforma legal no deje lugar a interpretaciones y aplicaciones restrictivas del recurso y, por ello, incompatible con el 8.2.h) de la Convención Americana y lo establecido en el fallo del "Caso Mendoza". Quienes estamos interesados en mejorar la administración de justicia de nuestro país tenemos por delante una muy compleja labor, que requerirá un importante acuerdo de voluntades, un persistente y sofisticado trabajo técnico y, fundamentalmente, mucha paciencia. Desde la Defensoría General de la Nación hemos comunicado a las autoridades nacionales ejecutivas, legislativas y judiciales la mejor disposición del Ministerio Público de la Defensa para aportar constructivamente en esta ardua pero fundamental tarea.

Afortunadamente, nuestro país cuenta con algunos de los mejores procesalistas del mundo y, por otra parte, tenemos la oportunidad de aprender de las lecciones de otros Estados, como Costa Rica, país con el cual nos unen fuerte lazos jurídicos en materia penal y que a partir del "Caso Herrera Ulloa" comenzó el proceso que hoy nos toca iniciar.

Costa Rica reformó en dos oportunidades el recurso de casación con el propósito de cumplir con la sentencia "Herrera Ulloa". En una primera oportunidad mediante la ley 8503 de 2006 conocida como la "Ley de Apertura de la Casación Penal",<sup>(32)</sup> a la que posteriormente sumó una profunda reforma mediante la sanción de la ley 8837 de 2010 o "Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia" que, entre otras adecuaciones del Código Procesal Penal, amplió el régimen de impugnación de sentencias a través de la incorporación del recurso de apelación de sentencia penal.

La Corte Interamericana verificó entonces que el nuevo recurso de apelación permitiera que la sentencia fuera revisada por un tribunal superior,

.....

(32) CORTE IDH, "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 09/07/2009.

que se caracterizara por ser un recurso simple, sin mayores formalidades, y que posibilitara el examen integral de todas las cuestiones analizadas y debatidas por el tribunal de juicio.

En función de ello, el Tribunal regional concluyó que Costa Rica había cumplido con su obligación de adecuar el ordenamiento jurídico interno y el 22 de noviembre de 2010 declaró que el Estado había dado total y pleno cumplimiento a los puntos resolutivos de la sentencia emitida el 2 de julio de 2004 en el "Caso Herrera Ulloa". En consecuencia, resolvió dar por concluido el caso y archivar el expediente.<sup>(33)</sup>

## 4 | Consideraciones finales

El recurso a instancias internacionales por parte de la Defensoría General de la Nación se hace con la profunda convicción de fortalecer la plena vigencia de los derechos humanos y mejorar el funcionamiento de nuestras instituciones, objetivos indudablemente compartidos por quienes leen este comentario y respecto de los cuales existe un amplio consenso entre actores de diferentes ámbitos jurídicos, políticos y académicos.

El "Caso Mendoza" se inscribe en la serie de fallos recientes del Tribunal interamericano que evidencian importantes cuestionamientos al funcionamiento del sistema de administración de justicia en nuestro país.

La protección internacional de los derechos humanos ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en estos casos nos debe hacer reflexionar y redoblar los esfuerzos para optimizar un servicio de justicia que, además de cumplir con las obligaciones constitucionales y convencionales, proteja los derechos fundamentales de todos, principalmente de quienes, por su situación de vulnerabilidad, más lo necesitan.

---

---

(33) CORTE IDH, "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22/11/2010.

# Debido proceso

## Derecho a disponer de un abogado defensor

TEDH, "YEROKHINA v. UKRAINE",  
SENTENCIA del 15 de NOVIEMBRE de 2012

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

### I | Introducción

En el presente caso, la sección quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "El Tribunal Europeo" o "El Tribunal") procedió a analizar un caso relacionado con el derecho a disponer de un abogado defensor como una de las garantías del debido proceso. "Yerokhina v. Ukraine" se encuadra dentro de una multiplicidad de casos ucranianos,<sup>(2)</sup> en los cuales se comprueba la violación sistemática de las garantías procesales de los imputados en procesos criminales. Al respecto, las distintas secciones de Tribunal Europeo se han expedido calificando a este flagelo como un problema estructural del sistema de justicia ucraniano.<sup>(3)</sup>

.....

(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".

(2) TEDH, "Grinenko v. Ucrania", sentencia del 15 de noviembre de 2012, N° 33627/06; "Grigoriev vs. Ucrania", sentencia del 15 de mayo de 2012, N° 51671/07; "Titarenko v. Ucrania", sentencia del 20 de septiembre de 2012, N° 31720/02; "Khayrov v. Ucrania", sentencia del 15 de noviembre de 2012, N° 19157/0; "Zamferesko v. Ucrania", sentencia del 15 de noviembre de 2012, N° 30075/06; "Serhiy Afonasyev v. Ucrania", sentencia del 15 de noviembre de 2012, N° 48057/06.

(3) TEDH, "Grinenko v. Ucrania", cit., párr. 87.

La denunciante, Elena Yerokhina, ciudadana ucraniana fue condenada a diez años de prisión por homicidio en abril del año 2003. La Sra. Yerokhina realizó una denuncia ante el Tribunal Europeo alegando que fue interrogada como sospechosa del homicidio en noviembre del año 2001 y en el curso de los procedimientos sufrió malos tratos por parte del personal policial y ninguna investigación al respecto fue llevada a cabo. Al acudir ante el Tribunal Europeo, sostuvo que el Estado ucraniano había violado el art. 6º (derecho a un juicio justo). En conexión con esto último, consideró que no se le concedió patrocinio letrado en la fase inicial de los procedimientos criminales contra ella y que esto afectó el resultado de dichos procedimientos.

## 2 | Los hechos del caso

Elena Yerokhina fue arrestada el 3 de noviembre del año 2001 por oficiales de la policía como sospechosa del homicidio de Z., con quien compartiera una relación de amistad. El mismo día fue interrogada en la oficina del fiscal de Chernihiv. De acuerdo con las grabaciones realizadas durante el interrogatorio, se le informó a la Sra. Yerokhina su derecho a permanecer en silencio de acuerdo con el art. 63 de la Constitución Ucraniana. Seguidamente, Yerokhina afirmó no estar involucrada en el caso. Unas horas después, se labró una orden de arresto contra la denunciante y, al mismo tiempo, el oficial a cargo de la investigación le reiteró su derecho a permanecer en silencio y a disponer de un abogado defensor. Sin embargo, la Sra. Yerokhina firmó un documento, el cual estaba redactado de la siguiente manera: "en el presente momento renuncio al derecho de contar con los servicios de un abogado defensor". En consecuencia, el investigador aceptó dicha renuncia emitiendo una resolución por separado.

Entre el 3 y 5 de noviembre del 2001, la denunciante fue visitada regularmente por el oficial a cargo de la investigación y oficiales de la policía, quienes la presionaron para que confesara el homicidio. Según la Sra. Yerokhina, dichos oficiales le manifestaron que si confesaba el crimen y cooperaba con la investigación, harían los arreglos necesarios para que no fuera despedida de su trabajo y, a la vez, reducirían considerablemente la condena que eventualmente recibiría. Pero que, de continuar sosteniendo su inocencia, sería de todas formas declarada culpable del homicidio y situada en la peor celda disponible en la cárcel. Merece ser destacado que

el día 5 de noviembre, un abogado contratado por amigos y familiares de la denunciante concurrió a la oficina del fiscal para solicitar una entrevista con ella, pero su pedido fue denegado. Al día siguiente, Yerokhina realizó una confesión auto incriminándose y afirmando que su renuncia a contar con un abogado había sido resultado de presiones policiales y del fiscal del distrito.

El 7 de noviembre, la denunciante redactó su confesión del crimen de homicidio. Seguidamente, el mismo día, se le permitió entrevistarse por primera vez con su abogado. Luego, durante el curso de los procedimientos le fue sistemáticamente negado al abogado de la Sra. Yerokhina visitarla y realizar las diligencias necesarias para preparar una defensa, amparándose en que la denunciante había firmado un documento renunciando a su derecho a contar con asistencia letrada.

El 21 de abril del 2003, la denunciante fue encontrada culpable del delito de robo y homicidio, por lo que fue condenada a diez años de prisión. Dicha sentencia fue confirmada el 11 de septiembre del mismo año por la Corte de Apelaciones.

Numerosas denuncias fueron realizadas por el abogado de Yerokhina sobre la base de la denegación que sufrió a su derecho a obtener asistencia letrada, violación de defensa en juicio y maltratos policiales. Ahora bien, dichos procedimientos fueron rechazados por las cortes ucranianas.

### 3 | Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

En primer lugar, la Corte enunció los principios generales de las obligaciones de los Estados que se derivan del art. 6 del Convenio Europeo. En concreto, se reiteró que el acceso a la asistencia letrada debería ser proporcionado desde el primer momento en que un sospechoso es interrogado por la policía, a menos que esté demostrado a la luz de las particularidades del caso, que haya razones de fuerza mayor para restringir este derecho. Y que, incluso cuando las razones de fuerza mayor justificaran la negación del derecho a disponer de un abogado, dicha restricción —cualquiera sea la justificación— no deben producir un perjuicio de los derechos del acusado conforme el art. 6°. Más aún, el Tribunal hizo hincapié en que el derecho



de defensa en juicio sufre un daño irreparable cuando afirmaciones inculpativas realizadas durante un interrogatorio policial sin contar con asistencia letrada son utilizadas como prueba en un juicio.<sup>(4)</sup> Asimismo, el pronunciamiento del Tribunal se refiere a que los Estados tienen una obligación negativa de no interferir en la defensa en juicio de las personas, lo cual, en última instancia, fue lo que involucró la responsabilidad internacional del Estado ucraniano y determinó la violación del art. 6° del Convenio.

La idea central del Tribunal fue que, una renuncia a un derecho garantizado por el Convenio —si es aceptable— no debe jugar en contra de ningún interés público que revista gran importancia; por ende, la renuncia debe estar articulada de forma tal que respete las garantías mínimas de la persona en cuestión.<sup>(5)</sup> De manera que, como ha sido establecido en el caso “Talat Tunc v. Turkey”<sup>(6)</sup> y “Jones v. The United Kingdom”,<sup>(7)</sup> el acusado que renuncia a un derecho de meridian importancia debe poder haber previsto cuales serían las consecuencias que implicaría dicho renunciamento.<sup>(8)</sup>

En el mismo orden de ideas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala en el “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”<sup>(9)</sup> que el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde el momento en que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso,<sup>(10)</sup> incluyendo, en su caso, la etapa de

(4) TEDH, “Salduz v. Turquía”, sentencia del 27 de noviembre de 2008, N° 36391/02, párr. 55; “Yerokhina v. Ucrania”, sentencia del 15 de noviembre de 2012, N° 12167/04, párr. 64. Ver texto completo del fallo en: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"docname":\["Yerokhina"\],"itemid":\["001-114451"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{).

(5) TEDH, “Yerokhina v. Ucrania”, cit. párr. 65; “Sejdovic v. Italia”, sentencia del 1 de marzo de 2006, N° 56581/00, párr. 86; “Hermi v. Italia”, sentencia del 18 de octubre de 2006, N° 18114/02, párr. 73.

(6) TEDH, “Talat Tunç v. Turquía”, sentencia del 27 de marzo de 2007, N° 32432/96, párr. 59.

(7) TEDH, “Jones v. Reino Unido”, sentencia del 9 de septiembre de 2003, N° 30900/02.

(8) TEDH, “Yerokhina v. Ucrania”, cit., párr. 65.

(9) Corte IDH, “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009.

(10) Ver *mutatis mutandis*, Corte IDH, “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador”, *supra* nota 20, párr. 71; “Caso Bayarri vs. Argentina”, *supra* nota 21, párr. 105, y “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 12 de agosto de 2008, Serie C N° 186, párr. 148.

ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el art. 8° 2. b., a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.<sup>(11)</sup>

En lo referido a la aplicación de los principios enunciados a los hechos del caso, el Tribunal notó que entre las 11.10 hs. y las 15.15 hs. del 3 de noviembre del 2001, la denunciante fue interrogada como sospechosa del delito de homicidio de Z. Antes del interrogatorio se le había informado su derecho a permanecer en silencio, en virtud del art. 63 de la Constitución Ucraniana. Sin embargo, su derecho a contar con un abogado defensor no fue explicado en dicho interrogatorio, el cual se llevó a cabo en ausencia de representación legal. La renuncia este derecho no fue hecha sino hasta las 15.30 hs. de ese día. Todavía más, los días 5 y 6 de noviembre del 2001, las autoridades a cargo de la investigación obtuvieron declaraciones que auto incriminaban a la acusada, sin contar, tampoco en dicho momento con asistencia letrada. De esta manera, a partir del día 3 de noviembre a las 15.30 hs., las autoridades se basaron en el hecho de que la denunciante había renunciado a la asistencia legal y no reiteraron la pregunta de si deseaba hacer uso de este derecho durante todo el curso de los procedimientos.<sup>(12)</sup>

En cuanto a esto, el Tribunal se expresó sosteniendo que la renuncia a los servicios de defensa estaba destinada a tener una duración limitada en el tiempo, ya que el documento dice “en este momento”. De acuerdo con esto, las autoridades no podían confiar legítimamente en que la renuncia

(11) “Caso Barreto Leiva vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 17 de noviembre de 2009, párr. 29.

(12) *Ibid.*, párr. 67.

al derecho en cuestión se mantendría durante todo el proceso, y en realidad, estaban obligados a preguntar a la demandante si la renuncia seguía en pie durante los interrogatorios del 5 y 6 de noviembre.

No obstante, la denunciante no fue informada sobre su derecho a la representación legal durante el 5 y 6 de noviembre del año 2001, y la renuncia al derecho durante esas fechas no fue documentada. Por estos motivos, la Corte concluyó que en esos días de noviembre, la denunciante no había renunciado a su derecho de asistencia letrada. Más aún, no fue informada de que su amiga había contratado un abogado para ella, y que dicho profesional había intentado iniciar procedimientos y entrevistarse con ella el 5 de noviembre.

De lo expuesto, el Tribunal no discernió ninguna razón relevante para que el derecho de la denunciante al patrocinio letrado haya sido restringido. Es importante destacar que aunque el abogado de la denunciante se haya presentado en la oficina del fiscal el 5 de noviembre del 2001, y notificado su intención de entablar la defensa y provisto del documento de autorización, no fue admitido en los procedimientos hasta el 7 de noviembre del ese año. En consecuencia, las declaraciones auto incriminantes obtenidas en la ausencia de su abogado defensor, y utilizadas por las cortes nacionales para dictar la sentencia, perjudicó de forma irreparable los derechos de defensa de la peticionaria.

Para concluir, a la luz de las anteriores consideraciones, el Tribunal sostuvo que se produjo la violación del art. 6° 1. y 6° 3. del Convenio Europeo, debido a la inacción de las autoridades para garantizar el derecho de Yerokhina a acceder a un abogado durante el período inicial de los procedimientos criminales en su contra.

## 4 | Consideraciones finales

En resumidas cuentas, el Tribunal Europeo realiza un análisis del derecho de defensa en juicio en conexión con el derecho a disponer de un abogado defensor, en sintonía con su jurisprudencia constante<sup>(13)</sup> y respetando los principios que se derivan del art. 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

---

(13) TEDH, *Grinenko vs. Ucrania*, cit.; *Grigoriev vs. Ucrania*, cit.; *Titarenko vs. Ucrania*, cit.; *Khayrov vs. Ucrania*, cit.; *Zamferesko vs. Ucrania*, cit.; *Serhiy Afonasyev vs. Ucrania*, cit.

Se enfatiza en que el derecho a contar con un abogado defensor deriva de la defensa en juicio, que implica la existencia de formas sustanciales en el proceso penal: acusación, prueba y sentencia. Por ende, el Tribunal resolvió que incumplir con la obligación negativa que tiene el Estado de no interferir en la defensa en juicio involucró su responsabilidad.

Por su parte, tanto la Convención Americana de Derechos Humanos en su art. 8° como la Declaración Universal de Derechos Humanos en sus arts. 10 y 11<sup>(14)</sup> declaran que el derecho de toda persona a ser asistida por un defensor, ya sea proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna de cada Estado Parte, es un derecho irrenunciable; en concordancia por lo expresado por el Tribunal Europeo.

Más aún, es posible realizar una comparación con el derecho interno argentino, el cual se encuentra en sintonía con los preceptos enunciados en los anteriores instrumentos y estándares del Tribunal Europeo. Esto puede ser comprobado en distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia<sup>(15)</sup> donde, en términos generales, se estableció que el derecho a ser oído —contando con la asistencia legal adecuada— es particularmente intenso cuando el procesado se encuentra privado de la libertad y, en ese caso, las deficiencias formales de los Estados que eventualmente pudieran presentar aquellos imputados o procesado, sin la firma del defensor, no pueden cerrar las vías recursivas”.<sup>(16)</sup> De esta manera, es posible comprobar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos realiza una similar y estricta interpretación garantista, expresando que la detención o interrogatorio es la primera oportunidad en la que el imputado debería conocer su derecho a ser asistido por un defensor, o al menos, el juez debe hacerlo saber antes de la indagatoria.

(14) Entre otros instrumentos internacionales, a saber: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; Convención sobre los derechos del niño, art. 40; Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, principio 17.

(15) Ver “Schenone”, CSS 62 XL (2006); “Noriega, Manuel” CSN 67 XL (2006).

(16) *Ibid.*



# Derechos de los migrantes

## Prohibición de salida

TEDH, "CASE of STAMOSE v. BULGARIA",  
SENTENCIA del 27 de NOVIEMBRE de 2012

por **MARCOS EZEQUIEL FILARDI**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

El Sr. Teodor Vasilius Stamose, nacido en Bulgaria, en el año 1998 emigró a los Estados Unidos de América con una visa de estudiante para estudiar en la Universidad de Missouri.

Al poco tiempo, abandonó los estudios y comenzó a trabajar.

Toda vez que la visa de estudio que se le había otorgado no lo habilitaba a trabajar legalmente, en el año 2000 las autoridades estadounidenses iniciaron un procedimiento de expulsión en su contra por haber violado los términos de su residencia, el que concluyó con su deportación a Bulgaria el 29 de octubre de 2003. Ello, pese a que su madre y su hermano eran residentes permanentes en los Estados Unidos.

El mismo día en que fue deportado, el Director de la Policía de Fronteras de Bulgaria, en virtud de lo dispuesto por el art. 76, inc. 6° de la ley de

.....

(1) Profesor Adjunto Interino (UBA). Tutor Académico en distintas competencias de derechos humanos en 2008-2012. Prosecretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

Documentos de Identidad de 1998, y basándose en una carta de la embajada de los Estados Unidos en Sofía que daba cuenta de su infracción a las leyes migratorias de ese país, le impuso al Sr. Stamose una prohibición de salida del país por dos años y le ordenó a la policía el secuestro de su pasaporte.

El Sr. Stamose cuestionó dicha decisión en sede judicial, pero tanto la Corte de la Ciudad de Sofía como, luego, por vía de apelación, la Corte Suprema Administrativa del país, consideraron que la ley de 1998 le confería a las autoridades la facultad de adoptar la medida cuestionada, y que el ejercicio de dicha facultad era discrecional e insusceptible de revisión judicial.

En virtud de ello, el Sr. Stamose efectuó una petición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Tribunal" o TEDH) invocando la presunta violación, por parte del Estado de Bulgaria, del art. 2 del Protocolo 4 y de los arts. 8° y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, "el Convenio").

## 2 | Argumentos de las partes y consideraciones del Tribunal

### 2.1 | Violación del art. 2° del Protocolo 4

Sobre este punto, el Sr. Stamose planteó que la prohibición de salida del país dispuesta por Bulgaria fue injustificada y desproporcionada.

El Estado, por su parte, alegó que la decisión se fundó en una ley en sentido formal y encontró su antecedente en la carta enviada por la embajada de los Estados Unidos. En esas circunstancias, las autoridades entendieron, en el ejercicio de su facultad discrecional, que la medida era idónea para cumplir con la finalidad de la ley. Finalmente, el Estado señaló que esa disposición legal fue derogada en el año 2009.

El Tribunal entendió que la prohibición de salir de país y el secuestro del pasaporte constituyeron una interferencia en el derecho del Sr. Stamose de abandonar su propio país, por lo que procedió a analizar si dicha

interferencia fue “prevista por la ley”, persiguió una de las finalidades previstas en el art. 3° del Protocolo 4 y “constituyó una medida necesaria, en una sociedad democrática” para alcanzarlas.<sup>(2)</sup>

La medida se fundó en el art. 76, inc. 6°, de la ley de Documentos de Identidad de 1998, que establecía que: “el ciudadano búlgaro que ha sido deportado de otro país como consecuencia de la violación de las leyes migratorias de ese país puede ser impedido de salir de Bulgaria y de obtener su pasaporte por el término de un año”. Ese plazo se extendió a dos años mediante una enmienda a la ley que entró en vigor en el año 2003. En consecuencia, el Tribunal concluyó, en primer lugar, que la interferencia fue prevista por ley.

En segundo lugar, el Tribunal analizó el contexto en el que dicha disposición legal fue adoptada y consideró que la interferencia fue diseñada para disuadir y prevenir violaciones a las leyes migratorias de otros países y, en consecuencia, para reducir la posibilidad de que esos Estados impidan la entrada a otros ciudadanos búlgaros o endurezcan o se nieguen a hacer más flexible el régimen de visas respecto de los ciudadanos búlgaros en general. Sin embargo, el Tribunal entendió que aún si estuviere dispuesto a aceptar que la medida podía perseguir la finalidad legítima de proteger el orden público o la protección de los derechos y libertades de terceros, la interferencia no satisfizo el estándar de “necesidad en una sociedad democrática” y el requisito, implícito en ella, de proporcionalidad.

Según el Tribunal, el punto central consiste en dilucidar si resulta proporcional prohibir automáticamente a una persona viajar a cualquier país en virtud de haber violado la ley migratoria de un país en particular.

En este sentido, entendió que la consecuencia normal por la violación de la ley migratoria de un país sería que la persona responsable sea expulsada y, eventualmente, impedida de reingresar al país por un plazo determinado, como ocurrió con el Sr. Stamosse. En consecuencia, el Tribunal consideró que resulta bastante draconiano que el Estado de Bulgaria —que no era afectado directamente por la violación de la ley migratoria de Estados Unidos— le haya impedido al Sr. Stamosse a viajar a cualquier lugar del mundo por dos años.

(2) TEDH, “Case of Stamosse v. Bulgaria”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 27 de noviembre de 2012, Court (Fourth Section).



Por otra parte, las autoridades omitieron efectuar un análisis individual de todas las circunstancias del caso, como ser la gravedad de la infracción que dio lugar a la deportación, el riesgo de que cometa nuevas infracciones, su situación familiar, personal y financiera y la existencia de antecedentes penales, todo lo cual hizo que la decisión no estuviera adecuadamente justificada en el caso concreto.

Por último, la Corte reconoció que, al momento de la adopción de la norma, Bulgaria se había convertido en un país fuertemente emisor de migrantes y que, en ese contexto, podía verse inclinado, por razones de relaciones internacionales o prácticas, a ayudar a otros países en la implementación de sus políticas migratorias. También ponderó que la disposición cuestionada fue parte de un paquete de medidas destinadas a disipar el temor de los Estados miembros de la Unión Europea —entre otros— respecto de la migración ilegal procedente de Bulgaria y que contribuyó a la decisión de la Unión de marzo de 2001 de eximir de visa a los ciudadanos búlgaros para estancias cortas en los países de la Unión. Sin perjuicio de ello, la Corte consideró que el contexto descrito no exime a la norma del escrutinio bajo el Convenio y concluyó que, si bien podría aceptar que la prohibición de salir del país para prevenir que se violen las leyes migratorias de otros países, podría en algunos casos estar justificada, al omitirse una ponderación en el caso concreto de las circunstancias individuales, la decisión estatal devino injustificada y desproporcionada.

## 2.2 | Violación del art. 8° del Convenio

El Sr. Stamosse alegó que la medida adoptada por el Estado constituyó una interferencia en su vida privada y familiar, al impedirle viajar a los Estados Unidos para estar junto a su madre y su hermano.

El Estado, por su parte, señaló que el Sr. Stamosse tenía 30 años de edad y la decisión de reunificación familiar no dependía de las autoridades búlgaras, sino de los Estados Unidos.

El Tribunal resolvió que no consideraba necesario analizar la posible violación al art. 8 del Convenio toda vez que se había resuelto que Bulgaria había violado el art. 2 del Protocolo 4.

## 2.3 | Violación del art. 13 del Convenio

El Sr. Stamose argumentó que los tribunales del Estado omitieron analizar la proporcionalidad de la medida cuando promovió su revisión judicial.

El Estado no se pronunció al respecto.

El Tribunal entendió que las autoridades judiciales habían considerado irrelevantes los argumentos del Sr. Stamose que atacaban la justificación de la medida: se concentraron sólo en la validez formal de la norma y entendieron que no podían revisar la decisión discrecional de las autoridades que adoptaron la medida. En virtud de ello, consideró que un proceso que, por su limitado alcance de revisión, no permite la discusión de la cuestión sustancial que se debate, no satisface las exigencias del art. 13 del Convenio.

## 3 | Decisión del Tribunal

La Corte resolvió, por unanimidad, que el Estado de Bulgaria violó los arts. 2º del Protocolo 4 y 13 del Convenio.

Ésta es la primera sentencia del Tribunal Europeo que analiza la validez de una prohibición de salida del país de un ciudadano para prevenir que potencialmente viole las leyes migratorias de otros países.

Si bien el Tribunal calificó de draconiana la aplicación automática de una disposición de esta naturaleza en este caso concreto, dejó abierta una puerta para habilitar su legitimidad en algunos casos, siempre que se analicen y ponderen las circunstancias concretas que justifican la restricción.

---



# Sustracción ilegal de menores

TEDH, "AFFAIRE ÖZMEN c. TURQUIE",  
4 de DICIEMBRE de 2012

por **MARISOL DORREGO**<sup>(1)</sup>

## I | Los hechos del caso

El peticionario Halük Özmen es un nacional turco nacido en 1965 que reside en Samsun (Turquía). En 2005, mientras vivía en Australia, el peticionario comienza un procedimiento de divorcio con su esposa, quien también es de origen turco. Ésta es autorizada por el tribunal que entendía sobre el divorcio a volver temporariamente a Turquía en compañía de su hija; sin embargo, ellas no regresan a Australia. Una contienda judicial se produce entre el peticionario y su ex-esposa para recuperar a su hija. El peticionario finalmente obtiene una decisión favorable que le permitiría recuperar a su hija y volver a Australia en virtud de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Sin embargo, esta sentencia nunca es ejecutada. Conteste a dicha inexecución por parte de los tribunales turcos, el peticionario afirma que las autoridades turcas no habían empleado los medios necesarios para recuperar a su hija y permitirle su regreso a Australia. Privado de noticias sobre su hija, Özmen afirma tener temor por la salud física y psicológica de su hija, así como por su educación. Se queja asimismo, de la ruptura de lazos familiares que había

.....  
(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".

tenido por resultado su separación prolongada, que atentaba contra su derecho del respeto de la vida privada y familiar. Por otra parte, Özmen se queja de que su derecho a un proceso justo no había sido respetado por el hecho de que la sentencia que le permitiría recuperar a su hija no había sido pronunciada en un plazo razonable, que los procedimientos introducidos habrían perdurado durante años, y que la sentencia favorable a sus pretensiones nunca había sido ejecutada.<sup>(2)</sup>

## 2 | Análisis del Tribunal (Segunda Sección)

En su petición inicial, el peticionario se quejaba de la inejecución por parte de las autoridades turcas de la sentencia definitiva, en la cual se pedía retornar a su hija a su país de residencia. En este sentido, es que se queja de una violación del derecho a un proceso razonable establecido en el artículo 6 del Convenio. Sin embargo, el Tribunal Europeo entiende que, en virtud del principio *jura novit curia*, el mismo tiene la capacidad de analizar los hechos que denuncia en base a un artículo diferente de la Convención que no fue invocado por el peticionario.<sup>(3)</sup> En este sentido, considera que todos los recursos interpuestos por el peticionario en el ámbito interno refieren a temas personales entre padres e hijos y que se enfocarían en la “vida familiar”. Por eso, y por el hecho de que el artículo 8 exige que el proceso que decida en esas cuestiones sea razonable y que el Estado tome las medidas tendientes a reunir a los padres con los hijos,<sup>(4)</sup> el Tribunal estima oportuno examinar los hechos sobre el artículo 8 y no sobre el artículo 6 de la Convención.<sup>(5)</sup>

Para el Tribunal, el artículo 8 implica el derecho de un padre a que se tomen medidas tendientes a reunirse con su hijo y la obligación de las

(2) TEDH, “Affaire Özmen c. Turquie”, 04/12/2012, N° 28110/08, pp. 5/75. Ver texto completo del fallo en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115009>.

(3) *mutatis mutandis*, TEDH, “Affaire Guerra et autres c. Italie”, 19 février 1998; TEDH, “Affaire Berktaç c. Turquie”, N° 22493/93, § 167, 1<sup>er</sup> mars 2001.

(4) TEDH, “Affaire Závřel c. République tchèque”, n° 14044/05, § 32, 18 janvier 2007; TEDH, “Affaire Karoussiotis c. Portugal”, N° 23205/08, § 55, 1<sup>er</sup> février 2011.

(5) “Affaire Özmen c. Turquie”, cit., pp. 78/83.

autoridades nacionales de tomar las medidas necesarias al respecto. Sin embargo, dicha obligación por parte de las autoridades nacionales no es absoluta. Depende de las circunstancias de cada caso en concreto, y la comprensión y la cooperación de las personas concernientes constituyen un factor importante.<sup>(6)</sup> Por otra parte, cuando existen dificultades en la ejecución de una sentencia, siendo que la otra parte se niega a cumplirla, compete a las autoridades nacionales tomar las medidas adecuadas para sancionar dicha falta de cooperación y recurrir a sanciones severas en caso de comportamiento manifiestamente ilegal por parte del padre con quien convive el niño en cuestión.<sup>(7)</sup> Los procesos relativos a la recuperación de un niño que ha sido sustraído exigen un tratamiento urgente, pues pueden traer consecuencias irremediables para los padres que no conviven con ellos.<sup>(8)</sup> Se trata de hacer volver un *statu quo ante*, en vista de evitar la consolidación jurídica de situaciones de hecho inicialmente ilícitas, y de dejar las cuestiones relativas al derecho de guarda y de patria potestad sobre los hijos en la competencia de jurisdicciones del lugar de residencia habitual del niño. El artículo 11 de la Convención de La Haya exige que las autoridades judiciales y administrativas a las que se recurre en el proceso actúen con celeridad. Cualquier retraso de más de seis semanas puede dar lugar al pedido de explicaciones de su motivo.<sup>(9)</sup> El punto decisivo en el caso concreto es, entonces, averiguar si las autoridades nacionales tomaron todas las medidas que pudieron serles razonablemente exigidas para asegurar lo más pronto posible la reunión del peticionario con su hija. En este caso, el Tribunal considera que la obligación de celeridad en el proceso, y su obstrucción por parte de la madre, debió haber sido tenida en cuenta por las autoridades nacionales, quienes deberían haber adoptado medidas concretas tendientes a asegurar la efectividad de la ejecución de la sentencia.<sup>(10)</sup> El Tribunal observa que hubo un período de más de dos años hasta que se produjo la decisión definitiva del tribunal de familia de Ankara, que decidió sobre la cuestión en forma favorable al peticionario.

(6) TEDH, "Affaire Ignaccolo-Zenide c. Roumanie", N° 31679/96, §§ 94-96.

(7) TEDH "Affaire Maire c. Portugal", N° 48206/99; TEDH "Affaire Maumousseau et Washington c. France", N° 39388/05, 6 décembre 2007; "Affaire Özmen c. Turquie", cit., p. 95.

(8) TEDH, "Affaire Carlson c. Suisse", N° 49492/06, §38, 6 de noviembre de 2008.

(9) Ver "Maumousseau et Washington c. France", cit.; "Affaire Özmen c. Turquie", cit., pp. 96/97.

(10) *Ibid.*, p. 98.

Además, el Tribunal estableció que el artículo 16 de la Convención de La Haya obliga a suspender la decisión sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones de dicho Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de ese convenio. La separación de los dos procesos habría de permitir al juez expedirse sobre la eventual restitución del menor con la diligencia necesaria. En el caso concreto, el 18 de febrero, unos meses antes de la sentencia definitiva, el tribunal de familia de Ankara se pronunció sobre la custodia de la madre. Dicha sentencia es más tarde confirmada por la Corte de Casación. Dicha forma de proceder está en clara contradicción con el artículo 16 de la Convención de La Haya.<sup>(11)</sup> Empero, el Tribunal no desconoció el hecho de que las autoridades turcas tomaron numerosas medidas para tratar de encontrar a la madre y la hija (vigilancia de miembros de la familia, búsquedas en servicios escolares y otros organismos, la inscripción de la niña en el registro de personas desaparecidas, etc.) y medidas coercitivas que fueron adoptadas en contra de la madre a fin de sancionar su falta de cooperación (a saber, seis meses de prisión y una segunda condena de dos meses de prisión) —medidas éstas que no pudieron ser ejecutadas ya que tanto la madre como la hija no se han encontrado—.<sup>(12)</sup> El 1° de junio de 2011, por otra parte, se le acordó al peticionario la patria potestad y cuidado de su hija y un nuevo proceso fue abierto para tratar de encontrar a su ex-esposa en el fuero penal.<sup>(13)</sup> Para el Tribunal, es esencial que en este tipo de casos se atienda a las medidas propuestas por el padre que ha sido privado de todo contacto con su hijo. Si bien el Estado de Turquía tomó algunas medidas tendientes a tomar conocimiento sobre el lugar en el que se encontraba el menor sustraído ilegalmente, se tardó al menos dos años para obtener un pronunciamiento favorable para el peticionario. A su vez, le había sido acordada a la ex esposa del peticionario la custodia sobre la hija, en desconocimiento de una sentencia judicial anterior que se pronunciaba a favor de hacer regresar a la misma a su país de residencia.<sup>(14)</sup> Por ello, el Tribunal concluyó que

.....  
(11) *Ibid.*, pp. 99/101.

(12) *Ibid.*, pp. 102/103.

(13) *Ibid.*, p. 104.

.....  
(14) *Ibid.*, p. 105.

en el presente caso no se ha protegido debidamente el respeto a la vida familiar establecido en el artículo 8 de la Convención.

### 3 | Consideraciones finales

El caso en cuestión trata la desaparición de la hija del peticionario por parte de su ex esposa. En este sentido, se trata de una sustracción ilegal de un menor con vistas a privarle a su otro padre la posibilidad de verlo. Las autoridades nacionales de Turquía, si bien toman medidas al respecto, fallan en varios aspectos y no logran garantizar debidamente el derecho del padre a ver a su hija cuando existía un pronunciamiento que establecía un régimen de visitas para el peticionario. Asimismo, emiten pronunciamientos judiciales contradictorios, aunque finalmente se decide que debe hacerse valer aquél que es definitivo. La demora en el proceso tendiente a satisfacer el derecho del padre que ha sido privado de la posibilidad de ver a su hija es un factor que contribuye a la ineficacia de las subsiguientes medidas tomadas tendientes a tomar conocimiento del lugar donde se hallaba efectivamente su hija. En este sentido, el artículo 6 de la Convención, en tanto propugna por un proceso razonable que no produzca innecesarias dilaciones, provee una protección especial, sin perjuicio de que también se analice el artículo 8 de la Convención, el cual específicamente entraría en juego según las circunstancias del caso en cuestión. En el Coloquio franco-inglés-irlandés sobre derecho de familia, celebrado en Dublin el 14 de mayo de 2011 y centrado en el interés superior del niño en recientes casos del Tribunal de Derechos Humanos, se analizaron casos considerados importantes para la Convención Europea de Derechos Humanos sobre la sustracción ilegal de menores del año 2010. Se destacó como un caso novedoso “Neulinger and Shuruk v. Switzerland”<sup>(15)</sup> (ECHR N° 41615/07, 2010) debido al análisis detallado realizado por el Tribunal Europeo sobre el interés superior del niño. Tal como sucede en el presente caso, en esa oportunidad la Gran Cámara encontró que el tiempo era el factor crucial en los procedimientos desarrollados en el derecho interno sobre sustracción ilegal de menores ya que tiene un especial efecto negativo en esta clase de casos. En dicha oportunidad, el niño en cuestión no regresó a su anterior país de residencia por estar integrado

(15) TEDH, “Case Neulinger and Shuruk v. Switzerland”, N° 41615/07, 6 de julio de 2010.



por completo a Suiza y no ser, en consideración del Tribunal, lo mejor para él regresar a Israel. No obstante, aquel caso el plazo transcurrido no podía atribuírsele al accionar negligente de los agentes administrativos o judiciales de Suiza.<sup>(16)</sup> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos de sustracción de menores, interpreta la Convención en conjunto con la Convención de la Haya de los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores del 25 de octubre de 1980. En dichos casos, para considerar el interés superior del niño, se toman en cuenta dos parámetros: primero, garantizar que se desarrolle en un ambiente seguro y que no puedan tomarse medidas en detrimento de su salud y su crecimiento; segundo, mantener lazos con su familia, excepto en casos en los que dicha familia no sea apta. Dichos criterios fueron establecidos en el fallo “*Maumousseau and Washington v. France*”.<sup>(17)</sup>

---

---

(16) TEDH, “The best interests of the child in the recent case-law of the European Court of Human Rights: Franco-British-Irish Colloque on family law”, Dublin, 14 de mayo de 2011.

(17) TEDH, “*Affaire Maumousseau et Washington c. France*”, cit.

# La prohibición de la tortura, el derecho a la asistencia letrada, la garantía de *non bis in ídem* y la incorporación por lectura de los testimonios de cargo

TEDH, "CASE of ASADBEYLI and OTHERS v. AZERBAIJAN",  
11 de DICIEMBRE de 2012<sup>(1)</sup>

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**<sup>(2)</sup>

En el caso "Asadbeyli", once personas ("los demandantes") denunciaron ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "TEDH" o "El Tribunal") que la República de Azerbaiyán violó, entre otros, sus derechos al juicio justo en el marco de procesos seguidos contra ellos, incumpliendo las obligaciones que dimanaban del art. 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos ("el Convenio").

.....

(1) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", First Section, Applications nos. 3653/05, 14729/05, 20908/05, 2624/05, 36083/05 and 16519/06, Judgment of 11 december 2012.

(2) 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".

## I | Los hechos del caso

Surge de los hechos del caso que, tras las elecciones de octubre de 2003 en Azerbaiyán, ocurrieron violentos disturbios en los que se enfrentaron manifestantes del partido opositor, que había perdido los comicios, y las fuerzas de seguridad. Tras una cruenta represión,<sup>(3)</sup> cientos de manifestantes fueron detenidos.<sup>(4)</sup>

Como corolario de estos hechos, se acusó penalmente al menos a 100 personas involucradas con la organización de la manifestación que, a su paso, produjo varios daños y hechos de violencia. Las respectivas instrucciones penales fueron acumuladas en un único procedimiento. Sin embargo, cercanamente a la preclusión de la etapa investigativa, las causas fueron separadas para su elevación a juicio en grupos de 15 imputados, con el pretexto de que el futuro debate que habría de realizarse, sería poco práctico.<sup>(5)</sup> Finalmente, todos los procesados devinieron culpables y recibieron condenas a prisión efectiva o en suspenso.

Cada demandante alegó, separadamente, diversas cuestiones que hacían a un proceso en contravención del art. 6º del Convenio Europeo:<sup>(6)</sup> arbitrariedad de fallos, interrogatorios en ausencia de abogados, escuchas ilegales, testimonios de cargo otorgados por policías que no pudieron ser

.....

(3) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", cit., párr. 9.

(4) *Ibid.*, párr. 10.

(5) *Ibid.*, párr. 12.

(6) *Ibid.*, párr. 107: "En general, todas los demandantes coincidieron en que las acusaciones en su contra provenían de prueba falsa e insuficiente. Además, no tuvieron el tiempo y facilidades necesarias para preparar su defensa, al no poder interrogar a los testigos en su contra ni proponer la prueba testifical de descargo en las mismas condiciones que lo hizo la acusación. Por último, se quejaron de la arbitrariedad en las decisiones de los tribunales respecto de la evaluación de la evidencia. Todos los demandantes, salvo el sr. Allahverdiyev, sostuvieron que su derecho a ser representados por un abogado de su elección había sido restringido en las etapas iniciales de los juicios, y que, en general, no obtuvieron asistencia legal efectiva. El Sr. Gojayev observó que su condena resultó de confesiones obtenidas de él a través de torturas realizadas durante la instrucción. Los señores Huseynli, H. Mammadov, E. Mammadov, Hamidov, Guliyev, Dashdamirli, Allahverdiyev y Jafarli, indicaron que no se tomaron medidas tendientes a garantizar su presencia en las audiencias de apelación. Con base en los arts. 6 (juicio justo) y 2 del Protocolo 7 (doble grado de jurisdicción en materia penal) del Convenio Europeo, los señores Aliyev y Huseynli denunciaron que la Corte Suprema no examinó sus recursos de casación, generando responsabilidad del Estado...".

interrogados por las defensas ni en la etapa de instrucción ni en el debate, audiencias no notificadas, firma de confesiones incriminatorias bajo tortura y sin asistencia letrada, rechazos arbitrarios de planteos de exclusión probatoria, peritajes forenses sin intervención de las defensas, etcétera.

## 2 | El derecho al juicio justo

Antes de todo análisis, el Tribunal observa que, en un precedente referido a los mismos hechos<sup>(7)</sup> —“Huseyn”—, el Estado resultó condenado por violación al derecho de marras. Para el TEDH, la similitud de ambos juicios, en punto a los hechos denunciados, referidos a los procedimientos penales y sus deficiencias, “no es una coincidencia”:<sup>(8)</sup> a ojos del Tribunal, **tales similitudes no deben dejarse de lado al momento de decidir sobre las demandas en trato.**

Tanto en “Asadbeyli” como en “Huseyn”, más allá de que las causas contra los peticionarios se sustanciaron separadamente, provenían de una única instrucción, que englobaba prácticamente a cien encartados. En consecuencia, todas las acusaciones se fundaban en la misma prueba recabada en ese sumario. Además, todos los peticionarios fueron imputados por los mismos cargos e, inclusive, juzgados por los mismos tribunales (y, a veces, por los mismos jueces) de primera y segunda instancia, y Corte Suprema.<sup>(9)</sup>

Este razonamiento lleva al TEDH a entender que, en realidad, se trató de un único juicio seguido contra cien personas,<sup>(10)</sup> sobre el cual, además, el Tribunal ya se había pronunciado en “Huseyn”, condenando al Estado.

Aunque, seguidamente, se analizarán algunas cuestiones del fallo, cabe adelantar que el Tribunal Europeo determinó que el Estado había sido responsable de violaciones al derecho al juicio justo en contra de las víc-

(7) TEDH, “Case of Huseyn and Others v. Azerbaijan”, Ap. Nos. 35485/05, 45553/05, 35680/05 and 36085/05, Judgment 26 July 2011.

(8) TEDH, *Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan*, cit., párr. 109.

(9) *Ibid.*, párr. 111.

(10) *Ibid.*, párr. 112.

timas, sosteniendo que, si bien a todos los demandantes no se los había afectado por igual, era evidente que el juicio en general había resultado lesivo de algún aspecto del derecho de marras en relación a cada uno de ellos.<sup>(11)</sup>

## 2.1 | Derecho de defensa. La asistencia letrada en el trámite policial

El Tribunal observó el hecho de que los demandantes hayan obtenido asistencia jurídica tardíamente, y no desde el momento de su detención. Además, en los casos en que medió asistencia de oficio, ésta fue “inefectiva”. En suma, el TEDH resaltó que muchos de los interrogatorios a los que fueron sometidos los demandantes habían sido tomados sin presencia de abogado. Ello no impidió, sin embargo, que los mismos fueran incluidos en los expedientes.

En el precedente “Huseyn”, el TEDH había entendido que, aunque no es absoluto, el derecho a una asistencia jurídica **efectiva**, es “...una de las características fundamentales de un juicio justo”,<sup>(12)</sup> que adquiere relevancia **incluso desde antes que el caso sea elevado a juicio** toda vez que éste puede ser afectado en su imparcialidad por un acto procesal o policial en el que el imputado no gozó del beneficio en trato.<sup>(13)</sup> Naturalmente, este razonamiento aplica los interrogatorios realizados frente al preventor.<sup>(14)</sup> En este punto, vale referir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte” o “Corte IDH”) sostuvo en el caso “Bulacio vs. Argentina” que la notificación al letrado debe ser hecha al momento de privar de la libertad al inculgado.<sup>(15)</sup>

(11) *Ibid.*, párr. 138.

(12) TEDH, “Case of Huseyn and others v. Azerbaiyan”, cit., párr. 170.

(13) *Ibid.*, en igual sentido, véase TEDH, “Case of Imbrioscia v. Switzerland”, SA N° 275, Judgment of 24 November 1993, párr. 36; “Case of Ocalan v. Turkey”. Ap. N°. 46221/99, párr. 131.

(14) TEDH, “Case of Huseyn and Others v. Azerbaijan”, cit., párr. 170; “Murray v. United Kingdom”, 1996-I, párr. 63; “Ocalan v. Turkey”, cit., párr. 131.

(15) Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párr. 130.

Y es que, según ha determinado el Tribunal Europeo, “[l]os derechos de la defensa, en principio, son irremediablemente perjudicados cuando declaraciones inculpativas hechas durante el interrogatorio policial sin acceso a un abogado, son utilizadas para una condena...”.<sup>(16)</sup>

En conclusión, la falta de un abogado que asista a la persona interrogada por los preventores es, en sí misma, una violación al derecho de defensa.<sup>(17)</sup> Esto es así aun cuando no pueda conocerse con exactitud cuál es el impacto que este vicio primigenio proyecta sobre el juicio posterior, o en cuánto hubo ocasionado ya una irremediable afeción al derecho del inculpado. En el caso, los demandantes no habían obtenido asistencia letrada,<sup>(18)</sup> tal como es requerido por el art. 6° según los principios desarrollados al inicio de la investigación.

## 2.2 | La incorporación por lectura de los testimonios y la valoración arbitraria de los mismos

En punto al mérito de la actividad de los tribunales internos, el TEDH destacó el hecho de que los imputados hayan sido condenados sobre la base de una acotada prueba testifical compuesta de unas pocas deposiciones que, en su mayoría, habían sido brindadas por policías y militares involucrados en la reyerta. Éste reducido fundamento que sostuvo las condenas de los demandantes, además, había sido objeto de una arbitraria valoración que se abstuvo de considerar las poderosas críticas,<sup>(19)</sup> planteos de exclusión y fundamentos de descargo esgrimidos por los imputados.<sup>(20)</sup>

(16) TEDH, “Case of Huseyn and others v. Azerbaijan”, cit., párr. 170.

(17) *Ibid.*, párr. 172.

(18) TEDH, “Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan”, cit., párr. 133.

(19) En “Huseyn”, el Tribunal detalló algunos de estos planteos. Vale citar, por ejemplo, el hecho de que todas las declaraciones inculpativas eran idénticas —casi palabra por palabra— y habían sido tomadas a la misma hora y ante el mismo oficial, o las graves inconsistencias que los deponentes mantuvieron en las audiencias respecto de sus testimonios obrantes en la instrucción. Para el TEDH, estos argumentos ameritaban una respuesta por parte de los tribunales internos. Sin embargo, ignoraron tales planteos, comprometiendo la garantía del juicio justo desde que impedían a los imputados desvirtuar los testimonios en su contra y obtener un fallo razonado. Ver “Case of Huseyn and others v. Azerbaijan”, cit., párrs. 204/7.

(20) TEDH, “Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan”, cit., párr. 134.

Por otro lado, aquellos testimonios no fueron producidos en las audiencias del debate, puesto que los testigos no se presentaron, por lo que la fiscalía se limitó a leer los testimonios obtenidos en la instrucción —lo que, a ojos del Tribunal, impidió que las defensas pudieran interrogar a los testigos en la audiencia—. Todo ello sucedió sin que los tribunales internos justificaran debidamente la inasistencia de los deponentes, lo que contravenía lo sostenido por el Tribunal en atención al punto en cuestión: "...el derecho de defensa en virtud del art. 6.3 del Convenio, requiere que el acusado tenga oportunidades adecuadas y apropiadas para desafiar y cuestionar a un testigo en su contra, ya sea en el momento en que el testigo estaba haciendo su declaración, o en alguna otra etapa posterior del procedimiento...".<sup>(21)</sup>

### 2.3 | Testimonios de cargo obtenidos bajo tortura. Derecho a ser notificado de la celebración de audiencias

En relación con las deposiciones obtenidas bajo tortura —que fueron admitidas en juicio, pese a los sucesivos planteos de exclusión interpuestos por los demandantes—, el Tribunal observa que los jueces no escrutaron adecuadamente los mencionados planteos, ni dieron razones suficientes para ignorarlos o rechazarlos.<sup>(22)</sup> En "Huseyn", el TEDH tuvo en consideración una gran cantidad de informes relativos al uso de la tortura para obtener confesiones y testimonios en el marco de la investigación de los hechos del 16 de octubre de 2003, y sostuvo que era tal la credibilidad de las organizaciones que redactaron esos informes, y la calidad y detalle de los mismos, que éstos ameritaban un considerable grado de desconfianza respecto de la manera en que las autoridades internas resolvieron los planteos de exclusión probatoria. Para el TEDH, los tribunales debieron estar especialmente alerta al resolver estas cuestiones. El solo hecho de que tantos testigos (en aquel caso no se trataba de confesiones, sino de testimonios obtenidos bajo tortura que fueron presentados como prueba de cargo) adujeran haber sido forzados a declarar, obligaba a los tribunales a resolver con mucho mayor detalle y especial grado de escrutinio la admisibilidad de esas pruebas.

(21) TEDH, "Case of Huseyn and others v. Azerbaijan", cit., párr. 134; "Kostovski v. Netherlands", Judgment of 20 november 1989, SA, N° 166, párr. 41.

(22) TEDH, "Case of Huseyn and others v. Azerbaijan", cit., párr. 135.

Por último, el Tribunal advirtió que la justicia interna no había corregido el accionar de las jurisdicciones inferiores. La Cámara de Apelaciones del fuero, pese a tener competencia en materia de hecho y prueba, se negó arbitrariamente a reinterpretar los mismos tal como lo solicitaban los demandantes. Junto con la Corte Suprema de Azerbaiyán, se limitó a repetir las conclusiones de primera instancia ignorando los argumentos de las defensas, o rechazándolos sin expresión de motivos.

Por otra parte, no se garantizó la presencia de los imputados ante la Alzada (recuérdese que ciertos demandantes permanecían en prisión preventiva), y algunos de ellos ni siquiera fueron notificados de las audiencias que iban a celebrarse.<sup>(23)</sup> Vale señalar que, en el mismo sentido, en el ámbito interamericano, en el caso del Tribunal Constitucional,<sup>(24)</sup> las víctimas alegaron que no fueron notificadas respecto de la fecha de las audiencias del juicio político que se seguía en su contra, lo cual impidió, entre otras cosas, que presentaran argumentos de descargo por no estar presentes. Para la Corte Interamericana,

“las garantías establecidas en el art. 8 de la Convención Americana [de Derechos Humanos] suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos (...) [con lo que] en el caso en estudio se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión y, además, se restringió su derecho a participar en el proceso”.

### 3 | La persecución penal múltiple

Uno de los demandantes, el sr. Mammadov, sostuvo que había sido condenado dos veces por los mismos hechos. Primeramente, se le aplicó una sanción administrativa de arresto por **desacato**. Luego, fue condenado junto al resto de los demandantes, por instigar a la violencia y otros delitos conexos en el marco de los hechos del 16 de octubre de 2003.<sup>(25)</sup>

(23) TEDH, “Case of Huseyn and others v. Azerbaijan”, cit., párr. 137.

(24) Corte IDH, “Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C, N° 71, párrs. 80/81.

(25) TEDH, “Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan”, cit., párr. 145.



Naturalmente, el Estado sostuvo que ambas condenas se fundaron en delitos diferentes y que, además, invocaban distintos tipos de responsabilidad: administrativa y criminal.<sup>(26)</sup>

En ese sentido, el TEDH consideró pertinente determinar si la condena "administrativa" era efectivamente de ese carácter o si, en realidad, se trataba de una ofensa materialmente criminal.

Según el Tribunal, para determinar la criminalidad o no de un proceso, deben atenderse (además de la calificación jurídica interna), variables como la naturaleza de la conducta sancionada y el grado de severidad de la pena que habría de caber.<sup>(27)</sup>

Primeramente, el Tribunal observó que la calificación jurídica que realice el propio Estado sobre la naturaleza criminal o no de un proceso, no puede constituir el único criterio para conceder la aplicación del *non bis in idem*. Bastaría, sino, que los propios Estados calificaran sus procedimientos como no criminales a fin de evadirlos de la garantía en trato.<sup>(28)</sup>

En segundo lugar, respecto de la naturaleza del delito de desacato, el TEDH observó que el mismo se erige en protección del orden público —ámbito que es custodiado, normalmente, por el derecho penal—. Además, los fines inmediatos del delito analizado, "...eran el castigo y la disuasión, que se reconocen como elementos característicos de las sanciones penales...".<sup>(29)</sup>

En relación al tercer factor, atento a que la pena correspondiente al desacato implicaba prisión, el TEDH invocó su presunción de criminalidad de los delitos y procesos que involucrasen la privación de la libertad, presunción ésta que debe desvirtuarse con carácter excepcional, y sólo si la privación de libertad no puede considerarse un **importante perjuicio**.<sup>(30)</sup> Azerbaiyán no logró revertir esta presunción.

---

(26) *Ibid.*, párr. 147.

(27) *Ibid.*, párr. 151.

(28) *Ibid.*, párr. 150.

(29) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", cit., párr. 153; "Case of Sergey Zolotukhin v. Russia", Ap. N°. 14939/03, Judgment, 10 February 2009, párr. 55.

(30) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", cit., párr. 154; "Case of Sergey Zolotukhin v. Russia", cit., párr. 56.

Asumida sobre estas bases la naturaleza criminal del delito, resta saber si existió una doble persecución. A tal efecto, el Tribunal analiza si existió identidad respecto de las ofensas perseguidas por la policía y por la justicia penal.

Repasando la doctrina del Tribunal Europeo respecto de la garantía de *non bis in ídem*, evocada en el fallo en estudio, puede considerarse que el art. 4° del Protocolo N° 7, prohíbe un segundo juicio que surja de hechos idénticos o asimilables a los de una persecución anterior.<sup>(31)</sup>

Servirán, al momento de determinar la identidad fáctica, la lectura de las acusaciones, y las descripciones de hechos y otros elementos similares que surgen de los procesos.<sup>(32)</sup>

Para el Tribunal, las actuaciones del proceso penal contra Mammadov describieron los cargos con algún detalle, pero no ocurrió lo mismo con el proceso administrativo precedente.<sup>(33)</sup> Sobre esta base, se advierte que no hay ningún elemento que permita sostener que las conductas juzgadas en ambos procedimientos fueran diferentes. Además, la justicia penal no trató de escindir los supuestos de hecho traídos a su decisión de los que motivaron la condena administrativa precedente, ni describió circunstanciadamente cuál era la conducta perseguida ante el fuero criminal. Por último, el propio Estado sólo se limitó a sostener la diferencia de delitos perseguidos, más no se preocupó por distinguir los hechos juzgados, con lo que la conducta ilícita era la misma para ambos casos.<sup>(34)</sup>

Con este razonamiento, el Tribunal entendió que para ambos juicios se utilizó la misma plataforma fáctica —los hechos del 16 de octubre—, por lo cual Mammadov había recibido condena firme en virtud de una sanción administrativa materialmente criminal y, no obstante ello, e incluso después de haber cumplido la condena, había sido condenado nuevamente en sede penal por un delito **esencialmente igual**,<sup>(35)</sup> violatorio del art. 4, Protocolo N° 7, del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

(31) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", cit., párr. 158; "Case of Sergey Zolotukhin v. Russia", cit., párrs. 78/82.

(32) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", cit., párr. 159.

(33) *Ibid.*, cit., párr. 160.

(34) TEDH, "Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan", cit., párr. 161.

(35) *Ibid.*, párr. 162.

## 4 | La prohibición de la tortura

El Tribunal sostiene que, dada una denuncia de tortura, ésta debe apoyarse sobre pruebas suficientes. Tal es la importancia que el TEDH le otoga a este requisito que, respecto de esta garantía, sostiene que los hechos denunciados deben probarse “más allá de toda duda razonable”.<sup>(36)</sup>

Sin embargo, existen casos en los que procede el traslado de la carga de la prueba —doctrina de “la carga dinámica de la prueba”—, lo cual sucede cuando los hechos que se denuncian sólo son de exclusivo conocimiento de las autoridades —el caso de los sujetos bajo arresto, naturalmente—. Además, esta carga sobre el Estado se potencia cuando existen fuertes presunciones de hecho a partir de las cuales se puede inferir la veracidad de las denuncias. Es más, cuando una persona se encuentra en buen estado de salud al momento de ser arrestada y, al ser liberada, presenta lesiones, el Estado debe explicar cómo se produjeron esas lesiones.<sup>(37)</sup> En sintonía con ello, la Corte IDH ha interpretado que el Estado es garante de los derechos de los detenidos, “...lo cual implica, entre otras cosas, que le corresponde explicar lo que suceda a las personas que se encuentran bajo su custodia... La forma en que se trata a un detenido debe estar sujeta al escrutinio más estricto, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél”.<sup>(38)</sup>

En el caso en análisis, pese a la existencia de los informes relativos a la tortura en Azerbaiyán (a los que ya se ha hecho referencia) e, inclusive, de una sentencia del propio Tribunal —“Mammadov vs. Azerbaijan”—, donde el Estado había sido condenado por iguales denuncias, el TEDH sostuvo que esos elementos no eran suficientes para concluir en una violación al art. 4º.<sup>(39)</sup> El demandante no acompañó pruebas suficientes ante el Tribunal (como certificados médicos), ni denunció estos hechos sino hasta la segunda instancia, mucho tiempo después del tiempo en

(36) *Ibid.*, párr. 170; “Ireland v. United Kingdom” SA N° 25, Judgment of 18 January 1978, párr. 161.

(37) *Ibid.*, párr. 170; “Tomasi v. France” SA, N° 241-A, Judgment of 27 August 1992, párrs. 108/11.

(38) Corte IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 8 de septiembre de 2003, Serie C, N° 100, párr. 126.

(39) TEDH, “Case of Asadbeyli and others v. Azerbaijan”, cit., párr. 171.

que, se estima, ocurrió la tortura. Además, no existe en el trámite ante el Tribunal evidencia alguna que demuestre que el demandante hubo atacado el examen forense instruido por la justicia interna donde se determinaba que no había sufrido tortura.<sup>(40)</sup>

En consecuencia, no habiéndose demostrado más allá de toda duda razonable la veracidad de los hechos denunciados y, además, dado que la prueba recabada tampoco sostenía una presunción de tortura que trasladara la carga probatoria al Estado, la denuncia de violación al art. 4° del Protocolo N° 7 es, a criterio del TEDH, infundada, motivo suficiente para desestimarla.<sup>(41)</sup>

## 5 | Consideraciones finales

En primer término, tras la lectura de “Asabdeyli”, es difícil comprender por qué el Tribunal Europeo no aplicó su buena doctrina respecto de la carga dinámica de la prueba ante las denuncias de tortura, toda vez que los elementos de juicio ameritaban, a mi entender, una poderosa sospecha sobre la actitud del Estado durante los interrogatorios.

Por otro lado, vale referirse, dada la generalizada adopción de esta práctica en nuestro medio,<sup>(42)</sup> a la **incorporación por lectura** de los testimonios otorgados en instrucción.

Ha sostenido el TEDH que:

“... [la incorporación por lectura] bajo ciertas condiciones, bien puede resultar admisible pues, en sí misma, no puede considerarse incompatible con el art. 6 del Convenio. Sin embargo, su uso como evidencia está obligado a observar los derechos de la defensa. Esto cobra especial relevancia para la persona acusada de un delito penal, quien es titular del derecho a examinar, o haber examinado los testigos en su contra y no ha tenido una

(40) *Ibid.*, párr. 173.

(41) *Ibid.*, párr. 175.

(42) Ver, entre otros, CSJN, “Gallo López, Javier s/ causa n° 2222”, G. 1359-XLIII; CSJN: “Benítez, Aníbal Leonel s/ lesiones graves —causa N° 1524—”, B. 1147. XL.; CNCP - Sala I, “Abasto, Héctor J. s/ rec. de casación”, Reg. n° 2602, rta. el 11/02/1999.

oportunidad, en ninguna etapa del proceso, de interrogar a las personas cuyo su testimonio se incorpora".<sup>(43)</sup>

En sintonía con el Tribunal Europeo, la Corte IDH ha dicho que "...dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa...".<sup>(44)</sup>

En limpio, la incorporación por lectura de un testimonio al debate sólo resulta viable cuando el imputado ha tenido la posibilidad de interrogar al dicente y destacar las inconsistencias o falsedades en que pudo incurrir.

Admitir que en el juicio se reproduzca prueba que no ha sido objeto de intermediación por parte del imputado, viola el derecho de defensa del mismo, y los principios de intermediación, publicidad y oralidad exigidos por el debido proceso.

En estos casos, suele revivir el carácter inquisitivo de los procedimientos penales, por lo cual debe tenerse especial cuidado de no interferir en los derechos del imputado, evitando que el sumario se imponga irreflexivamente al juicio.<sup>(45)</sup>

Debe recordarse que una acusación efectiva y diligente ha de buscar por todos los medios que el testimonio cargoso no devenga nulo por violar principios tan elementales que el propio fiscal, como personificación del Estado y garante de la legalidad, debe defender.

---

.....

(43) TEDH, "Case Unterpertinger v. Austria" S.A., N° 110, Judgment of 24 november 1986, párr. 31.

(44) Corte IDH, "Caso Castillo Petruzzi vs. Perú", Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 154.

(45) BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2005, p. 120.

---

# Garantías del proceso penal

## Renuncia al derecho de defensa

TEDH, "AFFAIRE ABDELALI c. FRANCE",  
SENTENCIA del 11 de ENERO de 2013<sup>(1)</sup>

por **GERMÁN FELDMAN**<sup>(2)</sup>

### I | Los hechos del caso

El 10 de junio de 2004, la Procuración General de la República de Francia presentó ante el tribunal de Nanterre una denuncia sobre hechos que violan la ley de estupefacientes, debido a que durante el verano de 2004, se constató un tráfico ilegal de dichas sustancias. En junio del mismo año, se realizaron pesquisas en los lugares donde se encontró la droga, se interpelló a los implicados y se realizaron escuchas telefónicas.

El 21 de octubre de 2004, se libró una orden de detención contra Abdelali (en adelante, "el peticionario" o "el demandante"), y el 6 de noviembre la policía se presentó en su domicilio para detenerlo, pero éste no se encontraba presente. Aún así, conforme al Código Procesal Penal francés,

.....

(1) TEDH, "Affaire Abdelali c. France", Requête N° 43353/07, ARRÊT, 11/01/2013.

(2) 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".

se comenzó un proceso de investigación. Finalmente, el 2 de junio de 2005, fueron condenadas a nueve años de prisión seis personas y Abdelali por haber acogido, transportado y ofrecido drogas.

El 9 de octubre, el peticionario se notificó de la sentencia en su contra y ese mismo día presentó una apelación. Por una ordenanza del 10 de octubre, fue puesto en detención provisoria hasta su presentación ante el Tribunal Correccional de Nanterre el 27 de enero de 2006. Este tribunal se pronunció sobre determinados vicios que tuvo el proceso penal, concluyendo por tanto que se debía poner en libertad al demandante.

El 2 de febrero del mismo año, la Procuración General apela dicha decisión ante la Corte de Apelaciones de Versalles, que, el 23 de noviembre, resolvió aceptar la apelación. En lo que respecta al fondo, estimó que la "huida" del demandante imposibilitó la notificación de la resolución de la instrucción, por lo que no existió causa alguna de nulidad del proceso. De esta manera, Abdelali, es finalmente condenado a seis años de prisión.

## 2 | Presentación ante el TEDH

El demandante alega que el Estado incurrió en la violación del art. 6° 1. (Derecho a un proceso equitativo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales<sup>(3)</sup> (en adelante, "el Convenio"), toda vez que no tuvo conocimiento de la instrucción de dicho proceso, y ello supuso una afrenta a su derecho a la defensa y, por tanto, a su derecho a un juicio justo. El demandante esgrime que el Gobierno afirma que él estuvo en fuga, pero no puede demostrarlo ni posee prueba alguna. Por su parte, el Gobierno considera que Abdelali no pudo haber desconocido el proceso judicial en su contra, ya que las personas con las que poseía vínculo cotidiano estaban siendo interrogadas y el local había sido objeto de una pesquisa judicial.

El Tribunal analiza el caso partiendo de que las garantías consagradas en el art. 6° de la Convención se aplican **al conjunto del proceso judicial**, es

.....

(3) Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

decir, tanto a la instrucción preliminar como la instrucción judicial. De esta manera, el no respeto al derecho consagrado en este artículo puede jugar un papel importante antes de juzgar el fondo de una causa. Esto debido a que su inobservancia inicial corre riesgo de comprometer gravemente la equidad de un proceso, considerando que, en ese tramo, pueden producirse las pruebas determinantes.

Hecha esta primera observación, el TEDH vuelve a recordar que no se pronunciará sobre la legitimidad de ciertas pruebas o sobre la culpabilidad del demandante, sino que examinará si el proceso fue equitativo en su conjunto.

A tal fin, el Tribunal, considera que lo primero que debe analizarse es si el derecho a la defensa fue respetado. Es preciso entonces investigar si al demandante se le ofreció la posibilidad de poner en cuestión la autenticidad de la prueba y de oponerse a su utilización. El TEDH concluye que eso no ocurrió, ya que las instancias internas no consideraron que, al no serle comunicada la clausura de la investigación, el demandante se vio impedido de ejercitar su derecho a la defensa.

En sintonía con esto último, el TEDH hace mención a fallos precedentes relacionados al caso en cuestión. Tal es el fallo "Sejdovic v. Italy", donde el Tribunal manifestó que:

"...la renuncia a comparecer [al juicio en su contra] y a la defensa no pueden ser inferidas de la simple calidad de 'fugitivo', fundada sobre una presunción desprovista de base fáctica suficiente. Es igualmente importante subrayar que previo a que un acusado pueda ser considerado como que haya implícitamente renunciado, por su comportamiento, a un derecho importante bajo el ángulo del art. 6 de la Convención, debe estar establecido que la persona pudo razonablemente prever las consecuencias de su comportamiento".<sup>(4)</sup>

De esta manera, el TEDH concluye que en el presente caso no hay elementos para presumir que el demandante tenía conciencia del hecho de ser investigado, por lo que concluye que el Estado de Francia incurrió en la violación del art. 6° 1. de la Convención.

(4) TEDH, "Case of Sejdovic v. Italy", Judgment, Grand Chambre, 01/02/2006, párr. 85.



## 3 | Consideraciones finales

La trascendencia de esta sentencia del TEDH está en la interpretación de las garantías procesales de derecho interno a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Esto es lo que hace el Tribunal de tal manera que la presunción de “fugitivo” aludida por la justicia francesa para posibilitar el avance del proceso judicial y la posterior condena del acusado, contraría el derecho a un juicio equitativo reconocido por la Convención Europea de Derechos Humanos.

---

# Derechos Reproductivos

## Aborto y consentimiento informado

TEDH, "CASE of CSOMA v. RUMANIA",  
SENTENCIA del 15 de ENERO de 2013<sup>(1)</sup>

por **PAULA PRADOS**<sup>(2)</sup>

### I | Los hechos del caso

El caso es llevado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "la Corte", "el Tribunal" o "TEDH") por la señora Julia Kinga Csoma ("la demandante" o "peticionaria").

La demandante, de profesión enfermera, quedó embarazada en enero de 2002 a la edad de treinta años. Al diagnosticarle hidrocefalia al feto, P. C., el médico tratante, recomendó a la Sra. Csoma practicarse un aborto. Contaba en ese momento con dieciséis semanas de embarazo.

Le fueron administradas drogas que indujeran el aborto y, como éstas no dieron resultado, se le aplicó una inyección de glucosa concentrada en la zona abdominal: en ese momento, el feto dejó de moverse. Más tarde, la noche del 15 de mayo, la demandante tuvo una fiebre muy alta y no fue examinada por ningún médico, sólo le dieron analgésicos.

.....

(1) TEDH, "Case of Csoma v. Romania", Ap. N° 8759/05, Judgment of 15 January 2013.

(2) 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".

En la mañana, y sin ser llevada a un quirófano, Julia Csoma expulsó el feto y comenzó a sangrar profusamente. El sangrado no se detenía, y la demandante fue diagnosticada de **coagulación intravascular diseminada** (DIC, por sus siglas en inglés). Su médico la transfirió a otro hospital con mejor equipamiento. Durante el trayecto, a pesar de la condición crítica en que se hallaba y el riesgo que corría su vida, fue acompañada sólo por una enfermera. Cuando llegó al hospital le debieron realizar una histerectomía y una anexectomía bilateral,<sup>(3)</sup> para salvar su vida.

Luego de lo ocurrido, la demandante inició procedimientos civiles y penales contra el Dr. P. C., alegando negligencia de su parte en el tratamiento. En dos ocasiones, médicos forenses revisaron su historia clínica, concluyendo que no hubo negligencia médica. Aunque con algunas particularidades: no se hallaron en la historia clínica los estudios de laboratorio pertinentes respecto al diagnóstico de DIC, no se confirmó que se haya realizado un ultrasonido para localizar la placenta, (lo que es necesario para el procedimiento), y no fue encontrado el consentimiento informado para realizar la práctica médica.

Luego de tramitar los procesos pertinentes en el ámbito interno sin un resultado favorable, Julia Csoma decide acudir a la Corte Europea de Derechos Humanos.

## 2 | La sentencia

La demandante se presenta al TEDH alegando la violación de los arts. 2º,<sup>(4)</sup> 6º<sup>(5)</sup> y 13<sup>(6)</sup> del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH).<sup>(7)</sup> La Corte admite el caso, pero decide analizarlo dentro del art. 8º CEDH.<sup>(8)</sup>

---

(3) La anexectomía bilateral es una operación quirúrgica que consiste en la eliminación de las trompas de Falopio y de los ovarios de ambos lados del aparato reproductivo.

(4) Derecho a la Vida.

(5) Derecho a un Proceso Equitativo.

(6) Derecho a un Recurso Efectivo.

(7) Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, aprobado en Roma, el 4 de noviembre de 1950.

(8) Derecho al Respeto a la Vida Privada y Familiar.

Csoma reclama ante el Tribunal que las investigaciones en el ámbito interno no fueron imparciales y que, por negligencia médica, su vida fue puesta en riesgo y, debido a las complicaciones, quedó incapacitada para tener hijos.

La Corte sostiene que es fundamental que el médico obtenga el consentimiento informado de los pacientes en tratamientos que impliquen riesgos en la salud e integridad de una persona: es un derecho de los pacientes, que conlleva la consecuente obligación de los médicos de obtener este consentimiento.<sup>(9)</sup> En ese sentido, el TEDH nota que todos los reportes médicos concuerdan en que el médico falló en cuanto a obtener el consentimiento informado y en no realizar los chequeos médicos correspondientes.<sup>(10)</sup>

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el tratamiento fue hecho en un hospital estatal, con lo que no haber obtenido el consentimiento de la paciente implica responsabilidad del Estado.<sup>(11)</sup> La Corte encuentra irrazonable que no se haya contado con dicho consentimiento.<sup>(12)</sup>

Por otro lado, aunque la necesidad de realizar un aborto era indiscutible, no existía urgencia alguna para efectuar el procedimiento, y tampoco se explica la falta de los análisis de laboratorio pertinentes ni la realización de un tratamiento en un hospital que no estaba lo suficientemente equipado para afrontar las posibles complicaciones.<sup>(13)</sup>

La Corte desestima el argumento del Estado que establecía que el hecho de que la demandante fuera una enfermera con experiencia, dispensaba al médico de informarle acerca de los riesgos que implicaba el procedimiento.<sup>(14)</sup>

Además, el TEDH considera que el hecho de no darle la oportunidad a la demandante de poder elegir el procedimiento a llevarse a cabo, y no

(9) TEDH, "Case of Csoma v. Romania", cit., párrs. 48 y 49.

(10) *Ibid.*, párr. 47.

(11) *Ibid.*, párrs. 44 y 48.

(12) *Ibid.*, párr. 50.

(13) *Ibid.*, párr. 51.

(14) *Ibid.*, párr. 50.

informarle de los riesgos que implicaba el mismo, constituye una violación a su derecho a la vida privada.<sup>(15)</sup>

Por las razones expuestas, la Corte considera que el Estado es responsable de la violación de art. 8° CEDH.

### 3 | Consideraciones finales

La sentencia, aunque breve, sienta precedente en cuanto a lo que implican las acciones positivas de los Estados a tenor del art. 8° CEDH. Así, considera que la negligencia médica, especialmente en este caso en que se terminó privando a la demandante de su derecho a procrear, constituye una violación a sus derechos humanos.

Se desprende también de la sentencia la importancia del consentimiento informado para los tratamientos médicos que implican riesgos para la vida de una persona; y, en este caso, el privarle definitivamente a Julia Csoma de su derecho fundamental a planificar su vida familiar. Las desprolijidades en el procedimiento médico no sólo pusieron en peligro la vida de la demandante, sino también sus derechos reproductivos, impidiéndole en el futuro la posibilidad de engendrar un hijo.

---

---

.....

(15) *Ibid.*, párr. 68.

# Derecho a manifestar la religión

## Prohibición de discriminación

TEDH, "CASE of EWEIDA and OTHERS v. THE UNITED KINGDOM",  
15 de ENERO de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

En el caso, son cuatro las personas que alegan que el ordenamiento interno no protegió suficientemente su derecho a manifestar su religión. Por ello, invocan el art. 9º, junto con el 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, "el Convenio" o "CEDH"). "Ladele", en cambio, lo hace bajo el art. 14, junto con el 9º.

Eweida practica el cristianismo copto. Su trabajo para British Airways, le requería no portar símbolos religiosos a la vista. Cuando lo hacía, le pedían que se lo sacara o que fuera a su casa a cambiarse, descontándole dinero del salario por el tiempo perdido. En un momento dado, decidió usar una cruz abiertamente —antes lo hacía debajo del uniforme— como un símbolo de compromiso con su fe, ante lo cual le pidieron que 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".

removiera. Al no hacerlo, se la mandó a su casa sin pago. Más tarde, le ofrecieron trabajo administrativo, el cual no requeriría el uso de un uniforme, pero lo rechazó.

Cuando el caso devino público, la compañía sacó una nueva reglamentación, permitiendo el uso de símbolos religiosos, aunque se negó a compensar la pérdida de ganancias que la demandante padeció durante el período en que no asistió a su trabajo. Los tribunales internos no dieron una respuesta efectiva a la cuestión.

Chaplin es cristiana. Cree que remover su cruz es una violación a su fe. En el hospital estatal donde trabajaba, la reglamentación respecto del uniforme no permitía el uso de collares, para reducir el riesgo de heridas al tratar pacientes. Quien quisiera portar joyas por razones religiosas, debía comunicárselo a su superior para que éste decidiera razonablemente. Cuando Chaplin lo hizo, se le negó el permiso por el riesgo de que un paciente mayor se la arrancara. Ante esta situación, la demandante propuso alternativas que fueron también denegadas, por el peligro que importaba la cruz por sí misma, por ejemplo, a causa del riesgo de contacto con heridas abiertas. Chaplin fue cambiada a un cargo temporal fuera de la enfermería, que dejó de existir menos de un año más tarde. Las instancias internas respondieron de la misma manera que con Eweida.

Ladele practica el cristianismo y cree que las parejas del mismo sexo son contrarias a la ley de su dios. Era empleada en un registro civil con una política igualitaria. Como empleada, registraba nacimientos, defunciones y matrimonios. Después de que empezara a trabajar, se reguló la equivalencia de las uniones civiles entre personas tanto del mismo como de distinto sexo. La demandante se negó a celebrar las que eran entre homosexuales. Al principio, lo logró a través de arreglos con sus colegas, pero luego éstos se negaron, por considerar su actitud como discriminatoria. Su conducta fue objeto de una queja disciplinaria, y se le ofreció un nuevo puesto administrativo en el mismo ámbito, pero que no implicaba conducir las ceremonias. Los tribunales internos consideraron que, al ser una actividad puramente secular, no estaba involucrada su creencia religiosa.

McFarlane es cristiano y cree que la homosexualidad es pecaminosa. Trabajaba en una organización privada nacional que brinda terapia sexual confidencial y orientación para las relaciones. En el Código de Ética y

Principios, se manifiesta que no deben imponerse los propios estándares, valores o ideas del terapeuta a los clientes, y que aquél debe evitar sus propios prejuicios y los actos discriminatorios. El demandante aceptó dar orientación a parejas del mismo sexo, sin problemas en la práctica, pero no se sentía seguro de poder brindarles terapia sexual. Por ello, se lo suspendió y se le inició una investigación disciplinaria. Dadas las circunstancias, dijo que aceptaría pero que, ante cualquier inconveniente, consultaría a su supervisor. Al dudar de su intención, se lo despidió sumariamente por crasa conducta.

Los casos fueron acumulados por el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “el Tribunal” o “TEDH”), en razón del artículo de la Convención que se vio afectado, sin esbozar ningún criterio adicional.

## 2 | Análisis

Según el Tribunal, la libertad de religión del art. 9° CEDH requiere cierto nivel de coherencia e importancia, y no todos los actos inspirados por la creencia constituyen una manifestación de la misma. Para que lo sean, deben estar íntimamente ligados a ella.<sup>(2)</sup> En cuanto a las restricciones de empleadores a empleados, estima en su jurisprudencia que el mejor enfoque es el que apoya la posibilidad de cambiar empleos en balance con la proporcionalidad de la limitación.<sup>(3)</sup>

El TEDH opina que la diferencia de trato entre personas en posiciones similares es discriminatoria si no persigue un objetivo legítimo o no hay una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y los fines.<sup>(4)</sup>

En el caso de la primera demandante, el Tribunal considera que la falta de protección específica en el derecho interno no implica por sí sola un resguardo insuficiente a su derecho a manifestar su religión portando un

(2) TEDH, “Case of Eweida and others v. the United Kingdom”, sentencia del 15 de enero de 2013 (final: 27 de mayo de 2013), demandas N° 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, párr. 82.

(3) *Ibid.*, párr. 83.

(4) *Ibid.*, párr. 88.



símbolo religioso, dado que, de todos modos, se examinó en profundidad la situación.<sup>(5)</sup> Juzga que se le otorga demasiada importancia al deseo del empleador de proyectar determinada imagen corporativa, sin estar probado que la actitud de Eweida trajera aparejado un impacto negativo.<sup>(6)</sup> Por ello, concluye que hubo violación del art. 14 CEDH junto con el 9°.

En cuanto a la segunda demandante, se evalúa si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática, concluyendo que, al estar involucrado el riesgo a la salud, se cumple tal requisito y, por ende, no se viola el art. 9.<sup>(7)</sup>

Respecto de la tercera demandante, se busca determinar si el fin es legítimo, frente a lo cual el Tribunal dice que se permite a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación cuando entran en conflicto derechos del Convenio. Al incluir al caso dentro del mismo, no cree que haya violación al art. 14 junto con el 9° CEDH.<sup>(8)</sup>

En relación con el cuarto demandante, el Tribunal toma en cuenta que la acción del empleador tenía en miras la protección de una política de no discriminación, con lo cual no se excede el margen de apreciación que tienen las autoridades en estos casos y no se viola el art. 9°, sólo o junto con el 14.<sup>(9)</sup>

### 3 | Consideraciones finales

En los casos analizados, al examinarse la interferencia del derecho a las libertades de pensamiento, conciencia y religión, y de manifestar públicamente las mismas, es positivo que se indique que la intervención no está justificada por el interés del empleador en la imagen de su empresa.

---

(5) *Ibid.*, párr. 92.

(6) *Ibid.*, párr. 94.

(7) *Ibid.*, párrs. 99 y 100.

(8) *Ibid.*, párr. 106.

(9) *Ibid.*, párr. 109.

Al tratarse el tema de la colisión con el derecho a la salud, parece ser que la sola mención del mismo excluye la posibilidad de portar una cruz, por significativa que sea para quien la reclama. Así, el TEDH no exige demasiadas explicaciones ni ahonda en las razones de la restricción, quedándose con las explicaciones del Estado, que no resultan muy claras.

Respecto de los dos últimos demandantes, el estándar que fija el Tribunal es el de que el Estado cuenta con un amplio margen de apreciación en aquellos casos de conflicto de derechos del Convenio, sin marcar ninguna pauta clara, como sería la consideración de una alternativa menos lesiva al conjunto de derechos. Esta regla al menos exigiría que el Estado explicara sus razones.

Así, al no tener en cuenta el ofrecimiento de alternativas para la solución del conflicto, tanto por parte del Estado —o la empresa, para el caso de Eweida— como por parte de los afectados, ni la posibilidad de las mismas, el Tribunal resuelve de una manera algo incompleta, que probablemente no satisfaga a los interesados y siga creando inconvenientes.

La presente situación es una tendencia ya expresada numerosas veces por el TEDH, sobre todo en casos relacionados con la educación,<sup>(10)</sup> que hace peligrar los derechos protegidos por los arts. 9º y 14 del Convenio. Ésta no parece atender al art. 9º 2. cuando indica que las limitaciones a los mismos sólo deben ser prescriptas por ley y necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad pública, para la protección del orden público, la salud o la moral, o la protección de derechos y libertades de otras personas. De esta manera, se interpreta que la laicidad de un Estado y la falta de discriminación por parte del mismo, implican la neutralidad absoluta de sus funcionarios y de todos los que estén relacionados con actividades de interés público, en desmedro de las creencias que éstos puedan tener. Esta concepción también hace peligrar la diversidad cultural.

(10) TEDH, *Case of Leyla Şahin v. Turkey*, sentencia del 10 de noviembre de 2005, demanda N° 44774/98; TEDH, *Case of Dogru v. France*, sentencia del 4 de diciembre de 2008, demanda N° 27058/05.



# Condiciones de detención

## Legalidad de la pena. Confidencialidad de la correspondencia entre el Tribunal Europeo y el peticionario

TEDH, "CASE of YEFIMENKO v. RUSSIA",  
12 de FEBRERO de 2013

por **PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ**<sup>(1)</sup>

### I | Los hechos del caso

En el presente caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el "Tribunal", el "Tribunal Europeo" o el "TEDH"), resolvió la demanda interpuesta por el Sr. Sergey Aleksandrovich Yefimenko ("el peticionario") contra la Federación Rusa, por presuntas violaciones a sus derechos, ocurridas durante la sustanciación de un proceso penal en su contra.

Previo a adentrarnos en los hechos del caso, y a fin de lograr una acabada comprensión del mismo, cabe aclarar que de conformidad con la legislación rusa, los tribunales competentes en materia penal y civil se encuen-

.....

(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".

tran conformados por jueces profesionales y jueces legos. Las listas que incluyen a estos últimos son confeccionadas por las autoridades locales y refrendadas por la legislatura. Asimismo, los jueces no profesionales, se hayan imposibilitados de intervenir en más de un proceso por año.

En marzo de 2001, el demandante fue arrestado tras ser acusado por homicidio y privación ilegítima de la libertad.

Dos años más tarde, el Tribunal Regional de Cheliabinsk, que fue integrado por un juez profesional y dos no profesionales, condenó a Yefimenko a la pena de 22 años de prisión, por considerarlo penalmente responsable de los delitos de homicidio, secuestro, extorsión, fraude y robo. El peticionario recurrió la sentencia argumentando la ilegalidad de la composición del tribunal y la violación del derecho a una efectiva defensa técnica, toda vez que el defensor oficial que se le asignó omitió interponer un recurso de apelación, a pesar de la promesa hecha al demandante de que lo haría. La Alzada resolvió reducir la condena a 21 años de prisión, pero no se expidió respecto de la legalidad del tribunal y del derecho de defensa del recurrente en el procedimiento de apelación.

A raíz de un recurso de revisión, en junio de 2009, la Corte Suprema de Rusia volvió a analizar el caso de Yefimenko y resolvió declarar la nulidad de la sentencia del Tribunal Regional de Cheliabinsk, por considerar ilegal la composición del Tribunal.<sup>(2)</sup> Como consecuencia del fallo, ordenó la realización de un nuevo juicio.

Empero, al año siguiente, a raíz de un recurso de revisión incoado por el fiscal, el máximo tribunal de la jurisdicción interna rusa enmendó dicho pronunciamiento. Si bien mantuvo la nulidad y la realización de un nuevo proceso, eliminó toda referencia a la legalidad de la composición del tribunal.

Finalmente, en marzo de 2011 el Tribunal Regional de Cheliabinsk, que fue integrado por un juez profesional, condenó al peticionario a 19 años y 6

---

(2) La Corte Suprema constató que no había listas de jueces no profesionales en el Tribunal Regional y que los jueces que intervinieron en el caso de Yefimenko habían intervenido en otros casos en 2002 y 2003, en clara contraposición a la prohibición legal de intervención en más de un caso por año.

meses de prisión. Asimismo, dispuso que dicha condena fuera computada desde el momento de su primera detención en marzo de 2001. El pronunciamiento en cuestión fue confirmado por la Corte Suprema de Rusia.

## 2 | La Sentencia de la Sala de la Primera Sección

El Tribunal Europeo comenzó su pronunciamiento analizando la alegada violación del art. 3º (prohibición de la tortura) del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales<sup>(3)</sup> (en adelante "CEDH" o "Convenio Europeo"), a raíz de las pésimas condiciones de detención que presuntamente padeció el demandante entre el año 2001 y 2003. Asimismo, Yefimenko argumentó que no dispuso de un recurso efectivo a fin de subsanar tal situación, en violación del art. 13 de CEDH (derecho a un recurso efectivo).

En lo que respecta a este último agravio, el Tribunal Europeo reafirmó lo manifestado en su fallo "Abuyeva and others v. Russia"<sup>(4)</sup> en cual concluyó que el sistema legal ruso no ofrecía a las personas privadas de su libertad un recurso efectivo a fin de reclamar por inadecuadas condiciones de detención en las instituciones penitenciarias. En consecuencia, al no encontrar una razón suficiente para apartarse del citado precedente, responsabilizó a Rusia por la violación del art. 13 del CEDH.<sup>(5)</sup>

Seguidamente, pasó al examen del artículo 3º del CEDH. En primer lugar, destaca que en los casos en que se alegan condiciones inadecuadas de detención, no corresponde hacer una aplicación rigurosa del principio *affirmanti incumbit probatio* (aquel que alegue algo debe probarlo) toda vez que es el Estado demandado aquel que tiene acceso a la información capaz de corroborar o refutar la alegación. Por tanto, la carga de la prueba se invierte, quedando en cabeza de este último. Toda falla del Estado en

(3) Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fue aprobado en Roma, 4 de noviembre de 1950.

(4) TEDH, "Case of Abuyeva and others v. Russia". Ap. N° 27.065/05, Judgment, 2 december 2010, final, 11/04/2011.

(5) TEDH, "Case of Yefimenko v. Russia, Judgment, First Section", 12 february 2013, párr. 76.

presentar evidencia convincente sobre las condiciones materiales de detención puede hacer presumir la veracidad de las violaciones alegadas por los detenidos.<sup>(6)</sup>

De la información aportada por Rusia surgía que, al momento de los hechos, había dos metros cuadrados de espacio por detenido en cada celda, los reclusos se veían forzados a comer y a asearse allí mismo, además, permanecían encerrados en la celda todo el tiempo, a excepción de una hora en la cual hacían ejercicio al aire libre. El TEDH consideró que dicha situación constituía un trato inhumano y degradante y, en consecuencia, señaló que hubo una violación del art. 3° del CEDH.

El peticionario, también, alegó que la privación de su libertad en virtud de la primer condena del Tribunal Regional de Cheliabinsk (2003), no se ajustaba a las exigencias del art. 5.1 del CEDH, es decir, que la pena se imponga de conformidad con el procedimiento establecido por ley y en virtud de una sentencia dictada por el tribunal competente.

En primer lugar, el TEDH resolvió la excepción preliminar del Estado demandado, en la cual se planteaba que Yefimenko había perdido sus status de víctima, toda vez que la mencionada sentencia fue nulificada. Al respecto, el Tribunal destaca que una medida favorable al demandante, no es en principio suficiente para privarlo de su condición de víctima, a menos que las autoridades nacionales reconozcan la violación al Convenio y luego sustancien la correspondiente reparación.<sup>(7)</sup> Asimismo, agrega que la reapertura de los procesos no puede ser considerada como reparación suficiente capaz de privar al demandante del status de víctima.<sup>(8)</sup> La reapertura del proceso penal y la orden del nuevo juicio por parte de la Corte Suprema Rusa, no constituyen una apropiada y suficiente reparación para el peticionario. El mismo, en virtud de la condena de 2003, estuvo 6 años detenido, lo que supuso una fuerte restricción a su derecho a la libertad, y no recibió por ello ninguna compensación u otra apropiada y suficiente reparación. El tribunal también consideró que el hecho de que su condena de 2011 sea computada desde su primera

.....  
(6) *Ibid.*, párr. 78.

(7) *Ibid.*, párr. 93.

.....  
(8) *Ibid.*, párr. 97.

detención en 2001 no intentó ni constituyó un reconocimiento, ni una reparación de la violación.<sup>(9)</sup> En consecuencia, la excepción preliminar fue rechazada.

Resta por tanto analizar la legalidad de la detención de Yefimenko. El TEDH señala que una detención será legal si es dispuesta mediante una orden judicial.<sup>(10)</sup> En el presente caso, la detención se dio en virtud de la condena a 22 años de prisión por parte del Tribunal Regional de Cheliabinsk en 2003. Sin embargo, tal como lo reconociera la Corte Suprema Rusa (en su fallo de 2009), la composición del Tribunal no fue establecida de conformidad con la legislación rusa.<sup>(11)</sup> Por lo tanto, el tribunal que condenó al demandante, no era competente y, en consecuencia, la privación de libertad de que resultó dicha condena, no fue legal de conformidad con lo prescripto por el art. 5.1 del CEDH.

Por último, el TEDH analizó el agravio alegado por el demandado respecto a que, durante su detención, la correspondencia intercambiada con el Tribunal Europeo, el Colegio de Abogados local y una Organización no Gubernamental (que lo asesoraba en sus reclamos ante el Tribunal Europeo) fue inspeccionada por el personal de los establecimientos carcelarios.

El Tribunal dividió su análisis entre la correspondencia que se intercambió entre Yefimenko y ésta; y la enviada a nivel nacional.

En lo que respecta a esta última, el TEDH afirmó que la inspección a la cual era sometida constituía una violación al derecho a que se respete la correspondencia, de conformidad con lo previsto por el art. 8° del CEDH. Reiterando su estándar constante sobre el punto, el TEDH señala que para que una interferencia no contravenga el mencionado artículo es necesario comprobar que la misma se dio de conformidad con la ley, persiguiendo alguno de los legítimos objetivos del segundo párrafo del art. 8°, y que es "necesaria en una sociedad democrática"

(9) *Ibid.*, párr. 99.

(10) *Ibid.*, párr. 102.

(11) Puntualmente, no se había elaborado la lista de jueces no profesionales al momento de los hechos y los jueces no profesionales que resolvieron el caso de Yefimenko habían intervenido en más de un proceso por año.



para alcanzar dichos objetivos.<sup>(12)</sup> La inspección de la correspondencia de los reclusos estaba prevista por el Código de Ejecución de Condenas vigente, por lo que el primer requisito se encontraba satisfecho. Empero, el TEDH arribó a la conclusión de que el monitoreo previsto por dicho código era completamente rutinario y automático, no preveía limitación alguna en cuanto a su duración temporal o alcance, ni tampoco especificaba la forma en que debía realizarse. De ello se deriva que las autoridades nacionales, al realizar las inspecciones, no se motivaban en ninguno de los objetivos legítimos previstos por el art. 8.2 del CEDH. Por lo tanto, la restricción al derecho del peticionario a que se respete la correspondencia, fue ilegítima y arbitraria, violándose de este modo el art. 8° del CEDH.<sup>(13)</sup>

En relación a la correspondencia intercambiada entre Yefimenko y el Tribunal Europeo, este último analizó la alegada interferencia a la luz del art. 34 del CEDH (demandas individuales ante el TEDH).

Primeramente, destacó que dicha norma impone a los Estados contratantes la obligación de no entorpecer o dificultar el ejercicio del derecho de los individuos a presentar y tramitar de forma efectiva un reclamo ante el Tribunal Europeo.<sup>(14)</sup> Asimismo, resalta que la efectividad del sistema de demandas individuales depende de que los peticionarios puedan comunicarse libremente con el TEDH, sin ser sujetos a ninguna forma de presión por parte de las autoridades nacionales. Dicha presión abarca no sólo la coerción estatal directa, sino que también todo acto indirecto destinado a disuadir o desalentar a los demandantes de emplear el sistema de protección europeo.<sup>(15)</sup>

Continuando con su desarrollo, el TEDH remarca la situación de vulnerabilidad en la que se hayan las personas privadas de su libertad, toda vez que dependen del personal de los establecimientos carcelarios para comunicarse con el Tribunal. Dicha situación es aún más delicada cuando la correspondencia dirigida al TEDH contiene reclamos contra las autoridades carcelarias, y sobre condiciones inadecuadas de detención. En este

(12) TEDH, "Case of Yefimenko v. Russia, Judgment, First Section", cit. párr. 138.

(13) *Ibid.*, párr. 146 y 150.

(14) *Ibid.*, párr. 157.

(15) *Ibid.*, párr. 158.

contexto, el Tribunal reitera la importancia del respeto a la confidencialidad de las misivas intercambiadas con los peticionarios, a fin de evitar cualquier tipo de represalia ulterior contra ellos.<sup>(16)</sup>

Aplicando los principios expuestos al caso, el TEDH concluyó que la correspondencia intercambiada con Yefimenko fue inspeccionada por el personal penitenciario sin ninguna razón válida. A su vez, tal monitoreo contravino la regla de confidencialidad de la correspondencia con el TEDH prevista por el Código de Ejecución de Condenas. Además, el Tribunal determinó que las autoridades nacionales no ofrecieron un marco o estructura legal capaz de evitar todo disturbio injustificado al ejercicio del derecho de los individuos a presentar demandas ante el Tribunal, así como tampoco evitar todo acto que directa o indirectamente perjudique las oportunidades de Yefimenko de comunicarse con el mismo. En consecuencia, el Tribunal Europeo consideró que Rusia incumplió con las obligaciones que se desprenden del art. 34 del CEDH.

### 3 | Consideraciones finales

En el presente caso el Tribunal Europeo volvió a reparar, tal como lo hizo en el precedente “Abuyeva and others v. Russia”, que el sistema legal ruso no provee a las personas privadas de su libertad un recurso efectivo para reclamar por inadecuadas condiciones de detención. Lo que resulta llamativo es que, aun cuando lo constató en más de una oportunidad, no ordena al Estado ruso la adecuación de su ordenamiento jurídico interno a fin de cumplir con las disposiciones del CEDH.

En segundo lugar, cabe destacar en la conclusión del Tribunal relativa a que la reapertura de los procesos judiciales no es suficiente por sí misma para ser considerada como una reparación suficiente capaz de privar al demandante de su condición de víctima. Tal conclusión fue expresada por primera vez por el TEDH en su fallo “Sakhnovskiy v. Rusia”.<sup>(17)</sup>

Para finalizar, cabe destacar el reconocimiento que el TEDH hace de la especial situación de vulnerabilidad en la que se hayan las personas priva-

(16) *Ibid.*, párr. 160 y 161.

(17) TEDH, “Case of Sakhnovskiy v. Russia” Ap. N° 21.272/03, Judgment, 2 november 2010.

das de su libertad a la hora de comunicarse con él; y la especial importancia que cobra la confidencialidad de la correspondencia, cuando contiene reclamos contra las autoridades penitenciarias y/o sobre condiciones inadecuadas de detención.

---



# Reseñas bibliográficas

---



# Historia de la solución final. Una indagación de las etapas que llevaron al exterminio de los judíos europeos

Daniel Rafecas

Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, 280 páginas.

por **MARÍA PALOMA OCHOA**<sup>(1)</sup>

El libro de Daniel Rafecas, puede decirse, cumple con su pretensión declarada: realizar un discreto aporte para aquellos que, por no tener un conocimiento previo sobre “la solución final” y el modo en que se llegó a ella, puedan encontrar en el texto un nexo con obras monumentales como las de Hilberg o Friedländer y dar con respuestas frente a la siempre difícil pregunta de ¿cómo pudo haber sido posible la *Shoah*?

Desde este punto de partida es que el texto opta por una forma pedagógica bien concreta, que es la de ir pensando el proceso histórico en distintas etapas o secuencias. La primera, “la erradicación de la influencia judía”; la segunda, “la solución territorial”; la tercera, “el plan Siberia”; la cuarta, “la aniquilación de los judíos tras el frente oriental” y finalmente la quinta, “el exterminio en cámaras de gas de todos los judíos europeos”. Y es, entiendo, este mismo deseo el que lo lleva a presentar en el final del último capítulo una serie de preguntas y respuestas que, de modo muy sucinto y asequible, dan cuenta de las distintas teorías y posiciones que responden a la pregunta sobre el momento, y en parte las razones, en que fue decidida la “solución final”.

.....

(1) Jefe de Trabajos Prácticos, Filosofía del Derecho, UBA. Secretaria de Primera Instancia del Programa sobre Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal.

Al mismo tiempo, la reflexión que este texto hace sobre la *Shoah* no sólo procura evitar que Auschwitz se repita, intentando preservar con el trabajo del texto la memoria de lo acontecido, sino también contribuir así a “alejar el peligro de minimización o cancelación de este cruento episodio del siglo XX, en especial entre las nuevas generaciones; a frustrar la estrategia de aquellos que hoy siguen proclamando el odio, como si la *shoá* no hubiese sido la Tempestad desatada luego de haber sembrado esos mismos, infaustos vientos” (pp. 273 y 274).

Como es sabido, todo comentario bibliográfico impone, de alguna forma, decir **nuevamente** lo ya dicho, la doble tarea de hacer justicia al texto evocado y a sus lectores provocando el acontecimiento de su retorno.

A más de un año de la publicación del libro, hacer esta breve reseña me permitió volver a pensar las primeras impresiones que el texto me produjo.

Por eso es que, en lo que sigue, voy a hacer referencia a las distintas etapas señaladas en el texto, de modo que se pueda advertir no sólo la progresión de la violencia y discriminación en las distintas medidas adoptadas durante el nazismo, sino también, cómo esa progresión da cuenta de modo plausible de cuál fue el último gradiente de esa escalada de violencia. Tal como lo muestra la cita elegida para abrir el libro, eso “[q]ue comienza como algo acotado en destrucción y limitado en el tiempo puede rápidamente convertirse en un monstruo de crímenes masivos; ese mal tiene grados, pero es también un proceso, y puede moverse lentamente, sin dificultades, hacia un mal de mayores dimensiones” (Martin Gilbert).

Seguir ese recorrido, también, pondrá de manifiesto la estructura del libro.

## I | La erradicación de la influencia judía (1933-1939)

De forma documentada, el texto hace referencia a la implementación de las primeras medidas antijudías hasta la fuerte coacción en favor de la emigración de los judíos del *Reich* instaurada como política de Estado, y cómo esta decisión se vio modificada por el cierre de fronteras de los demás países a los judíos europeos.

Puede pensarse la restricción creciente de derechos a los ciudadanos, la emigración forzada, la construcción de Dachau en 1933, las leyes de Núremberg de 1935, como medidas cuyo principal objetivo fue convertir a los judíos en ciudadanos de segunda clase, instaurando legalmente la abolición del principio de igualdad ante la ley y la reducción paulatina de la comunidad judía a la mitad de lo que era cuando Hitler asumió el poder.

Esta etapa, sobre todo caracterizada por la emigración forzada, encontró su base en dos factores preponderantes. Por un lado, la circunstancia de no parecer imposible la emigración total de la comunidad judía alemana, austríaca y checa y, por otro lado, la voluntad de Hitler de ser considerado por la comunidad internacional como un líder político **digerible**, incluso también, y es atinado decirlo, dentro de la propia Alemania. Las anexiones territoriales en este marco eran posibles, y un plan abiertamente genocida hubiera coartado dicha estrategia.

El pasaje en el tratamiento de la cuestión judía estará dado por la preparación de la invasión a Polonia.

## 2 | La solución territorial

Puesta ya la cuestión judía en manos de las SS a fines de 1938, durante los dos años siguientes van a elaborarse planes de deportación masiva. Sin embargo, la entrada en la Segunda Guerra Mundial a partir de la invasión a Polonia en septiembre de 1939, hará caer la estrategia de la etapa anterior. Los factores que la sustentaban ya no podrán hacerlo e implicarán que tales planes vayan siendo descartados.

No debe olvidarse que la anexión territorial implicó también aumentar el número de población judía y, por tanto, las medidas que se adoptaran de allí en más tenían que tomar en consideración estas modificaciones. Independientemente de ello, debe tenerse siempre presente que nunca se abandonará la incesante producción de legislación antijudía porque ella refuerza y sostiene tales medidas.

Durante esta etapa se fue completando el **proceso de guetoización** y se configuran los planes Nisko y Madagascar, este último abandonado como



consecuencia del éxito de Gran Bretaña frente a la ofensiva aérea alemana de agosto de 1940.

El pasaje a la siguiente etapa estará dado en la ideación de la invasión a la Unión Soviética, concretada en junio de 1941 con la consecuente posibilidad de proveer una nueva **solución** a la cuestión judía.

### 3 | El plan Siberia

Esta fase significó un salto cualitativo hacia la Solución Final, dado que la deportación a Siberia de todos los judíos europeos, medida inspirada en el genocidio armenio perpetrado por el imperio turco-otomano, cuya referencia merecerá un importante análisis en este capítulo, claramente implicaría el aniquilamiento físico producto del agotamiento y la extenuación, del hambre, del frío, y también de los fusilamientos de judíos durante ese periplo.

Se pensó en la posibilidad de concreción de este plan, dada la confianza que se tenía de obtener la victoria en el frente oriental. Finalmente esto no fue así, pero en esta etapa pudo verse ya el brutal sometimiento de la población local fundada en razones ideológicas y raciales a partir de la realización de fusilamientos masivos. Debe tenerse siempre presente aquí la asociación judaísmo-bolchevismo.

La conferencia de Wannsee, prevista inicialmente para diciembre de 1941 con el objetivo de resolver la cuestión judía, fue el epílogo del Plan Siberia. Ingresado Estados Unidos a la guerra, fue pospuesta hasta realizarse recién en enero de 1942, y funcionó en realidad como soporte de cohesión ideológica para la siguiente etapa.

### 4 | La aniquilación de los judíos tras el frente oriental

Las matanzas que en este frente estuvieron primero enfocadas en varones y disidentes políticos, se ampliaron ahora a mujeres, niñas/as y ancianas/os. Esto significó un costo muy alto para los perpetradores, circunstancia que implicó la indagación sobre otras formas alternativas a los fusilamientos masivos. Se retomó así la experiencia del Programa T-4 de eutanasia

en el que la muerte se producía a través del empleo de gas en camiones adaptados a tal fin.

En esta fase comienza a ser relevante la racionalización en los modos de matar. Si bien por las características del clima y el territorio esta medida no pudo llevarse eficazmente adelante, implicó un cambio sustantivo y la bisagra hacia la última fase.

## 5 | El exterminio en cámaras de gas de todos los judíos europeos

En diciembre de 1941, tras la derrota en Moscú y el ingreso de Estados Unidos a la guerra, adoptar el asesinato masivo con gas para el exterminio de los judíos europeos se presentó como la respuesta más eficaz y racional.

Ahora bien, dado que ese objetivo ya no iba a concretarse en el frente oriental sino en Polonia, las experiencias locales de exterminio (Chelmno, Belzec y Auschwitz I) fueron reconvertidas y a ellas se sumaron Sobibór y Treblinka.

En el año 1942 se pondrá en marcha la Solución Final definitiva. Así, durante los primeros meses de ese año, las distintas burocracias encargadas del destino de los judíos europeos, habiendo ya asimilado el plan genocida y constituido ya su soporte, muy a grandes rasgos enunciado por Heydrich en la Conferencia de Wannsee, pondrán en marcha la racionalización y eficientización de tales planes de exterminio. La producción homicida se encuentra ya legitimada.

## 6 | Reflexiones finales

Bajo ese título, el texto recuperará la relevancia del análisis secuencial de la Solución Final, por un lado, en tanto revela la perspectiva de las víctimas, demostrando que la "letal combinación de terror y engaño permanentes, impuesta por los nazis, paralizó a las juderías y sus dirigentes, orientándolas casi siempre a la resistencia pasiva como única estrategia de oposición organizada..."; por otro lado, porque "nos permite asomarnos a la magnitud de lo que significa un *genocidio*" (pp. 270 y 271, respectivamente).

El texto insiste entonces en poner de manifiesto cómo la planificación de un genocidio por sus perpetradores procura la destrucción física del grupo marcado como enemigo y, al mismo tiempo, cómo en la elección de esa forma instaura su estrategia de impunidad. Esa impunidad no será sólo la evitación de un enjuiciamiento criminal, sino también, la perpetuación de los efectos del exterminio en el plano cultural.

Por eso,

“[e]s preciso, oír la Shoah, todo ese enorme murmullo confuso y distinguible a la vez, no, en principio, como una masa de ‘palabras sobre’, al servicio de la memoria y de la conciencia despierta, sino como un soplo que en verdad no habla, un soplo posterior a la palabra y anterior a otra palabra. El entredós de una expiración y de una inspiración, una ‘palabra sofocada’ (...). Ese entredós no depende ni de la memoria ni del olvido. No está en la dimensión de la historia. Está en la dimensión del presente, lo presenta entero como en un suspenso, una larga síncopa del sentido. (...) La cosa resiste el tiempo, pero no como un pasado presentificado en el recuerdo: como el presente que va”.<sup>(2)</sup>

Muchas son las cosas que se han dicho y se continuarán diciendo sobre la Shoah y por eso, como señala Nancy, **lo que se dice es o bien inaudible o bien demasiado audible y por eso es que sin embargo hablamos y nos estremecemos ante la posibilidad de decir una palabra de más o una palabra de menos.**

---

---

(2) JEAN-LUC NANCY, “La Shoah, un soplo”, en *La Representación Prohibida*, Bs. As., Amorrortu Editores, 2006, pp. 76/77.

# Manual de Derecho Internacional Público

Ricardo Arredondo (director)

Buenos Aires, La Ley, 2012, 752 páginas.

por **JUAN MANUEL BRADI**<sup>(1)</sup>

*Manual de Derecho Internacional Público* es una obra publicada en el año 2012. Su director, Ricardo Arredondo, compiló varios trabajos de autores nacionales e internacionales con diversas especialidades. El objetivo propuesto, adelantado en el prefacio, fue el de aunar textos en un manual introductorio fácil de entender y que compendie lo más sustancial de la materia.

El director advierte al lector, recién comenzada la obra, que el manual solo pretende ser una herramienta útil para aquellas personas que se aproximan por primera vez al derecho internacional y un instrumento que los profesionales del derecho, y de otras especialidades, puedan consultar en forma accesible para encontrar respuestas sencillas a preguntas complejas. Señala que el propósito que guió a los autores fue el de explicar el contexto, los principios y las normas del derecho internacional de una manera clara y concisa evitando la teoría y la especulación. Afirmo, a su vez, que intenta despertar la curiosidad y la consciencia del ciudadano común acerca de los problemas y dificultades que plantea un ordenamiento que difiere de lo conocido y que afecta cada vez más las vidas de todos

.....

(1) Abogado (UBA). Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA). Posgrado en Derecho de la Integración (UBA). Asesor de la Secretaría de Ciencia, Tecnología y Producción del Ministerio de Defensa de la Nación. Profesor adjunto interino de Derecho Internacional Público (UBA). Profesor adjunto de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado (PTN).

los miembros de una comunidad. En este orden de ideas, expresa que el derecho internacional afecta a toda la actividad del hombre y que los tribunales y jueces locales también deciden conflictos internacionales. Por ello, resultaría necesario que los funcionarios internacionales, gubernamentales, personal de ONG y otros especialistas estén más familiarizados con el derecho internacional que subyace a su objeto de conocimiento, no solo los textos particulares que sean de su interés inmediato.

La estructura del libro comienza con el listado de los autores que han intervenido, describiendo los antecedentes de cada uno de ellos. Luego sigue el prefacio en donde el autor expresa la intención perseguida con el manual y los objetivos que guiaron la obra, aprovechando la ocasión para contextualizarla. El índice es extenso y detallado, pudiendo el lector, estudiante o profesional encontrar en forma rápida y concreta su interés particular de lectura. Cada uno de los veinticuatro capítulos comienza con el título del capítulo y el autor o autores, luego presenta un índice comprimido del capítulo para así dar inicio al desarrollo de la temática abordada. Cabe destacar que el manual está dividido en capítulos que explican institutos del derecho internacional en forma aislada donde cada autor expone su trabajo de investigación. La separación en unidades más abarcativas, en general, ayuda a estructurar la presentación y facilita la lectura del libro otorgando la posibilidad de relacionar los contenidos y flexibilizar los supuestos compartimentos estancos. Sin embargo, para un manual de estudio inicial en el cual han participado treinta autores la conformación de la exposición es positiva, suficiente y correcta.

En el capítulo 1 el director del manual, Dr. Ricardo Arredondo, expone la definición del concepto de Derecho Internacional Público, su existencia y validez. Remonta el origen del derecho internacional al año 1648, cuando la Paz de Westfalia estableció de manera embrionaria el sistema de Estados soberanos en la vieja Europa. Luego trabaja el contenido a partir de varios autores clásicos para terminar definiéndolo, haciendo suya una acepción de Remiro Brótons, como "el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los miembros de la sociedad internacional a los que se les reconoce subjetividad en este orden". Continúa el capítulo con lo que el autor entiende como los caracteres del derecho internacional público. Entre ellos, coloca a la ausencia de un órgano legislativo centralizado, de un órgano juzgador obligatorio, de un órga-

no que centralice la aplicación coactiva de las normas y de un vínculo de subordinación entre los sujetos. Estos caracteres lo hacen propio y lo diferencia de los derechos internos. Los tipos de normas propias del derecho internacional, dispositivas e imperativas, son analizadas por el autor deteniéndose en la explicación de las denominadas normas de *ius cogens*. El último ítem de este capítulo está dedicado a la fragmentación del derecho internacional y las dificultades que pueden surgir de su diversificación y expansión. Al igual que la mayoría de los capítulos, termina el autor con una apretada síntesis y una reseña de lecturas adicionales de diversos autores.

El capítulo 2 está dedicado a las fuentes del derecho internacional y, en este apartado, el director de la obra es colaborado por Aldana Rohr. Es el capítulo más extenso de todo el manual y abarca uno de los institutos más conocidos y estudiados por la doctrina especializada pero no por eso menos importante. La importante extensión del capítulo es estructurada en forma correcta y agiliza su lectura. Comienza el Dr. Arredondo con la distinción entre las fuentes materiales de las formales, para luego adentrarse en estas últimas a partir del desarrollo y análisis del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). El derecho de los tratados se encuentra regulado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y es a partir de este instrumento internacional que el autor describe esta fuente principal. Trabaja sobre su concepto, clases, clasificación, modo de celebración, la posibilidad de establecer reservas y formas de terminación. Luego se estudia la segunda fuente formal: la costumbre o derecho consuetudinario. Para finalizar estas fuentes se menciona a los principios generales de derecho de las naciones civilizadas. Cabe destacar que el autor no realiza una diferencia correcta entre estos principios y los principios generales del derecho internacional. Más aún, el título hace referencia a los principios generales del derecho internacional, a sabiendas que estos no configuran una fuente formal del derecho internacional. Como parte final del capítulo, Aldana Rohr desarrollo otras fuentes del derecho internacional entre las que incluye a los actos unilaterales, el *estoppel*, la aquiescencia y los actos unilaterales de las organizaciones internacionales. Alega que el artículo 38 del estatuto de la CIJ debe reinterpretarse dando lugar a otras fuentes formales creadoras del derecho internacional, a las cuales se podría recurrir para solucionar una controversia. Finaliza con la mención del *soft law* y la labor de la CDI de las NU para

la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional. Las siglas de la CDI como de las NU no están aclaradas ni citadas, por lo que valdría escribir el nombre completo para claridad de los lectores. En este capítulo no hay síntesis final ni cita bibliográfica.

El director del manual elabora el capítulo 3 en colaboración con María del Rosario De La Fuente, Luciano Donadio Linares y Carlos D. Espósito. Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno es el objeto principal de estudio en esta parte del libro. Comienza con la diferenciación entre la teoría monista y la dualista en cuanto a los grandes interrogantes planteados en esta relación de ordenamientos jurídicos: la integración y jerarquía existente entre ambos ordenamientos. El punto medular de este capítulo está dado por la solución adoptada en el ordenamiento jurídico interno argentino. Se remonta a la vigencia del sistema constitucional clásico existente desde 1853, la evolución habida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para finalizar por los postulados derivados de la reforma constitucional de 1994. Existe, sin embargo, una profusa jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que ha sido soslayada por los autores. A modo de colofón, ofrece una adecuada lectura adicional de varios autores.

En el capítulo 4 intervienen varios autores entre los que puedo mencionar, además del director, a Maximiliano Romanello, Jessica M. Almqvist y María del Rosario De La Fuente. Ahora se estudian los sujetos del ordenamiento internacional. Se inicia con cuestiones generales de la subjetividad internacional, la diferencia entre sujetos de Derecho Internacional (DI) y actores de las relaciones internacionales y la conceptualización del sujeto del DI. Como sujeto principal, originario de este ordenamiento y con capacidades plenas, los autores comienzan con el Estado, sus elementos constitutivos y la dinámica que puede llegar a sufrir un Estado a lo largo de su existencia. Resulta interesante el aporte relativo al reconocimiento de estados y gobiernos que efectúa Jessica M. Almqvist. Trabaja desde la teoría y doctrina de autores, dando ejemplos históricos y concretos que ayudan a clarificar este instituto de compleja interpretación. A ello le adiciona la cuestión relativa al reconocimiento de un Estado por su admisión en una organización internacional, la doctrina de no reconocimiento y el reconocimiento de gobiernos citando —entre otros— el reciente caso de Honduras. Termina su positiva participación, la autora, con la descripción del reconocimiento de grupos insurrectos y beligerantes, sus diferencias y consecuencias.

El capítulo 5 está dedicado a la inmunidad del Estado y fue redactado por Cecilia Silberberg. Comienza su estudio con la inmunidad de jurisdicción, su concepto y su naturaleza de norma de derecho consuetudinario. Luego diferencia la inmunidad de jurisdicción absoluta de la relativa y la inmunidad *ratione materiae* de la *personae*. Le dedica varias hojas a estudiar y analizar la Convención de ONU sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados, que si bien no se encuentra en vigor —aclara—, ha contribuido a codificar y desarrollar este instituto del derecho internacional. Su último ítem lo reserva para el derecho argentino en materia de inmunidades, donde reseña la evolución del concepto, cita jurisprudencia y comenta la ley 24.488 sancionada el 31 de mayo de 1995.

El capítulo 6 sobre responsabilidad internacional del Estado lo trabaja Elsa M. Álvarez Rúa. Centra gran parte de su exposición sobre la responsabilidad en los supuestos de hechos internacionalmente ilícitos a partir del proyecto de la CDI aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 56/83. Clarifica sus elementos como el factor de atribución y la violación de una obligación internacional y reseña las circunstancias que excluyen la ilicitud del hecho: el consentimiento, la legítima defensa, las contramedidas, la fuerza mayor, el peligro extremo y el estado de necesidad. Continúa su estudio a través de las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito y los modos de efectivizar la reparación. Finaliza el capítulo con la responsabilidad por actos no prohibidos por el derecho internacional, destacado que el elemento constitutivo de esta responsabilidad es el daño causado. Asevera que la temática le resultó compleja a la CDI, por lo que tuvo que abocarse a la elaboración de un proyecto relativo a la Prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas y otro proyecto relativo a Principios sobre la asignación de la pérdida en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas.

El capítulo 7 y el 8 refieren a la protección de los nacionales en el extranjero, y a las relaciones diplomáticas y consulares, respectivamente. En el primero de ambos colaboran con el director Javier Echaide y Ricardo Morelli Rubio, y comienzan con una breve conceptualización de lo que entiende por protección diplomática, su naturaleza, las condiciones para su ejercicio y los efectos jurídicos que conlleva. Allí se describe el conocido fallo Nottebohm de la CIJ y se explica el sentido del término nacionalidad efectiva adoptado por la Corte. Este capítulo finaliza con una exposición de la Doctrina Calvo a partir de la cual se puede renunciar a la protección diplomática. A continuación,



Ricardo Morelli Rubio escribe sobre la protección de las inversiones extranjeras y la participación del CIADI y el CNUDMI en la solución de controversias que pudiesen generarse en este ámbito. Le dedica atención al caso argentino suscitado luego de la crisis del año 2001, la proliferación de demandas que debió afrontar ante el CIADI y qué se resolvió en relación a los estándares de protección. En el capítulo 8, por su parte, Gimena González Asensio y el director explican las relaciones diplomáticas y consulares a partir de las Convenciones de Viena de 1961 y 1963 respectivamente. Refieren sobre su establecimiento, funciones, miembros, privilegios e inmunidades. Se destaca que las reglas que regulan estos aspectos constituyen una de las primeras expresiones del Derecho Internacional.

A partir del capítulo 9, el tema de las Organizaciones Internacionales da inicio a cuatro textos referidos a distintos sujetos de derecho internacional. Luciano Donadio Linares abre con una exposición sobre la problemática contemporánea de este tipo de vínculos generados entre los Estados. Continúa con la personalidad jurídica internacional de las OI, las manifestaciones de sus capacidades, su derecho originario y derivado y los diferentes tipos de actos que pueden perfeccionar. Releva, luego, la forma de participación de los Estados en las OI, su funcionamiento interno y su tipología, diferenciándolas por finalidad, composición territorial y delegación de competencias. Finaliza el capítulo con reflexiones finales donde asienta que el gran desafío que enfrentan las Organizaciones Internacionales del siglo XXI es catalizar la construcción de la ciudadanía transnacional, como resultado de la resolución de los problemas estructurales de desigualdad que caracterizan al planeta.

El capítulo 10 y 11 trabajan sobre las Naciones Unidas y otros sujetos de DI; Xavier Pons Rafols, Alfonso Iglesias Velasco, Javier Echaide y Soledad Torrecuadrada son los autores, dos por capítulo, respectivamente. De la ONU se remarcan sus antecedentes y el contexto histórico de su surgimiento, la adopción de la carta de las Naciones Unidas, sus propósito y principios como valores fundamentales de la comunidad internacional, los miembros que la componen y la suspensión, expulsión y retirada de estos. Luego, se detallan los órganos que componen esta organización internacional: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y el Secretario General. Los otros sujetos, descritos en el capítulo 11, son La Santa Sede, los Grupos Insurgentes y Beligerantes, los Movimientos de Liberación Nacional y los Pueblos Indígenas. Se explican sus particularidades, diferencias, orígenes diversos y finalidades propias.

El individuo en el derecho internacional ha ocasionado debates teóricos, doctrinarios y jurisprudencia diversa; de ello se trata el capítulo 12 cuyos autores son, además del director, Fabian Oddone y Tamara Quiroga. Comienza el autor su análisis con la contextualización del individuo a lo largo de la historia señalando en forma correcta al Tribunal de Nüremberg como el premier hito en esta evolución. Lo que define al individuo como sujeto de derecho internacional, razona el autor, es su aptitud para hacer valer el derecho ante instancias internacionales o para ser responsable en el plano internacional en el supuesto de cometer una grave infracción. Este *ius standi* del individuo, afirma, sería el factor determinante. Continúa con una somera reseña de los distintos sistemas de protección de los derechos humanos y la jurisdicción penal internacional. Dedicar todo un acápite para describir el término y alcance del concepto de nacionalidad y la legislación argentina al respecto. Luego, con ayuda de Tamara Quiroga, retoma la temática referida a la responsabilidad penal del individuo en donde ahora si procede a efectuar un interesante desarrollo. Diferencia los crímenes de los delitos internacionales, se aboca al estudio de la jurisdicción penal universal y de las jurisdicciones penales internacionales que han existido para finalizar con una apretada síntesis sobre la Corte Penal Internacional. Las reflexiones finales concluyen este capítulo.

En el 13 el director, junto a Alfredo E. Curi y Soledad Torrecuadrada, se adentran en la investigación del instituto de la solución pacífica de controversias. Para ello, comentan la evolución que ha sufrido este instituto desde las Conferencias de Paz de La Haya de 1899 y 1907 hasta la actualidad y utilizan la definición adoptada por la CIJ en el caso "Concesiones Mavrommatis en Palestina" de 1924 para definir el término controversia: "una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos partes". Luego analizan el capítulo VI de la Carta de la ONU y desarrollan los métodos allí establecidos, tales como, la negociación, los buenos oficios y la mediación, la conciliación, la investigación y los procedimientos judiciales arbitraje y arreglo judicial. A este último le dedican un importante espacio a partir del estudio de la Corte Penal Internacional.

En el capítulo 14 se trata el Derecho Internacional sobre el uso de la fuerza. El autor es Alberto E. Dojas y comienza con una breve síntesis histórica del instituto para luego abocarse a lo establecido por la Carta de la ONU a partir de 1945. Así, señala la abstención en el uso de la fuerza que

fijó Naciones Unidas para las relaciones internacionales y detalla sus excepciones como ser, la legítima defensa. Menciona también la conocida resolución 3314 de la Asamblea de la ONU donde se define el concepto de agresión internacional. Continúa con un acápite dedicado a la ampliación del concepto de amenaza a la paz a partir del terrorismo internacional, las armas de destrucción masiva y la prohibición de su proliferación. Todo ello, alega, tomó un nuevo impulso a partir del atentado sufrido por Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001. Finaliza su capítulo con el moderno desarrollo de otros usos de la fuerza a partir de la protección de nacionales, la intervención humanitaria y la responsabilidad subsidiaria de proteger; clarifica sus diferencias y los debates que aún se plantean en la comunidad internacional sobre la legalidad o legitimidad de este tipo de uso de la fuerza por parte de algún sujeto de derecho internacional.

El director y Sergio A. Rojo abordan el sistema de seguridad colectiva en el capítulo 13. Comienza con la responsabilidad del Consejo de Seguridad en el mantenimiento de la paz y el cambio habido en el cúmulo de resoluciones adoptadas en su seno a partir del desmembramiento de la Unión Soviética. Hace referencia también a la existencia de fuerzas multinacionales que serían una consecuencia de la práctica del Consejo de Seguridad pero no estarían previstas en norma expresa de la Carta y da como ejemplo lo sucedido en la guerra de Corea en 1953 y en la guerra del Golfo de 1991. Luego menciona los distintos regímenes de sanciones previstos por el capítulo VII de la Carta de la ONU, tales como el embargo comercial. Las operaciones de mantenimiento de la paz (OMP) ocupan una parte central de este recorrido que viene realizando el autor. Intenta proporcionar una definición, desarrolla su evolución desde 1948 hasta 1987 como primera generación y desde 1989 como segunda generación. En esta segunda etapa, las OMP migran hacia operaciones de construcción de la paz o de imposición de la paz; cita el ejemplo de Sierra Leona y la resolución 1270 del CSNU. En esta segunda etapa, también participan las Organizaciones Regionales en la aplicación de medidas coercitivas. Finaliza con una somera descripción de la actividad del CSNU en la temática de los derechos humanos.

Continuando con la temática de la seguridad colectiva, nos encontramos con un pequeño capítulo dedicado al Derecho Internacional Humanitario, el 16, cuyos autores son el director y Luciana Díaz Ávila. En esta ocasión, los autores destacan el concepto del DIH, sus objetivos y los ámbitos don-

de se debería aplicar. Mencionan la labor de la Cruz Roja Internacional y la aplicación de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales. Las normas fundamentales del DIH son descritas en forma concisa, para luego dedicarse a señalar alguna de la jurisprudencia que existe relacionada con esta temática y que tuvo origen en alguno de los diversos tribunales internacionales.

El capítulo que le sigue, el 17, aborda otros principios del derecho internacional: la igualdad soberana de los Estados, la autodeterminación de los pueblos y la descolonización, y el principio de la no intervención. Al director lo colabora Carlos D. Espósito, quien explica el principio de la igualdad soberana de los Estados como uno de los pilares del Derecho Internacional a partir de 1945 con la Carta de la ONU. El principio de autodeterminación de los pueblos y el proceso de descolonización surgido a partir de 1960 es analizado en forma correcta por el director, partiendo de las resoluciones emanadas en el seno de la Asamblea General de la ONU y los principios ordenadores que de estas derivan. Finaliza con el principio de no intervención que lo plantea como corolario de los otros dos principios enunciados.

La temática de los Derechos Humanos ha despertado la inquietud de los autores del capítulo 18, Fabian Oddone y Gilberto M. A. Rodríguez, quienes le dedican uno de los capítulos más extensos y prolijos de este manual. Los definen como las prerrogativas inherentes a cada persona por el solo hecho de su condición humana sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición, sin discriminación alguna. Estos derechos, destacan, son universales, interrelacionados, interdependientes e indivisibles y pasan a explicar cada una de estas categorías. Continúan con su evolución, el surgimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y los deberes de los Estados frente a los tratados de derechos humanos. El ítem 18.4 está dedicado al sistema universal de protección de los Derechos Humanos, a partir de la Carta de la ONU y los diversos instrumentos adoptados por la comunidad internacional entre los que se destaca la Declaración Universal. Los tratados regionales de Derechos Humanos, se señala, han coadyuvado a consolidar este sistema de protección y exigibilidad. Quizás el tratamiento del ordenamiento normativo argentino, en referencia a la incorporación de los Derechos Humanos, ha quedado demasiado acotado en su desarrollo. En este capítulo también se trabaja

la temática referida al refugio, al asilo y a las migraciones internacionales. Comienza con la definición del instituto del refugio, su régimen jurídico y la actuación del ACNUR. Luego diferencia el asilo territorial del diplomático y finaliza con el fenómeno migratorio.

El capítulo 19 lo trabaja Rosa M. Fernández Egea y está dedicado al Derecho Internacional del Medio Ambiente. La autora destaca que es una rama joven del Derecho Internacional y que muchas de las reglas y principios que integran su corpus normativo son de *soft law*, puesto que no comportan obligaciones vinculantes para los Estados. Dedicó un apartado para mencionar a los Acuerdos multilaterales del medio ambiente (AMUMA) y finaliza con la problemática de la aplicación y justiciabilidad de esta rama del Derecho Internacional.

El Derecho del Mar se encuentra contemplado en el capítulo 20 cuyo autor es Leopoldo M. A. Godio. Es interesante el aporte de este joven autor, comenzando con la historia y evolución del Derecho del Mar para finalizar con la adopción de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar en 1982. Desarrolla en forma íntegra esta Convención, matizada con jurisprudencia de la CIJ. Destaca las aguas interiores y bahías, el mar territorial y la zona contigua, la zona económica exclusiva y la milla 201, la plataforma continental y la presentación efectuada por la Argentina para su delimitación, el alta mar como zona de las libertades, la zona internacional de los fondos marinos y los estrechos internacionales. Le dedica un último apartado a la solución de controversias en donde resalta la tarea del Tribunal del Mar con sede en Hamburgo.

El capítulo 21 elaborado por el director junto a Juan Manuel de Faramiñan Gilbert y Carlos Foradori trata sobre ciertas cuestiones territoriales y limítrofes. Inicia con la cuestión de las Islas Malvinas, donde reseña los antecedentes históricos y destaca la labor de las Naciones Unidas al respecto con mención de la resolución 2065 (XX) de la Asamblea General. Enumera el accionar argentino para la búsqueda de una resolución pacífica a la disputa existente para luego afirmar que la decisión del gobierno militar en 1982, al iniciar el conflicto bélico, fue una desviación en la política exterior constantemente mantenida por la Argentina. Finaliza con la etapa post conflicto bélico y desde la reanudación de las relaciones diplomáticas en 1989. A continuación se trata el régimen jurídico de la Antártida, su marco regulatorio y la legislación argentina referida al tema. Dentro del marco re-

gulatorio es correcto referirse al Sistema Antártico debido a que el mismo está integrado por numerosos instrumentos como el Tratado Antártico, la Convención sobre las focas antárticas, la Convención sobre la conservación de los recursos vivos marinos antárticos y el Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente. El siguiente apartado desarrolla el Derecho del Espacio Ultraterrestre y sus principios rectores: la libertad de exploración y utilización pacífica; la no apropiación por ninguna entidad estatal o no estatal, persona física o jurídica. Menciona los tratados del espacio y los expone sutilmente. La última de estas cuestiones territoriales se refiere a los límites internacionales y está trabajada desde una óptica europea.

En el capítulo 22 encontramos al director, junto a Pedro F. Negueloatchevy, enseñando sobre el Derecho Internacional Económico. Alegan que este derecho estaría integrado por el derecho mercantil internacional, el derecho internacional de la integración económica, el derecho internacional de la propiedad intelectual, el derecho internacional privado, la regulación de los negocios internacionales, el derecho financiero internacional, el papel del derecho al desarrollo y el derecho internacional fiscal. Pero que solo las tres primeras áreas estarían comprendidas en la esfera del Derecho Internacional. Luego, analizan la OMC (Organización Mundial del Comercio) desde sus antecedentes históricos como el GATT, los principios y objetivos del sistema multilateral de comercio, su estructura institucional, la forma en la cual se adoptan las decisiones y el sistema de solución de controversias. Finaliza con la participación de la República Argentina en este sistema de solución de controversias, con un total de 35 disputas a la fecha de publicación de libro que se reseña de un total de 438. Similar participación a países cuya gravitación a escala del comercio mundial es mucho mayor.

El capítulo 23 de este manual sintetiza los procesos de integración económica regional y tiene como autores a María Elena Caballero y Carmen Martínez Capdevilla. A modo preliminar, advierten que, a pesar de la multiplicidad de procesos, solo consideran al MERCOSUR y a la Unión Europea. Sobre el MERCOSUR se detalla sus fuentes formales y materiales, los estados partes y asociados, sus objetivos y mecanismo de liberación comercial, sus órganos con capacidad decisoria (CMC, GMC y la Comisión de Comercio) y los que no la detentan. Finaliza con el sistema de solución de controversias, su estructura dada por el Protocolo de Olivos y el

comentario a dos laudos dictados por el Tribunal Arbitral *Ad Hoc* y por el Tribunal Permanente de Revisión. La Unión Europea es abordada desde su caracterización jurídica como organización supranacional, sus orígenes de 1951 hasta su configuración actual, el marco normativo, las relaciones del derecho comunitario con los ordenamientos internos de los Estados y el control de su cumplimiento por los Estados miembros.

El último de los capítulos del manual, el 24, trata sobre la protección de bienes intelectuales y culturales y fue redactado por Gemma Minero Alejandro y Fernando Fernández Da Silva. Comienza con un concepto de propiedad intelectual, analiza la existencia de foros como la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) y la propia OMC. Luego sintetiza el derecho del autor y cierra con los cinco principales derechos. Sin embargo, de lo expuesto no se logra relacionar esta temática con el Derecho Internacional. La protección del patrimonio cultural de la humanidad en el derecho internacional es abordada en forma correcta a partir de la Convención de la ONU para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado. Se describe los mecanismos de protección y la labor de la UNESCO a tal fin. Cierra con lecturas adicionales.

A modo de conclusión, entiendo que el Manual reseñado cumple con las expectativas que le plantea al lector en forma previa a su lectura. Es una apretada síntesis de diversos institutos del derecho internacional, veinticuatro capítulos redactados por diferentes autores que exponen de manera correcta sus estudios. Los capítulos varían en su extensión y en la profundidad de las investigaciones planteadas, algunos se encuentran mejor presentados que otros y con análisis más detallados. Resulta útil como guía, como material de estudio para estudiantes que se inician en la temática del Derecho Internacional, y para lectores que se encuentren interesados por entender la complejidad del mundo que habitan.

---

# Trata de Personas: La esclavitud del siglo XXI

Onassis Elena F.

Córdoba, Lerner Editora, 2011, 212 páginas.

por **CHANTALL STEVENS**<sup>(1)</sup>

La trata de personas constituye, indudablemente, un tema prioritario en la agenda internacional de este nuevo milenio. En tanto profunda violación de los derechos humanos y delito perpetrado por redes de criminalidad organizada transnacional, la preocupación por la prevención, represión, erradicación y atención a las víctimas de este flagelo, en especial las mujeres y los niños, ha quedado cristalizada en instrumentos internacionales que han dinamizado la adopción de políticas y normas específicas por parte de muchos estados. En esta línea, puede afirmarse también que la trata de personas ha cobrado creciente relevancia en las agendas de los gobiernos y de los medios de comunicación.

La visibilidad que ha adquirido esta problemática ha favorecido, asimismo, la producción y sistematización de conocimiento en torno de la misma, al que *Trata de Personas. La esclavitud del siglo XXI* de Elena Florencia Onassis realiza una contribución. Este libro esboza un estado de situación en materia de lucha contra la trata de personas a nivel internacional, del MERCOSUR y de la Argentina, presentando también desafíos y propuestas para un plan de acción.

Escrito entre 2007 y 2010, se propone como objetivo principal arrojar luz sobre el marco jurídico apropiado para el abordaje de la trata de perso-

(1) Licenciada en Ciencias Políticas (UBA). Magíster en Sociología Política (*London School of Economics and Political Science*). Coordinadora de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.



nas. Para ello, realiza un análisis de la normativa internacional y subregional, para luego adentrarse en la de Argentina. En miras a establecer, además, lineamientos de política criminal, realiza un breve recorrido histórico de esta problemática centenaria para detenerse en el contexto actual de esta forma de esclavitud, sus manifestaciones prácticas, así como en los actores involucrados en el combate de la trata y las políticas diseñadas para contrarrestarla.

Los impactos de la denominada **globalización**, en tanto proceso político, económico, tecnológico, social y cultural, caracterizado por la **apertura** y desregulación de mercados, la liberalización financiera y de circulación de capitales, así como el auge de las tecnologías de información y comunicación, brindan el marco para la propagación de las redes de delincuencia organizada transnacional, sedientas de lucro. Éstas se benefician de la generación de nuevos espacios y ámbitos de poder, antes detentado exclusivamente por los estados nacionales. A ello se suma el incremento de los flujos migratorios, facilitados tanto por los avances tecnológicos como por las situaciones de desigualdad, desprotección social y exclusión generadas por este proceso, que se cimentan en la búsqueda de mejores condiciones relativas en otros países y que, debido al auge de políticas migratorias restrictivas, enfrentan a migrantes con barreras para su ingreso y permanencia.

Es en este contexto en que operan las redes dedicadas al tráfico ilícito de migrantes, y es de esta situación precaria y de migración irregular de la que se aprovechan las organizaciones dedicadas a trata con fines de explotación de la prostitución ajena, de tráfico y venta de personas y órganos, de pedofilia y pornografía infantil, así como de explotación laboral y trabajo forzoso. Estas son las diferentes manifestaciones en que la autora clasifica la trata de personas, brindando definiciones, ejemplos y, en algunos casos, estadísticas para dimensionar su alcance. Pero es preciso distinguir entre quienes contribuyen y lucran con el cruce de fronteras de personas que no cumplen con las exigencias requeridas para el ingreso y la permanencia en el estado en cuestión y quienes se dedican a lucrar con la explotación de estas personas. Las organizaciones delictivas que se dedican a estas actividades pueden coincidir o no.

Puesto que el libro se orienta fundamentalmente a develar cuales son las mejores herramientas normativas para combatir la trata de personas, co-

mienza por analizar los principales preceptos de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU y su Protocolo complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente Mujeres y Niños. Esto es, ciertamente, un esfuerzo útil, puesto que muchas veces se invoca el mencionado Protocolo sin contemplar que éste debe ser entendido en el marco de la citada Convención, que cuenta además con un Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Aire, Mar y Tierra y otro contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego.

Si bien se aclara a lo largo de la publicación que la trata de personas no sólo se configura cuando se traspasan fronteras sino que, en algunos países, la trata interna constituye una problemática igual o aún más extendida, Onassis hace especial hincapié en la delincuencia organizada transnacional, caracterizando sus elementos constitutivos y esbozando algunas consideraciones respecto de las características de los grupos delictivos organizados, como su transnacionalidad y estabilidad temporal, así como también su complejidad, los niveles de participación en la organización y la consecuente y variable responsabilidad penal de sus miembros.

En este sentido, destaca la obligación que establece la Convención de tipificar penalmente, como mínimo, la participación en estos grupos (a los que diferencia de otras figuras como la asociación ilícita o la banda tomando el caso argentino), el blanqueo del producto del delito, la corrupción y la obstrucción de la justicia. En relación a los tipos penales a construir, advierte que hay aspectos de la prevención que deben ser abordados desde la política pública y que no se debe exigir al derecho penal más de lo que a éste corresponde, a riesgo de fomentar un "derecho penal del enemigo", siguiendo la conceptualización que formulara Jakobs. Señala, en esta línea, que la construcción de tipos penales para ciertos delitos complejos y las sanciones que de éstos se derivan entraña, en la actualidad, la consideración sobre la peligrosidad del accionar antes o además que la culpabilidad por los hechos, y que es por tanto fundamental procurar la salvaguarda de las garantías.

En relación al Protocolo contra la trata, que también exige la tipificación del delito en los Estados parte, la autora revisa la definición allí esgrimida que, recordemos, refiere a

"toda captación, traslado, transporte, acogida o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras

formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”.

Repasando muy brevemente sus causas y manifestaciones.

Onassis dedica un breve capítulo al lavado de activos, enfatizando que la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional estipula que, respecto del producto del delito, los estados deben tipificar su conversión o transferencia con el propósito de ocultar su origen ilícito; su ocultación o disimulación; su adquisición, posesión o utilización; y su contribución indirecta en la comisión de otros delitos, incluida la participación, conspiración o intento de comisión. Ciertamente, existen recomendaciones varias formuladas por expertos en la temática orientadas a profundizar las investigaciones en materia de trata de personas siguiendo la ruta del cuantioso dinero de extracción ilícita que estas organizaciones deben, en algún momento, hacer aparecer como de origen lícito en el sistema financiero. En cuanto a este tema en particular, cuyo mayor desarrollo representaría una importante contribución a la problemática bajo estudio, propone, en línea con las recomendaciones formuladas por el Grupo de Acción Financiera Internacional, que para una eficaz lucha contra la trata de personas, los estados deberían fortalecer los sistemas integrados de información y las unidades de inteligencia financiera.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con la trata de personas es otro de los temas al que dedica un apartado de la publicación. Si bien la autora brega por el establecimiento de la responsabilidad administrativa y civil, y, cuando corresponda, la responsabilidad penal de las mismas, teniendo en cuenta que este tópico es objeto de extensos debates, un desarrollo más exhaustivo contribuiría ciertamente a la comprensión de los aspectos jurídicos relacionados con las implicancias de una medida de este corte.

La cooperación internacional, la asistencia judicial recíproca y el cumplimiento de la ley penal también son temas desarrollados por Onassis en otro capítulo en el que ahonda sobre las cuestiones procesales. Dada la naturaleza de la trata de personas, la autora sostiene que la diversidad de ordenamientos jurídicos no puede ser un impedimento para la cooperación judicial por la que brega, poniendo como ejemplo a seguir el funcionamiento de *Eurojust*. En miras a una mayor asistencia jurídica en actuaciones penales y judiciales, señala asimismo que se deben operativizar medidas procesales tendientes a la recolección de pruebas así como también para la realización de diferentes procedimientos en países extranjeros, temas para los cuales sería provechoso un análisis más pormenorizado.

En cuanto a la investigación y el cumplimiento de la ley penal, el argumento central de la autora es que los grupos delictivos organizados que se dedican a la trata de personas no pueden permanecer en las penumbras e interactúan permanentemente con la sociedad, en tanto el ánimo de lucro que los mueve requiere que el producto del delito sea comercializado en el mercado. Es en estas interacciones en las que existe posibilidad de que los organismos encargados de hacer cumplir la ley encaren investigaciones proactivas y preventivas.

Basándose en los manuales de la ONU y de *Interpol*, esboza una serie de consideraciones prácticas y operativas que deben tenerse presente a lo largo de todo el proceso judicial respecto de los testigos, las víctimas y sus familiares, particularmente los niños y las niñas, en procura de su seguridad y adecuado tratamiento, protegiéndolos de amenazas y represalias. Indica que para este trato respetuoso y empático se puede recurrir y articular con las organizaciones de la sociedad civil que se dedican a esta problemática y tienen experiencia en la contención de las víctimas.

Onassis se explaya más en este acápite, planteando una serie de cuestiones importantes en relación a las víctimas a las cuales, en el marco de la normativa internacional analizada, se les debe garantizar el regreso seguro a sus lugares de origen, otorgándoles, en caso de ser necesario, una residencia temporal para que puedan contar con un "período de reflexión" en el que puedan colaborar con la investigación judicial. En el caso de que las víctimas fueran menores, debe considerarse además la conveniencia de que retornen a sus países de origen. En este sentido, es preciso

remarcar que la doble condición de las personas damnificadas por este delito, tanto de víctimas como de testigos, complejiza no pocas veces el tratamiento judicial, privilegiándose en ocasiones su condición de testigos y desatendiendo las múltiples y muy particulares necesidades de las víctimas. Esto se ve, por ejemplo, en lo que hace al período de reflexión señalado por la autora, orientado más a obtener la coherencia en el testimonio que a procurar la reconstrucción de una subjetividad que ha sido arrasada por un trato cosificador.

Por otra parte, señala que, frecuente y desafortunadamente, las víctimas son tratadas como delincuentes, máxime si han prestado consentimiento a la situación que atraviesan, lo que debe ser considerado irrelevante al momento de investigar y asistirlos. Esto se acentúa cuando se trata de víctimas de explotación sexual, sufriendo a menudo los prejuicios socio-culturalmente construidos en torno de prostitución, que a menudo genera sensaciones de vergüenza por parte de las víctimas, que en algunas sociedades son fuertemente condenadas y acarrea discriminaciones. Esta situación impide el efectivo acceso a la justicia por parte de las víctimas, que son objeto de numerosas revictimizaciones.

Otro punto interesante es que las víctimas no suelen presentarse en calidad de denunciante o de testigos por las permanentes amenazas a las que son sometidas y el temor a represalias. En este sentido, es preciso también mencionar un tema sobre el que la autora no repara particularmente, que es la naturalización por parte de la sociedad de determinadas prácticas de explotación, que lleva a que las víctimas no denuncien porque tampoco se reconocen como tales, sintiéndose en parte culpables y responsables por las situaciones a las que han sido sometidas.

Atendiendo las dificultades que atraviesan las personas damnificadas por la trata, Onassis formula una serie de recomendaciones relacionadas con la atención de la salud de las mismas, su acceso a la justicia y a una reparación monetaria. Del otro lado, en cuanto a los colaboradores de las redes delictivas y la puesta en práctica de la ley, analiza la posibilidad de aplicación de la discutida figura del **arrepentido**, citando ejemplos de aplicación exitosa.

Finalmente, la publicación contiene apartados referidos a los organismos internacionales, a los instrumentos y organismos del MERCOSUR y a las

políticas, herramientas normativas y su aplicación, e instancias gubernamentales y no gubernamentales que en la Argentina se abocan a la lucha contra la trata de personas, revisando la situación de la trata de personas en el país, para luego esbozar una serie de conclusiones.

Puede afirmarse que *Trata de personas. La esclavitud del siglo XXI* hace una muy buena sistematización de instrumentos normativos, bibliografía y otras herramientas como manuales, informes técnicos y de avances de instancias internacionales relacionadas con la temática, cuestionarios, planes de acción, guías y estudios formulados por organizaciones no gubernamentales. Constituye, en efecto, una muy buena compilación para quienes buscan acercarse y profundizar sus conocimientos en torno de la temática, y puede interesar especialmente a operadores judiciales y agentes del sistema de administración de justicia.

Es importante resaltar, sin embargo, que a la luz de los importantes desarrollos a los que hemos asistido en los últimos años, esta publicación requiere una actualización para futuras ediciones. Por sólo citar algunos ejemplos, en el plano internacional, el Grupo de Trabajo contra la Trata de Personas de la Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas (UNODC), que realiza el seguimiento del Protocolo de Palermo, ha elaborado recomendaciones que han surgido del monitoreo de la implementación de políticas, la sanción de normas, y los esfuerzos por darles efectivo cumplimiento en los estados partes que participan de ese ámbito. En efecto, dado que la mayor parte de los países ha adoptado legislaciones específicas en materia de trata de personas y ha comenzado a aplicarlas, en los últimos años se han visibilizado nuevas aristas tanto de las manifestaciones concretas de esta problemática en contextos políticos, económicos y socioculturales muy diversos, como de las dificultades para su sanción. Además, los esfuerzos generalizados destinados a combatir la trata de personas han resultado en readaptaciones y nuevos *modus operandi* de las redes delictivas dedicadas a lucrar con la explotación de seres humanos, que van mutando su accionar para sortear las nuevas barreras que se han erigido para frenar este delito.

A nivel regional también se registran avances. Efectivamente, la proliferación de instancias institucionales del MERCOSUR que han abordado la problemática de la trata de personas desde diferentes grupos de trabajo (de justicia, seguridad, migraciones, mujer, salud, educación, desarrollo

social, entre otros), importa en la actualidad la discusión en torno del diseño institucional más adecuado para resumir y coordinar las diferentes iniciativas manadas de los mismos. Por citar sólo un ejemplo de avance en estos ámbitos, desde la Reunión Especializada de Ministras y Altas Autoridades de la Mujer se ha publicado en 2012 un diagnóstico regional de la trata de mujeres con fines de explotación sexual, que sistematiza las respuestas institucionales de cada país y que formula recomendaciones.

En cuanto a la Argentina, cabe señalar que los logros registrados desde la publicación del libro de Onassis no registran precedentes, y que, incluso, para el cierre dicha publicación, existían ya programas específicos en materia de lucha contra la trata que habían comenzado a arrojar importantes logros. Tal es el caso de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, en la actualidad jerarquizada a Programa Nacional (resolución MJyDH 731/2012), que fue creada a los pocos meses de sancionada la ley en 2008 y que cuenta con un equipo interdisciplinario que participa de los procedimientos para procurar el adecuado tratamiento de las víctimas. Ese organismo lleva las estadísticas de personas rescatadas de las redes de trata de personas, que asciende a 5607 en el marco de 2539 allanamientos realizados por las fuerzas de seguridad federales, desde su creación hasta agosto de 2013. Atendiendo a la importancia que la autora otorga a la asistencia a las víctimas, debe mencionarse también que se han creado refugios especializados y la elaboración, en 2008, del Protocolo Nacional de Asistencia a Víctimas de Trata de Personas que, desde una perspectiva de derechos humanos, establece ambiciosas pautas para la asistencia integral y la gestación de un nuevo proyecto de vida para las personas damnificadas por este delito.

A los fines de evitar la connivencia policial, tema que también es señalado por Onassis a lo largo de la publicación, es importante destacar, asimismo, la creación de divisiones especializadas en la prevención e investigación del delito de trata en el seno de las fuerzas de seguridad federales (Gendarmería Nacional, Prefectura Naval Argentina, Policía Federal y Policía de Seguridad Aeroportuaria). Para procurar el buen desempeño de las mismas, también se ha confeccionado un Protocolo para la Actuación de las Fuerzas Federales para el Rescate de Víctimas de Trata de Personas (resolución MS 742/2011), un Protocolo para la Detección Temprana de Situaciones de Trata de Personas en Pasos Fronterizos (resolución MS 421/2012) y

un Protocolo para la Detección Temprana de Situaciones de Trata de Personas en Controles Vehiculares en Rutas (resolución MS 1334/2012).

En línea con el rol primordial que Onassis confiere a los medios de comunicación, se debe mencionar también el dictado del decreto 936/2011 de Erradicación de la difusión de mensajes e imágenes que fomenten o promuevan la explotación sexual y la creación de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual para verificar su cumplimiento, medida que pone coto a una de las formas de captación utilizadas por las redes de trata de personas, así como también a la promoción sus actividades delictivas, y que apunta a una investigación más proactiva de la trata de personas y la explotación sexual de mujeres y niñas.

Pero tal vez el avance más significativo, en línea con alguno de los planteos que formula la autora, haya sido la sanción de la ley 26.482, por medio de la cual se modificó la anterior ley de lucha contra la trata de personas. En este sentido, se destaca que la nueva ley elimina la cláusula del consentimiento, sobre la cual la autora se explaya a lo largo del libro, yendo más allá del Protocolo de la ONU contra la trata, cuya definición hemos repasado. Si bien con la anterior legislación el consentimiento de las personas menores de 18 años no era tenido en cuenta, resultaba en un trato discriminatorio hacia las víctimas mayores de edad, en cuyo caso era necesario probar que el mismo había sido obtenido mediante engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios. La nueva legislación elimina los medios comisivos del tipo penal, incrementa las penas del delito y crea instancias de articulación para el abordaje inter-agencial.

Puede decirse entonces que se ha avanzado sobre varias de las cuestiones planteadas en *Trata de Personas. La esclavitud del Siglo XXI*, al menos en el caso argentino. La importancia que se ha dado a esta problemática y las políticas diseñadas para combatir la trata, en permanente desarrollo y perfeccionamiento, han impuesto una constante actualización de los estudios que se abocan a su análisis. Bienvenida entonces la necesidad de reajustes. Los debates conceptuales y en torno de las orientaciones y preceptos teóricos que guían la política criminal, empero, tienen vigencia más allá de los diseños institucionales, las medidas concretas y sus resultados. En este



sentido, el libro de Onassis plantea varios interrogantes y temas, como la relación de este delito con el lavado de activos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas implicadas en el delito de trata de personas, y la necesidad de profundizar la cooperación internacional en esta materia, también en lo atinente a cuestiones procesales, que invitan a una reflexión y discusión profunda en aras de dar la mejor respuesta posible a una de las más graves violaciones a los derechos humanos a las que asistimos en la actualidad. Para finalizar, resta elogiar la profunda humanidad de esta autora que, a lo largo de la publicación y aún al abordar las cuestiones más técnicas, no pierde de vista y recuerda permanentemente que estas discusiones tienen sentido en tanto aportes para procurar el respeto por la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y emocional y la seguridad de tantas personas que, todavía en este siglo XXI, son sometidas a condiciones de esclavitud.

---

# Pasado, presente y futuro del tratamiento jurídico-penal de los crímenes internacionales

Gerhard Werle

Buenos Aires, Hammurabi, 2012, 140 páginas.

por **SILVIA ALEJANDRA BIUSO**<sup>(1)</sup>

Este libro cuenta con la Presentación de los Dres. Carlos A. Elbert y Daniel R. Pastor. Se trata de un volumen que contiene tres obras del Profesor Doctor Gerhard Werle: dos conferencias brindadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 19 y 20 de noviembre de 2009, y una traducción de un texto original en alemán publicado en Berlín en 2010.

En las conferencias, Werle aborda, por un lado, la descripción del enjuiciamiento jurídico penal del pasado nacionalsocialista en Alemania, y por el otro, desarrolla la temática de la superación jurídico-penal de los injustos de la República Democrática Alemana (RDA), tras la caída del Muro de Berlín. En el texto restante el autor intenta pronosticar el futuro del derecho penal internacional.

Veamos de manera sucinta el contenido de cada trabajo.

En el primero, Werle reconstruye el pasado de un campo jurídico a través de preceptos normativos, de hechos del nacionalsocialismo, teniendo en

.....

(1) Abogada con orientación en Derecho Penal (UBA). Traductora Pública en lengua italiana (UBA). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal y Derecho I (UBA). Funcionaria del Poder Judicial de la Nación.

cuenta el clima político en el que se llevaron a cabo los procesos de juzgamiento de los delitos nacionalsocialistas por los tribunales alemanes.

Su punto de partida es el proceso de Nüremberg: describe su objeto, oportunidad en la que destaca que en el Estatuto de Nüremberg se declaraban punibles los delitos contra la humanidad, lo que permitió a juicio de este autor sancionar las muertes en masa no como simples homicidios o crímenes sino como delitos contra la humanidad. Asimismo, aborda el debate que se generó en la población a partir de las condenas impuestas a los principales criminales de guerra, destacando en ese punto una de las críticas que se efectuaron en aquel momento bajo el lema “la justicia de los vencedores”.

Analiza luego el comportamiento de la justicia alemana en la posguerra inmediata, haciéndolo desde un enfoque empírico que le permitió reconstruir con claridad cómo fue la persecución penal practicada por los tribunales occidentales durante el periplo que se inició en 1945 y se extendió hasta 1958. Lo diferenció, a su vez, del proceso de Ulm que tuvo lugar en 1958, concibiendo a este último como un punto de inflexión en torno a lo que hasta ese momento la opinión pública expresaba acerca de los hechos cometidos por el nacionalsocialismo.

Con suma lucidez también pone de resalto los obstáculos que se presentaron en la persecución ilimitada que se pretendía desarrollar en ese entonces, uno de ellos fue el instituto de la prescripción de la acción penal de algunos delitos de la que se beneficiaron muchos colaboradores de las más altas autoridades del *Reich*.

En ese relevamiento de casos, el autor menciona al proceso de Auschwitz (1963-1965) como el más importante referido al genocidio nacionalsocialista alemán, describiéndolo desde adentro —modo de producción y valoración de la prueba— y desde afuera, destacando su mayor logro: reconstruir lo ocurrido en los campos de concentración en general, y en particular en el campo de exterminio de Auschwitz.

También en ese recorrido de casos relevantes y con el objeto de puntualizar el comportamiento que tuvo la persecución penal frente a las muertes en masa, avanza en el tiempo hasta la actualidad, y destaca tres procesos más: los casos “Engel”, “Scheungraber” y “Demjanjuk” —de este último se incorporó un anexo documental al final del volumen—.

Tras ello, se aboca con una gran claridad expositiva a describir cuál fue la práctica de la jurisprudencia de los tribunales federales alemanes, desde dos enfoques que considera fundamentales: si las decisiones judiciales transmitieron un cuadro aceptable de los delitos violentos del nacional-socialismo, por un lado, y por el otro, la valoración jurídica de los hechos comprobados, en especial, el genocidio y si estas evaluaciones reconstituyeron los hechos con acierto. Así destaca cuáles fueron sus mayores logros, para luego adentrarse en el análisis de los fundamentos que se utilizaron en esa práctica judicial, basados en el derecho penal vigente en el tercer *Reich*; ello, sin dejar de evidenciar los problemas que se presentaron a nivel de la teoría del delito.

Finalmente, Werle nos entrega su conclusión en torno a todas estas cuestiones, con una mirada crítica pero constructiva de los puntos débiles y aquéllos más fuertes de la persecución penal desarrollada en el pasado por los tribunales alemanes.

En la segunda conferencia avanza en el tiempo, y tras describir el trasfondo político que derivó en el cierre de la frontera de la RDA con Alemania occidental y la construcción del Muro de Berlín —decidida por la cúpula del Partido Socialista Unificado de Alemania (PSUA)—, relata cuáles fueron las formas de injustos estatalmente dirigidos durante los casi treinta años que duró el régimen burocrático dictatorial que rigió en la RDA. En ese *racconto* remarca, principalmente, los disparos mortales efectuados por soldados apostados en la frontera a ciudadanos de la RDA que intentaban huir a Alemania occidental. Luego, el autor detalla las distintas prácticas judiciales llevadas a cabo para su juzgamiento, las que incluían indemnizaciones a las víctimas y restitución de propiedades, entre otras. Asimismo, encontramos en su obra la forma en la cual esos injustos fueron superados mediante la aplicación del derecho penal, así también las distintas líneas argumentales que utilizó el Tribunal Supremo Federal: “el principio de las dos llaves”, “la fórmula de Radbruch”, el derecho de gentes y una interpretación favorable a los derechos humanos del derecho de la RDA. No obstante, del mismo modo se ocupó de formular algunas críticas a esa actividad judicial.

Con este trabajo, el autor nos brinda una fotografía nítida de la actuación del Poder Judicial durante los años 1990 a 2005, a la que calificó de positiva basado en los diferentes logros obtenidos, tales como la persecu-

ción penal y castigo de graves violaciones a los derechos humanos, entre muchos otros que detalla en su obra. Su objetividad le permite también señalar las debilidades que tuvo esa actuación, que tenían que ver, entre otras cosas, con la pasividad del legislador frente a la necesidad de un cambio estructural del derecho penal, el reforzamiento de los órganos de persecución y la unificación de las prácticas procesales. Mediante una sólida argumentación, al terminar su exposición llega a la conclusión que, más allá de algunos déficits, en líneas generales resultó positiva la superación jurídico-penal de los conflictos de la RDA.

Werle, en el último tramo del volumen, analiza cuál será el futuro del derecho penal internacional. Previo a ir directo al punto, distingue tres planos a través de los cuales nos introduce en sus problemas actuales.

Así, identifica en primer término los bienes jurídicos universales, es decir, los intereses que requieren protección y reconocimiento mundiales, como la coexistencia pacífica de todos los pueblos, la paz mundial y los derechos humanos, todo lo cual le permite explayarse en torno al creciente aumento de las normas primarias de protección, las que examina con amplitud, aportando abundante referencias bibliográficas para ahondar en la temática. Asimismo, el autor introduce un cuarto ámbito de normas primarias en el derecho internacional al cual el derecho penal internacional podría unirse en un futuro previsible: el derecho internacional ambiental.

A continuación, pasa a examinar un segundo plano: el derecho penal material. Se refiere en primer lugar al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (ETMI), como el punto de partida para el reconocimiento de los tipos penales internacionales, sin dejar de analizar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) y formular una crítica directa a estos instrumentos por no regular el genocidio. El autor no desatiende el debate generado en torno a si las normas primarias en las que se basan los tipos penales internacionales valen también para actores no estatales. Identifica los tipos penales nucleares para el derecho internacional, y el modo en que los Estados fueron adaptando su derecho interno para ajustarlo a los fundamentos jurídicos de la persecución de los crímenes internacionales al estado de desarrollo del derecho penal internacional.

En el tercer plano, Werle aborda la realización del derecho penal internacional, y para ello responde a tres interrogantes: a quién le corresponde

la competencia de crímenes del derecho internacional, y de comprobar su existencia, a quién corresponde imponer y ejecutar sanciones penales. Asimismo, en esa tarea revela las críticas o reproches que se le ha efectuado por su realización selectiva. Y al final de su camino, esboza un pronóstico de posible concreción del derecho penal internacional, teniendo como base de análisis su desarrollo hasta la actualidad.

En síntesis, es una obra de sencilla lectura, posiblemente gracias a los buenos oficios de sus traductores, rica en información y referencias para el lector, que permite acercarse al derecho penal internacional desde una perspectiva jurídico penal de base empírica y con un hilo conductor histórico de utilidad práctica.

---



# Tendencias. Hacia una aplicación más imparcial del derecho penal

Daniel R. Pastor

Buenos Aires, Hammurabi, 2012, 420 páginas.

por **PATRICIA ANDREA CÁCERES**<sup>(1)</sup>

La presente obra reúne una serie de ensayos, delicadamente seleccionados por el autor en virtud del valor normativo de su contenido y la importancia de las decisiones judiciales o legislativas, que buscan demostrar los diferentes matices que estas decisiones pueden tomar para un ejercicio de un poder penal público más imparcial.

Para ello, el autor nos presenta el problema que implica lograr un modelo ideal de régimen penal que debe imperar en el Estado constitucional y democrático de Derecho y, en orden a dar cuenta de los alcances de dicha problemática, apela a prácticas legislativas y judiciales de la actualidad que ejemplifican una marcada desviación de ese ideal.

A través del análisis de cada uno de los casos analizados, desde la raíz de su génesis, el autor nos invita a desmembrar el pasaje caprichoso que puede tomar el derecho para favorecer la postura tomada desde una mera apreciación subjetiva, lo que da espacio al empleo dual del aparato punitivo, una suerte de dos derechos en ejercicio.

Los artículos congregados en esta publicación se ocupan de las más importantes manifestaciones actuales del doble discurso penal. El derecho penal enemigo refleja mejor que ninguna otra idea —especialmente en el caso de

.....  
(1) Abogada (UCA). Asesora legal y técnica de la Dirección Nacional de Readaptación Social del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Integrante del Proyecto de Investigación sobre Mujeres, Cárcel y Narcotráfico (UBA).



los crímenes internacionales—, la dicotomía antijurídica que supone tratar a algunos presuntos criminales con neutralidad y, a otros, con hostilidad.

Es importante destacar que la propia dinámica del libro propone la profundización de diferentes temas, tales como la prisión preventiva y la desmedida pretensión punitiva de la víctima, medidas ambas que redundan en la disminución de las garantías del imputado, más allá de la protección de los textos legales.

Ante este espinoso escenario, el autor demuestra la necesidad del tratamiento imparcial de los casos de derecho penal. En tal sentido, deja en claro que no se debe resolver la situación procesal del imputando teniendo en cuenta, como sucede habitualmente, el partido del cual éste depende, sus patrimonios o demás condiciones sociales, sino lo que establece la ley ante los hechos probados.

El libro se encuentra dividido en 13 capítulos que, merced a la delicada manera en que cada uno aborda la narración y descripción de hechos históricos y jurisprudenciales —tanto internacionales como nacionales— en materia de derechos humanos (eje del trabajo del autor), se apoderan de la atención del lector.

## I | Ideología penal de ciertos pronunciamientos de órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?

El autor pretende aportar un puñado de reflexiones para el perfeccionamiento de una defensa real de los derechos humanos en la sede penal, bajo el entendimiento de que, en este ámbito, éstos deben ser concebidos inequívocamente como derechos fundamentales del imputado aunque parezcan estar enfrentados a los derechos legales de los supuestos ofendidos —cuyos derechos humanos fueron lesionados por los delitos cometidos por los referidos imputados—.

Aquí van a ser descriptas ciertas prácticas que surgen de los pronunciamientos de los órganos del Régimen Interamericano de Derechos Humanos, en especial de los crímenes considerados internacionales y otros delitos que implican violaciones graves a los derechos humanos; esto último debido a que, aun cuando no se puede saber seriamente y con la debida precisión cuáles son esos delitos, el sistema interamericano los ha equiparado, por sus consecuencias, a los crímenes internacionales, que se engloban en el principio de prohibición de impunidad.

En esos pronunciamiento son percibidas unas circunstancias que resultan altamente problemáticas y que, por tanto, resultan dignas de ser mencionadas con la esperanza de que sean modificadas.

## 1.1 | Los derechos humanos como límites al poder (también penal)

Existe un esfuerzo compartido en el orden constitucional y una labor de juristas para evitar, como decía Welzel, la arbitrariedad en la decisión de los casos penales.

El garantismo es, en esencia, un sistema de controles y límites para impedir el ejercicio abusivo de un poder que en sí es legítimo, solo si es estrictamente controlado demuestra la importancia de la presencia expresa de un sin números de derechos actuales como la ausencia de todo derechos explícito de la víctima.

Este esquema se reproduce en todo catálogo moderno que contenga derechos humanos y constituye un sistema jurídico cuya ideología recoge la perspectiva del acusado para la regulación de los derechos en casos penales.

## 1.2 | La aparición de los derechos humanos de la víctima

El autor da cuenta de su perspectiva crítica haciendo referencia a una ideología de los derechos humanos que, en contra de un origen que apuntaba a proteger los derechos del imputado frente al aparato represivo, gira el enfoque y se transforma en una ideología de los derechos humanos contra el imputado. Esta ideología, fundada en la perspectiva de la víctima en la

cuestión punitiva, otorga una prioridad tout court a la satisfacción del valor represivo por encima de la protección de los derechos del acusado.

Desde la perspectiva de la víctima —sostenida por el sistema interamericano en el caso de crímenes internacionales y otras grave violaciones de derechos humanos—, el enorme abuso de poder del que dispusieron sus autores los deja sin cobertura completa de sus derechos a la hora de ser acusados. En esa instancia, el derecho sólo puede asegurarles el respeto de ciertos requisitos básicos fundamentales y nada más; es decir, algo muy cercano al derecho penal del enemigo.

Para finalizar el capítulo, el autor nos deja la sostenida ilusión de que el poder punitivo del Estado parece ser el único ganador.

### 1.3 | Los derechos de la víctima como ampliaciones del aparato represivo del Estado

En el desarrollo de este capítulo, el autor afirma que, en materia penal, la acción de transferir la protección de los derechos humanos del acusado a la víctima, tal como lo ha hecho el sistema interamericano, implica otorgar nuevos poderes de reprimir al aparato punitivo estatal; poderes nuevos éstos que se suman a los que ya gozaba y que son maquillados como obligaciones del Estado frente a la víctima.

Nos cita, acertadamente entiendo, a la propia Corte IDH, cuyas decisiones deben ser obligadamente cumplidas por los tribunales nacionales. La Corte ha declarado que la prescripción es una “garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito”,<sup>(2)</sup> con excepción, claro está, de los crímenes imprescriptibles cuyos imputados están excluidos de la protección de garantía (doble standard: para la Corte IDH, sólo en el caso de delitos que no sean de lesa humanidad o que no constituyan otra graves violaciones de derechos humanos “la vigencia del derecho de condena quedaría subordinada a las garantías procesales que benefician al imputado”).<sup>(3)</sup>

---

(2) Sentencia “Albán Cornejo”, 22/11/07, parr. n° 111; sin destacar en el original.

(3) NANZER, ALBERTO, “La satisfacciones de la víctima y el derecho al castigo”, en Daniel Pastor (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, p. 361.

Claramente, el autor muestra cómo, en materia penal, se empieza a ver la transformación de las preferencias en el campo de los derechos humanos: éstos han pasado de estar históricamente en cabeza del imputado a quedar en manos de la víctima. Muestra, también, una incompatibilidad con el sistema jurídico y político de las democracias moderna, regidas por el derecho, en tanto que esta metamorfosis lo que en verdad hace es reducir los derechos del imputado (individuo) para aumentar los poderes de castigar del aparato punitivo del Estado (disfrazando perversamente esos poderes, como dijimos, de “obligaciones”).

## 2 | Los fundamentos apócrifos de una imprescriptibilidad selectiva

A partir de la cita y del análisis de dos casos, el autor nos lleva a reflexionar sobre la imprescriptibilidad, más específicamente, sobre si su eventual coexistencia con delitos prescriptibles resulta aceptable o no.

Con la prescriptibilidad de todos los hechos punibles, finalmente, se garantiza la igualdad de trato de todos los ciudadanos; igualdad que aleja los fantasmas del derecho penal de los enemigos que afloran cada vez que la ley, jurisprudencia y doctrina pierden el norte de la consistencia y, poniendo en la tentación de evitar la impopularidad, inventan discursos bipolares.

## 3 | Prontitud de la pena (comentario al capítulo 19 de “De los delitos y de las penas de Cesare Beccaria”)

El capítulo trata tres cuestiones enlazadas en una misma problemática: la del significado del trascurso el tiempo para orden jurídico-penal. Bajo la consideración de un principio de celeridad de la pena, Beccaria se ocupa de tres desviaciones del sistema: a) la irregularidad de un castigo penal que se impone en un momento muy posterior al hecho; b) la excesiva duración de los procesos; y c) la demasiada breve duración de los procesos.

## 4 | Los problemas procesales de los delitos de tenencia

A los contratiempos materiales que al sistema de la teoría del delito le ocasiona la categoría de los delitos de tenencia o posesión, se le añaden aquí inconvenientes procesales (alta probabilidad de tergiversar la prueba) que importan desviaciones de lo normal —comprobada en unos casos y potencial en otros— que, como tales, no invalidan por sí y de modo absoluto el grupo punitivo analizado. Tergiversaciones, manipulaciones, falsificaciones —en fin, motivaciones apócrifas— son actos en potencia en todos los campos del aparato represivo, pero no por ello el sistema debe ser suprimido. Sin embargo, teniendo en cuenta la porción de arbitrariedad que toca esta categoría, resulta razonable despenalizar todas estas figuras, salvo la tenencia o posesión de cosas aptas para la destrucción masiva de personas y bienes.

## 5 | El deber judicial de motivar las condenaciones

El autor estudia delicadamente la posición de Maier sobre la cuestión tratada a estudio. A partir del análisis crítico de las posiciones, nos hacer notar que en el derecho comparado el deber judicial de motivar las sentencias aparece, por ejemplo, en la Constitución italiana, art. 111, y en la Constitución española, art. 120.3. En el campo del derecho público provincial argentino es establecido idéntico mandato, por ejemplo, en la Constitución de Córdoba, art. 155.

Un apoyo más para avalar el carácter fundamental de motivación puede ser encontrado, aunque en parte esto no sea más que un mero recurso a la autoridad, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que entiende que el deber judicial de motivar las sentencias proviene del art. 61 del Convenio de Roma de 1950, que establece el principio de del debido proceso, de modo que las decisiones judiciales deben señalar de manera suficiente los motivos en los que se funda.

Para finalizar, nos deja una pregunta retórica al manifestar: ¿cuál es el inconveniente de un modelo de enjuiciamiento penal que exige motivar las condenaciones?

## 6 | Una ponencia garantista acerca de la acusación particular en los delitos de acción pública

La discusión trata de echar luz a la polémica acerca de los alcances de la participación de la víctima en el proceso penal seguido contra el presunto autor de un delito de acción pública —cuestión que actualmente, para el bienestar de nuestra disciplinas, se debate con pasión—, el que depende de manera decisiva, desde su modesto punto de vista, de los factores siguientes. En primer lugar, de la consideración de que hay una estrecha vinculación entre el tema de análisis y el modelo de Estado y de sistema penal del que se parta. En segundo lugar, de la posición que se adopte, aunque obviamente esté fundada del modo mitológicamente, podrá ser, tal como sucede con casi todas las cuestiones jurídicas, correcta o equivocada según las distancias miradas —todas igualmente válidas— que se posen sobre ella, pero no podemos permitirnos que sean contradictorias. Esto último significa que la solución a este problema, preferida por cada uno según sus respetables razones, siempre tendrá que asumir con ella todos los efectos que sean necesarios.

A partir de estos dos factores el autor pretende, humildemente, tratar de reflexionar y tratar de hacer reflexionar, sobre el tema espinoso que aviva nuestras polémicas.

## 7 | ¿Nuevas tareas para el principio *ne bis in ídem*?

El autor realiza un homenaje a Hendler, quien se ha ocupado en sus publicaciones a reflexionar y polemizar sobre el *ne bis in ídem*, tanto desde el punto de vista histórico como desde el análisis de la jurisprudencia vernácula.

Este principio se reduce de modo tautológico a una de las certezas plenamente defendibles: nadie debe ser perseguido dos veces por lo mismo.

En nuestra práctica jurisdiccional lo más destacado que trajeron los últimos tiempos en materia de *ne bis in ídem* es la creencia reproducida desde la

Corte Suprema de Justicia de la Nación de que el juicio de reenvió, propio de todo modelo de recurso por motivos procesales, representaría una violación de esta prohibición si opera contra una absolución.

A través del análisis de los casos, deja ver que en las posiciones tomadas respecto de las cuestiones relacionadas al descubrimiento en la comprensión de los problemas está el germen de soluciones —cuya propia perplejidad se busca también compartir con alumnos y colegas—.

## 8 | El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional

### 8.1 | El derecho penal del enemigo en Jakobs

Para trabajar este capítulo, el autor se vale de los aportes Günther Jakobs, uno de los pensadores del derecho penal que más discusiones ha despertado entre quienes lo han leído y entre quienes no lo han leído, entre quienes lo entienden y entre quienes no lo entienden. Jakobs ha tenido también la iniciativa de llamar la atención, desde hace algún tiempo, acerca de un fenómeno específico de los sistemas penales que ha sido descrito con el peculiar título de “derecho penal del enemigo”. Desde entonces, el tema ha aparecido en boca de todos, de modo que, una vez más, se compartan o no los puntos de vistas de Jakobs, es preciso reconocer que no se trata de un autor cuyas reflexiones sean inexactas, se queden sólo en el cielo de los conceptos o pasen inadvertidas.

Pastor entiende que, para Jakobs, el derecho penal conoce dos polos de tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que se exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad; y por el otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad. Esta situación es reflejada por el derecho procesal, y también en el juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos por parte de jurisdicciones externas.

## 8.2 | Derecho penal del enemigo en la evolución histórica

Se ha generado así en la evolución histórica, para decirlo en términos Ferrajolianos, una serie de micro-derechos penales, de subsistemas penales, que pueden ser englobados perfectamente bajo el rótulo recuperado por Jakobs de “derecho penal del enemigo”. El poder penal internacional es otra de sus manifestaciones.

## 8.3 | El derecho penal del enemigo y el poder punitivo internacional

Paulatinamente se ha creado, sobre todo con posterioridad a la segunda Guerra Mundial, un poder penal internacional. Para ello se echó mano del poder interno de aplicar penas, especialmente la muerte y la privación de la libertad, a quienes después de un proceso eran encontrados culpables de haber cometido ciertos hechos. Esta importación del derecho penal internacional por parte de los sistemas interestatales ha dado lugar a un producto mal logrado.

Que el autor se haya encargado de iluminar proponiendo un análisis del poder punitivo del Estado, y haya elegido finalizar su capítulo tomando las palabras de Jakobs, indica que se castiga internacionalmente a los violadores de los derechos humanos no como aplicaciones de una pena contra personas, sino como coacción contra enemigos peligrosos: “Por ello debería llamarse la cosa por su nombre: derecho penal del enemigo”.

## 8.4 | Para una crítica de “todo” derecho penal del enemigo

Se enuncian las exposiciones de quienes critican la posición de Jakobs.

El derecho penal del enemigo no debería quedar más que su valor descriptivo de los que es jurídico-penalmente incorrecto. Los casos tratables con el



derecho penal liberal al derecho penal liberal y el resto a tratar con otras medidas no penales. Gracias a Jakobs sabemos cuáles son las practicas normales y las norma (des) calificables como derecho penal del enemigo.

## 8.5 | ¿Qué es lo queda del derecho penal del enemigo?

Se deben identificar los preceptos y los usos que constituyen el aspecto vivo del derecho penal del enemigo y tratar de eliminarlos. En esa tarea, está seguro el autor, nos va a sorprender descubrir que una gran cantidad de esas disposiciones y prácticas son defendidas o aplicadas por los críticos del derecho penal del enemigo.

## 8.6 | ¿Quién le teme a Günther Jakobs?

Las ideas del profesor no tienen en la práctica un poder tan alto, como el que descuidadamente se le asigna, de legitimar o de dejar de legitimar tan contundentemente preceptos y usos penales. La legitimidad la legitimación no procede en primera línea de los manuales del derecho. Verlos de otro modo es una simplificación demasiado extravagante.

Ahora bien, nos dice que no debemos temer a Günther Jakobs. El nivel de calidad institucional del Estado de derecho iberoamericano no se ha movido un ápice de su sitio tras la aparición de los trabajos de Jakobs.

## 8.7 | ¿Tiene futuro el poder penal internacional?

El autor entiende que si el derecho penal del enemigo está mal, entonces el poder penal internacional también está mal. Pero, no obstante ello y al igual que el derecho penal del enemigo interno, ahí esta, fatigando trescientos años de evolución de la cultura penal y haciendo que Beccaria, reducido a pobre comentarista de modestísimas ideas penales sin relevancia internacional, se revuelque en su tumba.

Y reconoce que en materia penal la razón jurídica del estado de derecho, no conoce enemigo y amigos, sino culpables e inocentes.

## 9 | La discusión actual en torno de la culpabilidad

La solución del problema del fundamento de la culpabilidad penal consiste, en un Estado constitucional y democrático de derecho, en asumir la libertad de voluntad. Es un valor aceptado como axioma político externo al derecho penal que debe mantenerse en vigor y no anclarse en la incertidumbre de su inexistencia. Nuestra disciplina depende de los hechos del mundo real, pero no es una ciencia neutral, por lo cual está mucho más vinculada, como tal, a los datos del mundo político, especialmente, a las referencias axiológicas y a las positividades en el derecho. Este mundo político es un artificio.

Es sobre esa base política previa al derecho penal que se puede entender el principio de culpabilidad por el hecho, concepto central de un sistema punitivo compatible con el principio del Estado constitucional de derecho. Únicamente sobre este pilar tiene sentido edificar una culpabilidad penal entendida como juicio de reprochabilidad formulado al autor del ilícito porque otra conducta le era exigible, en tanto que su cuestionado comportamiento era evitable.

Concluye, entonces, que de lo que se trata como misión de porvenir del derecho penal, es de someter a prueba esos distintos modelos de culpabilidad para saber si son también distintos modelos políticos y axiológicos de derecho penal, en lugar de poner a prueba si el ser humano es libre o si no los es.

## 10 | Las funciones de la prisión preventiva

El autor nos introduce en el tema indicando que se ha mantenido un derecho penal de privación de libertad: la prisión preventiva, que es un instrumento procesal válido si se la aplica solamente en los supuestos delimitados de un modo estricto por su excepcionalidad funcional. Esto significa, sobre todo, que el aseguramiento de la función de *ultima ratio* del encarcelamiento preventivo exige que se lo restrinja únicamente a su tarea procesal.

Es preciso que la duración de los procesos esté enérgicamente limitada por plazos de verdad fatales. Pues no basta con declamar que el encarcelamiento preventivo es excepcional subordinaría al aseguramiento de temores procesales para evitar el riesgo de que se abuse de esos peligros.

Es sabido que, en gran medida, la prisión preventiva genera los mismos efectos que la privación de la libertad impuesta por sentencia firme y, si se apela a ella es porque es más sencilla que poner una pena de verdad. Por ello habitualmente la forma en la que es utilizada trastoca su verdadero sentido.

Un enjuiciamiento penal rápido, tomado en serio, puede impedir aquellos abusos y alejar estos fantasmas.

## II | El principio de las descalificaciones procesal del Estado en el Derecho Procesal Penal

El autor toma al ilustre D'Albora, quien ve en el régimen de las nulidades el instrumento para garantizar la corrección el desarrollo del proceso y de su conclusión, la sentencia.

Sostiene que es preciso afinar los controles cuando se trata de administrar justicia penal y que, para ello, se exige un acatamiento estricto de los principios constitucionales.

El principio de la descalificación procesal del Estado es la reacción a la violación, producida durante el enjuiciamiento, de los derechos fundamentales del imputado o de sus garantías judiciales, lo que conduce a la terminación anticipada y definitiva del proceso debido a que esa lesión priva de legitimidad a la actuación estatal e impide, por medio del régimen jurídico de los obstáculos procesales, la continuación válida del proceso.

Si bien el autor es consciente de que para muchos este principio de descalificación procesal del estado podrá resultar inafrentable, espero que al menos resulte un tema interesante y digno de ser discutido. Y, sobre todo, que sirva para polemizar y ayude a descubrir, si es que se trata de un principio aporético o si, por el contrario, viene a eliminar otras aporías.

## 12 | El estatuto de Roma de 1998 y los valores penales de la comunidad internacional

En este punto el autor aborda los valores penales que estarían plasmados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, esto es, los valores penales de la comunidad internacional, si es que los tiene.

## 13 | La deriva neopunitivista de activistas y organismos como causa del desprestigio actual de los derechos humanos

Por último, cabe señalar que, de todos los temas abordados aquí se puede concluir que el sistema punitivista de los derechos humanos pareciera ser objetable desde el punto de vista de la ciencia moderna del derecho penal y de los valores de la cultura jurídico-penal de hoy en día. Creo que ello se debe, para decirlo resumidamente, a su adscripción sin alternativas a un poder penal absoluto, dudando en la ideología de la punición infinita, rasgo característico del neopunitivismo, que aleja al sistema de los cánones y postulados de la cultura penalista moderna.

Habiendo realizado una descripción de la obra, nos resta subrayar el valor inmejorable de sus aportes históricos y de sus análisis comparativos que, sin lugar a dudas, servirán para enriquecer nuestros conocimientos, lo que nos permitirá ejercer un poder penal público más imparcial.

---



# El Derecho Humano al Ambiente Sano. Los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos

Carlos Aníbal Rodríguez

Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, 256 páginas.

por **ROBERTO COUTENCEAU**<sup>(1)</sup>

Hace tiempo que la ecología dejó de ser una aspiración idealista y utópica de un conjunto de jóvenes soñadores que fueron parte de los movimientos sociales que tuvieron lugar a finales de la década de los '60, para transformarse —sin miedo a exagerar— en una necesidad urgente por parte de los Estados de actuar en pos de preservar una biósfera que sea apta nada menos que para la supervivencia de las generaciones futuras.

Es por ello que surge, en la civilización humana de la era geológica llamada “antropoceno”, la necesidad de abstenerse de incidir en la modificación de las condiciones elementales de los ecosistemas que permiten que los seres vivos puedan habitar armónicamente el planeta Tierra. Traducido ello al plano jurídico, el ambiente deviene un objeto de tutela que el ordenamiento normativo protege de la voracidad económica de la sociedad posmoderna, y su importancia es tan elemental que hoy en día podría afirmarse que el derecho a un ambiente sano es necesario para que los

.....  
(1) Abogado (Universidad de San Andrés). Voluntario durante 2011 en la Fundación Ambiente y Recursos Naturales (Área de Participación Ciudadana). Posgrado en curso en Derecho Ambiental (Universidad de Palermo). Actualmente, se desempeña en la Oficina de Acceso a los DESC de la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

humanos puedan llevar una vida digna, libre, y plena para su desarrollo psico-físico (es decir, para la concreción de los derechos humanos más elementales). Aunque su pertenencia al conjunto de derechos denominados “derechos humanos” sea hoy muy controvertida —al punto de que se discute su inclusión en los instrumentos internacionales de derechos humanos— el “derecho humano al ambiente sano” debería ser, hoy en día, uno de los pilares de los Derechos Humanos, al punto de que su importancia debería equipararse, lisa y llanamente, al derecho humano a la salud, e incluso al de la vida, por ser un presupuesto de ellos.

El autor del libro es el Dr. Carlos Aníbal Rodríguez: Juez de Cámara en lo Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes; Director de la Escuela de la Magistratura de Corrientes; Profesor Titular por concurso del Seminario de Integración de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales y Director del Posgrado Interdisciplinario en Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste; Doctor en Derecho; Magíster en Derecho Ambiental y Especialista en Derechos Humanos. Sólo para mencionar una de las aplicaciones prácticas de sus conocimientos en derecho ambiental, podemos remitirnos a su intervención en el resonante caso “Leiva, Bruno c/ Forestal Andina SA s/ Sumarísimo” (exp. N° 74.036), en el que un habitante de la provincia de Corrientes interpone una acción judicial con el objeto de detener las obras ilegales de aterraplenado dentro del Parque Provincial del Iberá —en el que se encuentran los esteros del Iberá, uno de los humedales más importantes del mundo—. En su pronunciamiento, el autor del libro que se reseña muestra un vasto conocimiento no solo de las instituciones del derecho ambiental, sino, lo que es aun más importante, del cambio de paradigma que esta novedosa rama del derecho implica en los pilares fundamentales de la ciencia social de la que deriva. En su sentencia, el Juez y autor del libro enseña que “[l]a cuestión ambiental no suscita una mutación solamente disciplinaria, sino epistemológica. **Desde el punto de vista jurídico, es un problema decodificante porque impacta sobre el orden legal existente, planteando uno distinto, sujeto a sus propias necesidades y es, por ello, profundamente herético**” (el resaltado me pertenece). Podríamos decir entonces, incluso de forma previa e introductoria a adentrarnos en la reseña del libro en cuestión, que su autor es una persona con un dominio importante de las instituciones y fundamentos del derecho ambiental, y que, afortunadamente, ejerce un cargo público en una posición que le permite volcar ese conocimiento en transformaciones fácticas.

“El derecho humano al ambiente sano” es, como lo indica una pequeña descripción en la tapa del libro, un abordaje de “los derechos ambientales desde la perspectiva de los derechos humanos”: en dicha frase estriba todo el valor de la obra. Estructuralmente, la misma se divide en ocho capítulos sobre los que podríamos efectuar una primera división básica y evidente: por un lado, los capítulos uno, dos y tres abordan de forma exclusiva la temática de los derechos humanos; por el otro, los capítulos cuatro, cinco, seis y siete se avocan de forma específica al derecho ambiental, haciendo un repaso elemental sobre la totalidad de sus instituciones fundamentales. Es de esta forma que el autor introduce lógicamente al lector, en lo que él considera es el género, para pasar luego a la explicación de la especie. Podríamos afirmar que quien lea —y estudie— este trabajo tendrá ciertamente una **idea sólida de las bases** de los derechos humanos en general, y del derecho ambiental en particular.

A continuación, se efectuará una descripción del contenido de cada capítulo del libro, intentando no adelantar conclusiones ni adentrarse en la sustancia de los mismos de forma alguna, ya que no es ese el objetivo de una reseña, siendo éste un gusto que corresponderá al lector que emprenda la lectura de la obra reseñada.

El capítulo primero, denominado “Los derechos humanos. Conceptos generales”, nos ofrece una introducción muy básica del tema que aborda, planteando ya su conexión con la protección de la naturaleza. Comienza —como no podía ser de otra manera— remontándose a los principios de la civilización humana occidental en el siglo V a. C. En ese entonces, algunos pensadores ya concebían la idea de que existían determinados derechos fundamentales y “divinos”, no escritos, que no podían ser contrariados por ley humana alguna, siendo esta concepción muy similar a lo que hoy en día conocemos como “iusnaturalismo”. Es desde ahí que parte el autor para darnos una primera aproximación a lo que son los Derechos Humanos, que luego interrelacionará con el derecho a un ambiente sano, enunciando los tratados de derechos humanos que consagran de forma expresa este derecho entre sus disposiciones escritas. Seguido a ello, y para que no quede lugar a dudas, recuerda que la Corte Suprema Federal de nuestro país ha expresado muy claramente que el derecho a un ambiente sano se encuentra, de forma evidente, entre lo que hoy conocemos como derechos humanos. En otro orden de cosas, pero continuando con las fuentes que hoy en día evolucionaron en este tipo de derechos, el



autor expone conceptos de la Doctrina Social de la Iglesia, los que si bien hoy en día, y a partir del proceso de separación del el Estado y la Iglesia, carecen de relevancia jurídica, proyectaron de forma clara una concepción muy similar a la judicial iusnaturalista. No obstante, para explicar que existen diversos puntos de vista sobre el concepto de Derechos Humanos, éstos se explican a la luz de las diferentes concepciones del derecho: iusnuralista, positivista, marxista, ética, histórica, etc., así como también las tres voces de lo que se entiende hoy en día por estas dos palabras.

El capítulo segundo, denominado "Los derechos humanos. Características. Clasificación", continuando el abordaje de sus elementos teóricos, efectúa una clasificación entre derechos civiles y políticos, por un lado, y económicos sociales y culturales, por otro, para luego ubicarlos dentro de lo que la doctrina clasifica como cuatro generaciones de derechos humanos; el derecho a un ambiente sano es de reciente reconocimiento, y se ubica en la tercera "ola" de Derechos Humanos. Finalmente, el capítulo concluye con la enumeración de ocho principios de los Derechos Humanos, que son relevantes dado que, en la ciencia jurídica, los principios del derecho se erigen como constituyentes de la pauta guía por excelencia para la interpretación judicial de las normas positivas de cualquier ordenamiento.

El capítulo tercero, denominado "Derecho internacional de los derechos humanos", transcribe parcialmente, y en orden cronológico, los principales tratados internacionales de Derechos Humanos. Si bien es importante que el lector que quiera interiorizarse en la temática lea el texto de los distintos instrumentos internacionales en la materia, hubiese sido más enriquecedor y didáctico enunciarlos y agregar doctrina sobre cada uno de estos documentos, sin perjuicio de agregar su transcripción textual en un anexo del libro.

El capítulo cuarto, denominado "El Derecho Ambiental. Introducción. Antecedentes históricos. Concepto. Temas de estudio. Principios", marca la escisión entre la primera parte, introductoria de los Derechos Humanos en su parte general, y la que va a ser la segunda parte del libro, que aborda específicamente el derecho ambiental. Es de esta forma que el autor comienza con la "historia ambiental argentina", partiendo del período de colonización de América, donde considera que se inicia el extractivismo en el continente. A continuación del período colonial, el autor explica que

una gran fuente de contaminación histórica en nuestro país era la faena de ganado y trae a colación (no pudiendo ser de otra manera) el histórico fallo de la Corte denominado comúnmente “Saladeristas de Podestá”, a partir del cual podemos hablar propiamente de la historia ambiental argentina, incluso desde el enfoque de su abordaje por parte de la Justicia. El mencionado fallo es un hito en la historia jurídica del derecho ambiental: si bien no se aproximó a la temática desde el derecho a un ambiente sano, lo hizo desde la afectación del derecho a la salud por contaminación, lo cual está inescindiblemente relacionado al primero. Es destacable el hecho de que el autor identifique problemas ambientales actuales, como la deforestación ilegal, el monocultivo de la soja transgénica —con el consiguiente aumento exponencial de los agrotóxicos—, así como también la megaminería a cielo abierto. A continuación, bajo el subtítulo “Antecedentes del Derecho Ambiental”, son mencionados tanto los hitos del movimiento sociocultural de protección del ambiente como los principales instrumentos jurídicos a los que dieron nacimiento. Seguido a ello, el Dr. Rodríguez nos ilustra acerca de las distintas definiciones doctrinarias que existen de derecho ambiental, distinguiendo entre aquéllas que son fruto de una concepción restrictiva y las que lo son de una amplia, a la que adhiere el autor. Por último, aunque no menos importante, son enunciados los principios propios del derecho ambiental, que se suman a los de los DDHH en todo lo que esté relacionado con la protección jurídica del ambiente. En este marco, menciona los principios del derecho ambiental que hacen a la actividad estatal para la protección del ambiente; a criterio del que reseña, esta enunciación reviste particular importancia, dado que estos principios son los que deberían marcar el norte para todos los organismos públicos que diseñen e implementen políticas públicas. Los estrados judiciales conforman, ciertamente, el último eslabón en la cadena de protección del ambiente, pero no pueden ser ellos, bajo ningún punto de vista, los que tengan la ardua tarea de ir constantemente en contra, tanto de los poderes políticos como de los intereses económicos a los que responden los primeros. La falta de aplicación de los principios que el autor enuncia en este apartado, sumado a la violación de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental por parte de las autoridades ejecutivas, llevarán indefectiblemente a la destrucción de nuestros recursos y capital natural tal como lo conocemos. Es por ello que es imprescindible que el primero que deba velar por la protección del ambiente sea el Poder Ejecutivo, aplicando y diseñando políticas públicas de acuerdo a los principios aquí enunciados.

El capítulo quinto se titula “Los acuerdos internacionales sobre el ambiente”, y se avoca a la enunciación de cuatro instrumentos internacionales que, a criterio del autor, son los más importantes a la hora de determinar los alcances de los derechos humanos ambientales. Describe estos instrumentos, su contexto, y agrega fragmentos textuales de los documentos, a fin de que el lector pueda leer sus partes más representativas.

El capítulo sexto, denominado “La normativa constitucional de la República Argentina con relación a los derechos ambientales”, es un capítulo central en esta obra. Parte de la aseveración de que los magistrados que integran el Poder Judicial, por falta de formación, desconocen o soslayan la técnica necesaria en la interpretación y aplicación de los Derechos Humanos, defecto que en el derecho público trae aparejado el dictado de numerosos fallos que impiden la concreción de estos derechos fundamentales. El capítulo comienza enunciando el articulado constitucional relativo a los derechos humanos en general, y ambientales —como una especie de los primeros— en particular, para luego clasificarlos y comenzar a explicar el sistema de interpretación de los tratados internacionales (donde están consagrados gran parte de los derechos humanos) de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Este instrumento internacional será el norte a la hora de aplicar el sistema de interpretación de los Derechos Humanos, el que a la hora de interpretar el alcance del derecho a un ambiente sano, se deberá armonizar con el sistema de interpretación de la Constitución Nacional, ya que éste es un derecho humano y está consagrado en la Ley Fundamental al mismo tiempo. Así, el autor describe la pirámide normativa jerárquica de nuestro ordenamiento, para continuar con una explicación acerca del “control de convencionalidad difuso” que deben ejercer los jueces argentinos por ser también jueces interamericanos. Siguiendo con la explicación acerca de este sistema de control y la consiguiente interpretación, aborda sus caracteres, grado de intensidad, efectos y fundamento jurídico. Es evidente, entonces, que este capítulo es imprescindible para explicar de forma clara cómo deben interpretarse los derechos ambientales en su carácter de derechos humanos: existe entre ambos una intersección que el juez, como garante fundamental de derechos, debe necesariamente conocer, armonizar y aplicar para desempeñar de forma correcta su función. He ahí la importancia del mencionado capítulo.

Finalmente, el capítulo séptimo, denominado “El ambiente sano en nuestra Constitución Nacional”, analiza —en el sentido exacto de esta pala-

bra— el artículo 41 de la Constitución Nacional, parte por parte. Éste es un acápite sumamente útil a los fines de contar con una comprensión acabada del referido artículo, que constituye la piedra angular de todo nuestro sistema jurídico de protección ambiental. Dicho artículo está regulado de forma directa por la Ley General del Ambiente —ley “marco” de derecho ambiental, la que a su vez es base del resto de las leyes de presupuestos mínimos de protección ambiental—, y junto a su ley regulatoria, las leyes de presupuestos mínimos y su régimen de reglamentación administrativa, conforma el abecé del derecho ambiental. El libro finaliza con un capítulo dedicado a las conclusiones.

Como fuera adelantado al comienzo de esta reseña, el valor más destacable de esta obra es que plantea en todo momento al derecho a un ambiente sano como un derecho humano. El libro es claro, simple, y efectúa una aproximación básica a la gran mayoría de los temas sobre los que versa el derecho ambiental, sin desarrollar específicamente ninguno de ellos, y es por ello que es una obra muy recomendable para aquellos estudiantes de derecho que busquen una primera aproximación a la materia. No solamente tendrán una idea básica de la parte general del derecho ambiental, sino que también contarán con esa idea pero desde la perspectiva de los Derechos Humanos. Son muchas las obras introductorias a la mencionada materia, pero lo innovador de la obra bajo examen es **el enfoque** otorgado por el autor. El hecho de que el derecho a un ambiente sano constituya un derecho humano es, para la mayoría de los ambientalistas, algo que debería ser un hecho obvio —aunque de hecho no lo sea—. No obstante, ningún doctrinario lo abordó exclusivamente desde esta perspectiva, cuya consecuencia práctica estriba, primero, en el método interpretativo que deberán utilizar los estrados judiciales al efectuar la interpretación de las normas que les corresponde; segundo, en la argumentación jurídica que utilicen los abogados y organismos defensores de los derechos humanos; tercero, en la importancia que le otorguen estos últimos; y cuarto, en el diseño y aplicación de políticas públicas que elaboren los organismos estatales encomendados a esos fines.

Hoy en día mucho se habla de los Derechos Humanos, otorgándoseles un papel preponderante en la retórica política (incluso aunque, en muchos casos, su contenido se presente vacío en la práctica). No obstante, suele otorgársele un papel preponderante a los Derechos Humanos, civiles y políticos, relegándose a un segundo plano los derechos económicos,

sociales, culturales y a un ambiente sano. En efecto, a pesar de que estos últimos son tan derechos humanos como el resto de los que conocemos, los organismos políticos parecen efectuar un recorte de los mismos: mientras le otorga importancia a algunos, deja librado a la suerte del mercado a otros. De hecho, actualmente en nuestro país, el problema de Derechos Humanos más grave que tenemos es el relativo a la contaminación de la Cuenca Matanza-Riachuelo, que afecta millones de personas que viven hace décadas en condiciones inhumanas. Existen, además, muchos otros problemas ambientales que, de no ser abordados prontamente, provocarán perjuicios irreparables no solo para los recursos naturales, sino también para la salud general de la población. Es por ello que es fundamental que se empiece a concebir el derecho a un ambiente sano como lo que verdaderamente es, y la obra de Carlos Aníbal Rodríguez es un excelente comienzo para fijarnos ese norte como sociedad.

---



# Novedades

---



► Derecho a la vivienda digna.  
Plan para la vivienda.  
Ley 14.449 de la Provincia de Buenos Aires

El Senado y Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires sancionaron la ley de promoción del derecho a la vivienda y a un hábitat digno y sustentable. El objetivo es la creación del Programa de Lotes con Servicios con la finalidad de facilitar el acceso al suelo urbanizado de las familias bonaerenses

Conforme lo establece la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Sus objetivos específicos son:

- a. Promover la generación y facilitar la gestión de proyectos habitacionales, de urbanizaciones sociales y de procesos de regularización de barrios informales.
- b. Abordar y atender integralmente la diversidad y complejidad de la demanda urbano habitacional.
- c. Generar nuevos recursos a través de instrumentos que permitan, al mismo tiempo, reducir las expectativas especulativas de valorización del suelo.

La ley define los lineamientos generales de las políticas de hábitat y vivienda y regula las acciones dirigidas a resolver en forma paulatina el déficit urbano habitacional, dando prioridad a las familias bonaerenses con pobreza crítica y con necesidades especiales.

El derecho a una vivienda y a un hábitat digno comporta la satisfacción de las necesidades urbanas y habitacionales de los ciudadanos de la Provincia, especialmente de quienes no logren



resolverlas por medio de recursos propios, de forma de favorecer el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

El Estado Provincial será el encargado de la ejecución de las políticas necesarias para la satisfacción progresiva del derecho a una vivienda y a un hábitat

digno, incluyendo la participación de los Gobiernos Municipales y de las Organizaciones no Gubernamentales sin fines de lucro que en su objeto social propendan al fomento de dichos objetivos y la iniciativa privada, teniendo prioritariamente en cuenta las demandas sociales de la población.

---

► **Institución del Día del Veterano y de los caídos indígenas en la guerra de Malvinas. Ley 7277 de la Provincia de Chaco**

La Cámara de Diputados de la Provincia de Chaco sancionó la ley 7277, por la cual se instituye como "Día del Veterano y caídos indígenas en la guerra de Malvinas" el 26 de agosto de cada año en homenaje a la revuelta del Gaucho Rivero quién en 1833 recupera con un grupo de combatientes indígenas el territorio de Islas Malvinas.

La autoridad de aplicación de la presente ley será el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Provincia del Chaco que, en coordinación con el Instituto de Cultura de la Provincia del Chaco y el Instituto del Aborigen Chaqueño, llevará adelante actividades divulgación y de fomento de esta fecha.

---

► **Salud pública. Cobertura de tratamiento y medicamentos a pacientes que padezcan enfermedades oncológicas. Ley 7783 de la Provincia de Salta**

La Obra Social de la Provincia de Salta, el Instituto Provincial de Salud de Salta (IPSS), debe brindar cobertura total en el tratamiento y provisión de medicamentos, debidamente autorizados por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), a los afiliados que padezcan enfermedades oncológicas.

Se refiere a los tratamientos y medicamentos vinculados a la patología oncológica, y sin perjuicio de las obligaciones que les corresponda asumir a las empresas de coseguro, en lo relativo al copago.

- **Personas con movilidad reducida. Adecuación de edificios de uso público para personas con discapacidad.**  
Ley 10.235 de la Provincia de Entre Ríos

La Legislatura de la Provincia de Entre Ríos sancionó la ley 10.235 mediante la cual se incorpora el artículo 7 bis a la ley 6351 de Obras Públicas que establece que para la aprobación de un proyecto de construcción, reformas o ampliaciones en todo edificio de uso público, se deben adecuar los accesos, circulaciones, servicios de salubridad y sanidad y demás disposiciones para la eliminación de barreras físicas existentes, además de cumplir con lo establecido por la ley 24.314 de Accesibilidad de personas con movilidad reducida, su decreto reglamentario 914/97.

Cuando no sea posible el cumplimiento total y estricto de las normas mencionadas en el párrafo anterior y las establecidas en esta ley, se deberá presentar un proyecto alternativo que contemple los ajustes razonables y las normas de diseño universal para los casos de adaptación de entornos existentes.

El Instituto Provincial de Discapacidad actuará como organismo de asesoramiento y control en pos de garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad.

- **Atención preferencial a mujeres embarazadas, personas discapacitadas, enfermos oncológicos, adultos mayores y personas que tengan a su cuidado niños de hasta tres años de edad.**  
Ley 57 de la Provincia de Misiones

Los establecimientos y organismos públicos y los establecimientos privados que brindan atención al público a través de cualquier forma o modalidad, deben garantizar la atención prioritaria a mujeres embarazadas, personas discapacitadas, enfermos oncológicos, adultos mayores de sesenta (60) años y las personas que tengan a su cuidado niños de hasta tres (3) años de edad, sin otro requisito que demostrar su edad con un documento de identidad, certificado médico o de discapacidad según corresponda.

La ley establece que se entiende por prioritaria a la atención prestada en forma inmediata evitando ser demorado en el trámite mediante la espera de un turno, disponiendo de una ventanilla, caja o sector donde sean atendidas las personas antes mencionadas. En los lugares donde exista una sola ventanilla o caja de atención al público, se da prioridad a las personas indicadas.

Los establecimientos deben gestionar las medidas que sean necesarias para asegurar la rápida atención a los bene-

ficiarios, adecuando su infraestructura arquitectónica, brindando capacitación adecuada a su personal e implementando un mecanismo de presentación y registro de quejas.

En los sectores de atención al público se debe exhibir en lugares visibles carteles con la siguiente leyenda: "Atención Preferencial a mujeres embarazadas, personas discapacitadas, enfermos oncológicos, adultos mayores de sesenta (60) años y las personas que tengan a su cuidado niños de hasta tres (3) años de edad".

---

► **Ley 5357  
de la Provincia  
de Catamarca sobre  
protección integral  
de los derechos  
de las niñas, niños  
y adolescentes**

En Catamarca ya está en vigencia la Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales.

En el articulado queda estipulado que se considera niño, niña o adolescente a toda persona que no haya alcanzado la mayoría de edad.

El Estado Provincial debe arbitrar todos los medios posibles, sobre todo un presupuesto acorde para esta función, para el correcto funcionamiento del sistema de promoción y protección integral de los derechos. Se debe contar con políticas públicas y programas de promoción y protección integral de derechos nacionales, provinciales y municipales; organismos administrativos y judiciales de protección de derechos, recursos económicos, procedimientos y medidas de protección de derechos.

► Ley 14.528  
de la Provincia  
de Buenos Aires.  
Ley de procedimiento  
de adopción en la  
Provincia de Buenos  
Aires. Situación de  
adoptabilidad. Guarda  
con fines de adopción.  
Juicio de adopción.  
Recursos

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires sancionaron la ley 14.528 que tiene por objeto establecer el procedimiento de adopción en la Provincia de Buenos Aires.

La ley determina los principios por el cual se regirá:

- a. el interés superior del niño;
- b. el respeto por el derecho a la identidad;
- c. el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d. la preservación de los vínculos frateros, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez (10) años. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos siguientes, el Juez deberá oír al niño, niña o adolescente cada vez que éste lo solicite.
- f. el derecho a no ser discriminado.
- g. el derecho a conocer sobre su historia filiatoria de origen.

Será competente el Juez de Familia del domicilio donde el niño, niña o adolescente resida habitualmente.

Los niños, niñas y adolescentes que tengan madurez y edad suficiente para participar en el proceso, serán asisti-

dos por un profesional letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia. La asistencia letrada será garantizada a través de la Defensoría Oficial en caso de que no exista una ley especial que regule una representación específica.

La declaración judicial de situación de adoptabilidad, que constituye el presupuesto de procedencia de la guarda con fines de adopción, será decretada en los siguientes casos:

- I. Cuando un niño, niña o adolescente no tenga filiación establecida o sus padres hayan fallecido y se haya agotado la búsqueda de familiares de origen por parte de los servicios de promoción y protección de derechos que corresponda, en un plazo máximo de treinta (30) días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada.

2. Cuando los padres hayan tomado la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco (45) días de producido el nacimiento.
3. En caso de que se encuentre vencido el plazo máximo de ciento ochenta (180) días sin que hayan dado resultado las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada.

De los postulantes. Declarada la situación de adoptabilidad del niño, niña o adolescente, el Juez de Familia, seleccionará, en un plazo máximo de cinco (5) días corridos, a los pretendientes de la nómina remitida por el Registro de Postulantes, para ello podrá consultar los legajos del Registro y disponer las medidas que estime convenientes.

---

## ► Inauguración del Seminario sobre Políticas Públicas de Diversidad Sexual. Inclusión social

“El colectivo LGTTBI hoy se incorpora a un sistema político, económico y social”, afirmó el Secretario de Derechos Humanos de la Nación, Martín Fresneda, quien junto al interventor del INADI, Pedro Mouratian, y Lohana Berkins, presidenta de la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti-Transsexual (ALITT), inauguró el 8 de octubre el Seminario Políticas Públicas en Diversidad Sexual, en el que diferentes organismos del Estado expusieron las principales políticas públicas implementadas para garantizar el ejercicio de los derechos de la diversidad sexual.

En la apertura del seminario —que se desarrolló en el auditorio Emilio Mignone de la Secretaría de Derechos Humanos—, Fresneda explicó que esta jornada “es un punto de partida para

comenzar a debatir, en el marco del empoderamiento de derechos que planteó la Presidenta de la Nación. En esta Argentina, hoy hay herramientas jurídicas que garantizan derechos, pero si esas herramientas no se utilizan para transformar la cultura, van a quedar en letra muerta”, sostuvo.

En ese sentido, manifestó que “la Argentina ha perdido durante mucho tiempo, por los prejuicios de un Estado que excluía, la oportunidad de tener los aportes que esta comunidad pudo hacer a la sociedad, para romper los prejuicios sexistas que nos siguen atravesando”. “El colectivo LGTTBI hoy se incorpora a un sistema político, económico y social”, resaltó el Fresneda, y agregó que “todos somos sujetos políticos que podemos diseñar políticas públicas para transformar a la sociedad”.

En tanto, manifestó su deseo de “llevar estas charlas a las fuerzas de seguridad y a los territorios donde están los sujetos activos de la discriminación, quienes la generan y quienes la padecen”.

Por su parte, Mouratian resaltó que “lo que se ha avanzado en cuanto a ampliación de derechos es revolucionario”, y advirtió que “está bien naturalizar nuestros derechos pero no hay que creer que nadie quiere hacerlos retroceder”.

“Lo que hemos logrado tenemos que defenderlo más que nunca, para hacer sentir que nadie tiene derecho a cambiar el rumbo que nos corresponde por derecho”, indicó.

A su vez, destacó que la aprobación de la Ley de Matrimonio Igualitario “marcó un antes y un después porque trajo un debate que estaba ausente. Esa ley —continuó Mouratian— tuvo una deci-

sión política de Néstor Kirchner, que al tomarla marcó el camino de qué país quería construir, así como cuando bajó los cuadros de los genocidas comenzó el camino de la memoria, la verdad y la justicia”.

“La Ley de Matrimonio Igualitario abrió las puertas para la Ley de Identidad de Género, que a mi entender es la ley más trascendente en cuanto a identidad”, agregó el interventor del INADI, y finalizó al explicar que “la Ley de Fertilización Asistida vino a cerrar el círculo de lo que el Estado generó para el colectivo LGTTB”.

En tanto, la militante por los derechos LGTTB, Lohana Berkins, manifestó que “el hecho de que nos hayan invitado habla de cómo se está construyendo, de que dejamos de ser tutelados por el Estado y pasamos a generar política”.

“Hace unos años vivíamos en un *apartheid*; nuestra preocupación estaba en que no nos mataran”, relató, y agregó: “Nunca pensé que el Estado iba a hacer un reconocimiento de lo que somos, de nuestra identidad”.

En ese sentido, Berkins sostuvo que “en el comienzo de la democracia, el colectivo LGTTB pensó que había alcanzado sus derechos, pero no fue así”, y señaló que “hoy las compañeras hablan de futuro”.

Durante toda la jornada, organizada por la Secretaría de Derechos Humanos y el INADI, se trabajó en seis mesas temáticas en la que representantes de diversos ministerios del Estado nacional e integrantes de organizaciones por la diversidad sexual expusieron y debatieron ideas y experiencias.

► **Acuerdan iniciativa para garantizar el Acceso a la Justicia a personas de bajos recursos**

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio Público de la Defensa firmaron un convenio que permitirá **costear los gastos de traslado y alojamiento de ciudadanos que por razones económicas no puedan asistir a los tribunales durante un proceso judicial.**

El acuerdo se rubricó en la cartera de Justicia y Derechos Humanos en un acto encabezado por el Secretario de Justicia, Julián Álvarez, y por Stella Maris Martínez, Defensora General de la Nación. También estuvieron presentes la Defensora Pública Oficial de la Defensoría General de la Nación, María Fernanda López Puleio, y el Subsecretario de Coordinación y Control de Gestión Registral, Ernesto Kreplak.

La medida conjunta tiene por objeto garantizar que la “igualdad ante la ley” consagrada en la Constitución Nacional tenga su debida contrapartida en la “igualdad de posibilidades”, y garantizar el efectivo ejercicio de la defensa en juicio por parte de todos los imputados.

A partir de la puesta en funcionamiento de este convenio, la Defensoría podrá solventar los gastos de traslado de aquellos ciudadanos que son requeridos por la justicia y que, por no contar los medios para hacerlo, muchas veces terminan siendo declarados en rebeldía y agravando su situación judicial. Según lo establecido en el documento firmado, los fondos serán provistos por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La iniciativa se inscribe además en el marco de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, puesto que contribuye a

crear las condiciones necesarias para que la tutela de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico

sea efectiva, mediante la adopción de medidas que se adapten a cada condición de vulnerabilidad.

► **La Secretaría de Derechos Humanos presentó la publicación *Tenemos Patria: Argentina un país con Derechos***

La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación presentó la publicación *Tenemos Patria: Argentina, un país con derechos*, una guía de acceso a los principales programas y políticas públicas vinculadas a la política de ampliación de derechos.

El acto estuvo encabezado por el secretario de Derechos Humanos de la Nación, Martín Fresneda, y la defensora del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual, Cynthia Ottaviano.

Fresneda explicó que la publicación "es una guía de derechos para esos sectores que necesitan acceder a la información necesaria, de forma sencilla, sobre los derechos que se fueron construyendo en la última década". "La idea fue hacer algo práctico, una herramienta que se va a trabajar con los promotores territoriales, y se va a distribuir en todos los rincones del país", indicó.

El Secretario resaltó que "no se trata de un regocijo de la década ganada, sino una invitación a la etapa que viene, en la que el empoderamiento de la sociedad es fundamental, porque les toca a las nuevas generaciones defender sus derechos, y porque la defensa de la dignidad es la defensa de la patria".

"Cuando la Presidenta planteó la necesidad de empoderar al pueblo, hicimos un balance con perspectivas de futuro, y este libro es un aporte a esa concientización sobre los derechos incorporados en la última década", agregó.



El libro, editado por la Secretaría de Derechos Humanos, reúne una selección de políticas públicas de ampliación de derechos y expone la información necesaria sobre sus alcances y objetivos, así como la documentación y los pasos que se deben llevar adelante para facilitar el acceso a las mismas. Entre estas políticas se encuentran la Asignación Universal por Hijo, Plan Nacer, Ley de

Identidad de Género, Plan Fines, Tarjeta Argentina, Conectar Igualdad, y Pro. Cre.Ar, entre otras.

Los libros se distribuirán en todas las provincias, a través del Consejo Federal de Derechos Humanos, organismos de derechos humanos, sindicatos, organizaciones sociales, políticas y barriales, universidades nacionales, bibliotecas populares y otros organismos públicos.

---

► **Catamarca: proyecto para indemnizar a cesanteados en dictadura. Propone un Registro Provincial de Cesanteados**

El diputado provincial catamarqueño Rubén Ceballos (FPV) presentó hoy un proyecto de ley para indemnizar a quienes fueron cesanteados sin "justa causa" durante gobiernos que interrumpieron el orden constitucional.

El legislador propuso "resarcir derechos constitucionales vulnerados a las personas que hayan sido declaradas como cesantes, prescindibles y/o excluidos, sin justa causa, de su relación de dependencia laboral, durante gobiernos ejercidos sin el sistema democrático y republicano, en cualquiera de sus formas".

Según el proyecto, al que tuvo acceso Télam, la indemnización debe ser equivalente a la suma de cada año transcurrido desde su cesantía hasta la fecha de reincorporación al sistema laboral y/o previsional, multiplicado por la remuneración mensual de la máxima categoría del escalafón de la administración pública provincial. Asimismo, propuso que se instale el Registro Provincial de Cesanteados en el ámbito del Ministerio de Gobierno.

La norma contempla también que la indemnización podrá ser percibida por los "causahabientes" de los beneficiarios

que se encuentren en situación de desaparición forzada o hubiesen fallecido.

“La provincia debe plasmar su autoterminación legislativa para dar cober-

tura y protección social y jurídica a las personas afectadas durante el ejercicio de gobiernos de intervención del sistema democrático”, explicó el legislador a Télam.

.....

► **La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación y el Ministerio de Trabajo lanzaron el programa “Promotores territoriales de Derechos Humanos”**

El 9 de octubre se lanzó el Programa Promotores Territoriales de Derechos Humanos, un plan de formación e inclusión laboral para jóvenes de 18 a 24 años sin empleo y estudios incompletos.

El objetivo es que los jóvenes “se conviertan en replicadores en su comunidad del conocimiento sobre los derechos humanos”.

“Esta Secretaría viene desarrollando acciones para la promoción y protección de los derechos humanos de los sectores que fueron vulnerados en sus derechos”, sostuvo, y agregó que “hoy los derechos humanos empiezan a ser una herramienta de inclusión para hacer realidad el sueño de la justicia social en Argentina”.

En el mismo sentido, el ministro Tomada resaltó que el Programa “implica una acción más de las tantas que se llevan a cabo para el fortalecimiento de una cultura de derechos humanos y laborales”. En tanto, advirtió que “estas políticas son las menos conocidas por la opinión pública”.

El diputado Pietragalla aseguró: “Los que trabajamos en los barrios sabemos de la importancia de llevar a los pibes herramientas que le permitan conocer realidades que no las van a conocer en otro lado”. “Es importante que estos jóvenes se vinculen con actores de otros barrios y con instituciones, y que puedan tener claridad

de por qué sufrimos lo que sufrimos a través de la historia”.

Mediante el Programa Promotores Territoriales en Derechos Humanos, que se desarrollará en el marco del programa “Jóvenes con más y mejor trabajo” del Ministerio de Trabajo, los jóvenes se formarán en derechos humanos y realizarán prácticas laborales rentadas en

ámbitos vinculados a la temática para facilitar su ingreso al terreno laboral.

Con este programa, el MTEySS y la SDH se comprometen al trabajo conjunto con el objetivo de contribuir a una cultura de derechos humanos, fomentando un rol protagónico de los jóvenes en la promoción de los derechos humanos en sus comunidades.

---

► **Jornada de Derecho a la Alimentación y Soberanía Alimentaria. Conmemoración del Día Mundial de la Alimentación y de los 5 años del Seminario Interdisciplinario sobre el Hambre y el Derecho a la Alimentación de la Facultad de Derecho de la UBA**

El pasado 15 de octubre, en ocasión de la conmemoración del Día Mundial de la Alimentación, se desarrolló en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires la “Jornada de Derecho a la Alimentación y Soberanía Alimentaria”, organizada por la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Escuela de Nutrición de la UBA, la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Facultad de Agronomía de la UBA y el Seminario Interdisciplinario sobre el Hambre y el Derecho a la Alimentación de la Facultad de Derecho de la UBA.

Previo al inicio de la jornada, se reunieron los referentes de seis universidades y trece facultades públicas de todo el país que realizan actividades de docencia, investigación y extensión vinculadas a la construcción y defensa del derecho a la alimentación y la soberanía alimentaria, a fin de establecer redes de colaboración e intercambio de saberes, experiencias y estrategias.

Luego de ello, tuvo lugar el acto de apertura de la jornada, el cual estuvo a cargo de los coordinadores de los espacios organizadores, la Lic. Miryam Gorban (CALISA Nutrición), el Ingr. Agr. Carlos Carballo (CALISA

Agronomía) y el abogado Marcos Ezequiel Filardi (Seminario Derecho a la Alimentación, UBA) y en el cual se dio lectura a las adhesiones que distintas entidades y personalidades hicieron llegar.

Inmediatamente después se desarrolló el primer panel, moderado por el Ingr. Agr. Carlos Carballo e intitolado "Soberanía Alimentaria: Aspectos Económicos y Socioculturales", el que contó con las presentaciones: "Agroecología y Soberanía Alimentaria", a cargo de la Dra. Graciela Ottman, investigadora del Grupo de Investigación y Desarrollo en Agroecología (GIDA) de la Universidad Nacional de Rosario; "Soberanía Alimentaria y Herramientas Artísticas", a cargo de Eduardo Molinari y Azul Blasseotto, integrantes de Archivo Caminante/La Dársena y del Instituto Universitario Nacional del Arte (IUNA) de la UBA; "Soberanía Alimentaria, Agricultura Familiar y Políticas Públicas", a cargo de la Dra. Mariana Arzeno y el Dr. Federico Villareal, integrantes de la Cátedra Libre de Estudios Agrarios "Dr. Horacio Giberti" de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA y "La Cátedra Latinoamericana de Soberanía Alimentaria", a cargo de la Dra. Leda Giannuzzi, Coordinadora de la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Universidad Nacional de La Plata.

Tras una breve pausa, se presentó el segundo panel, moderado por la Lic. Mercedes Paiva, Presidenta de FAGRAN y docente de CALISA Nutrición e intitolado "Soberanía Alimentaria y Salud Socioambiental", el cual contó con las disertaciones: "El intestino del tercer mundo", a cargo de la Dra. María E. Lasta, Coordinadora de la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad Nacional de Mar del Plata; "La salud socioambiental y la Soberanía Alimentaria", a cargo de la Dra. Verónica Möller, docente de la Cátedra de Salud Socioambiental de la Universidad Nacional de Rosario; "El desafío en la formación del profesional ante nuevos paradigmas", a cargo de la Lic. Elena Boschi, Directora de la Carrera de Licenciatura en Nutrición de la Universidad Nacional de Lanús y "Los alimentos modificados y sus efectos en la salud humana", a cargo del Dr. Andrés Carrasco, titular del Laboratorio Molecular de Epidemiología de la Facultad de Medicina UBA-CONICET.

Finalmente, tuvo lugar el acto de clausura de la jornada, en el cual se dio lectura a la Declaración en ocasión del Día Mundial de la Alimentación elaborada por los participantes y se contó con el cierre musical del compositor y poeta Ramón Ayala, "El Mensú", en presencia de las 130 personas que asistieron a la jornada.





# Fuentes citadas

---



## Índice de fuentes citadas

- AKHAVAN, PAYAM, “Justice in the Hague, Peace in the Former Yugoslavia?”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n° 4, 1998.
- ALFONSÍN, RAÚL, *Ahora, mi propuesta política*, Bs. As., Sudamericana-Planeta, 1983.
- ANTELME, R., *The human race*, Haight and Mahler Illinois (trads.), Illinois, Marlboro Press, 1998.
- ARENDRT, H., *Essays in understanding 1930-1954*, New York, Harcourt, Brace & Co., 1994.
- AUKERMAN, MIRIAM J., “Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 15, 2002.
- BALARDINI, LORENA y ROCHA, ANDREA, “Dimensiones regionales de la lucha contra la impunidad: Juicios en Argentina”, colaboración incluida en el capítulo “Verdad, justicia y memoria por violaciones de derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar”, en *Informe anual de Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile (en prensa).
- BALARDINI, LORENA; OBERLIN, ANA y SOBREDO, LAURA, “Violencia de género y abusos sexuales en los centros clandestinos de detención. Un aporte a la comprensión de la experiencia argentina” en CELS/ICTJ, *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.
- BALARDINI, LORENA, “A diez años de la nulidad de las leyes de impunidad. La consolidación del proceso de justicia por crímenes de lesa humanidad en la Argentina. Los nuevos debates y los problemas aún sin resolver”, en CELS, *Derechos Humanos en Argentina. Informe anual 2012*, Bs. As., Siglo XXI, 2012.
- BALARDINI, LORENA, “El año de los juicios. Un análisis del avance y el impacto del proceso de justicia en clave de legitimidad y opinión pública”, en CELS, *Derechos Humanos en la Argentina, Informe Anual 2011*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Bs. As., Ad-Hoc, 2005.
- BLANCOT, M., *The writing of the disaster* traducido por Smock Lincoln, University of Nebraska Press, 1986.
- BORAINÉ, ALEX, *A Country Unmasked: Inside South Africa's Truth and Reconciliation Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- BOURDIEU, PIERRE, *¿Qué significa hablar?*, Madrid, Akal, 2001.
- BRISK, ALISON, *The politics of Human Rights in Argentina: Protest, change and democratization*, California, Stanford University Press, 1994.
- BRODIE, NECHAMA, “Are SA Whites Really Being Killed ‘Like Flies’? Why Steve Hofmeyr Is Wrong”, *Africa Check*, June 24 [en línea], <http://www.africacheck.org/reports/are-white-afrikanders-really-being-killed-like-flies>, 2013.
- CATELA DA SILVA, LUDMILA, *No habrá flores en la tumba del pasado. Experiencias de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*, La Plata, Al Margen, 2001.



- CEJIL, *Guía para Defensores y Defensoras de Derechos Humanos, La protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Bs. As., Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2007.
- CHAPMAN, AUDREY R., “Truth Recovery through the TRC’s Institutional Hearings Process”, en van der Merwe y Chapman (eds.), *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?*, Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2008.
- COLVIN, CHRISTOPHER J., “Overview of the Reparations Program in South Africa”, en Pablo de Greiff (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD y RECONCILIACIÓN, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Santiago de Chile, Ediciones del Ornitorrinco, 1991.
- COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP), *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, EUDEBA, 1984
- COMMUNITY LAW CENTRE, “A Submission to the Parliamentary Ad Hoc Committee on Review of State Institutions Supporting Constitutional Democracy: The South African Human Rights Commission and Its Monitoring of Socio-Economic Rights through Compiling Periodic Reports”, 2007.
- CRENZEL, EMILIO, “Cartas a Videla: una exploración sobre el miedo, el terror y la memoria”, en revista *Telar*, año II, números 2 y 3, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional de Tucumán, 2005.
- CRENZEL, EMILIO, “Successes and Limitations of the CONADEP Experience in the Determination of Responsibilities for Human Rights Violations in Argentina” en Barria, Lilian y Roper, Steven (eds), *The development of institutions of Human Rights. A Comparative Study*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 2010, pp. 33/48.
- CRENZEL, EMILIO, “The National Commission on the Disappearance of Persons: Contributions to Transitional Justice”, en *The International Journal of Transitional Justice*, vol. 2, n° 2, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- CRENZEL, EMILIO, *La historia política del Nunca Más. La memoria de las desapariciones en Argentina*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2008.
- CRONJE, FRANS, “W(h)ither the Whites?”, en *City Press*, 19/05/2013.
- DALY, ERIN, “Truth Skepticism: An Inquiry into the Value of Truth in Times of Transition”, en *International Journal of Transitional Justice* 2(3), 2008, pp. 23/41.
- DE BEER, S.F., “Absence, presence, remembrance: A theological essay on frailty, the university and the city”, *Verbum et Ecclesia* 34(1), 2013, Art. #855 [en línea], <http://dx.doi.org/10.4102/ve.v34i1.855>.
- DE LANCE, JOHNNY, “The Historical Context, Legal Origins and Philosophical Foundations of the South African Truth and Reconciliation Commission”, en Charles Villa-Vicencio y Wilhelm Verwoerd (eds.), *Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, London, Zed Books, 2000.
- DEL PONTE, CARLA, “Prosecuting the Individuals Bearing the Highest Level of Responsibility”, en *Journal of International Criminal Justice*, vol. 2, n° 2, 2004.
- DOUZINAS, C. y GEAREY, A., *Critical Jurisprudence*, Oxford, Hart, 2005.

- DU PLESSIS, L., "The South African constitution as memory and promise. en Villa-Vicencio, C (ed.), *Transcending a century of justice*, 2000, pp. 63/94.
- DUSSEL, E., *Philosophy of liberation*, Martínez and Morkovsky (trads.), New York, Maryknoll, 1985.
- GOODRICH, P., *Law in the courts of love: literature and other minor jurisprudence*, New York, Routledge, 1996.
- GRANDIN, GREG, "The Instruction of Great Catastrophe: truth commissions, national history, and state formation in Argentina, Chile and Guatemala", *American Historical Review*, Vol. 110, n° 1, 2005, pp. 46/67.
- HAMBER, BRANDON y WILSON, RICHARD A., "Symbolic Closure through Memory, Reparation and Revenge in Post-Conflict Societies", *Research Paper 5* [en línea], [http://digital-commons.uconn.edu/hri\\_papers/5](http://digital-commons.uconn.edu/hri_papers/5), 2002.
- HAMBER, BRANDON; NAGENG, DINEO y O'MALLEY, GABRIEL, "'Telling It Like It Is ...': Understanding the Truth and Reconciliation Commission from the Perspective of Survivors", *Psychology in Society* 26, 2000, pp. 13/42.
- HARRIS, DAVID; O'BOYLE, MICHAEL y WARBRICK, COLIN, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2ª edición, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- HAYNER, PRISCILLA, "Fifteen Truth Commissions. 1974 to 1994 a comparative study", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, N° 4, noviembre, The Johns Hopkins University Press, 1994, pp. 597/655.
- HAYNER, PRISCILLA, *Unspeakable Truth. Confronting State Terror and Atrocity*, Nueva York, Routledge, 2001.
- HESS, LAUREN, "The Huh? for Red October", *News* 24, 10/10/2013.
- HIRVONEN, A., "The ethics of testimony: Trauma, body and justice in Sarah Kofman's autobiography", en *No Foundations. An interdisciplinary journal of law and justice*, 2012, pp. 144/172.
- HUMAN RIGHTS MEDIA CENTRE (HRMC), *We Never Give Up II*, Cahal McLaughlin (dir.), 2012.
- INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT (IBRD) AND WORLD BANK (WB), *South Africa Economic Update: Focus on Inequality of Opportunity*, 2012.
- IZAGUIRRE, INÉS, *Los desaparecidos, recuperación de una identidad expropiada*, Cuaderno 9, Instituto de Investigaciones Gino Germani, Universidad de Buenos Aires, 1992.
- JEAN-LUC NANCY, "La Shoah, un soplo", en *La Representación Prohibida*, Bs. As., Amorrortu Editores, 2006, pp. 76/77.
- JELIN, ELIZABETH, "La política de la memoria: el movimiento de Derechos Humanos y la construcción de la democracia en Argentina", en AA. VV., *Juicio, castigos y memorias, Derechos Humanos y justicia en la política Argentina*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1995.
- KAYSER, UNDINE, *Creating a Space for Encounter and Remembrance: The Healing of Memories Process*, Cape Town, Centre for the Study of Violence and Reconciliation and the Institute for Healing of Memories, 2000.
- KHULUMANI SUPPORT GROUP, "Launching a Call for Justice for Apartheid Victims Ten Years after the Final TRC Report" [en línea], <http://www.khulumani.net/khulumani/statements/item/765-launching-a-call-for-justice-for-apartheid-victims-ten-years-after-the-final-trc-report.html>, 2013.

- KHULUMANI SUPPORT GROUP, “Zuma’s Presidential Pardons Process ‘Unconstitutional’” [en línea], <http://www.khulumani.net/khulumani/statements/item/670-zumas-presidential-pardons-process-unconstitutional.html>, 2012.
- KOFMAN, S., *Selected writings*, Stanford, Stanford University Press, 2007.
- KROG, A., *Country of my skull*, Cape Town, Random House, 1998.
- LANGFORD, MALCOLM y KAHANOVITZ, STEVE, “Just Tick the Boxes? Judicial Enforcement in South Africa”, Think piece, [en línea] [http://www.eser-net.org/sites/default/files/Langford\\_and\\_Kahanovitz\\_-\\_South\\_Africa\\_0.pdf](http://www.eser-net.org/sites/default/files/Langford_and_Kahanovitz_-_South_Africa_0.pdf), 2010.
- LEFKO-EVERETT, KATE, “Ticking Time Bomb or Demographic Dividend? Youth and Reconciliation in South Africa”, *SA Reconciliation Barometer Survey: 2012 Report*, Cape Town, Institute for Justice and Reconciliation, 2012.
- LEIBBRANDT, MURRAY; WOOLARD, INGRID; FINN ARDEN y ARGENT JONATHAN, *Trends in South African Income Distribution and Poverty since the Fall of Apartheid*, Paris, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2010.
- LEVINAS, E., “The paradox of morality: An interview with Emmanuel Levinas”, en Roberto Bernasconi & David Wood (eds.), *The provocation of Levinas: Rethinking the other*, Londres, Routledge, pp. 168/180.
- MADLINGOZI, TSHEPO, “On Transitional Justice Entrepreneurs and the Production of Victims”, en *Journal of Human Rights Practice* 2(2), 2010, pp. 208/228.
- MAIER, JULIO B. *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, 2ª ed., Bs. As., Editores del Puerto, 1996, T. 1, pp. 635/636.
- MAKHALEMELE, OUPA, *Southern Africa Reconciliation Project: Khulumani Case Study*, Johannesburg, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2004.
- MAMDANI, “When does reconciliation turn into a denial of justice?”, en Nolutshungu (ed.) *Memorial lectures*, 1998, pp. 10/20.
- MAMDANI, MAHMOOD, “The Truth According to the TRC”, en Ifi Amadiume y Abdullahi A. An-Na’im (eds.), *The Politics of Memory: Truth, Healing and Social Justice*, London, Zed Books, 2000.
- MATTHEWS, SALLY, “Differing Interpretations of Reconciliation in South Africa: A Discussion of the Home for all Campaign”, en *Transformation* 74, 2010, pp. 1/22.
- MBEMBE, ACHILLE, “Passages to Freedom: The Politics of Racial Reconciliation in South Africa”, en *Public Culture* 20(1), 2008, pp. 5/18.
- MCAULIFFE DE GUZMAN, MARGARET, “The Road from Rome: The Developing Law of Crimes against Humanity”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 22, The Johns Hopkins University Press, 2000.
- MCEACHERN, CHARMAINE, *Narratives of Nation Media, Memory and Representation in the Making of the New South Africa*, Hauppauge, Nova Publishers, 2002.
- MCLEAN, KIRSTY, *Constitutional Deference, Courts and Socio-Economic Rights in South Africa*, Pretoria, Pretoria University Law Press, 2009.
- MIGNONE, EMILIO, *Derechos humanos y sociedad: el caso argentino*, Buenos Aires, CELS, 1991
- NANZER, ALBERTO, “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Daniel Pastor (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Bs. As., Ad-Hoc, 2009.

- NEWHAM, GARETH, *Investigation Units: The Teeth of the Truth and Reconciliation Commission*, Johannesburg, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 1995.
- NINO, CARLOS, *Juicio al mal absoluto. Los fundamentos y la historia del juicio a las juntas del proceso*, Bs. As., Emecé, 1997.
- ORENTLICHER, DIANE F., “Settling accounts: the duty to prosecute human rights violations of a prior regime”, en *Yale Law Journal*, vol. 100, N° 8, June, 1991, pp. 2598/2603.
- PATEL, KHADIJA, “In Durban’s Cato Manor: Death by Protest, Death by Dissent”, en *Daily Maverick*, 03/10/2013.
- PICKER, RUTH, *Victims’ Perspectives about the Human Rights Violations Hearings*, Johannesburg, Centre for the Study of Violence and Reconciliation, 2005.
- PILLAY, SUREN, “Marikana: The Politics of Law and Order in Post-Apartheid South Africa”, en *AlJazeera*, 22/10/2012.
- POPKIN, MARGARET y ROHT-ARRIAZA, NAOMI, “Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America”, en *Law and Social Inquiry*, 20(1), 1995, 79/116.
- RAMOSE, M., “Reconciliation and reconfiliation in South Africa”, en *Journal on African Philosophy*, 2012, pp. 20/39.
- REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, *Juicio y castigo. Las obligaciones de los estados americanos y su incidencia en el derecho argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, pp. 149/235.
- REY, SEBASTIÁN ALEJANDRO, “La justificación del deber de investigar y sancionar las graves violaciones de derechos humanos”, en Rey, Sebastián Alejandro y Filardi, Marcos Ezequiel (coords.), *Derechos humanos. Reflexiones desde el Sur*, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012, pp. 147/173.
- SARKIN-HUGHES, JEREMY, *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Antwerp, Intersentia, 2004.
- SAUNDERS, REBECCA, “Questionable Associations: The Role of Forgiveness in Transitional Justice”, en *International Journal of Transitional Justice*, 5(1), 2011, pp. 119/141.
- SCHEPER-HUGHES, NANCY, “Undoing: Social Suffering and the Politics of Remorse in the New South Africa”, en *Social Justice* 25(4) [en línea], <http://www.thefreelibrary.com/Undoing%3A+social+suffering+and+the+politics+of+remorse+in+the+New...-a054169925>, 1998.
- SEEKINGS, JEREMY y NATTRASS, NICOLI, *Class, Race, and Inequality in South Africa*, Pietermaritzburg, University of KwaZulu-Natal Press, 2006.
- SERPAJ URUGUAY, *Nunca Más*, Montevideo, SERPAJ, 1989.
- SIKKINK, KATHRYN, “From Pariah State to Global Protagonist: Argentina and the Struggle for International Human Rights”, *Latin American Politics and Society*, Vol. 50, Issue 1, University of Miami, 2008.
- SIKKINK, KATHRYN, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2011.
- SIMPSON, GRAEME, “‘Tell No Lies, Claim No Easy Victories’: A Brief Evaluation of South Africa’s Truth and Reconciliation Commission”, en Deborah Posel y Graeme Simpson (eds.) *Commissioning the Past: Understanding South Africa’s Truth and Reconciliation Commission*, Johannesburg, Witwatersrand University Press, 2002, p. 228.
- SMITH, DAVID, “ANC Tries to Muzzle Media Coverage of Leadership Conference”, en *The Guardian*, 13/12/2012.

- SMOCK A., "Translator's introduction", en *Sarah Kofman: Rue ordener, rue labat*, Lincoln & London, University of Nebraska Press.
- SMULOVITZ, CATALINA, "The Past Is Never Dead: Accountability and Justice for Past Human Rights Violations in Argentina", Universidad de las Naciones Unidas, 2012.
- SOTTAS, ERIC, "Transitional justice and sanctions", en *International Revue of the Red Cross*, vol. 90, n° 370, 2008.
- TEITEL, R., *Transitional justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- TURNER, C., "DECONSTRUCTING transitional justice", en *Law and Critique* 2013, 24, pp. 193/209.
- TUTU, DESMOND, "Reflections on Moral Accountability" en *International Journal of Transitional Justice* 1(1), 2007, pp. 6/7.
- UNIDAD FISCAL DE COORDINACIÓN y SEGUIMIENTO DE CAUSAS POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS, "Consideraciones sobre el juzgamiento de los abusos sexuales cometidos en el marco del terrorismo de Estado" [en línea], <http://www.mpf.gov.ar/index.php/reporte-noticias?view=reporte&IdNoticia=337>.
- VAN DER MERWE, HUGO y CHAPMAN, AUDREY R., "Did the TRC Deliver?", en *Truth and Reconciliation in South Africa: Did the TRC Deliver?*, van der Merwe y Chapman (eds.), Philadelphia, PA: University of Pennsylvania Press, 2008.
- VAN DER MERWE, HUGO y LAMB, GUY, *Transitional Justice and DDR: The Case of South Africa*, New York, International Center for Transitional Justice, 2009.
- VAN MARLE, K., "Constitution as archive", en Veitch (ed.), *Law, time and reconciliation* Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 215/228.
- VAN MARLE, K., "Lives of action, thinking and revolt - A feminist call for politics and becoming in post-apartheid South Africa", en *SA Publiekreg/Public Law*", 2004, 605-628.
- VAN MARLE, K., "The spectacle of post-apartheid constitutionalism", en *Griffiths Law Review*, vol. 16, n° 2 2007, pp. 411/429.
- VARSKY, CAROLINA, "El testimonio como prueba en procesos penales por delitos de lesa humanidad. Algunas reflexiones sobre su importancia en el proceso de justicia argentino" en CELS/ICTJ, *Hacer justicia. Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad*, Bs. As., Siglo XXI, 2011.
- VICO, G., *The new science of Giambattista Vico*, Transl. from *Scienza Nuova* [1725] by T. G. Bergin & M. H. Fixch Ithaca, Cornell University Press, 1968.
- VILLA-VICENCIO, CHARLES y MILLS SOKO, *Conversations in Transition: Leading South African Voices*, Cape Town, David Philip, 2012.
- VITALE, GUSTAVO L., "Indefinición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un caso de suspensión del proceso penal a prueba (el ilegítimo "certiorari al revés")", en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento del fascículo, n° 13, Lexis Nexis, del 25 de junio del año 2003.
- VITALE, GUSTAVO, "Rol del Estado frente a la seguridad ciudadana y tutela de los derechos fundamentales. Tutela Judicial, Derechos Humanos y Privación de Libertad", en Actas del 3° Congreso Nacional de Defensa Pública, República Dominicana, Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Oficina Nacional de Defensa Pública y Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal, 2010.
- WELZEL, HAN, *Derecho Penal Alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- WRIGHT, THOMAS, *State terrorism in Latin America: Chile, Argentina, and international human rights*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2007
- ZAFFARONI, EUGENIO R., ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000.

# Índice Temático

## A

- ABORTO P. 275  
 legalización del aborto P. 182, 183, 190
- ACCESO A LA INFORMACIÓN *Véase*  
 DERECHO A LA INFORMACIÓN
- ACCESO A LA JUSTICIA P. 51, 53, 109,  
 210, 214, 318
- AMNISTÍA P. 56, 60, 64, 65, 102, 109, 110, 137  
 Amnistía de carácter general P. 138, 141, 142  
 Amnistía Internacional P. 14  
 Ley de Amnistía General para la Conso-  
 lidación de la Paz P. 138, 141

## C

- COMPETENCIA P. 7, 34, 139, 149,  
 151, 173, 176, 177, 192, 193, 196, 202, 204, 205, 255, 265, 327
- CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 122,  
 348, 349, 360
- CONTROL DE CONSTITUCIONALI-  
 DAD P. 122, 123, 234
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA  
 NACIÓN P. 8, 34, 104, 121, 130, 149, 155, 158, 165, 166,  
 167, 182, 183, 184, 197, 205, 218, 221, 222, 225, 230, 234, 236,  
 245, 248, 260, 261, 265, 286, 287, 288, 289, 304, 336, 345, 374
- CULPABILIDAD P. 67, 83, 145,  
 220, 221, 273, 315, 339

## D

- DEFENSA PÚBLICA P. 162, 217, 374
- DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 28,  
 35, 42, 44, 46, 323, 324, 326, 330, 331, 332, 374  
 apartheid P. 56, 57, 58, 61, 63, 64, 65,  
 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 83,  
 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 105, 106, 107, 108, 111, 112,  
 113, 114, 115, 117, 118, 359, 371, 374

Comisión Sudafricana para la Verdad y  
 la Reconciliación P. 87

genocidio P. 45, 298, 299, 300, 324, 325, 326

DERECHO A LA INTIMIDAD P. 126, 127

lesión de la imagen P. 127, 128

DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA  
 P. 140, 202, 214

DERECHO A LA VIDA P. 130, 131,  
 132, 174, 179, 182, 183, 184, 185, 186, 189, 190, 195, 202, 206,  
 211, 212, 213, 278

DERECHO AMBIENTAL P. 343, 344, 346, 347

DERECHO A LA INFORMACIÓN P. 127,  
 128, 151, 287

DERECHO INTERNACIONAL P. 168,  
 304, 306, 307, 309, 310, 311, 312, 370

derecho internacional humanitario P. 142,  
 205, 206, 308

derecho internacional público P. 301, 302

derecho internacional de los derechos  
 humanos P. 52, 185, 189, 209, 274

DERECHO PENAL P. 19, 266, 315,  
 323, 325, 326, 327, 329, 330, 332, 333, 336, 337, 338, 339, 341

DERECHO PROCESAL PENAL P. 164,  
 270, 340, 369, 372

DERECHOS DE LAS MUJERES P. 184,  
 187, 188

DERECHOS HUMANOS P. 3, 4, 6, 7, 8, 9,  
 11, 12, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 35, 36, 41, 49, 52, 60,  
 62, 66, 68, 85, 96, 103, 110, 113, 114, 115, 116, 117, 121, 125,  
 133, 134, 151, 174, 183, 184, 186, 187, 188, 191, 199, 207, 209,  
 212, 215, 216, 226, 228, 236, 238, 239, 243, 247, 253, 259, 271,  
 274, 275, 278, 279, 285, 307, 308, 309, 313, 320, 322, 325, 326,  
 330, 331, 332, 333, 336, 337, 340, 341, 343, 344, 345, 346, 347,  
 348, 349, 350, 354, 362, 363, 364, 369, 372, 373, 374

Comisión Interamericana de Derechos  
 Humanos P. 5, 14, 18, 30, 136, 148, 149,  
 171, 183, 191, 219

Convención Americana sobre Derechos Humanos

P. 132, 133, 134, 135, 139, 140, 141, 142, 150, 151, 152, 153, 156, 168, 169, 173, 178, 179, 182, 183, 184, 185, 186, 192, 202, 206, 218, 220, 221, 223, 224, 226, 227, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 245, 265

Convenio Europeo de Derechos Humanos

P. 244, 259, 267, 272, 276, 287

Corte Europea de Derechos Humanos

P. 276

Corte Interamericana de Derechos Humanos

P. 129, 130, 135, 136, 137, 138, 139, 143, 144, 145, 146, 147, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 189, 190, 191, 193, 195, 196, 198, 201, 203, 204, 207, 208, 209, 210, 212, 214, 216, 217, 228, 229, 238, 242, 262, 265, 268, 270, 332

Declaración Universal de los Derechos Humanos

P. 182

Pacto de San José de Costa Rica

P. 183, 185

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

P. 136, 175, 224, 245, 248, 258, 259, 275, 281, 285, 334

DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS *Véase* SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

P. 33, 51, 149, 150, 151, 152, 194, 195, 197, 198, 199, 363

Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas

P. 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 31, 32, 36, 45, 47, 49, 53, 101, 102, 370

desaparecidos

P. 3, 5, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 30, 31, 32, 36, 40, 41, 45, 50, 110, 148, 369, 371

DICTADURA MILITAR

P. 4, 9, 27, 28, 29, 35, 40, 47

juntas militares

P. 37

DISCRIMINACIÓN

P. 105, 106, 121, 122, 123, 132, 135, 183, 187, 220, 279, 282, 283, 296, 309, 359

E

ESTADO DE DERECHO

P. 36, 175, 329

ESTUPEFACIENTES narcotráfico

P. 34, 271  
P. 202

F

FUERZAS ARMADAS

P. 30, 61, 111, 112, 203

G

GARANTÍAS JUDICIALES

P. 134, 135, 151, 152, 198, 208, 209, 210, 215, 340

H

HABEAS CORPUS

P. 100, 102, 197

I

IGUALDAD

P. 333  
principio de igualdad y no discriminación P. 183, 220

INDULTO

P. 64, 107

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

P. 305

INTEGRIDAD PERSONAL

P. 130, 131, 141, 150, 174, 175, 195, 202, 206, 211, 212, 213, 227, 228  
derecho a la integridad personal P. 132, 183, 218, 224

INTERÉS PÚBLICO

P. 127, 128, 242, 283

J

JUSTICIA MILITAR

P. 7, 8, 11, 12, 21, 204

L

LAVADO DE ACTIVOS

P. 316, 322

LIBERTAD

P. 29, 34, 36, 39, 42, 43, 65, 89, 107, 111, 112, 114, 116, 118, 128, 130, 132, 133, 149, 150, 152, 184, 188, 196, 205, 217, 218, 220, 221,

## ÍNDICE TEMÁTICO

---

224, 225, 227, 228, 229, 245, 262, 266, 272, 281, 286, 287,  
288, 289, 290, 291, 292, 311, 322, 337, 339, 340

libertad de expresión P. 125, 195  
libertad de información P. 126, 127  
libertad de prensa P. 127

## N

NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES P. 221  
Convención sobre los Derechos del Niño P. 182, 221, 223, 224  
Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes P. 221  
interés superior del niño P. 220, 257, 258, 357  
reintegración social de los niños P. 218, 224

## O

OBEDIENCIA DEBIDA P. 25, 36  
ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS P. 5, 14, 18, 136, 180  
ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS P. 100, 223, 305, 306, 307, 308, 309, 312, 315, 317, 321  
Asamblea General P. 194, 305, 306, 309, 310  
Carta de Naciones Unidas P. 306, 307, 308, 309  
ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES P. 148, 319  
Abuelas de Plaza de Mayo P. 5, 10, 29  
Asamblea Permanente por los Derechos Humanos P. 5, 8, 9, 10, 14, 29, 31  
Centro de Estudios Legales y Sociales P. 5, 8, 27, 29, 31, 35, 37, 41, 45, 48, 236, 369, 372, 374  
Liga Argentina por los Derechos del Hombre P. 5, 10, 29, 31  
Madres de Plaza de Mayo P. 5, 10, 11, 19, 100, 101, 102  
Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos P. 5, 10, 29, 31  
Servicio de Paz y Justicia P. 4, 5, 8, 373

## P

POLÍTICA CRIMINAL P. 314, 321  
PRINCIPIO DE CULPABILIDAD P. 221, 339  
PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO P. 134, 163, 176, 231, 239, 270, 334  
PRINCIPIO DE LEGALIDAD P. 155, 156, 159, 160, 161, 167, 169  
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD P. 213, 223, 225  
PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD P. 130, 132, 133, 149, 152, 195, 218, 220, 224, 266, 289, 337, 339, 340  
PRINCIPIO “*NE BIS IN ÍDEM*” P. 134, 165, 169, 335  
PRINCIPIO “*NON BIS IN ÍDEM*” P. 164, 266, 267  
PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD *Véase* PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

## R

RÉGIMEN PENAL DE LA MINORIDAD P. 217, 218, 219, 220, 225, 226  
RESPONSABILIDAD DEL ESTADO P. 61, 69, 111, 171, 173, 175, 194, 195, 196, 205, 209, 210, 260, 277  
RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO P. 141, 144, 149, 150, 151, 152, 168, 177, 199, 202, 213, 217, 221, 229, 242, 305  
RESPONSABILIDAD PENAL P. 23, 130, 154, 208, 307, 315, 316, 322

## S

SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA P. 183, 184, 186



## T

**TERRORISMO** P. 5, 8, 9, 10, 11, 30, 44,  
48, 49, 50, 152, 308, 374  
**terrorismo de Estado** P. 5, 8, 9, 10,  
11, 44, 48, 49, 50, 152, 374

**TORTURA** P. 10, 15, 33, 34, 36, 38, 39,  
40, 41, 42, 45, 53, 62, 115, 147, 194, 218, 219, 227, 228, 259,  
260, 261, 264, 268, 269, 287

**condiciones de detención** P. 285

**Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura** P. 141

**TRATA DE PERSONAS** P. 313, 314, 315, 316,  
317, 319, 320, 321, 322

**Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la ONU** P. 315

**Protocolo Complementario para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de personas, especialmente Mujeres y Niños** P. 315

## V

**VIOLENCIA** P. 6, 11, 17, 18, 20, 22, 23,  
24, 28, 43, 45, 46, 47, 49, 50, 55, 77, 82, 96, 97, 132, 135, 137,  
175, 187, 188, 201, 202, 227, 260, 265, 296, 321

**violencia contra la mujer** P. 141

**VULNERABILIDAD** P. 131, 135, 174,  
214, 238, 268, 290, 291, 316, 321, 361

Este libro con una tirada de 7.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en noviembre de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202  
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar