

Derechos Humanos

AÑO IV NÚMERO 11

Director: Sebastián Alejandro Rey



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 **Infojus**
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO IV - NÚMERO 11

Derechos Humanos

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

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

Dra. María Paula Pontoriero

.....

ISSN: 2314-1603

Derechos Humanos

Año IV - N° 11 - noviembre 2015

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

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

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

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

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

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

Sebastián Alejandro Rey

Director

Ana Oberlin

Fernando Valsangiacomo Blanco

Juan Pablo Vismara

Secretarios de Redacción

Ariel Bernal - María Laura Iseas

Jorge Murillo - Iñaki Regueiro de Giácomi

Colaboradores

Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

Juliana Bravo Valencia

Pablo Ceriani Cernadas

Luciana Díaz Ávila

Guillermo Díaz Martínez

Marcos Ezequiel Filardi

Leonardo Franco

Lila Emilce García

Alan Iud

Nicolás Laino

Rodolfo Mattarollo

Silvina González Napolitano

María José Lubertino

Stella Maris Martínez

Diego Morales

Pedro Mouratian

Alejo Ramos Padilla

Marcelo Raffin

José Ernesto Rey Cantor

Fabián Salvioli

Liliana Tojo

Juan Antonio Travieso

Carolina Varsky

José Luis Zerillo

Silvina Zimmerman

Índice General

Doctrina p. I

- Deuda odiosa en democracia. El caso argentino
por JULIETA JAKUBOWICZ, LUCILA MIRANDA y CATARINA SARAIVA LIMA p. 3
- Control de convencionalidad difuso y diálogo jurisprudencial en la Argentina
por NADIA SOLANGE AGUAYO p. 43
- Reconfiguración del concepto de trabajo: un análisis desde la norma internacional
por VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA..... p. 79
- La revolución haitiana y la historia de los derechos humanos en nuestro continente
por RAÚL SALINAS..... p. 97

Jurisprudencia anotada p. II9

- Crímenes contra la humanidad
CSJN, “Recurso de hecho deducido por el Centro de Ex Combatientes Islas Malvinas La Plata en la causa Taranto, Jorge Eduardo s/ causa n° 14.969”, 19 de febrero de 2015
por MARTÍN RICO p. 121
- Reparaciones por violaciones de derechos humanos.
Efectos de los acuerdos de solución amistosa
CSJN, “Faifman, Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”,
10 de marzo de 2015
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN p. 129
- Derechos parentales fuera del matrimonio
TEDH, *Kuppinger (no. 2) c. Alemania*, 15 de enero de 2015
por VIOLETA SAPOGNICOFF p. 135
- Derecho de detenidos a acceder a la prensa
TEDH, *Mesut Yurtsever y otros c. Turquía*, 20 de enero de 2015
por JULIA BEN ISHAI..... p. 141

ÍNDICE GENERAL

Gestación por sustitución. Interés superior del niño
TEDH, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, 27 de enero de 2015
por PABLO ESTEBAN MELÓN y FEDERICO NOTRICA p. 147

Derecho a la seguridad social y discapacidad
TEDH, *Belaane Nagy c. Hungría*, 10 de febrero de 2015
por MAYRA CAMPOS p. 163

Libertad de expresión. Protección de la vida privada. Difusión de grabaciones
no autorizadas
TEDH, *Haldimann y otros c. Suiza*, 24 de febrero de 2015
por MARISOL DORREGO p. 169

Trata de Personas
TEDH, *S. Z. c. Bulgaria*, 3 de marzo de 2015
por CRISTIAN M. ENCINAS y M. CRISTINA FORNERÓN p. 173

Expulsión de extranjeros. HIV
TEDH, *S. J. c. Bélgica*, 19 de marzo de 2015
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ p. 185

Vida privada y familiar. Autorización para acceder a una cirugía de reasignación de sexo
TEDH, *Y. Y c. Turquía*, 10 de marzo de 2015
por MARINA CHERTCOFF p. 191

Reseñas bibliográficas p. 197

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo I
Reseñado por JAMES ERNESTO VÉRTIZ MEDINA p. 199

Delincuencia y deriva. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley
Reseñado por HERNÁN OLAETA p. 211

El horror en el banquillo. Anales del genocidio argentino. Campo de Mayo (Juicios I a IX)
Reseñado por LUCÍA I. GÓMEZ FERNÁNDEZ E. p. 225

Fuentes citadas p. 229

Índice temático p. 237



Doctrina

Deuda odiosa en democracia

El caso argentino

por **JULIETA JAKUBOWICZ**,⁽¹⁾

LUCILA MIRANDA⁽²⁾ y **CATARINA SARAIVA LIMA**⁽³⁾

“Esa uniformidad que pretendía lo que dio en llamarse el ‘Consenso de Washington’ hoy existe evidencia empírica respecto del fracaso de esas teorías. (...) reclamamos que aquellos organismos internacionales, que al imponerlas, contribuyeron, alentaron y favorecieron el crecimiento de esa deuda también asuman su cuota de responsabilidad.”

Néstor C. Kirchner⁽⁴⁾

I | Introducción

La doctrina de la deuda odiosa surgió en el inicio del siglo pasado, impulsada por la consideración de la ilegitimidad de ciertas deudas soberanas, contraídas para la persecución de fines contrarios a los intereses de las
.....

(1) Abogada (UBA). Especialista en Derechos Humanos (UNLP).

(2) Abogada (UBA). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Es ayudante docente en las materias Sujetos y Jurisdicciones y Derechos Humanos y Garantías (UBA).

(3) Abogada (Universidad de Lisboa). Posgrado en Derechos Humanos de la Universidad de Coimbra, en asociación con el European Inter-university Center for Human Rights and Democratisation. Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). En 2013 hizo una pasantía en CEJIL y en 2014 se desarrolló como colaboradora externa para la misma organización.

(4) Fragmento del discurso inaugural pronunciado en la IV Cumbre de las Américas, 04/11/2005.

poblaciones en nombre de las cuales se acordaban los préstamos. Los casos tradicionales de deudas odiosas correspondían a deudas heredadas por Estados o gobiernos sucesores de regímenes dictatoriales (como el caso de los préstamos contraídos por Federico Tinoco, exdictador de Costa Rica), colonizadores (como el conocido caso de las deudas de Cuba al Estado español) u otros casos de guerra, subyugación o sucesión de Estados.

En las últimas décadas, sin embargo, fue desarrollado un creciente debate, impulsado por distintos movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, sobre la necesidad de reconocer nuevas formas y fuentes de ilegitimidad de deudas soberanas y, por ende, nuevas categorías de deudas odiosas.

Son reivindicadas como igualmente odiosas las deudas criminales, como aquellas motivadas por corrupción o fraude; las deudas injustas, como aquellas con intereses usurarios o condiciones insustentables para la población y el desarrollo del país.

Estas nuevas categorías ya no se fundamentan en la odiosidad del marco político-institucional que genera o justifica la deuda (regímenes dictatoriales, guerras injustas, procesos de colonización, etc.), sino que son identificadas en pleno marco democrático. La odiosidad, entonces, debe ser buscada y desarrollada en otros ámbitos.

El presente trabajo busca sumar voz a este debate que replantea el concepto de "odiosidad" a la luz de las fuentes y formas modernas de ilegitimidad de deuda soberana y reitera la necesidad de rechazar determinadas prácticas, vigentes en marcos democráticos, relativos al endeudamiento soberano. En efecto, la gestión pública requiere para su desempeño de algo más que un manejo ordenado de ingresos y gastos fiscales, ya que las consecuencias de su gestión exceden los resultados en lo macro o microeconómico.

Las políticas que asumen los Estados respecto de sus finanzas públicas, junto con las consecuencias macroeconómicas que pudieran tener, generan también reestructuraciones institucionales que pueden tener efectos radicales en el ámbito de las sociedades locales.

2 | Deuda odiosa

2.1 | Deuda soberana

2.1.1. Conceptos

Los Estados, para financiar sus actividades, pueden apelar a tres métodos que serán también la base de sus políticas: impuestos y otros recursos ordinarios (precios públicos, transferencias recibidas, tasas, etc.); creación de dinero, mediante un proceso de expansión monetaria; y/o emisión de deuda pública mediante la toma de empréstitos afianzados con su tesoro.

Lo que se conoce como deuda pública se trata, entonces, del conjunto de obligaciones pendientes de pago que mantiene el sector público a una determinada fecha, frente a sus acreedores. Constituye una forma de obtener recursos financieros y se materializa normalmente mediante emisiones de títulos valores en los mercados locales o internacionales y a través de préstamos directos de entidades como organismos multilaterales, gobiernos, etc.

La más amplia y reconocida clasificación de deuda pública depende de la residencia de los acreedores, según lo cual la deuda puede ser externa o interna. La deuda interna es la que se acuerda con personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país que contrae la deuda, por lo que todos sus efectos quedan circunscritos al ámbito interno, mientras que la deuda externa será aquella acordada con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en dicho país, por lo cual requerirá de ciertas concesiones en materia de soberanía del Estado prestatario (por ejemplo, la llamada "prórroga de jurisdicción").

Como se ha dicho, el endeudamiento es un instrumento de política monetaria y fiscal de los Estados. A partir de la compra y venta de títulos de deuda pública, un Estado podría aumentar o reducir la cantidad de dinero en circulación por lo que la toma de deuda pública puede afectar de una manera más o menos directa variables económicas de las que depende básicamente el funcionamiento real de la economía, tales como la oferta monetaria, el ahorro y sus forma de canalización, así sea nacional o extranjero.

2.1.2. Cursos habituales que deben seguirse para la contratación de deuda

En el caso en estudio, Argentina, existe un orden constitucional que contempla una serie de mecanismos para la toma de deuda que es interesante tener en cuenta.⁽⁵⁾ De la lectura del ordenamiento pertinente se desprende la naturaleza de coordinación que debe reinar entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo, lo que también debe complementarse en la gestión de la deuda externa siguiendo los mismos principios: el Ejecutivo toma iniciativas basadas en los lineamientos del Congreso, reporta al mismo y permite su control y las pautas de negociación o arreglo, pero es el encargado de concluir y firmar los acuerdos de endeudamiento externo o de cancelación o reestructuración de ellos con el acuerdo del Legislativo.

Modernamente, se considera que las normas referidas permiten que el Congreso autorice los empréstitos externos bajo ciertos lineamientos que luego negociará el Ejecutivo, ya que le sería imposible hacerlo a un cuerpo colegiado; especialmente, si se ha aprobado su contratación con la

.....

(5) Los artículos que hacen referencia a este tema son los siguientes: el art. 4º, en cuanto determina cómo financia el gobierno nacional sus gastos. El art. 75, inc. 4 cuando, al referirse a las atribuciones del Congreso, establece "contraer empréstitos sobre el crédito de la Nación". El inc. 7, al darle facultades para "arreglar el pago de la deuda interior y exterior de la Nación". El inc. 8, que determina: "... fijar anualmente, conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2º de este artículo, el presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional, en base al programa general de gobierno y al plan de inversiones públicas y aprobar o desechar la cuenta de inversión". El inc. 18 cuando establece la facultad de "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo".

Además, el inc. 22 permite "aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". Y el inc. 24, "aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes".

Finalmente, el art. 99, de atribuciones del Poder Ejecutivo (Capítulo III), establece en su inc. 1 que el presidente: "Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país" y el inc. 11 que dice que es quien "concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules".

correspondiente aprobación presupuestaria. Lo que ha ocurrido en varias oportunidades es que el espíritu constitucional ha sido violentado, ya que todo el proceso ha quedado en manos de la Administración y no del Parlamento.⁽⁶⁾

Otros países modernos han establecido reglas para monitorear su endeudamiento de tal forma de no deteriorar el crédito público y bajar la calidad del riesgo soberano. Así, en el caso de los EEUU, el Congreso ha venido monitoreando las facultades del Ejecutivo para endeudarse al punto de haber limitado en los últimos años los gastos y obligado al mismo a renegociar metas estrictas de cumplimiento en su endeudamiento en relación a las pautas presupuestarias. Se llegó al límite de tener que cerrar la administración —salvo servicios esenciales— por falta de fondos. Discutida la autoridad presidencial para superar el techo de deuda según la enmienda 14 de la Constitución, se ha preferido no poner en duda la facultad del Congreso y lo establecido en el art. 6° de su Carta Magna. La importancia del tema es tal que hasta fue discutido con motivo de las deudas a las que había que hacer frente a causa de la Guerra Civil de ese país y que provocaran en 1935 una resolución de la Corte Suprema en el caso “Perry vs. US”.

En la Unión Europea, se firmó en 1998 —con segunda implementación para 1999— el Pacto de Estabilidad y Crecimiento con el fin de ayudar a estabilizar la unión monetaria y económica. Con motivo de la crisis europea, se firmó un complemento denominado “Pacto Euro Plus”, en 2011, con mayores compromisos fiscales, de endeudamiento y buen gobierno. El mismo provee niveles determinados de deuda, límites temporales para cumplir con una brecha permitida y plazos de cumplimiento definitivo. El mismo no evitó que luego de la crisis financiera de 2008 se evidenciara el incumplimiento de estas premisas por parte, casualmente, de los países menos poderosos de esa Unión con conocimiento y connivencia de los demás.

En Gran Bretaña, el gobierno anunció en 1998 los lineamientos de un Código de Estabilidad Fiscal con reglas para lograr objetivos de crecimiento y empleo. Acorde con las mismas se establecieron metas y límites de endeudamiento público. Entre ellas, se destacó “la regla de oro” que establecía

(6) ELESPE, DOUGLAS, “Deuda externa y Constitución Nacional. Suplemento Constitucionalismo”, en M. A. Gelli (dir.), *Suplemento Constitucional*, Edición especial, n° 6, Bs. As., La Ley, 2014, pp. 60/82.

que en el ciclo económico el gobierno solo se endeudaría para invertir y no para financiar gastos corrientes. A ello se le agregó “la regla de la inversión sustentable” que establecía que en el ciclo la relación entre la deuda neta del sector público no podría ser considerada prudente y estable si se excedía del 40% del PBI.

Reglas similares de limitación se aplicaron en Escocia con la aprobación de su Parlamento.

Alemania aprobó en 2009 reglas que establecen un freno al endeudamiento y la exigencia de un presupuesto equilibrado que tendrá vigencia a partir de 2016 para el Estado y de 2020 para las regiones. Dichas normas sustituyen los arts. 109, 115 y 143 de su Constitución.

España estableció en septiembre de 2011 una enmienda al art. 135 de su Constitución por el que se fija tope al déficit estructural global del Estado (nacional, regional y municipal) que entrará en vigencia en 2020.

De una u otra forma, los países han ido regulando procedimientos para evitar el exceso de deuda y propender a un manejo fiscal y cambiario menos invasivo, reservándose sus derechos soberanos en materia financiera.

2.2 | Odiosidad

2.2.1. Deuda odiosa clásica

La doctrina de la deuda odiosa fue propuesta originariamente por el jurista Alexander Sack⁽⁷⁾ en los años 20 del siglo pasado. Teniendo como base casos como el del repudio de la deuda de México (1867)⁽⁸⁾ y Cuba (1989),⁽⁹⁾

.....
(7) SACK, ALEXANDER, “*Les effets des Transformations des États sur leurs Dettes Publiques et autres Obligations Financières*”, citado en S. Michalowsky, “Trazando paralelos entre la responsabilidad de bancos por complicidad y las deudas odiosas”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2009, p. 279, [en línea] http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica12.pdf, consultado el 15/11/2014.

(8) Sack se refiere al repudio de México de las deudas europeas de Maximiliano I, en 1867, motivado por la utilización del dinero prestado contra el pueblo mexicano. Ver KING, J. A. V., “*The Doctrine of Odious Debt in International Law: A Restatement*”, 2007, p. 29, [en línea] <http://ssrn.com/abstract=1027682>, consultado el 15/11/2014.

(9) Genéricamente considerado el primer caso de aplicación directa de la doctrina de deuda odiosa, el repudio por parte de Estados Unidos de la deuda cubana con España, en contexto de las negociaciones de paz entre esta última y Estados Unidos en 1989. Este repudio se fun-

entre otros, Sack identificó los criterios que determinan cuándo una deuda es considerada odiosa y, en esa medida, puede ser repudiada por un Estado y, por tanto, no pagada. Los presupuestos creados por Sack para que una deuda puede ser considerada odiosa son: que la deuda haya sido contraída sin el consentimiento de la población del país prestatario, para objetivos que no beneficiaron y hasta directamente perjudicaron a esa población y, que los prestamistas hayan tenido conocimiento de alguna de esas dos circunstancias.

Si bien, en un sentido coloquial, parece a simple vista una categorización eficiente, lo cierto es que la identificación de deudas odiosas en los términos de Sack conlleva una serie de problemas en torno al encuadramiento legal. Cómo se establecería el consentimiento de un pueblo, cuándo se puede establecer que se benefició a un país y con qué criterios definimos ese beneficio; y en cuanto a las soberanías de los deudores y los intereses de los prestamistas en la definición, quién se arrogaría tamaña responsabilidad y quién la cedería.

Según los especialistas del Banco Mundial,⁽¹⁰⁾ el concepto tradicional de “deuda odiosa” no sería abierto, sino que se trataría de una categoría restringida de casos fácilmente identificables.

Las publicaciones de Alexander Sack y algunos otros juristas de su época no son entonces suficientes *per se* para afirmar que la doctrina de las deudas odiosas forma parte del derecho internacional. Hasta el día de hoy no ha existido ningún tratado internacional que reconozca abiertamente tal principio, aunque se vienen realizando serios avances en cuanto al análisis de las situaciones de toma y oferta de deuda en forma “responsable”.⁽¹¹⁾

damentó en la ausencia de beneficio y consentimiento del pueblo cubano colonizado —al momento de la creación de la deuda— en la contracción del préstamo, más bien contratado por y en el interés de España, en KING, J. A. V., *op. cit.*, p. 31.

(10) NEHRU, VIKRAM y THOMAS, MARK, “*The concept of odious debts: some considerations*”, en *World Bank Policy Research, working paper* n° WPS4676, 2008, [en línea] <http://www.worldbank.org>, consultado el 15/11/2014. Un análisis sobre la discusión del Banco Mundial en la materia se puede consultar en EURODAD, [en línea] <http://www.eurodad.org/whatsnew/reports.aspx?id=2172>

(11) CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO, *Proyecto de Principios sobre promoción de otorgamiento y toma responsable de préstamos soberanos*, Ginebra, 2012.

Cuando se discutía la Convención de Viena de 1983 sobre la “sucesión de Estados en materia de bienes, archivos y deudas”, si bien se aceptó la definición de deuda estatal basada en conformidad con el derecho internacional, se rechazó la propuesta de incluir una referencia a la buena fe. Fue también rechazada la propuesta de incluir una norma de definición de deuda odiosa.⁽¹²⁾ El motivo de tal rechazo no se fundó en razones conceptuales, sino en que se interpretó que las normas generales de la Convención eran suficientes para dar respuesta adecuada a la cuestión de las deudas odiosas.

Tampoco existen principios generales de derecho de los cuales se pueda deducir claramente que una deuda es nula cuando es contraída sin el consentimiento del pueblo y sin beneficiarlo. Se han propuesto diversos principios que fundamentarían la propuesta originaria de Sack, entre los cuales se encuentra el abuso del derecho, pero de escasa aceptación.

Respecto de si esta doctrina reconoce apoyo en la costumbre internacional, durante el siglo XIX y la primera parte del siglo XX existieron algunos casos que podrían *prima facie* evocar la doctrina de las deudas odiosas. A la luz de la práctica generalizada durante las últimas décadas en la que los Estados reconocen la validez de las deudas contraídas por regímenes dictatoriales, resulta difícil deducir de algunos casos históricos aislados que exista una costumbre internacional reconociendo la doctrina de las deudas odiosas de Sack.⁽¹³⁾

(12) Mohammed Bedjaoui, entonces Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, incluyó en su Noveno Informe sobre Sucesión de Estados en Materia Distinta de Tratados (*Ninth Report on the Succession of States in Respect of Matters other than Treaties*, Doc.A/CN.4/301, 13/04/1977) la siguiente propuesta normativa: Art. c. Definición de deuda odiosa. A los efectos de esta Convención, “deuda odiosa” significa: a) Todas las deudas contraídas por el Estado antecesor para proseguir fines contrarios a los intereses del Estado sucesor o del territorio transferido; b) Todas las deudas contraídas por el Estado antecesor con fines o propósitos desfavorables con el derecho internacional y, en particular, los principios de derecho internacional contenidos en la Carta de Naciones Unidas”.

(13) J. P. Bohoslavsky —en “Deuda Pública”, en *La Ley Actualidad*, La Ley, 02/03/2010— expresa: “...hasta la democrática Sudáfrica post apartheid decidió pagar su deuda, este caso también podría interpretarse en el sentido que el repudio fue realizado por el vencedor de la guerra que es libre de asumir o repudiar las deudas del Estado sucesor (se llaman precisamente así, deudas de guerra). Aunque en el contexto de la deuda de Irak se discutió arduamente si se trataba o no de una deuda odiosa, finalmente no fue repudiada

La discusión gira en torno a determinar cuál podría ser la naturaleza jurídica que posibilite un repudio de deuda en virtud de la llamada “odiosidad”. Lo cierto es que en el esquema de poder económico mundial huelga aclarar qué lugar ocupan los países flagelados por este tipo de deuda. Los gobiernos sucesores temen que el incumplimiento de obligaciones contraídas incluso en flagrante odiosidad (como el caso de la deuda del *apartheid*) pueda afectar sus posibilidades de atraer inversiones externas y sus capacidades crediticias, necesitando generar “confianza” en los mercados internacionales.

Así las cosas, ha costado aplicar esta doctrina en un escenario mundial en el que los intereses económicos coaccionan las políticas locales de los países emergentes.

2.2.2. Deuda odiosa democrática

Casi completamente olvidada durante décadas, esta doctrina fue retomada por organizaciones sociales en los años 90, y está recibiendo bastante atención académica a causa de la discusión que sobrevino con el derrocamiento del régimen de Saddam Hussein acerca de si el pueblo iraquí debía o no pagar la deuda contraída por ese régimen, y el apoyo inicial que le brindaron funcionarios del gobierno de George W. Bush.

En este mismo sentido, se encuentra el caso de Noruega cuando decidió, como acreedor, cancelar unilateralmente las deudas que diversos países tenían con él para desarrollar sus industrias marítimas, ya que solo habían servido para desarrollar la propia.

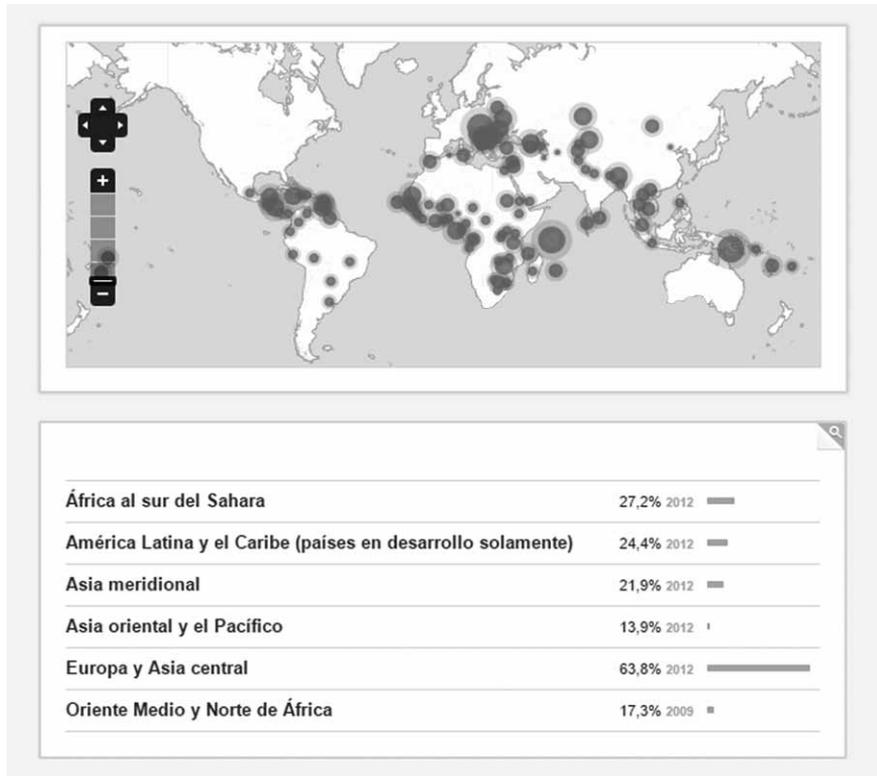
Es importante destacar que el fenómeno del endeudamiento externo no se circunscribe a un país, región o sistema político-económico, sino que se trata de una realidad global, tal como lo muestra el gráfico:⁽¹⁴⁾

.....

sino que el país se benefició de una reducción considerable pero por razones económicas e indirectamente de seguridad (...) Finalmente, el reciente caso de Ecuador (2007-2009), que aunque el gobierno comenzó afirmando que repudiaría la deuda por ser odiosa, finalmente la renegoció, aunque sosteniendo el discurso de que se trataba de una deuda ilegítima”.

(14) [En línea] <http://datos.bancomundial.org/>

IMAGEN 1. DEUDA EXTERNA ACUMULADA (% DEL INB)



Junto con las nociones de deuda odiosa clásicas, se incluyen también los préstamos otorgados a países “en desarrollo” sobre la base de que es imprudente realizar estos empréstitos conociendo las condiciones coyunturales del país que hacen o harán que no tenga posibilidades de devolverlo. Las condiciones impuestas por el FMI durante los 90 a diversos países, por ejemplo, podrían considerarse como “inapropiadas” toda vez que crearon una realidad económica que hace imposible su reintegro.⁽¹⁵⁾ Es este un típico caso de deuda odiosa en el marco de gobiernos democráticos.

Existe un debate sobre la ilegitimidad de las deudas que no pueden devolverse sin empobrecer al pueblo del país endeudado.⁽¹⁶⁾ El Foro y la Red

(15) HANLON, JOSEPH, “Defining Illegitimate Debt and Linking Its Cancellation to Economic Justice”, Open University, 2002, p. 5, [en línea] http://www.dette2000.org/data/File/IllegitimateDebt-Hanlon_2002.pdf

(16) *Ibid.*

Africana sobre Deuda y Desarrollo (Afrodad, por sus siglas en inglés) han establecido en sus publicaciones⁽¹⁷⁾ que también será ilegítima la deuda en la que se ha incurrido como consecuencia de un asesoramiento sobre políticas perjudiciales para la población. Este podría ser el caso del asesoramiento brindado por el Banco Mundial y el FMI al establecer como condicionamientos para otorgar sus créditos la aceptación, por parte de los Estados prestatarios, de las llamadas “recetas neoliberales” (libre mercado y políticas estructurales de ajuste). Sin embargo, estos organismos nunca han asumido responsabilidades por sus conductas, aun cuando han provocado el colapso económico de estos países.⁽¹⁸⁾

En este mismo sentido, puede considerarse deuda odiosa la otorgada a gobiernos democráticos cuyos representantes presentan una consabida conducta corrupta. Así es como la Declaración de Tegucigalpa de 1999 establece:

[La deuda externa] es ilegítima porque se originó en buena medida por la decisión de gobiernos dictatoriales, no elegidos por el pueblo, y también de **gobiernos formalmente democráticos pero corruptos**. La mayor parte de ella no se usó en beneficio del pueblo al que hoy se pretende obligar a pagar.

La deuda es también ilegítima porque creció al amparo de tasas de interés y condiciones de negociación impuestas por los gobiernos y bancos acreedores, que negaron reiterada y abusivamente el derecho de asociación de los gobiernos deudores, mientras que ellos lo hacían a través de verdaderos sindicatos de acreedores (Club de París, Comité de Gestión) y respaldados por la coerción económica del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial.⁽¹⁹⁾

(17) AFRODAD, *Fair and Transparent Arbitration Mechanism on Debt*, Policy Brief N° 1/2002, Harare, Afrodad, 2002.

(18) HANLON JOSEPH., *op. cit.*, p. 16.

(19) DECLARACIÓN DE TEGUCIGALPA, “Sí a la Vida, no a la Deuda”, en *Plataforma Latinoamericana y Caribeña. Jubileo 2000*, 1999, [en línea] <http://www.oikoumene.org/es/resources/documents>, consultado el 15/11/2014. El resaltado nos pertenece.

Juan Pablo Bohoslavsky⁽²⁰⁾ considera que cuando un prestamista decide otorgar un crédito a gobiernos reconocidamente corruptos y señalados por malversación de fondos, será más sencillo probar su responsabilidad en tanto conocía o debía conocer sobre dichas circunstancias agravantes. En este sentido, el autor entiende que el umbral de responsabilidad vendrá dado por la debida diligencia ejercitada por el prestamista al momento de otorgar el préstamo.

En relación a los contextos democráticos, Bohoslavsky señala:

Si el prestamista efectivamente cumple con los estándares de debida diligencia en un contexto democrático, el deudor soberano deberá soportar parte de las consecuencias adversas de la transacción corrupta (...) La responsabilidad por la deuda odiosa deberá en estos casos ser compartida entre los acreedores y la población.⁽²¹⁾

En resumidas cuentas, si bien la concepción de deuda odiosa ha estado históricamente relacionada con contextos dictatoriales y autoritarios, adherimos a las ideas precedentes respecto a la posibilidad de que se configure la "odiosidad" de préstamos otorgados a gobiernos abiertamente corruptos o bien bajo condiciones de imposible cumplimiento o que provoquen el empobrecimiento de la población.

2.2.3. Odiosidad imperativa

La importancia del *ius cogens* o derecho imperativo internacional se deriva de su contenido. Sus normas protegen valores esenciales compartidos por la comunidad internacional.⁽²²⁾ Es el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) el que entiende que:

.....

(20) Actual Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa de Naciones Unidas. Se puede consultar su CV [en línea] <http://www.un.org/>

(21) BOHOSLAVSKY JUAN P. y MICHALOWSKI, SABINE, "Ius Cogens, transitional justice and other trends of the debate on odious debts: a response to the World Bank discussion paper on odious debts", en *Columbia Journal of Transnational Law Association*, n° 48 (1), 2009, p. 18. La traducción nos pertenece.

(22) DÍEZ DE VELASCO, MANUEL, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 90.

Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de Derecho Internacional General es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional General que tenga el mismo carácter.

La relación entre la consolidación del concepto de *ius cogens* y los derechos humanos es evidente y por eso el derecho imperativo ilustra perfectamente el proceso de "humanización" del derecho internacional. Aunque no existe ningún catálogo oficial de normas imperativas, se considera que lo son, entre otros, la prohibición del uso de la fuerza,⁽²³⁾ la prohibición del genocidio,⁽²⁴⁾ el principio de no discriminación,⁽²⁵⁾ el derecho de autodeterminación de los pueblos,⁽²⁶⁾ la prohibición de la tortura,⁽²⁷⁾ entre otros.

Entre estas normas es que se trata de ubicar la validez de los préstamos que definiría Sack como "odiosos". Existen principios que ni los Estados ni los organismos internacionales son libres de despreciar, las normas imperativas

(23) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Asunto Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua, EEUU contra Nicaragua", sentencia del 27/06/1986, párrs. 187 a 209.

(24) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio", OC 28/05/1951, solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Relativo a la aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, Bosnia y Herzegovina contra Yugoslavia, Excepciones preliminares", 11/07/1996, párrs. 27/33, opinión disidente del Magistrado *ad hoc* Kreca.

(25) CORTE IDH, OC 17/09/2003, "Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados", solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párrs. 47, 97 a 101, voto concurrente del Juez A. Cançado Trindade, párrs. 66/80.

(26) CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, "Caso Relativo Timor Oriental, Portugal contra Australia", 30/06/1995, párrs. 23/35, opinión separada del Magistrado Ranjeva, opinión disidente del Magistrado Weeramantry; Corte Internacional de Justicia, OC 30/09/2004, "Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado", solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas, párrs. 159/160.

(27) CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, *Prosecutor v. Anto Furundzija (Decision in The Trial Chamber)*, 10/12/1998, párrs. 143/144, 147/156; TEDH, *Al-Adsani v. The United Kingdom (decision in the Grand Chamber)*, 21/11/2001, párrs. 16, 18, 66; CORTE IDH, "Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala" (Fondo, Reparaciones y Costas), 27/11/2003, párrs. 89, 92/94. Voto Concurrente del Juez Cançado Trindade, párr. 8.

exceden las previstas por el art. 53 referido. Los préstamos que violen el *ius cogens*,⁽²⁸⁾ serán, desde esta perspectiva, nulos.

Resta establecer cómo se determinará si un préstamo causó o facilitó violaciones de derechos humanos. Entendamos que los contratos suelen celebrarse en términos neutros o abstractos, sin indicaciones de la finalidad del dinero erogado en los mismos, muchísimo menos cuando esa finalidad encubre violaciones de derechos humanos. Por ello es que lo que necesita establecerse es si las violaciones que se cometieran a expensas de ese dinero fueron una consecuencia previsible o al menos esperable, y si motorizaban la intención de las partes.

Los casos en los que se pueda demostrar una relación suficiente entre la violación, habilitándola, exacerbándola o facilitándola,⁽²⁹⁾ se podrá inferir al mismo tiempo que el préstamo está en conflicto con las normas imperativas del derecho internacional. La decisión de si el vínculo entre el préstamo y la violación es suficiente dependerá de si el prestamista sabía o debía saber que el régimen al que se otorgaba podía utilizar esa deuda para cometer las violaciones tanto como del impacto que tuvo la política en el financiamiento violatorio. Bastará, entonces, demostrar que la violación no se hubiera cometido, o al menos no de la misma manera y con la misma intensidad, sin la aplicación de esa política financiera.⁽³⁰⁾

Lo cierto es que no existen precedentes jurídicos unánimes en la materia. El análisis de Bohoslavsky, Opgenhaffen y Michalowski aporta una primera aproximación que resulta esclarecedora en términos de análisis, por lo que nos parece oportuno incorporarlas para ser retomadas en nuestra conclusión.

.....

(28) Para un desarrollo de la aplicación de normas imperativas en casos de violaciones de derechos humanos, ver CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros —causa n° 259—", 24/08/2004, Fallos: 327:3312.

(29) PANEL DE EXPERTOS JURISTAS DE LA COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS SOBRE COMPLICIDAD EMPRESARIAL EN CRÍMENES INTERNACIONALES, *Informe. Complicidad empresarial y responsabilidad legal*, vols. 1 y 2, Ginebra, CIJ, 2008.

(30) MICHALOWSKY, SABINE, "Trazando paralelos entre la responsabilidad de bancos por complicidad y las deudas odiosas", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2009, p. 279, [en línea] http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurica12.pdf, consultado el 15/11/2014.

3 | El rol del FMI en el actual panorama de las deudas soberanas democráticas

3.1 | El mandato del FMI en el ámbito de la asistencia financiera

El Fondo Monetario Internacional (FMI) es una institución financiera internacional⁽³¹⁾ con un protagonismo importante en el panorama del endeudamiento soberano de las democracias modernas, estando directamente involucrado en los principales procesos de asistencia financiera y gestión de deuda externa de sus 188 Estados miembros. Fue, en particular, participante y agente crediticio en los procesos de rescate financiero de los países latinoamericanos afectados por la crisis de deuda externa de los años 70 y 80; intervino en los “Tigres Asiáticos” durante la crisis financiera asiática de fines de los 90; “rescató” los países vulgarmente señalados con el acrónimo PIIGS (Portugal, Irlanda, Italia, Grecia y España) tras la crisis financiera de 2008 que estalló con Lehman Brothers. En todos estos procesos, el FMI fue corresponsable por el diseño y aplicación de los programas de ajuste económico que acompañaron la (re)configuración de la deuda soberana de aquellos países y que resultaron, entre otras consecuencias, en el desmantelamiento de estructuras estatales de bienestar social.

El mandato del FMI fue originalmente configurado como el de un “mero” agente supervisor y promotor de la regularidad y estabilidad de los valores cambiarios y de los mercados internacionales, sin que eso significara una intervención activa en los ámbitos internos de los Estados.⁽³²⁾ Para cumplir

(31) El FMI fue creado en 1944, con el propósito de asegurar la estabilidad del sistema monetario mundial. En julio de dicho año, representantes de 45 Estados se reunieron en Bretton Woods, en Estados Unidos, con el propósito de definir políticas de cooperación económica internacional para prevenir una nueva crisis económica como la de 1929, y anticipar la recuperación de las economías post Segunda Guerra Mundial. Los acuerdos Bretton Woods resultantes de estas conferencias determinaron no solamente la creación del FMI, sino también otras medidas importantes que fundaron las bases de un nuevo sistema monetario y financiero internacional, como el establecimiento del padrón oro-dólar (abandonado en 1973 por el propio gobierno de EEUU); el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, conocido por su sigla en inglés: GATT (General Agreement on Tariffs and Trade); y la creación del Banco Mundial.

(32) DARROW, MAC, *Between Light and Shadow: the World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*, Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 25.

con dicho mandato, el Fondo asume funciones de supervisión de las políticas económicas y monetarias vigentes, a nivel nacional, regional y global; asistencia técnica a los Estados miembros, a través de consultoría, orientación, asesoramiento y capacitación a los gobiernos nacionales en materia de diseño y efectiva implementación de políticas económicas, financieras u otras; y asistencia financiera, a través de préstamos a los Estados miembros con dificultades en sus balanzas de pagos, de forma temporaria y bajo determinadas garantías.⁽³³⁾

En las últimas décadas, sin embargo, este mandato sufrió una evolución sustantiva en el ámbito de su actividad de asistencia financiera y de las condiciones vinculadas a los respectivos procesos. Esto se dio sobre todo en el marco de la crisis de deuda externa de América Latina de la década de 80,⁽³⁴⁾ en el cual el aumento de la demanda de créditos a las instituciones financieras internacionales permitió el aumento de los intereses y el refuerzo y endurecimiento de las garantías exigidas como contrapartida de los préstamos como forma de asegurar la recuperación del capital.

En este contexto, el FMI empezó a ampliar sustantivamente la condicionalidad de su asistencia financiera,⁽³⁵⁾ consolidándose como un verdadero *policy maker* ("formulador de políticas") internacional. La condicionalidad de los préstamos a título de asistencia financiera empezó a establecer verdaderos y completos programas de ajuste económico estructural, abar-

(33) Los recursos financieros del FMI provienen sobre todo de las cuotas de los Estados miembros, las cuales son definidas según la dimensión de cada Estado en la economía mundial, calculada teniendo en cuenta factores como el producto bruto interno, las reservas internacionales, su variabilidad, entre otros. Este es uno de los aspectos más problemáticos del funcionamiento del FMI, pues el criterio descrito también determina la representatividad de sus decisiones. La distribución de cuotas en el seno del FMI tiene un peso político innegable, que resulta en una sobre representatividad desproporcional de Estados Unidos frente a otros Estados, y es actualmente cuestionada principalmente por los países BRICS.

(34) México fue el primer país en anunciar su pedido de ayuda al FMI pero el efecto de contagio no tardó: Argentina y Brasil fueron los primeros afectados, a fines de 1983 se sumó Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela y, fuera de la región, Yugoslavia, Turquía, Nigeria y Marruecos, entre otros.

(35) DARROW, MAC, *op. cit.*, p. 46. Condicionalidad es el conjunto de condiciones exigidas por la institución financiera como contrapartida de la asistencia financiera, incluyendo no solamente las precondiciones, es decir, los requisitos de admisibilidad de la solicitud de asistencia financiera, sino también criterios de "performance", es decir, el cumplimiento de deberes sustantivos, como la adopción de determinadas medidas específicas o el alcance de determinadas metas contables. El concepto de "condicionalidad" no está expresamente consagrado en el Convenio Constitutivo.

cando cada vez más áreas de gobierno y administración pública. Así, el Fondo se involucra de forma creciente no solo en campos económicos, sino también políticos y sociales, exigiendo medidas cada vez más específicas y direccionadas, entre las cuales se encuentran frecuentemente el diseño y reorientación de políticas públicas, la realización de reformas institucionales, la reconfiguración de los sistemas de servicio público, la definición de metas presupuestarias, la adopción de políticas de reducción de déficit público y reducción del gasto estatal, entre otras.

De la observación exitosa de estas condiciones por parte del Estado, depende la liberación de cada tramo del monto de asistencia financiera. Al mismo tiempo, se fue reduciendo el monto del tramo inicial del préstamo como forma de enfatizar la obligatoriedad del cumplimiento de dicha condicionalidad.⁽³⁶⁾

El FMI asumió, asimismo, a través de su competencia de asistencia financiera, un rol fundamental de responsabilidad en la configuración de la deuda soberana de los Estados, tanto en cuanto a sus montos, como, de forma particularmente importante, en las condiciones sustantivas de la misma. Estas condiciones no toman en consideración las particularidades de cada Estado, deuda o población, sino que corresponden a la aplicación automática de una serie de principios económicos orientados hacia un modelo ideológico particular.

3.2 | El modelo “talle único” de la asistencia financiera: Consenso de Washington y los programas de ajuste estructural

Todos los programas de condicionalidad de la prestación de asistencia financiera del FMI, desarrollada en los términos brevemente descritos anteriormente, se orientan hacia el mismo modelo de ajuste económico estructural, es decir, de corrección estructural de la economía según un paradigma que, considera la institución, es el correcto y adecuado para prevenir el endeudamiento y potenciar el crecimiento económico y la estabilidad

.....

(36) DREHER, AXEL, “The Development and Implementation of IMF and World Bank Conditionality”, en *Hamburg Institute of International Economics (Discussion Paper N° 165)*, Hamburg, Banco Mundial, 2002, p. 10, [en línea] www.worldbank.org, consultado el 15/11/2014.

de los mercados internacionales.⁽³⁷⁾ Este modelo es aplicado a todos los Estados financieramente asistidos por el Fondo, bajo una misma fórmula "one-size-fits-all", es decir, un mismo modelo para todos, según un principio de "talle único". Este talle único corresponde a un paradigma ideológico bien determinado, conocido como el "Consenso de Washington".

El Consenso de Washington es un paradigma ideológico neoliberal, identificado por el economista John Williamson en la práctica de las instituciones financieras internacionales (entre las cuales está el FMI) y de los organismos económicos estadounidenses, en particular, durante y a partir de la década de 80, cuando estas instituciones empezaron a ejercer presión sobre los países endeudados de América Latina hacia la implementación de políticas económicas bajo un ideario neoliberal.⁽³⁸⁾

El "consenso" no fue solamente adoptado por las instituciones financieras internacionales: en realidad, entre sus principales impulsores se encuen-

(37) La denominación de los programas del Fondo como de mero "ajuste" denotan un posicionamiento conceptual: el de la economía como una ciencia exacta, cuyos postulados son fijos y matemáticos, y de los funcionarios del FMI como meros tecnócratas. Esta es, de por sí, una toma de posición política o ideológica. Sobre la concepción de la economía como un argumento o construcción política, ver trabajos de CHANG, HA-JOON, [en línea] <http://hajoonchang.net>; una entrevista reciente a CHANG sobre el tema: "Ha-Joon Chang: Economics Is A Political Argument" ["Ha-Joon Chang: La Economía es un Argumento Político"], [en línea] http://www.huffingtonpost.com/2014/04/09/ha-joon-chang-economics_n_5120030.html. Ver también BACKER, LARRY C., "Ideologies of globalization and sovereign debt: Cuba and the IMF", 2006, [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=880967, un interesante trabajo en donde el autor analiza comparativamente dos paradigmas opuestos de perspectiva sobre la deuda soberana: el dominante, firmemente fundado en derecho privado, que defiende que el crecimiento solamente es posible en una economía global de libre comercio, privatizaciones y macroestabilidad (representada por el FMI), y según el cual el incumplimiento del Estado en el pago debe ser encarado como el de una empresa; y el paradigma opuesto, anticorporativo, fundado en principios de derecho público y en la subordinación de la economía y de los mercados al control político y a su actividad de planificación de políticas públicas estatales.

(38) WILLIAMSON JOHN, "What Washington means by policy reform", en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington DC, 1989, disponible en la página del Peterson Institute for International Economics, [en línea] <http://www.iie.com>, la pag/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486. Su denominación como consenso, sin embargo, es equívoca, pues se trata de un paradigma ideológico configurado no por una mayoría, sino por un conjunto de organismos con influencia y poder suficientes para imponerlo a países terceros (ver, en este sentido, KRİKORIAN, MARCELO, *Derechos Humanos, políticas públicas y el rol del FMI*, La Plata, Librería Editora Platense, 2013, p. 116). El propio Williamson se interrogó: "A pesar de que el consenso de Washington pueda no ser suficiente para resolver todos [los] principales problemas de América Latina, es definitivamente pertinente cuestionar: ¿el consenso es compartido por América Latina?".

tran los ex jefes de Estado Margaret Thatcher (Primer Ministra del Reino Unido entre 1979 y 1990), Ronald Reagan (presidente de EEUU entre 1981 y 1989) y Augusto Pinochet (presidente de la dictadura militar chilena entre 1973 a 1990), quienes implementaron en los países bajo sus gobiernos reformas económicas y financieras que coincidían con las líneas generales de aquel modelo neoliberal.

En 1974 se le entrega el Premio Nobel de Economía al austríaco Friedrich von Hayek, considerado el padre del neoliberalismo, y en 1976, a Milton Friedman, profesor en la Universidad de Chicago, el principal centro mundial de producción de ideas neoliberales. En las décadas siguientes, nueve profesores neoliberales de Chicago fueron galardonados con el mismo premio. A fines de la década de 70, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) comenzó a abogar por el libre mercado y el Banco Mundial pasó de apoyar proyectos estatales a proyectos privados en los países en desarrollo. El modelo de Washington tenía, asimismo, poderosos discípulos.

El modelo de Washington parte de la preconcepción de que el Estado es “torpe”, derrochador e ineficaz para gestionar recursos, incentivos, entidades y servicios (por oposición a la preconcepción del Estado mínimo eficiente, actuando en el mercado, entre privados); por ende, debe regirse por pautas de liberalización económica y reducción del aparato estatal, desregulación, flexibilización y privatización de los mercados, incluyendo sectores donde el Estado tradicionalmente está más presente —en una palabra, desestatizar—, como fórmula adecuada para el desarrollo y crecimiento económico y social.

El modelo “washingtoniano” está compuesto por diez principios fundamentales:

1. disciplina presupuestaria, reducción y control del déficit, frecuentemente implementado a través de políticas de austeridad;
2. reorientación del gasto público a educación y salud, considerados servicios prioritarios, aunque concebidos como servicios de mercado (y no como derechos) y eliminación de los subsidios;
3. reforma fiscal o tributaria, con bases amplias de contribuyentes e impuestos moderados (es decir, aumento subjetivo y uniformización objetiva de las contribuciones);

4. desregulación financiera y liberalización de las tasas de interés, de acuerdo a una lógica de libre mercado;
5. abstención de intervención estatal y liberalización del mercado cambiario, de acuerdo a una lógica de libre mercado;
6. liberalización del comercio internacional, incluyendo la abolición de tasas de importación o, si necesarias, uniformización de las tasas aduaneras;
7. apertura del mercado nacional a inversiones extranjeras directas, consideradas factores positivos para la economía nacional e internacional;
8. privatización de empresas públicas, incluyendo las prestadoras de servicios tradicionalmente público, por su mayor eficiencia y competencia;
9. desregulación y liberalización generalizada de los mercados internos; y
10. garantía de la protección de los derechos de propiedad.

Este modelo es impuesto y/o adoptado por los Estados sujetos a la intervención financiera del FMI como elemento de la condicionalidad de los créditos de asistencia financiera y, asimismo, elemento de la configuración de la deuda soberana. Su aplicación resulta perjudicial, y en muchos casos insostenible, para las poblaciones, como explicaremos en el próximo inciso.

3.3 | El impacto de la condicionalidad “washingtoniana” en los ciudadanos: la odiosidad de la deuda por violaciones de derechos humanos

La implementación del ideario neoliberal de Washington a través de los programas de ajuste estructural del FMI que acompañan la configuración de las deudas soberanas corresponde al desmantelamiento de las estructuras de bienestar y cohesión social y afecta profundamente sectores de servicio público de bienes y servicios fundamentales, considerados dispendiosos, ineficientes y “no-productivos” como la salud, la educación, la protección laboral o la asistencia social. La asignación de elevadas cantidades de recursos públicos por concepto de reembolso de la deuda y de sus intereses, asociada a las condiciones vinculadas anteriormente descritas, no solamente dan prioridad al servicio de la deuda frente a la atención de necesidades básicas, sino que resultan en la exacerbación de la pobreza y en una grave afectación en el acceso a estos bienes y servicios fundamentales. Las deudas así configuradas tienen un impacto grave y

directo en el disfrute efectivo de derechos humanos, como el derecho al trabajo, a la seguridad social, al nivel más alto posible de salud, a la educación, a la vida y a un nivel de vida digna, a una alimentación adecuada y a la vivienda, todos reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en diversos tratados internacionales de derechos humanos y expresamente previstos en varias constituciones nacionales.⁽³⁹⁾

El reconocimiento de esta afectación de derechos humanos por las políticas de ajuste económico que acompañan la configuración de la deuda llevó a la extinta Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas a crear un procedimiento especial —un mandato de Experto Independiente— sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales de los Estados para el pleno goce de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales,⁽⁴⁰⁾ con el mandato de desarrollar un estudio consolidado sobre los efectos de las políticas de “ajuste” estructural sobre dichos derechos, y preparar un proyecto de principios rectores sobre dichas políticas. En un informe de 2009, el Experto Independiente denunció los impactos negativos de la condicionalidad de la deuda para las poblaciones:

La imposición de condiciones produce algunas consecuencias perjudiciales en las poblaciones de los países deudores: la privatización de las empresas públicas frecuentemente da lugar a masivas reducciones de puestos de trabajo, lo que priva a numerosas personas de medios de subsistencia; a una reducción

(39) Incluyendo la Constitución de la Nación Argentina, el caso en análisis y otros casos de Estados con crisis de deuda soberana configurada según la práctica del FMI, como los casos recientes de Grecia y Portugal.

(40) Inicialmente, fueron establecidos dos mandatos distintos: el mandato del Experto Independiente sobre las políticas de ajuste estructural (1997) y el mandato del Relator Especial sobre las consecuencias de la deuda externa para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales (1998). Ambos mandatos fueron suspendidos en 2000 para dar lugar al mandato único de Experto independiente sobre las consecuencias de las políticas de ajuste estructural y la deuda externa para el goce efectivo de todos los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales. Después de una modificación en 2005, el Consejo de Derechos Humanos redefinió el mandato y lo denominó “Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales”, resolución 7/4, de 2008, [en línea] <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Development/IEDebt/Pages/IEDebtIndex.aspx>. El mandato, ejercido desde 2008 por Cephias Lumina, fue recientemente asumido por el argentino Juan Pablo Bohoslavsky, quien entró en funciones el 02/06/2014.

del gasto público destinado a servicios públicos (como la educación, la atención de la salud y la vivienda) o al establecimiento de honorarios para los usuarios que desean acceder a tales servicios, lo que suele afectar desproporcionadamente a los sectores más vulnerables de la sociedad (mujeres, niños, personas con discapacidad y pobres); y a un aumento de la pobreza, la desigualdad y el desempleo.⁽⁴¹⁾

También Unicef señaló el impacto negativo de los programas de “ajuste” económico para las poblaciones, en especial los recortes en cantidad y calidad de los servicios sociales básicos, en el disfrute de derechos humanos, particularmente para las familias vulnerables y para la infancia. En su informe “Ajuste con rostro humano”⁽⁴²⁾ denunció que, mientras las grandes preocupaciones económicas se enfocan en cuestiones como la recesión, la inflación, el déficit y la formulación y aplicación de políticas de “ajuste”, queda desatendido el deterioro de las condiciones socioeconómicas y el acceso a los servicios básicos mínimos por gran parte de las poblaciones. La misma organización, entre 2010 y 2012, abrió un foro internacional *online* entre más de una centena de representantes de la academia y la sociedad civil de todo el mundo, para retomar el debate sobre la naturaleza de la crisis y las respuestas políticas alternativas para una recuperación con “rostro humano”. El informe resultante de este foro, publicado en 2013 con el título “Por una recuperación con rostro humano”,⁽⁴³⁾ señala que:

Entre las medidas de ajuste estructural y austeridad fiscal más frecuentes se encuentran: las reducciones drásticas del gasto público esencial para la plena realización de derechos fundamentales, como los relacionados con los servicios básicos de salud y educación, la seguridad alimentaria y el acceso a una

(41) Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Cephas Lumina (A/HRC/11/10), de 03/04/2009, párr. 28.

(42) UNICEF, “Efectos de la crisis en Argentina. Las políticas del Estado y sus consecuencias para la infancia”, 2006, [en línea] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Efectos_Crisis_en_Argentina_-_Documento_de_Difusion.pdf, consultado el 15/10/2014.

(43) UNICEF, “Por una recuperación con rostro humano. La infancia y las familias vulnerables, en el epicentro de la crisis global”, 2013, [en línea] <http://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/Por-una-recuperacioncon-rostro-humano-2013.pdf>

vivienda digna; los recortes de la financiación de los sistemas quienes, a pesar de no tener responsabilidad alguna en el origen de la crisis continúan soportando una parte considerable y desproporcionada de sus impactos más negativos. Por consiguiente, el marco normativo de los derechos humanos debe orientar también el debate sobre la recuperación y la salida de la crisis, aparte de la consolidación fiscal a corto plazo, con el fin de avanzar hacia la reducción de las privaciones y la pobreza, así como la erradicación de los obstáculos que impiden el pleno ejercicio de los derechos humanos básicos (...) La política económica —porque afecta a menudo de forma crítica a las condiciones de vida de las personas— debe formar parte de la agenda internacional de derechos humanos (...) [Las] medidas de austeridad representan barreras significativas para el ejercicio de los derechos humanos, en especial de los pobres y vulnerables.

En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos de NU, en una resolución sobre las “[c]onsecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales”, recuerda que la responsabilidad primordial de los Estados es promover el desarrollo económico, social y cultural de su pueblo y que, por lo tanto, no deben verse condicionados por “fórmulas externas específicas de política económica”; reafirma que el ejercicio de los derechos básicos de la población de los Estados endeudados, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al vestido, al empleo, a la educación, a los servicios de salud y a un medio ambiente saludable no puede subordinarse a la aplicación de las políticas de ajuste estructural, los programas de crecimiento y las reformas económicas motivadas por la deuda.⁽⁴⁴⁾

Lo expuesto nos permite acercarnos a la hipótesis del presente trabajo: la formulación de un nuevo concepto de deuda odiosa, fundado en la ilegitimidad (odiosidad) de su configuración y las correspondientes consecuencias negativas para la población, en pleno régimen democrático.

(44) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, resolución 11/5, de 17/06/2009, [en línea] http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_11_5.pdf

4 | Deuda odiosa en democracia. El caso argentino

4.1 | Breve repaso de la deuda externa argentina. Responsabilidad del FMI

El camino recorrido por la República Argentina en torno a la toma de deuda externa ha sido, al menos desde 1976 en adelante, una vía que solo llevó al empobrecimiento de la población, la afectación de sus derechos básicos y la pérdida sistemática de recursos y bienes que alguna vez hicieron de este un país rico y próspero.

Hasta la década del 70, las deudas externas de los países latinoamericanos guardaban una baja proporción respecto a sus productos brutos y estaban mayormente concentradas en gobiernos y organismos multilaterales. De hecho, Argentina mostraba bajos niveles de endeudamiento: el total de la deuda externa pública y privada no superaba el 15% del producto bruto interno.

El problema de la deuda externa argentina se inició prácticamente durante la última dictadura militar. El golpe de estado cívico-militar, ocurrido el 24 de marzo de 1976, aplicó en el ámbito económico un profundo programa de ajuste. En 1977 se propiciaron un conjunto de reformas financieras que comprendieron el cambio del régimen de depósitos, la carta orgánica del Banco Central de la República Argentina y la Ley 21.526 de Entidades Financieras. Dichas reformas introducidas por el gobierno de facto eliminaron el rol de regulación de la autoridad monetaria central y admitieron todo tipo de operaciones por parte de las entidades financieras con excepción de las expresamente prohibidas. El endeudamiento se generaba por el diferencial de la tasa internacional a la cual se tomaban los créditos y la tasa interna de colocación de los fondos, y mayormente estaba dirigido al sector privado. A mediados de la década, la deuda alcanzaba los 8.000 millones de dólares. Hacia el final del período dictatorial, esa cifra trepó a 45.000 millones de dólares.⁽⁴⁵⁾

.....

(45) HANLON, JOSEPH, *op. cit.*, p. 31.

Con la devaluación de la moneda en 1981 y el incremento de las tasas de interés internacionales, el sistema estuvo al borde del colapso. El gobierno dictatorial decidió entonces hacer públicas las deudas privadas. Se implementó un seguro de cambio con tasas de interés fijas que, en un contexto inflacionario, significó la licuación de las deudas para el sector privado y, como se dijo, una transferencia de la carga de la deuda al sector público.⁽⁴⁶⁾

En relación a la deuda externa contraída por la dictadura militar, se iniciaron procesos judiciales contra el ex Ministro de Economía y otros funcionarios del régimen en base al origen ilegal de dichos empréstitos. Luego de 18 años de tramitación de una compleja causa, el juez federal Dr. Jorge Ballesteros sentenció el 13 de julio del 2000 que la deuda contraída entre 1976 y 1983 fue ilegal e ilegítima, es decir, odiosa y, por ende, que no debió pagarse por haber sido asumida por un gobierno de facto, utilizada para la violación de los derechos humanos de cientos de miles de personas.⁽⁴⁷⁾

Como fuera señalado en la sección precedente, con motivo de la crisis de la deuda desatada en la década de los años 80, muchos países recurrieron al FMI para solicitar asistencia financiera. Dicho organismo, junto con el Banco Mundial, otorgaron préstamos condicionados a la aplicación de Programas de Ajuste Estructural (PAE), los cuales comprendían la liberalización del mercado de capitales, la privatización de empresas estatales, la supresión de subsidios y la liberalización del comercio, entre otras.⁽⁴⁸⁾

En la historia del endeudamiento argentino, el Fondo Monetario Internacional ha tenido un rol central. En efecto, la Argentina y el FMI suscribieron entre 1958 y 2003 un total de 26 convenios de crédito.⁽⁴⁹⁾ Dichos acuerdos comprendían una serie de condicionalidades en materia macroeconómica para la efectivización de los desembolsos de los préstamos, cuyo cumplimiento era monitoreado por personal del FMI en las

(46) ALFIERI, MANUEL, "Cavallo y su rol en la estatización de la deuda privada en la dictadura", en *El Tiempo*, edición digital, 01/07/2010, [en línea] <http://tiempo.infonews.com/2012/07/01/investigacion-79817-cavallo-y-su-rol-en-laestatizacion-de-la-deuda-privada-en-la-dictadura-php>, consultado el 15/11/2014.

(47) HANLON, JOSEPH, *op. cit.*, p. 32.

(48) [En línea] <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/howlend.htm>

(49) Índice de Convenios celebrados entre la Argentina y el FMI, [en línea] <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/fmi/00-Indice.pdf>

misiones. En relación a la dictadura cívico-militar y en este mismo sentido, el Juez Ballesteros expresó:

La corresponsabilidad exacta y la eventual culpabilidad (particularmente del FMI y del Banco Mundial), deben ser establecidas, al igual que la de los acreedores, porque durante todo el período examinado (1976 a 1982) muchas misiones técnicas enviadas por el FMI visitaron nuestro país y analizaron la performance de la economía argentina.⁽⁵⁰⁾

Con la caída de la dictadura militar tuvieron lugar las primeras elecciones presidenciales democráticas desde la década del 70. El ganador fue el representante de la Unión Cívica Radical, Raúl Alfonsín. Es muy significativo recordar su primer discurso como Presidente de la Nación, en donde brindó un preciso diagnóstico de las circunstancias políticas, económicas y sociales en las que asumía el nuevo gobierno:

El estado en que las autoridades constitucionales reciben el país es deplorable y, en algunos aspectos, catastrófico, con la economía desarticulada y deformada, con vastos sectores de la población acosados por las más duras manifestaciones del empobrecimiento, con situaciones sociales que reflejan crudamente el impacto de la miseria, con un endeudamiento de insólito volumen y de origen muchas veces inexplicable, que compromete gran parte de los recursos nacionales para un largo futuro, con una inflación desbordada cuyos efectos son una verdadera afrenta para los hombres que producen y trabajan (...) tendremos que enfrentarnos, a partir de hoy, no solo a la tarea de corregirlos y eliminarlos para siempre, sino a la de echar los cimientos de la Argentina libre, grande, próspera, fraterna y generosa que queremos.⁽⁵¹⁾

El gobierno constitucional intentó, en principio, continuar con la política salarial expansiva iniciada durante la retirada militar y negociar una salida

.....

(50) HANLON, JOSEPH, *op. cit.*, p. 32.

(51) Discurso pronunciado ante el Honorable Congreso de la Nación el 10/12/1983. Los principales discursos de Alfonsín durante los años en los que ejerció la Presidencia del país se pueden consultar [en línea] <http://www.ucr.org.ar> y <http://lanic.utexas.edu/project/arl/pm/sample2/argentin/alfonsin/>

política al sobreendeudamiento. No obstante, en 1985 terminó por aceptar las reglas de los acreedores para renegociar la deuda externa, pero adoptó un programa heterodoxo de estabilización. El Plan Austral fue parte de este programa. Combinó medidas como el congelamiento de precios y salarios, la desindexación de la economía y la creación de una nueva moneda, con otras de corte ortodoxo que apuntaban a resolver los problemas estructurales de la economía como, por ejemplo, un excesivo gasto público, la emisión espuria de moneda, el proteccionismo y los subsidios.⁽⁵²⁾

Con respecto a la deuda externa, como ya dijimos algunos párrafos más arriba, se buscó la refinanciación de la deuda, que a cambio exigía por parte del FMI la adopción de políticas orientadas a un aumento en la capacidad inmediata de pago de los servicios de la deuda, es decir, establecer medidas de ajuste al gasto público, mayor recaudación impositiva y adquisición de nuevos créditos externos. Uno de los aspectos más graves de esta situación fue la inflación permanente que distorsionaba las condiciones de la economía y afectaba la propia capacidad del Estado para gobernar efectivamente la economía y la sociedad.⁽⁵³⁾ Finalmente, la hiperinflación de 1989 marcó el punto de inflexión del gobierno radical. La tasa de inflación que en promedio había alcanzado el 14% mensual en 1988, llegó a un máximo del 200% en 1989. Ello llevó al abandono temprano del gobierno de Alfonsín y el consiguiente ascenso de Carlos Menem en 1989 y, junto con él, la llegada del neoliberalismo más acérrimo a nuestro país.

El Plan de Convertibilidad de la Argentina de abril de 1991, que estableció una paridad entre el peso y el dólar, se elaboró sobre la base del "consenso" de Washington y con el propósito de lidiar con la hiperinflación que afectaba al país. En 1992, el gobierno de Carlos Menem negoció con el FMI el Plan Brady para refinanciar la deuda externa con una quita del 35% y un esquema que permitía reducir parte de los compromisos con los bancos privados. Si bien este plan permitió una reestructuración de la deuda externa, en los hechos significó un mayor endeudamiento porque los

(52) CALVENTO, MARIANA, *Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999*, 2007, p. 54, [en línea] www.eumed.net/libros/2007a/252/

(53) *Ibid.*

desembolsos que debió realizar la Argentina para la compra de garantías y pago de intereses fueron superiores al descuento de la deuda con los bancos. En definitiva, implicó un aumento en los pagos futuros generando una fuerte presión sobre los ingresos fiscales.⁽⁵⁴⁾

Desde fines de 2000 y durante 2001 se hicieron intentos de reestructuración de deuda para agotar todas las instancias: blindaje, megacanje y canje de préstamos garantizados (PGs). El primero, consistente en un paquete de asistencia financiera por casi 40.000 millones de dólares, que postergaba pagos de capital e intereses a efectos de aliviar la situación financiera del Estado y recuperar la confianza, tuvo un breve impacto positivo en la prima de riesgo, que duró hasta la llegada de nuevos indicadores de economía real. Estaba claro que la economía no funcionaba en las condiciones existentes: tasas internacionales crecientes, aumento constante del servicio de deuda sobre los ingresos fiscales y términos de intercambio desfavorables. En tanto el megacanje fue el plan por el cual se postergaron los vencimientos de diversas deudas. Como el canje de préstamos garantizados, resultaron esfuerzos infructuosos ya que no resultaron suficientes para evitar el default del año 2001.

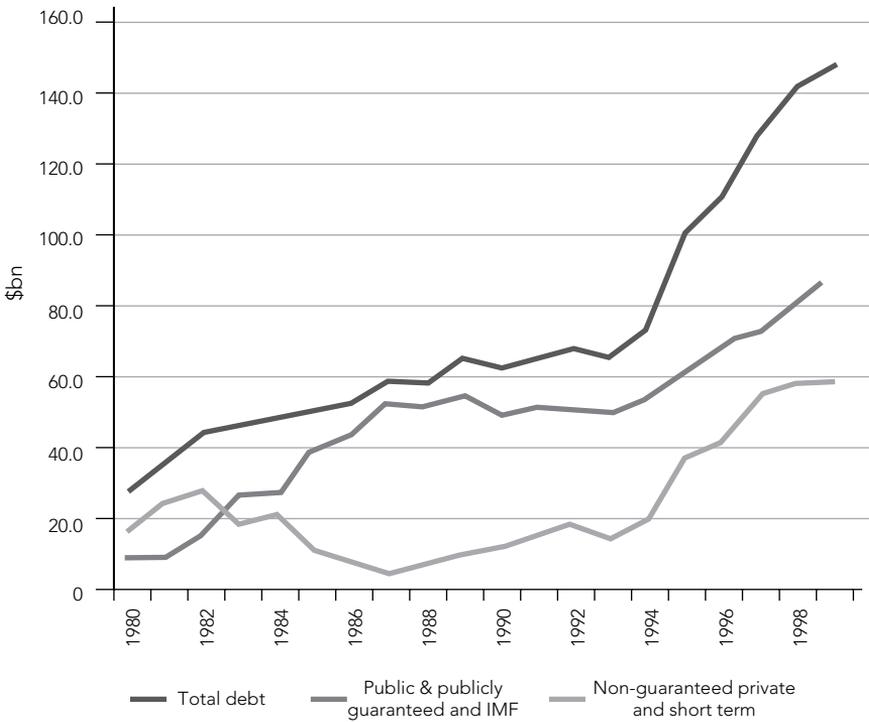
A todo esto contribuyó un nuevo enfoque que prevaleció en Washington a principios de 2001, luego del cambio de gobierno en los Estados Unidos y que fue trasladado al FMI: la teoría del riesgo moral.⁽⁵⁵⁾ Esta teoría, que años más tarde caería en el descrédito, implicó que la Argentina se quedara en ese momento sin respaldo financiero internacional.

Como lo muestra el siguiente gráfico, desde los años 80 la deuda externa no cesó su aumento, incrementándose exponencialmente con las políticas neoliberales de la década menemista, en un gobierno elegido de manera absolutamente democrática y con pleno funcionamiento de todos los órganos y poderes de gobierno.

(54) LARROSA, JUAN M., "El Plan Brady: un enfoque del caso argentino", 1994, p. 10, [en línea] <http://jlarrosa.tripod.com/files/brady.pdf>, consultado el 15/11/2014.

(55) Se entiende por "riesgo moral" a situaciones en las que un individuo tiene información privada acerca de las consecuencias de sus propias acciones y sin embargo son otras personas las que soportan las consecuencias de los riesgos asumidos. El riesgo moral nos informa de cómo los individuos asumen en sus decisiones mayores riesgos cuando las posibles consecuencias negativas de sus actos no son asumidas por ellos, sino por un tercero.

IMAGEN 2. ARGENTINA DEBT STOCK



Sin embargo, durante la década previa al *default* la Argentina fue la favorita del FMI. Incluso en 1998 el entonces director gerente del FMI, Michel Camdessus, presentaba a la Argentina como un ejemplo en la Asamblea Anual del Fondo, en los siguientes términos: “Entonces claramente la Argentina tiene una historia que contarle al mundo: una historia sobre la importancia de la disciplina fiscal, de cambio estructural, y de política monetaria rigurosamente mantenida”.⁽⁵⁶⁾

El FMI brindó asistencia técnica y financiera durante toda la década del 90 hasta agosto de 2001, tres meses antes del *default* y el Estado nacional cumplió con todas las recetas de esos organismos.

Las dificultades sufridas por los países endeudados que debieron caer en moras e incumplimientos del pago de deuda soberana mostraron la

.....

(56) Discurso de Michel Camdessus en octubre de 1998.

capacidad limitada del FMI para prevenir o responder ante las crisis financieras (esto si tuviéramos la intención de creer que el FMI considera al menos que debe prevenir o responder ante las crisis). Los préstamos del FMI durante los 90 tampoco fueron suficientes para permitir que un país que se encontraba en cesación de pagos reestructure sus obligaciones completamente y vuelva a ingresar a los mercados financieros.

El economista Joseph Stiglitz, Nobel de Economía en el año 2001 y experto con amplia experiencia en materia de deuda soberana, escribió un artículo a los pocos días de producirse la devaluación argentina, anticipándolo:

El FMI intentará por todos los medios desviar la culpa: habrá acusaciones de corrupción y se dirá que la Argentina no adoptó las medidas necesarias. Por supuesto, el país necesitaba llevar adelante otras reformas, pero seguir el consejo del FMI de aplicar políticas de ajuste del gasto solo empeoró las cosas.⁽⁵⁷⁾

4.2 | Reestructuración de deuda. Fondos Buitre

En mayo de 2008, el Banco Mundial publicó un informe denominado “El concepto de deuda odiosa: algunas consideraciones”.⁽⁵⁸⁾ En él se le propone a los Estados que eviten declarar “odiosas” sus deudas y elijan el camino intermedio: la reestructuración de las mismas. Según el informe, de esta manera, los Estados deudores podrían mantener una buena relación con sus acreedores.⁽⁵⁹⁾

Según el experto Bohoslavsky, el informe pareciera sugerir que la verdadera razón detrás de la calificación como “odiosas” de sus deudas por parte de los Estados es su incapacidad de pago, lo que permite poner en tensión la relación entre esta última situación y la “odiosidad”. Bohoslavsky entiende que la capacidad —o no— de pago de una deuda es un problema esencialmente económico regulado por leyes de quiebra e insolvencia. Los objetivos detrás de la declaración de deuda odiosa son de una naturaleza totalmente distinta —aunque perfectamente compatibles— y,

.....
(57) STIGLITZ, JOSEPH, “Las lecciones de la Argentina”, en *El País*, Madrid, 10/01/2002.

(58) NEHRU, VIKRAM y THOMAS, MARK, *op. cit.*

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

por lo tanto, no pueden reemplazarse por herramientas de insolvencia.⁽⁶⁰⁾
En palabras del autor:

Por ende, los conceptos legales de deuda odiosa, por un lado, y reestructuración de deuda, por el otro, apuntan a objetivos muy diferentes y no son intercambiables. De hecho, el proceso de insolvencia es compatible con la idea de deuda odiosa y lo incorpora incluyendo un mecanismo que evalúa si alguna deuda que forma parte de los procedimientos de insolvencia es odiosa y, por ende, que sea excluida de la recaudación.⁽⁶¹⁾

Coincidimos en un 100% con el autor cuando sostiene que los reclamos de cumplimiento de deuda pueden verse —y de hecho, lo hacen— afectados cuando dicho pago resulta en violaciones de derechos sociales (humanos), por lo menos en la medida en que el hecho de pagarla podría causar estas violaciones.⁽⁶²⁾ Justamente, estas consideraciones toman especial relevancia en los contextos de reestructuración de deuda que han sido aceptados por la gran mayoría de los acreedores pero rechazados por un grupo por no aceptar la reducción de los montos adeudados, decidiendo demandar al Estado deudor una vez que la situación económica del mismo mejora y el estado de necesidad no puede ser invocado. Tal el caso actual de Argentina. Los llamados “fondos buitres” o “*hold out*” que actualmente reclaman el pago de la deuda “defaultada” por nuestro país en 2001 por no haber entrado a ninguno de los canjes (ni en 2005 ni en 2010) lo hacen desentendiéndose de los efectos profundamente perjudiciales que podría acarrear su pago a la población argentina, reeditando un escenario ya experimentado allá por 2001.

El propio FMI estudió la posibilidad de crear un mecanismo específico para la reestructuración de deudas. Sin embargo, Estados Unidos rechazó brindar apoyo para tal iniciativa. En contrapartida, propuso centrar la atención en la modificación de los términos de los bonos públicos emitidos por los Estados para que puedan ser reestructurados en reemplazo de acciones colectivas de los tenedores de deuda.⁽⁶³⁾

(60) BOHOSLAVSKY, JUAN P. y MICHALOWSKI, SABINE, *op. cit.*, pp. 20/21.

(61) *Ibid.*, p. 22. La traducción nos pertenece.

(62) *Ibid.*

(63) RASMUSSEN, BOB, “*Sovereign debt restructuring, odious debt, and the politics of debt relief*”, 2007, pp. 7/8 [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984002, consultado el 15/11/2014.

El paso más actual dado en la materia y a raíz del caso argentino con los “fondos buitres” en los tribunales de Nueva York ha sido la flamante resolución 68/304 de la Asamblea General de Naciones Unidas,⁽⁶⁴⁾ en donde se reconoció el “carácter altamente especulativo de las actividades” de los mismos, constituyendo un peligro para todos los procesos futuros de reestructuración de la deuda, tanto para los países en desarrollo como para los desarrollados. En virtud de este documento, la comunidad internacional se comprometió a elaborar y aprobar en su próximo período de sesiones, “un marco jurídico multilateral para los procesos de reestructuración de la deuda soberana con miras a aumentar la eficiencia, la estabilidad y la previsibilidad del sistema financiero internacional, y lograr un crecimiento económico sostenido, **inclusivo** y equitativo y el desarrollo sostenible”. Este hecho de notable trascendencia para nuestro país, para los países históricamente deudores y vulnerados por los grandes centros financieros y grupos especulativos, demuestra entonces un avance en la desaprobación de este tipo de prácticas abusivas, extorsivas y, sobre todo, odiosas.

Pero aún más relevante a nuestros fines, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas reconoció en la resolución 27/30⁽⁶⁵⁾ del pasado 3 de octubre la estrecha relación que existe entre la deuda externa, la actividad de los “fondos buitres” y el perjuicio indiscutible que estos provocan en el goce y ejercicio de los derechos humanos. En palabras del mismo Consejo:

Afirmando que la carga de la deuda contribuye a la extrema pobreza y el hambre y es un obstáculo para el desarrollo humano sostenible, la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el derecho al desarrollo y es, por ende, un impedimento grave para la efectividad de todos los derechos humanos (...) Teniendo en cuenta el hecho de que los fondos buitres, mediante el recurso a los tribunales y otros medios, obligan a los países endeudados a desviar recursos financieros ahorrados con la cancelación de la deuda y reducen los efectos del alivio de la deuda para esos países, o atenúan sus posibles beneficios, y por ende, socavan la capacidad de los gobiernos de garantizar el pleno goce de los derechos humanos de la población.

(64) ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, resolución 68/304, 17/09/2014, [en línea] <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/68/304>, consultado el 15/11/2014.

(65) CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, resolución 27/30, 03/10/ 2014, [en línea] http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/RES/27/30, consultado el 15/11/2014.

Estos importantes reconocimientos de parte de uno de los principales órganos de Naciones Unidas en materia de derechos humanos nos da la indiscutible pauta acerca de la necesidad de repudiar no solo el accionar de estos grupos financieros especulativos, sino también de la deuda que adquirieron. De hecho, la resolución finaliza condenando las actividades de los fondos buitres por los efectos negativos que el reembolso de la deuda a esos fondos tiene sobre la capacidad de pago de los gobiernos de cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo.

4.3 | Deuda odiosa en democracia. Impacto en los derechos humanos de la población

Los efectos devastadores de las políticas económicas pergeñadas entre el FMI y los gobiernos adictos provocaron en el año 2001 una crisis sin precedentes cuyas consecuencias más terribles recayeron sobre los ciudadanos.

Entre los primeros estudios sobre las consecuencias de la crisis en la población, la Cepal publicó en el año 2003 el informe “El impacto de la crisis argentina en el bienestar de los hogares”,⁽⁶⁶⁾ donde presenta los resultados de una encuesta⁽⁶⁷⁾ especialmente realizada para evaluar los efectos de la crisis económica sobre el bienestar de la población. Específicamente, la encuesta fue diseñada para identificar cambios en los ingresos, los patrones de consumo, de ahorro y de pago, la participación en el mercado laboral y la dependencia de mecanismos de contención social formales e informales.

Para mayo de 2002, el desempleo había llegado al 21,50%, un aumento del 8% respecto de 1998, año en que comenzó la crisis. Otro 19% de la población estaba subempleada. De las devastadoras consecuencias de la crisis en el ámbito del empleo, el informe advierte la importante caída en la industria de la construcción, clave para la mano de obra no calificada, de un 25% con respecto al último trimestre del 2001.

(66) FISZBEIN, ARIEL, GIOVAGNOLI, PAULA I., y ADÚRIZ, ISIDRO, “El impacto de la crisis argentina en el bienestar de los hogares”, en *Revista de la CEPAL*, n° 79, 2003, pp. 151/167, [en línea] <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/19364/fiszbein.pdf>, consultado el 15/11/2014.

(67) La encuesta fue realizada por Opinión Pública, Servicios y Mercados (OPMS).

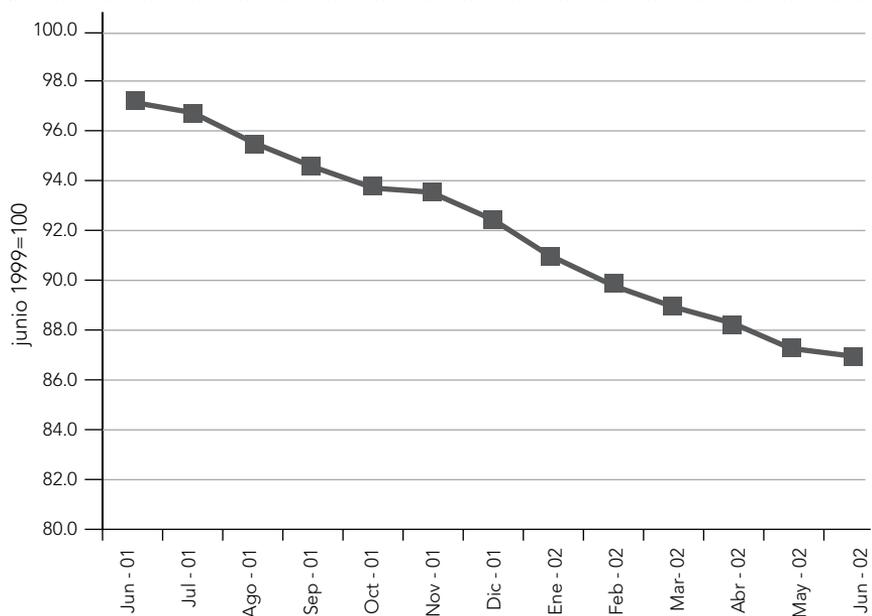
TABLA 1. ARGENTINA: EMPLEO, MAYO/JUNIO DE 2002 (%)

	mayo/junio de 2002	octubre de 2001
Tasa de empleo	29,90	31,10 ^a
Tasa de actividad	39,80	39,80 ^a
Tasa de desocupación	24,90	22 ^a
Tasa de desocupación (EPH)	21,50	18,30

^a Sobre la base de información retrospectiva provista por los resultados

La Encuesta de Indicadores Laborales del Ministerio de Trabajo de la Nación también dio cuenta del deterioro en el empleo del sector formal, estimando que tuvo una caída del 7,40% desde octubre de 2001, y del 10,50% desde junio de 2001.

IMAGEN 3. GRAN BUENOS AIRES: EVOLUCIÓN DEL EMPLEO FORMAL



Por su parte, la inseguridad laboral estuvo acompañada de un retroceso significativo en la cobertura social. La porción de la población con derecho a jubilaciones se redujo de 71% en 1992 a 56% diez años más tarde.⁽⁶⁸⁾

El nivel de pobreza en la población urbana aumentó al 52,90% y el nivel de indigencia alcanzó el 23,20%.

(68) UNICEF, "Efectos de la crisis en Argentina...", *op. cit.*, consultado el 15/11/2014.

TABLA 2. ARGENTINA: ÍNDICES DE POBREZA, JUNIO DE 2002 (% DE INDIVIDUOS)

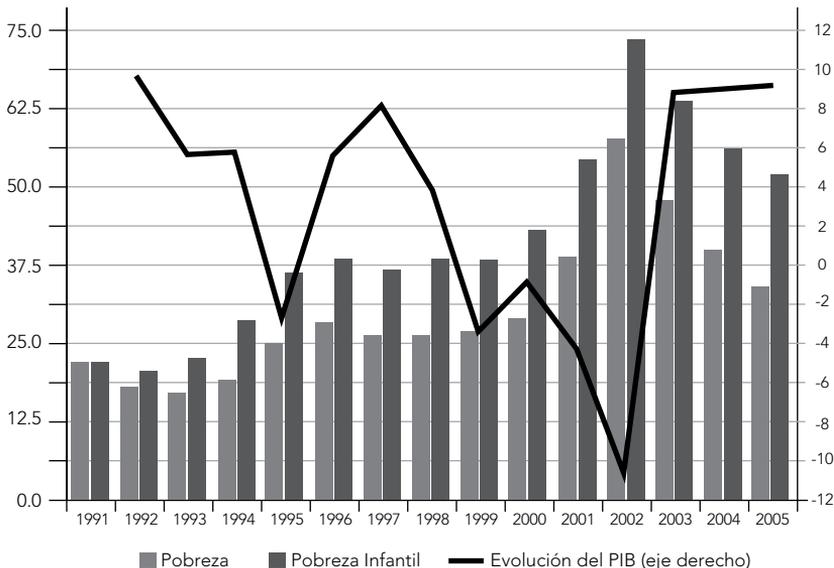
	Encuesta del Banco Mundial junio 2002	Encuesta Permanente de Hogares (EPH)	
		mayo 2002	octubre 2001
Pobreza	53,70	53	38,30
Indigencia	23,80	24,80	13,60
PPA (1 dólar)	9,90	9,50	7,50
PPA (2 dólares)	24,60	20,80	17,10

TABLA 3. ARGENTINA: ÍNDICES DE POBREZA POR ÁREAS, JUNIO DE 2002 (% DE INDIVIDUOS)

	Urbana	Rural
Pobreza	52,90	72,60
Indigencia	23,20	40,10

Con una mirada más global, el siguiente gráfico muestra el aumento estrepitoso de la pobreza entre los años 1992 y 2005:

IMAGEN 4.



Fuentes: Estimaciones de Unicef en base a datos de la Encuesta Permanente de Hogares (Indec) y de la Dirección Nacional de Cuentas Nacionales.

Aclaraciones: Entre 1991 y 2000 los datos de pobreza corresponden solo al Gran Buenos Aires (GBA). A partir de 2001 se trata del total del país. Los datos de 2001 y 2002 corresponden a las ondas de octubre y desde el 2003 en adelante (relevamiento continuo) se trata de los segundos semestres.

A los fines de desagregar estos números, la encuesta inquirió sobre los efectos de la crisis en los ingresos de las familias, solicitándoles a los encuestados que indicaran si sus ingresos habían bajado, subido o se habían mantenido con respecto a octubre de 2001. Casi el 50% de los hogares informó una reducción de los ingresos nominales:

TABLA 4. ARGENTINA: CAMBIOS EN LOS INGRESOS

Con respecto a octubre de 2001	%
Aumentaron	8
Sin cambios	43,40
Se redujeron	48,60

Asimismo, la encuesta indica un considerable aumento de la participación en diferentes formas de protestas sociales, pasando del 7,60% antes de octubre de 2001 al 16,20%.

TABLA 5. ARGENTINA: PARTICIPACIÓN EN PROTESTAS SOCIALES
(% DE HOGARES PARTICIPANTES)

Quintiles	I	II	III	IV	V	Total	Total antes de octubre 2001
	11,40	12,60	17,50	17,50	22	16,20	7,60

En el caso de los servicios de salud, desde comienzos del 2002 empiezan a evidenciarse dificultades dentro de los sistemas de obras sociales y los de salud pública. Aproximadamente, un 38% de los encuestados experimentaron algún cambio en su cobertura de salud. De estos, el 40% pasó a una cobertura menor. Más del 60% perdió totalmente su cobertura.

TABLA 6. ARGENTINA: CAMBIOS EN LA COBERTURA MÉDICA
(% DE LOS INDIVIDUOS QUE EXPERIMENTARON UN CAMBIO DE COBERTURA)

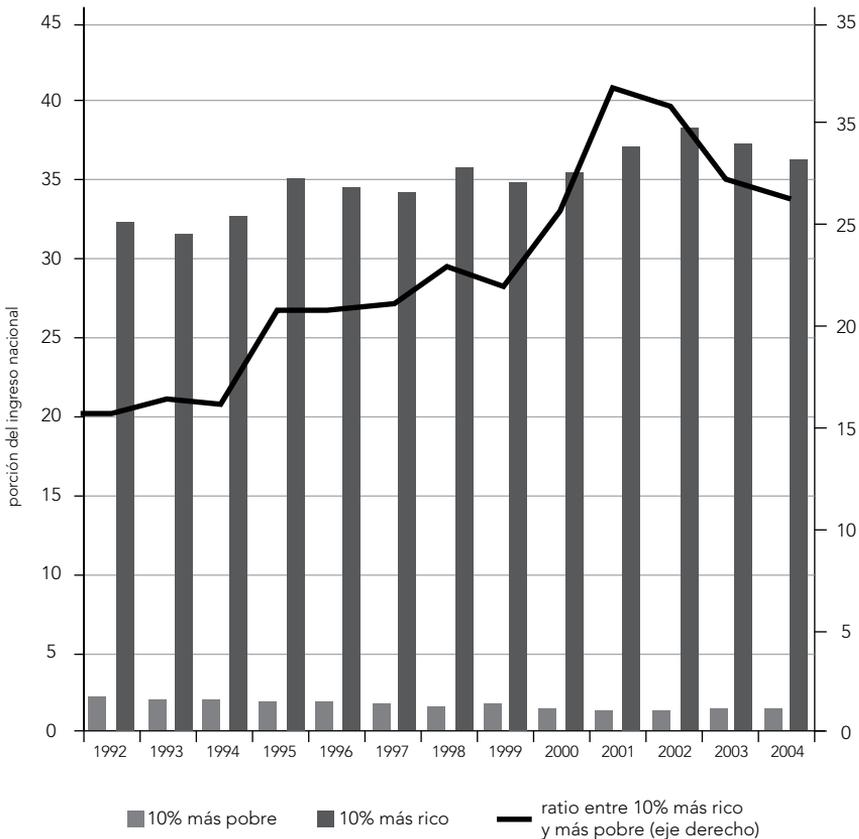
Quintiles	I	II	III	IV	V	Total
Pérdida de toda forma de cobertura	76	61,10	78,60	52,60	33,60	61,40
Cambio de cobertura	24	38,90	21,40	47,40	66,40	38,70

Cerca del 23% de los hogares informó que por lo menos un miembro había experimentado la falta de acceso a servicios de salud mientras que tres cuartos de ellos expresaron que se debía a falta de dinero para pagar los medicamentos, los costos de transporte y las cuotas. De los hogares con

niños menores de 12 años, un 37% informó que redujeron la frecuencia con la que llevaban a sus hijos a los controles médicos. En este mismo período, el 60% de los niños y niñas no tuvieron acceso a los servicios de salud y al pleno desarrollo personal.⁽⁶⁹⁾

Como si hiciera falta algún elemento más y aunque sea difícil de aceptar, aquí presentamos un gráfico que evidencia los niveles inconmensurables de desigualdad entre la población de nuestro país durante el neoliberalismo y luego de la crisis del 2001:

IMAGEN 11. DESIGUALDAD EN ARGENTINA, 1992-2004



Fuente: Centro de Estudios Distributivos, Laborales y Sociales de la Universidad Nacional de la Plata —Cedlas— (2005): *Monitoring Socio-Economic Conditions in Argentina, Chile, Paraguay and Uruguay, Argentina*.

(69) *Ibid.*

5 | Conclusiones

Intentemos ahora relacionar todos los temas revisados hasta el momento desde un prisma focalizado en Argentina: deuda odiosa, el rol del FMI, deuda externa argentina, la reestructuración de deuda soberana y la posibilidad de repudio de la misma en tanto está plagada de odiosidad por donde se la mire.

¿Qué entendemos por deuda odiosa? En términos clásicos, la deuda contraída sin el consentimiento de la población del país prestatario, para objetivos que no beneficiaron y hasta directamente perjudicaron a esa población y, cuando los prestamistas hayan tenido conocimiento de alguna de esas dos circunstancias. Generalmente, su estudio ha estado circunscrito a regímenes autoritarios, dictatoriales o a contextos de conflicto armado. Teniendo presente que esta no es una doctrina universalmente aceptada por diversos motivos ya referenciados en la primera parte del presente trabajo, nosotras proponemos ampliar su estructura e incluir la odiosidad de una deuda cuando su pago implique el empobrecimiento de la población, cuando haya sido contraída por gobiernos evidentemente corruptos y cuando la adquisición de la deuda y/o su cumplimiento impliquen violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos. Todas estas situaciones han encontrado espacio y legitimidad en gobiernos democráticamente elegidos.

¿Cómo negar el rol, en las deudas odiosas democráticas, de las instituciones financieras internacionales? El Fondo Monetario Internacional ha tenido tanto que ver en la génesis de estas nuevas “deudas odiosas” que obviar su papel hubiera sido una grosera falta a la verdad. Los gobiernos latinoamericanos de las décadas de los 80 y 90, asediados por las crisis dejadas por los gobiernos dictatoriales, no hicieron más que favorecer los falsos “consensos” que bajaban desde EEUU para cumplir con “recetas” que solo provocaron la pérdida de nuestros bienes soberanos, la devastadora precarización de nuestros pueblos y los “ajustes” que generaron solo más ajuste.

Cuando focalizamos en el caso argentino, debemos considerar que —sumándose a la nacionalización de deuda realizada por el gobierno militar— el primer gobierno democrático post dictadura cívico-militar nacionalizó más de 10 billones de dólares de deuda privada, liberando

a los bancos del riesgo de ser responsabilizados por sus préstamos corruptos. Durante la década siguiente (los 90), las continuas renegociaciones de deuda llevaron la deuda externa de 46 billones de dólares a 65 billones de dólares. Como vimos en la tercera parte del trabajo, gran parte de esta deuda fue contraída por el régimen militar pero la deuda externa fue incrementándose estrepitosamente en el marco de gobiernos elegidos democráticamente. Es así que parte de la doctrina entiende que los préstamos contraídos por el Estado argentino en la década del 90 deben considerarse, de mínima, "inaceptables".⁽⁷⁰⁾ La principal razón que encuentran para tal aseveración es, por un lado, la odiosidad proveniente de la dictadura cívico-militar, y por el otro, que dichos préstamos constituyeron un esquema piramidal⁽⁷¹⁾ gigantesco promovido por el FMI (desde la dolarización de la economía, las condicionalidades establecidas, hasta los préstamos otorgados por los bancos privados). Para muchos Estados, estos esquemas son considerados fraudulentos e ilegales (por ejemplo, EEUU, Francia, Alemania, Canadá, etc.).

Entonces, los gobiernos argentinos post dictadura "heredaron" deuda comprobadamente odiosa por dictatorial, la incrementaron mediante mecanismos y sistemas que también caen dentro de esta categoría (esquema piramidal, préstamo que empobreció a la población, en algunos casos otorgados a sabiendas de la incapacidad de devolución del país) hasta llegar al *default* del año 2001 y las consecuentes reestructuraciones de los años 2005 y 2010.

Estamos convencidas de que uno de los factores determinantes de la odiosidad de la deuda contraída desde el regreso de la democracia en el año 1983 en nuestro país es el impacto que ha tenido en el ejercicio y goce de los derechos humanos de todas las personas que habitan el territorio argentino. No solo el cumplimiento de las recetas neoliberales, sino también la persecución a la que está siendo sometido nuestro Estado por los "fondos buitres" han atentado y atentarán indefectiblemente contra nuestros derechos humanos, tal como —a pesar de las críticas que puedan

.....
(70) HANLON, JOSEPH, *op. cit.*, p. 34.

(71) En economía se conoce como pirámide o estafa piramidal a un esquema de negocios que se basa en que los participantes recomienden y capten (refieran) a más clientes con el objetivo de que los nuevos participantes produzcan beneficios a los participantes originales. Estas pirámides son consideradas estafas o timos.

realizarse— lo demuestran las estadísticas someramente mostradas en la última parte el trabajo.

Ninguna deuda puede contraerse a costos tan altos para la población. Y si se hace, debe repudiarse por odiosa. Valga este trabajo como nuestra propuesta.

Control de convencionalidad difuso y diálogo jurisprudencial en la Argentina⁽¹⁾

por **NADIA SOLANGE AGUAYO**⁽²⁾

“A propósito del control de convencionalidad realizado por la justicia ‘interamericana’ de la Ciudad de Buenos Aires (...) El desarrollo (...) de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales”⁽³⁾

I | Introducción

A diferencia de lo que ocurre con el llamado control externo de convencionalidad, cuyos contornos y bases de legitimidad son casi unánimemente aceptados por la doctrina, el control interno de convencionalidad ha sido

(1) Este trabajo es complementario de AGUAYO, NADIA S., “Los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno”, en *Revista Derechos Humanos*, Bs. As., Ediciones Infojus, año III, n° 8, p. 51.

(2) Abogada (UBA). Jefa del Departamento de Sumarios, Ministerio Público de la Defensa, CABA. Docente (UBA y UP).

(3) CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, 26/11/2010, serie C, párr. 26, voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. La cita remite a la sentencia del juez

objeto de múltiples definiciones y apreciaciones, que van desde sostener su total acierto hasta afirmar que toda su evolución ha sido un error.⁽⁴⁾

Por nuestra parte, adherimos a la posición de quienes celebran la evolución del concepto y quisiéramos contribuir, con este humilde aporte, a la tarea de concientización y promoción emprendida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y seguida por la doctrina mayoritaria. Con ese objetivo, partiendo de la jurisprudencia de dicho tribunal, formularemos algunas precisiones en torno al concepto y otras tantas consideraciones respecto a los efectos que trae aparejada su adopción por los Estados.

En particular, sostendremos que las reglas que al respecto ha ido delineando la Corte IDH constituyen los estándares mínimos exigibles a los Estados americanos para la salvaguarda de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y los demás tratados sobre derechos humanos aplicables en la región.

En ese sentido, debemos recordar que en otra oportunidad ya hemos señalado que la aplicación de los tratados en el ámbito interno de los Estados requiere de la adopción de una serie de medidas internas vinculadas con su **incorporación**, su **jerarquización** y su **interpretación**.⁽⁵⁾

Puntualizamos en aquella ocasión que, no obstante esas medidas son decisiones propias del derecho doméstico, el orden internacional exige un estándar mínimo que deben respetar los Estados al regular estas cuestiones para no incurrir en responsabilidad internacional. Por último, afirmamos que las medidas que en concreto adopte cada Estado denota su actitud frente a los compromisos internacionalmente asumidos y su predisposición a hacer efectivos los derechos reconocidos en los tratados y que refleja, además, el grado de integración entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

.....

Pablo Mántaras, JCONT., ADM. Y TRIBUT. N° 3, CABA, "P., W. J. c/ GCBA sobre amparo (art. 14 CABA)", que obtuvo el primer lugar en "Justicia y Convencionalidad", [en línea] <http://iidh.ed.cr/IIDH/media/2717/sentencias-ganadoras.pdf>

(4) CASTILLA JUÁREZ, KARLOS, "Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 51/97.

(5) AGUAYO, NADIA S., "Los tratados internacionales...", *op. cit.*

Ahora nos interesa precisar el contenido de los estándares que el sistema interamericano prevé en relación con la **interpretación** de los tratados. Al respecto, señalaremos a modo introductorio que es posible identificar dos reglas vinculadas a la interpretación de las disposiciones de un tratado: por un lado, un criterio hermenéutico que prescribe el valor que corresponde asignar a las interpretaciones efectuadas por los órganos de monitoreo y control de esos tratados y, por otro, el cumplimiento de un mecanismo idóneo para controlar —lo que se ha denominado— su “supremacía”.

A continuación analizaremos el grado de adecuación del Estado argentino a esos estándares mínimos o, lo que es lo mismo, el grado de integración de nuestro derecho interno con el sistema interamericano. Finalmente, abordaremos la trascendencia del fallo en comentario a la luz de todas estas cuestiones.

2 | Estándares internacionales para la aplicación de los tratados

Antes de introducirnos en el objeto específico de este trabajo —el análisis del control de convencionalidad como estándar mínimo aplicable en materia de **interpretación** de tratados—, sintetizaremos los estándares internacionales en materia de **incorporación** y **jerarquización** de tratados, con particular referencia al sistema de la CADH.

2.1 | Estándar internacional para la incorporación de los tratados

En relación con la primera cuestión, hemos señalado⁽⁶⁾ que, conforme el derecho internacional —específicamente, de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados (en adelante, la Convención de Viena)—⁽⁷⁾ los tratados son obligatorios una vez que culmina su —largo— proceso⁽⁸⁾ de celebración⁽⁹⁾ llevado a cabo

(6) *Ibid.*

(7) Suscripta en 1969, ratificada, en vigor desde el 27/01/1980.

(8) Reglamentado por la Convención de Viena, que recoge una norma consuetudinaria.

(9) Que comprende una etapa de negociación, firma (autenticación del texto) y ratificación (o adhesión, en el caso de los Estados que no participaron de la negociación).

en sede internacional;⁽¹⁰⁾ es decir, cuando se produce su entrada en vigor. Esta, a su vez, reconoce dos momentos que deben tenerse en cuenta para determinar la fecha exacta en que el tratado es obligatorio para cada Estado. El tratado adquiere “vigor general” cuando se cumplen las condiciones objetivas que el propio pacto prevé (usualmente, un número determinado de ratificaciones) o bien, cuando —en ausencia de previsión expresa— todos los Estados negociadores⁽¹¹⁾ lo han ratificado. A partir de entonces, el tratado entra en vigencia. No obstante, también debe verificarse, en relación a cada Estado, si a su respecto el tratado tiene “vigor particular”. Porque puede ocurrir que algunos Estados lo ratifiquen con posterioridad (lo cual usualmente ocurre, debido a que con un mínimo número de ratificaciones el tratado ya entra en vigencia). En tal caso, respecto de ellos, el tratado entrará en vigor particular en el momento en que lo ratifiquen o adhieran a él.⁽¹²⁾ De todo lo cual se deduce que, respecto de un Estado determinado, su exigibilidad podrá coincidir o no con la entrada en vigor general del tratado. Ello dependerá del momento en que ese Estado lo ratifique —es decir, antes o después de su entrada en vigor general—.

2.2 | Estándar interamericano para la incorporación de los tratados

En ese sentido, la CADH, adoptada en 1969, previó que su entrada en vigor se produciría “[t]an pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión”.⁽¹³⁾ Por tal motivo,

(10) Generalmente convocados por una organización internacional, que tiene a su cargo la dirección del proceso.

(11) Se entiende por “Estado negociador” un Estado que ha participado en la elaboración y adopción del texto del tratado (art. 1º e, Convención de Viena).

(12) Art. 24, Convención de Viena: “Entrada en vigor. 1. Un tratado entrará en vigor de la manera y en la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores. 2. A falta de tal disposición o acuerdo, el tratado entrará en vigor tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado. 3. Cuando el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se haga constar en una fecha posterior a la de la entrada en vigor de dicho tratado, éste entrará, en vigor con relación a ese Estado en dicha fecha, a menos que el tratado disponga otra cosa...”. La distinción se debe a que solo “ratifican” los Estados negociadores, mientras que “adhieren” aquellos que no hubieran participado en la negociación y que, no obstante —y siempre que el tratado esté abierto a la adhesión de nuevos Estados— decidan obligarse por él.

(13) Art. 74 CADH: “1. Esta Convención queda abierta a la firma y a la ratificación o adhesión de todo Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos. 2. La ratificación

entró en vigor general el 18 de julio de 1978; es decir, cuando el onceavo Estado negociador depositó su instrumento de ratificación.

Asimismo, estableció que “respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión”.⁽¹⁴⁾

2.3 | Estándar internacional para la jerarquización de los tratados

Del mismo modo, el derecho internacional provee un estándar para la jerarquización de los tratados frente al derecho interno. En ese sentido, aún antes de la Convención de Viena, existía una costumbre internacional que establecía la preeminencia del primero por sobre el derecho doméstico. Esa norma consuetudinaria fue cristalizada por la citada Convención y por la Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 1970.

Todas esas normas internacionales disponen la preeminencia de los tratados por sobre toda norma interna, sin dejar margen a los Estados para distinguir entre las disposiciones de la propia Constitución y las infraconstitucionales.

Así, el art. 27 CADH, establece: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, mientras la Resolución 2625/XXV, enuncia: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas del derecho internacional generalmente reconocidos”.

.....

de esta Convención o la adhesión a la misma se efectuará mediante el depósito de un instrumento de ratificación o de adhesión en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Tan pronto como once Estados hayan depositado sus respectivos instrumentos de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor. Respecto a todo otro Estado que la ratifique o adhiera a ella ulteriormente, la Convención entrará en vigor en la fecha del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión. 3. El Secretario General informará a todos los Estados miembros de la Organización de la entrada en vigor de la Convención”.

(14) Ver nota al pie anterior.

Además, el proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, prevé categóricamente que “[e]l Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente” (art. 32 —titulado “Irrelevancia del derecho interno”—).

En conjunto, estas previsiones permiten sostener que, en materia de jerarquía de tratados, el estándar internacional prescribe su primacía por sobre los ordenamientos internos de los Estados.

2.4 | Estándar interamericano para la jerarquización de los tratados

En particular, el art. 2º CADH establece: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a **adoptar**, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias** para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Con fundamento en tales disposiciones, la Corte IDH ha sostenido:

... los principios de derecho internacional relativos a la Buena Fe y al Effet Utile, que involucra a su vez al principio Pacta Sunt Servanda, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,⁽¹⁵⁾ los alcances interpretativos

(15) CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-14/94, “Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1º y 2º Convención Americana Sobre Derechos Humanos)”, 09/12/1994, serie A nº 14.

de los artículos 1⁽¹⁶⁾ y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconvencional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de 'buena fe' y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁽¹⁷⁾

Por último, se afirmó que "la obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido".⁽¹⁸⁾ Todo lo cual, ha llevado a afirmar que "de alguna manera se configura también una 'supremacía convencional'".⁽¹⁹⁾

En síntesis, de acuerdo con los estándares internacionales mínimos en materia de **incorporación** y **jerarquización** de la Convención, su aplicación ha sido exigible desde 1978 y desde entonces ha tenido "supremacía" respecto de todas "disposiciones de (...) derecho interno" de "cada Estado parte".

.....

(16) [Art. 1º, CADH: "Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"].

(17) CORTE IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores...", fallo cit., párr. 59.

(18) *Ibid.*, voto razonado como juez *ad hoc*, párr. 60.

(19) *Ibid.*, párr. 21.

3 | Interpretación de los tratados⁽²⁰⁾

Por su parte, los estándares internacionales⁽²¹⁾ relativos a la **interpretación** de los tratados, derivan directamente de los dos aspectos antes señalados.

Así, por un lado, la creación de una norma —esto es, su incorporación a un determinado sistema— supone siempre su ulterior interpretación. De allí que todo sistema jurídico designe a uno o más intérpretes con autoridad para establecer, con carácter obligatorio, **qué dicen o qué quieren decir** esas normas. En segundo lugar, el reconocimiento de una supremacía, necesariamente, viene acompañado o va sucedido por el establecimiento de algún mecanismo de control que opera como garantía “procesal” de esa supremacía.

En ese sentido, en general, los tratados internacionales crean o señalan —con distintos matices en sus competencias— algún órgano u organismo

.....

(20) Como afirma Florentín Meléndez: “La interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y su coherente aplicación en el derecho interno es una tarea que resulta no ser tan fácil y sencilla. En ello han incidido fundamentalmente la falta de formación jurídica de los operadores judiciales en materia de derecho internacional de los derechos humanos y derecho de los tratados, pero también el temor de interpretar y aplicar principios, normas y disposiciones que no tienen como fuente directa el derecho interno”. MELÉNDEZ, FLORENTÍN, *Instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la administración de Justicia, Estudio Constitucional Comparado*, Universidad del Rosario y Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2012, p. 131.

(21) Meléndez también menciona, entre los principios fundamentales de interpretación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, los siguientes: a) El principio de buena fe (*pacta sunt servanda*), según el cual los Estados deben cumplir sus compromisos internacionales de buena fe, incluyendo por supuesto las obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos, contraídos al interior de las organizaciones internacionales a las que pertenecen. b) La primacía del texto del tratado, según el cual los Estados deben otorgar a los términos de un tratado el sentido claro y corriente que haya de atribuírseles. No está permitido a los Estados, por lo tanto, interpretar todo aquello que no necesita interpretación por la manifiesta claridad de sus términos. Según el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, “es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que la interpretación así dada conduzca a resultados irrazonables o absurdos”. c) El objeto y fin del tratado. En toda circunstancia los Estados deben interpretar y cumplir los tratados internacionales puestos en vigor tomando en cuenta su objeto y fin, que constituye la guía de actuación de las Partes contratantes. Por lo tanto, la interpretación teleológica de los tratados debe imperar en toda circunstancia. Este ha sido un criterio constante en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entre las reglas complementarias de interpretación se pueden citar los trabajos preparatorios y las circunstancias de celebración del tratado, que hacen referencia a la interpretación histórica de este. MELÉNDEZ, FLORENTÍN, *Instrumentos internacionales...*, op. cit., p. 135.

al que se le encomienda la especial misión de “vigilar su cumplimiento” y, asimismo, establecen mecanismos específicos para la salvaguarda de su preeminencia por sobre el derecho interno de los Estados.

3.1 | El intérprete de la CADH

Al decir del juez Ferrer Mac-Gregor, “la Corte Interamericana funge como órgano concentrado e intérprete final de la Convención Americana”.⁽²²⁾

La CADH le confiere, en efecto, competencia para resolver con carácter vinculante si un Estado ha violado la Convención.⁽²³⁾ No obstante, su misión no es solo aplicar la Convención en los casos contenciosos que resuelve, sino también, y sobre todo, **interpretarla**.⁽²⁴⁾ Esa misión la cumple en cada una de sus funciones específicas; de allí que el Corte IDH haya afirmado como regla el carácter vinculante de toda su jurisprudencia:

... esas interpretaciones comprenden “las realizadas al resolver sobre ‘medidas provisionales’; sobre ‘supervisión de cumplimiento de sentencias’ o, incluso, sobre la instancia de solicitud de ‘interpretación de la sentencia’ en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas” a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido, precisamente, a que tiene como finalidad “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.⁽²⁵⁾

La eficacia *erga omnes* de su jurisprudencia se funda en la obligación que recae sobre todas las autoridades nacionales de hacer efectivas las disposiciones de la Convención. Consecuentemente, “están también vinculadas

.....

(22) *Ibid.*, p. 222.

(23) Art. 68. 1 CADH: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

(24) FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión trasnacional del derecho procesal constitucional)”, *Derechos humanos*, México, IJ-UNAM, 2001, p. 221.

(25) CORTE IDH, Opinión consultiva OC-1/82, “‘Otros Tratados’ objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 24/09/1982, serie A n° 1.

al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1° y 2° de la Convención Americana”.⁽²⁶⁾ La interpretación que la Corte IDH realiza del *corpus juris* interamericano crea así un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.⁽²⁷⁾ El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional, incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece.

3.2 | La garantía procesal de la supremacía convencional

El concepto de control de convencionalidad, por su parte, deriva de la supremacía que se reconoce a la Convención. En efecto, aquel se define por su analogía con el control de constitucionalidad, es decir, con un mecanismo diseñado para el resguardo de otra norma que —al igual que la Convención— goza de supremacía (si bien, en este último caso, en el orden interno).⁽²⁸⁾

Esa tarea —la de resguardar la supremacía de la Convención— se atribuye generalmente a los tribunales internacionales; en el caso de la CADH, a la Corte IDH. Ello por cuanto —como señalamos— es la Corte IDH el

(26) FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpelata (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay”, en E. Ferrer Mac-Gregor Poisot, y A. Herrera García, *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 634.

(27) CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 51.

(28) Enseñaba Bidart Campos, que “la doctrina de la supremacía constitucional exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la constitución y al control amplio de constitucionalidad. En efecto, el principio de la supremacía llega a la conclusión de que las normas y los actos contrarios a la constitución no valen: son inconstitucionales o anticonstitucionales. Sin embargo, nos quedaríamos a mitad de camino si después de arribar a esa conclusión, no estableciéramos un remedio para defender y restaurar la supremacía constitucional violada. Por eso, la doctrina de la supremacía pasa de inmediato a forjar el control o la revisión constitucionales”. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, Bs. As., Ediar, 1996, cap. V.

órgano encargado de resolver las contiendas que se le someten y decidir si un Estado ha violado la Convención. Con tal propósito, asume la tarea de confrontar actos domésticos con disposiciones convencionales, a fin de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas.⁽²⁹⁾ La Corte IDH ejerce, entonces, control de convencionalidad cada vez que determina que un Estado del sistema interamericano, a través de uno de sus órganos —por aplicación de normas jurídicas internas o por conductas contrarias a los derechos asegurados en la Convención— no cumple con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos que son de carácter directo e inmediato, o no utiliza las competencias de las que está dotado para adecuar el ordenamiento jurídico a las obligaciones generales contenidas en los arts. 1º.1 y 2º de la Convención, en relación con un atributo de uno o más derechos específicos asegurados por la CADH.

De allí que se sostenga que, desde su primera sentencia, la Corte IDH ha ejercido control de convencionalidad⁽³⁰⁾ y se afirme que “ese control [le] incumbe, original y oficialmente”.⁽³¹⁾

Sin embargo, dado que la actuación de la Corte es siempre subsidiaria,⁽³²⁾ el control externo de convencionalidad solo puede ejercerse también de manera subsidiaria; es decir solo cuando un Estado sea denunciado de haber violado la Convención en instancia internacional. Esta circunstancia demuestra que, no obstante haber sido concebido como el mecanismo **original** para el resguardo de la Convención, el control externo de convencionalidad no resulta idóneo para garantizar su supremacía en el plano

(29) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Control Judicial Interno de Convencionalidad”, en *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit., p. 213.

(30) NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris americano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit.

(31) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, “Control Judicial Interno...”, en *Diálogo Jurisprudencial...*, op. cit.

(32) Al respecto se ha dicho que “si bien la protección internacional resulta ‘de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’, como se expresa en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (principio de subsidiariedad que también ha sido reconocido desde el inicio de su propia jurisprudencia), lo cierto es que para poder realizar un análisis valorativo del cumplimiento de determinadas obligaciones internacionales “existe una intrínseca interrelación entre el análisis del derecho internacional y de derecho interno” (CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 6).

interno ni —en consecuencia— para evitar que esta sea vulnerada por aplicación de normas internas contrarias a ella. Por el contrario, lo que para ello se requiere es un mecanismo que opere, precisamente, en el ámbito doméstico y se ejerza, por ende, por órganos domésticos.

Por tal motivo, el la Corte IDH desarrolló el concepto de control interno de convencionalidad y estableció el respectivo estándar interamericano, cuyo alcance describiremos en los apartados que siguen.

A los efectos de nuestro trabajo, es esa doctrina —la del control interno de convencionalidad— la que define al segundo estándar interamericano en materia de **interpretación** (y por ende, de aplicación) de tratados.

3.3 | El estándar mínimo para el control interno de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH

Creemos que una interpretación integral de la jurisprudencia de la Corte IDH permite afirmar que el estándar relativo al control interno de convencionalidad determina que los Estados deben, como **mínimo**, ejercer un control **judicial concreto difuso y de oficio**.

Ello por cuanto la Corte IDH, desde que se refirió por primera vez en forma mayoritaria al control interno de convencionalidad (en el *leading case* Almonacid vs. Chile),⁽³³⁾ ha señalado —indistintamente— en múltiples casos contenciosos⁽³⁴⁾ que el órgano obligado a ejercerlo es “el poder Judicial”,⁽³⁵⁾

(33) Que a su vez tiene como antecedentes inmediatos los votos concurrentes del juez García Ramírez en CORTE IDH, “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, 25/11/2003, párr. 27; “Caso Tibi vs. Ecuador”, 07/09/2004, párr. 3; “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”, 26/09/2006, párrs. 6 y 12.

(34) CORTE IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, serie C, n° 158, párr. 128, “Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2006, serie C, n° 162, párr. 173, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, serie C, n° 169, párr. 78, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12/08/2008, serie C, n° 186, párr. 180, entre muchos otros.

(35) CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26/09/2006, serie C, n° 154, párr. 124, “Caso La Cantuta. vs. Perú”, fallo cit., “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, fallo cit., “Caso Radilla Pacheco vs. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2009, serie C, n° 209, párr. 339.

“los órganos del poder judicial”⁽³⁶⁾ “los jueces”,⁽³⁷⁾ “los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales”,⁽³⁸⁾ “cada juzgador”,⁽³⁹⁾ “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.⁽⁴⁰⁾ Es decir, la Corte IDH ha expresado reiteradamente que este tipo de contralor se define por el órgano que lo ejerce —órganos con facultades materialmente jurisdiccionales— y puede, por ende, ser genéricamente denominado como un control **judicial** —en este caso, de convencionalidad—. ⁽⁴¹⁾

Asimismo, si bien la Corte IDH pudo haber restringido el ejercicio de esta facultad a algún tipo de jueces —por ejemplo, tribunales superiores o especializados—, prefirió atribuir ese control a “todos” los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”, con lo cual se trata de una especie de control judicial **difuso**.⁽⁴²⁾

.....

(36) CORTE IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso...”, fallo cit.

(37) CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., párr. 225.

(38) *Ibid.*, párr. 34.

(39) CORTE IDH, “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, fallo cit., párr. 180.

(40) CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., párr. 225.

(41) La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, no existe duda de que el “control de convencionalidad” debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA. CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., voto razonado como juez *ad hoc*, párrs. 19 y 20.

(42) Una de las manifestaciones de este proceso de “internacionalización” de categorías constitucionales es, precisamente, la concepción difusa de convencionalidad que estamos analizando, ya que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o, en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones. En este sentido, el “control concentrado de convencionalidad” lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este “control concentrado” lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un “control difuso de convencionalidad” al extender dicho “control” a todos los jueces nacionales como un deber

A su vez, afirmamos que, dado que la Corte IDH ha señalado que “debe ejercerse entre normas jurídicas internas que aplican en **los casos concretos** y la Convención Americana”, el estándar implica que —como mínimo— ese control debe realizarse en **concreto**; es decir cada vez que se pretenda aplicar una norma a situaciones concretas.

Por último, si, como ha dicho la Corte, esa “función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes”, el control puede también ser calificado como un mecanismo “*ex officio*”, pues debe ejercerse sin que se requiera del pedido expreso de las partes.

4 | Estándares internacionales mínimos y regulaciones estatales

Este breve repaso por los estándares interamericanos exigibles a los Estados en materia de aplicación (**incorporación, jerarquización e interpretación**) de la CADH nos permite extraer algunas conclusiones relevantes con respecto al margen de legalidad que queda a los Estados para —también— regular cada una de estas cuestiones.

En ese sentido, hemos afirmado en otra oportunidad que, en relación con la incorporación de los tratados, algunos países exigen otras condiciones —distintas de las que prevé el estándar internacional— para considerarlos **vigentes** en su derecho interno.⁽⁴³⁾ Señalamos también que existen dos posturas doctrinarias. Una primera —la teoría “monista”— considera al derecho internacional y al derecho interno dos subsistemas de un mismo ordenamiento jurídico. Por ende, no requiere ningún acto interno para que un tratado ya en vigor en el ámbito internacional sea aplicable a nivel doméstico. Su incorporación al derecho nacional es directa y su vigencia, automática. Por oposición, la “teoría dualista” entiende que cada ordenamiento constituye un sistema distinto e independiente. En consecuen-

de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de “intérprete última de la Convención Americana” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno”. Ver FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en H. Fix-Zamudio y D. Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010, pp. 151/188.

(43) AGUAYO, NADIA SOLANGE, “Los tratados internacionales...”, *op. cit.*

cia, exige un acto formal del Estado (v. gr. una ley, u otra fuente normativa) que recepte, transforme o integre las normas internacionales para considerarlas vigentes internamente.⁽⁴⁴⁾ Consecuentemente, hasta tanto no se emita ese acto, no se reconoce al tratado **vigencia** en el orden interno.

Ahora bien, desde la óptica de la Convención, solo una de tales posiciones —la monista— cumpliría adecuadamente con el estándar internacional relativo a la incorporación de los tratados. En efecto, sostener una vez que la Convención **está en vigor**, que “no existe” hasta tanto el derecho interno no disponga su vigencia, contraría abiertamente el estándar respectivo.

Lo mismo ocurre en relación con la jerarquización de la Convención: los países pueden, de hecho, otorgarle una jerarquía cuasiconstitucional, infraconstitucional —legal o inclusive infra-legal—. El derecho constitucional comparado da fe de esta aserción. No obstante, todas esas variantes podrían ser contrarias al estándar interamericano relativo a la **jerarquía** de la Convención.

Del mismo modo, los Estados podrían no reconocer el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana en su derecho interno, o reconocerle un valor distinto, menor o atenuado. Nuevamente, tales alternativas resultarían contrarias al estándar internacional de **interpretación** que prescribe su obligatoriedad.

Por último, si en el ámbito interno de los Estados no se ejerciese un control **judicial** de convencionalidad **difuso**,⁽⁴⁵⁾ **concreto** y **ex officio**, también cabría afirmar que se estaría transgrediendo el estándar interamericano respectivo.

(44) Para un estudio completo del tema, BARBERIS, JULIO, “La Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina”, en *Jornadas sobre los Sistemas internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana*, CARI, Bs. As., 1991; y *Derecho Internacional Público*, Bs. As., Zavalía, 2008; DE LA GUARDIA E. y DELPECH, M., *El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Bs. As., La Ley, 1970; DIEZ DE VELASCO, M, *Instituciones de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2007; MONCAYO, GUILLERMO; VINUESA, RAÚL y GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, *Derecho Internacional Público*, t. I., Bs. As., Zavalía, 2º reimpr., 1987, y PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2001.

(45) Podría suceder, incluso, que en el ámbito interno procedieran recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o inadecuado ejercicio del “control difuso de convencionalidad” por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo), al no haberse realizado *ex officio* dicho control. Se trata de una nueva vertiente del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho y la jurisprudencia convencional). CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., voto razonado como juez *ad hoc*, párr. 43.

Desde este punto de vista, los Estados deben asegurar —como mínimo— el ejercicio de ese tipo de control interno. Ahora bien, el establecimiento de esos estándares mínimos no agota todos los aspectos que tocan al control judicial. En efecto, existen varias cuestiones relevantes que, hasta el momento, no han sido determinadas por la Corte IDH.

Es en ese terreno donde los Estados pueden —y de hecho deben— adoptar decisiones domésticas con autonomía. Nos ocuparemos de desarrollar esta cuestión en el párrafo que sigue.

4.I | Control judicial interno y derecho procesal interno

La existencia de un significativo margen para definir los contornos del control interno del control judicial de convencionalidad surge de la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Al respecto, cabe mencionar que —al referirse al control que realizan los jueces— el Tribunal ha señalado que debe ejercerse “en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales”.⁽⁴⁶⁾

Para definir con exactitud cuáles son los aspectos del control que quedan librados a las **regulaciones procesales** (internas); se deben considerar todos los aspectos que cabría considerar al diseñar un tipo de control judicial de convencionalidad —incluidos, por supuesto, los ya delineados por la Corte—. Para ello, a su vez, nos valdremos de la ya afirmada analogía

(46) Así, el “control difuso de convencionalidad”, si bien se ejerce por todos los jueces nacionales, tiene diferentes grados de intensidad y realización, de conformidad con “el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. En principio, corresponde a todos los jueces y órganos jurisdiccionales realizar una “interpretación” de la norma nacional a la luz de la CADH, de sus protocolos adicionales (y eventualmente de otros tratados), así como de la jurisprudencia de la Corte IDH, siempre con la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el art. 29 del Pacto de San José. En ese primer grado de intensidad se escogerá la interpretación conforme con los parámetros convencionales y, por consiguiente, se desecharán aquellas interpretaciones inconvencionales o que sean de menor efectividad en el goce y protección del derecho o libertad respectivo; existe, en este sentido, un parangón con la “interpretación conforme” con la Constitución que realizan los jueces nacionales, especialmente los jueces constitucionales. En segundo término, y solo si no puede salvarse la convencionalidad de la norma interna, el “control de convencionalidad” debe realizarse con mayor intensidad, sea inaplicando la norma al caso particular, o bien declarando su invalidez con efectos generales, como resultado de su inconvencionalidad, de conformidad con las respectivas competencias de cada juez nacional. Ver CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit., voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 41.

entre control judicial de convencionalidad y control judicial de constitucionalidad.

En tal sentido, cabe admitir la posibilidad de considerar todos los tipos y subtipos de control de constitucionalidad existentes en el derecho constitucional comparado.

Así, sería posible identificar, en primer lugar, como mínimo, dos tipos de control judicial según si el control se suscitase al revisar la convencionalidad de una norma o acto que se debería (o no) aplicar para la resolución de un caso particular, o como un planteo autónomo dirigido a cuestionar exclusivamente la inconventionalidad de una norma o acto, sin que exista un caso que resolver. Así, tendríamos que el control de convencionalidad judicial admitiría otros dos subtipos: el que podría realizarse **en concreto** (control de convencionalidad judicial concreto) y el **abstracto o puro** (control de convencionalidad judicial abstracto o puro) que sería aquel que, precisamente, permitiría declarar su inconventionalidad y evitar que esa norma o acto que se juzgase contrario al boque de convencionalidad se aplicase en el futuro.

Luego, en el caso de que se ejerciese un control concreto cabría distinguir entre el tipo de control que declarase solo la inconventionalidad para las partes en conflicto y aquel que, aunque ejercido en ocasión de un caso concreto produjese efectos generales para el futuro. Así cabría distinguir entre control de convencionalidad judicial concreto *inter partes* y control de convencionalidad judicial concreto *erga omnes*.

Con respecto al control de convencionalidad judicial puro o abstracto, también cabría distinguir el momento en que se efectúa; esto es, antes o después de la entrada en vigencia de la norma o acto cuya convencionalidad se juzga. Así, tendríamos también dos subespecies del control de convencionalidad judicial puro, uno puro *ex ante* (control de convencionalidad judicial puro *ex ante*), que se realizaría respecto de un proyecto de ley o acto; y otro puro *ex post*, que se realizaría en abstracto pero respecto de una ley vigente (control de convencionalidad judicial puro *ex post*).

También debemos señalar que todas esas subespecies de control judicial admiten otros tipos de variantes. Así, no debemos olvidar que el ejercicio de cualquiera de esos subtipos podría sujetarse a la condición de que

fuese pedido por alguna parte o bien podría regularse que se ejerciera de oficio.

Finalmente, según si esos mecanismos se atribuyeran a un único o algunos tribunales especializados, o si se admitiese que todos los órganos jurisdiccionales del sistema interamericano estuvieran facultados (u obligados) a ejercerlo, el sistema se caracterizaría por tener una (o más de una) especie de control judicial **concentrado**; o bien, por tener una (o más) especie de control judicial **difuso**.

Pero aún resta un último punto que determina otras tantas subespecies según si la apreciación de inconventionalidad que pudiera resultar tuviese carácter vinculante o no.⁽⁴⁷⁾ Cabría luego admitir otras tantas modalidades de control, según la invalidez de la norma obligase a su interpretación conforme⁽⁴⁸⁾ o adaptación, su inaplicabilidad, su derogación o inclusive, su nulidad. Todas estas variantes permitirían a los jueces resguardar la supremacía de la Convención a través del confronto de las normas internas, que, en cualquiera de tales supuestos, podrían ser juzgadas inconventionales. En otras palabras cualquiera de estos métodos resultaría idóneo para producir el efecto buscado: **juzgar la validez de una norma interna en función de su adecuación a las disposiciones convencionales**.

La clasificación precedente nos permite —más allá de las denominaciones— por un lado, identificar el sentido del estándar mínimo fijado por la Corte IDH esto es —en nuestra opinión—, exigir a los Estados que para la aplicación de la Convención, resulte posible que **cada juez pueda, en cada caso concreto, juzgar la validez de las normas internas que aplique en función de su adecuación a las disposiciones convencionales**.

(47) Como podría ser el sistema de consulta que establece la Constitución ecuatoriana en su art. 428: "Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente". Este sistema, aunque no otorga poder a cada juez para decidir por sí, le permite efectuar igualmente un test de convencionalidad concreto y de oficio.

(48) Entendida en el sentido de asignarle otro significado al texto de dicha norma: un significado compatible con los tratados.

Al mismo tiempo, nos permite reconocer los aspectos que no han sido definidos y, por ende, pueden ser libremente determinados por cada Estado. A nuestro juicio: a) el carácter vinculante o meramente declarativo que se asigne a ese control judicial **difuso concreto ex officio**, b) los efectos (aplicación conforme o adaptación,⁽⁴⁹⁾ inaplicabilidad, derogación o nulidad) concretos que produciría una formal declaración de inconventionalidad y c) la eficacia *inter partes* o *erga omnes* de ese tipo de control.

Cualquier decisión que en tal sentido adoptasen los Estados podría ser compatible con el sistema interamericano siempre que el estándar mínimo estuviese asegurado; es decir, siempre que el sistema resultante permitiese que **cada juez pudiera juzgar en cada caso concreto la validez de las normas internas que debería aplicar en función de su adecuación a las disposiciones convencionales.**

Por último, los Estados podrán, también, si lo desean, establecer otros mecanismos de control judicial, por encima de ese mínimo. Así, podrían, por ejemplo, establecer sistemas de control abstracto, *ex ante* o *ex post*, de convencionalidad o, inclusive, sistemas de control no judiciales.

4.2 | Los estándares internacionales y el rol de los tribunales superiores

Hemos afirmado, al comenzar este trabajo, que el cumplimiento (o incumplimiento) de todos esos estándares internacionales denotará —en conjunto— la actitud de cada Estado frente a los compromisos internacionalmente asumidos y su predisposición a hacer efectivos los derechos reconocidos en los tratados. Reflejará, además, el grado de integración entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, en ese sentido, cabe una distinción relevante entre los dos primeros (**incorporación y jerarquía**) y los dos últimos, relativos a la **interpretación (obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana y control**

.....

(49) La Corte IDH ha aceptado la función adaptativa del control de convencionalidad, "Caso Rosendo Radilla Pacheco...", fallo cit., párrs. 338/340, y la ha reiterado en "Caso Cabrera García y Montiel Flores...", fallo cit., párrs. 233 y 234.

judicial interno difuso y concreto de convencionalidad): mientras que el apego o desapego a los estándares interamericanos relativos a la **incorporación** y la **jerarquización** de la Convención en el orden interno es una responsabilidad del poder constituyente, el cumplimiento (o incumplimiento) de los estándares relativos a **interpretación**, puede depender directamente de los poderes constituidos.

En ese sentido, cobra especial relevancia el papel de los tribunales superiores de los Estados, pues suelen ser estos los que definen, a través de su jurisprudencia, este tipo de cuestiones.

Recordemos —brevemente— que, en relación con la interpretación constitucional en el orden interno de los Estados, la facultad de los jueces para ejercer control de constitucionalidad surgió de una doctrina jurisprudencial. Fue, en efecto, una Corte Suprema —la de los Estados Unidos— y no el constituyente (ni el legislador) quien afirmó por primera vez el poder implícito de los jueces para controlar la constitucionalidad de las leyes. También en la Argentina, esa facultad —primero— y ese deber —luego— de los jueces de revisar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales y, en su caso, declarar su invalidez, fueron afirmados por la Corte Suprema. Por su parte, ninguna de las reformas constitucionales habidas desde 1860 hasta 1994 ha intentado hacer explícito este poder⁽⁵⁰⁾ y, no obstante, el mecanismo es aceptado desde hace más de doscientos años en el derecho comparado y, desde 1871 en nuestro país.

Del mismo modo, la doctrina del control interno de convencionalidad —afirmada en este caso, por el tribunal supranacional— no requiere, necesariamente, de una decisión constituyente ni legislativa para ser adoptada por un Estado. En sintonía con esta posibilidad, su adopción a nivel interno en nuestro país es consecuencia de decisiones judiciales adoptadas por nuestro máximo Tribunal.

.....

(50) Nuestra Corte Suprema siguió esta corriente con absoluta fidelidad. En "Caffarena c/Banco Argentino del Rosario de Santa Fe" estableció: "Esta en la esencia del orden constitucional, que los Tribunales tengan, no solo la facultad, sino la obligación, de anteponer en sus resoluciones, los preceptos de la Constitución Nacional [sic]" y más tarde, en "Eduardo Sojo", ratificó los principios sentados en "Marbury" por la Corte de los Estados Unidos. Ver BIANCHI, ALBERTO, *Control de Constitucionalidad*, 2ª ed., Bs. As., Ábaco, 2002, t. 1, p. 173.

5 | Estándares internacionales de aplicación de los tratados en el derecho argentino

Evaluaremos a continuación qué actitud ha tomado nuestro país en relación a estos estándares internacionales.

Para comenzar, debe señalarse que, en relación con la incorporación de los tratados, la adhesión a una posición monista se infiere del tratamiento autónomo que reciben los tratados en el texto constitucional.⁽⁵¹⁾ Al respecto, tiene dicho la doctrina *iuspublicista* argentina⁽⁵²⁾ que, desde una posición dualista, la mención a los tratados hubiera sido superflua pues al legislador constituyente le hubiera bastado con referirse a “las leyes del Congreso”.

En ese sentido, adquiere singular relevancia el art. 31 ubicado en la parte dogmática de la Constitución, por cuanto al referirse al conjunto de normas que constituyen la “ley suprema de la Nación”, los menciona —junto con la Constitución y las leyes del Congreso que en su consecuencia se dicten— expresamente.⁽⁵³⁾

.....

(51) BARBERIS, JULIO, “La Relación entre el Derecho Internacional...”, *op. cit.*, p. 19.

(52) Ampliar en GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA, “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, a partir de la reforma constitucional de 1994”, en *Prudentia Iuris*, n° 37, 1995, pp. 131/144.

(53) Art. 31 CN: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”. La ley “suprema” lo es en relación a los ordenamientos jurídicos provinciales. Al respecto, Gros Espiell señala: “La expresión ‘Ley Suprema’ en estas constituciones de Estados Federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la Constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los estados federados o de las Provincias”. GROS ESPIELL, HÉCTOR, “Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pflirter de Armas Barea*, R. Vinuesa (edit.), Fundación del Centro de Estudios internacionales de Buenos Aires, 1989, p. 62.

Por otra parte, los arts. 99, inc. 11; y 75, inc. 22,⁽⁵⁴⁾ relativos —respectivamente— a las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, regulan el trámite⁽⁵⁵⁾ que debe cumplirse desde el punto de vista interno para la adopción de los tratados: el Ejecutivo (en su carácter de representante natural del Estado frente a la comunidad internacional) tiene a su cargo la “conclusión”⁽⁵⁶⁾ y “firma” de los tratados⁽⁵⁷⁾ en sede externa; mientras que la legislatura “aprueba o desecha” —en sede interna— el texto del tratado que le sea sometido a consideración.

Es decir, la Constitución reproduce casi de manera idéntica la parte de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que se refiere al proceso de elaboración y entrada en vigor de los tratados.

En consecuencia, en la Argentina, que fue uno de los Estados que la ratificó con posterioridad a su entrada en vigor general —ocurrida en 1978—, la Convención está **vigente** desde el día en que presentó su instrumento de ratificación —el 5 de septiembre de 1984—,⁽⁵⁸⁾ cuando adquirió **vigor particular** de conformidad con el art. 74.2 CADH.

En relación con la segunda cuestión, ya desde 1992 la CSJN declaraba expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales.⁽⁵⁹⁾ No obstante, fue dos años más tarde cuando esa regla fue incor-

(54) Art. 99 CN: “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”. Art. 75 CN: “Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”.

(55) Que fue calificado por la doctrina jurisprudencial como “acto federal complejo” precisamente porque implica la intervención de ambos órganos representativos de gobierno. CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992, Fallos: 315:1492, consid. 17 del voto de la mayoría.

(56) El término **concluir** ha sido empleado por nuestros constituyentes como sinónimo de **negociar**, ya que no resulta plausible que el Poder Ejecutivo “concluya” un tratado en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego **firmar**.

(57) Así como los Concordatos con la Santa Sede.

(58) No, como erróneamente se sostiene, cuando el Congreso Nacional aprobó el texto de la Convención mediante ley 23.054 (01/03/1984). Esa ley constituye el cumplimiento de un trámite interno por el cual el Ejecutivo quedó habilitado a ratificar el tratado ante la OEA precisamente a partir de la publicación de dicha ley —BO 27/03/1984—.

(59) En CSJN, “Ekmekdjian c/Sofovich”, fallo cit., la Corte sostuvo que “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias

porada en el texto constitucional, que recogió el criterio sentado por el máximo Tribunal de la nación y en su actual art. 75, inc. 22, proclamó, sin margen para disquisiciones, que todos los tratados⁽⁶⁰⁾ poseen “jerarquía superior a las leyes”.

Además, en lo que aquí nos interesa, el nuevo texto constitucional superó incluso la postura de la CSJN pues, adicionalmente, estableció que la superioridad de los tratados sobre derechos humanos que enumeró en el art. 75, inc. 22, párr. 2 CN —entre los cuales se encuentra la CADH— alcanza ahora el estatus constitucional.⁽⁶¹⁾ Inclusive prevé un procedimiento para ampliar esta categoría.⁽⁶²⁾

.....

impuesta por la misma Constitución nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado”, y también que “la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”. Esta postura fue reiterada en fallos posteriores (CSJN, “Servini de Cubría, M. c/ Arte Radiotelevisivo Arg. SA y Borensztein, Mauricio”, 08/09/1992, Fallos: 315:1943; “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho”, 07/07/1993, Fallos: 316:1669; “Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de hecho”, 26/10/1993, Fallos: 316:2454; “Hagelin, Ragnar c/ P.E.N. s/ juicio de conocimiento”, 22/12/1993, Fallos: 316:3176; “Artigue, Sergio Pablo s/ incidente de restitución de detenido”, 25/03/1994, Fallos: 317:247, entre otros).

(60) El nuevo texto constitucional distingue entre tratados según su objeto (sobre derechos humanos, sobre integración, para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, de carácter político) y según los sujetos contratantes (Estados de Latinoamérica, otros Estados, organizaciones internacionales y la Santa Sede).

(61) Art. 75 CN: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

(62) En la actualidad, han adquirido también ese *status* la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre Imprescriptibilidad sobre crímenes

El tercer estándar identificado *supra* —obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH—, ha sido ratificado por nuestro máximo Tribunal, quien inclusive ha superado el mínimo exigible afirmando también —con algunos matices— la fuerza vinculante de los informes finales de la Comisión.⁽⁶³⁾

Al respecto, ya desde 1995, el Tribunal federal viene expresando que la jerarquía constitucional de los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22 CN, “en las condiciones de su vigencia”, implica que estos deben ser interpretados “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales competentes para su interpretación y aplicación”.⁽⁶⁴⁾ Poco tiempo después, la CSJN se refirió en similar sentido a las interpretaciones de la Comisión, admitiendo que su opinión debe servir de guía o jurisprudencia para los tribunales internos en lo que hace a la interpretación de los preceptos del mismo pacto “en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la convención”.⁽⁶⁵⁾

.....

de Guerra y Lesa Humanidad, en los años 1997 y 2004, respectivamente. Ver PINTO, MÓNICA, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local*, Bs. As., del Puerto, 2007.

(63) El tribunal ha manifestado al respecto que “La Convención Americana, como habrá sido advertido, se organizó sobre la base de dos órganos, la Comisión y la Corte IDH, excluyendo un tercero, esto es, una institución ‘similar’ al Comité de Ministros (Corte IDH, Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana..., cit., párr. 47). Mas, la diferencia, por significativa que fuese, no habla de manera alguna en disfavor de la postura que se ha venido afirmando en punto al valor obligatorio de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana. Antes bien, si algo enseña es que el sistema convencional interamericano, en una suerte de reemplazo del tercer órgano aludido, previó que después del informe preliminar de la Comisión (equiparable al informe de la Comisión Europea) y para la hipótesis de que la causa no terminara bajo la competencia de la Corte IDH, se produjese una nueva intervención de la Comisión, la cual, al modo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, resultaba, entonces, el órgano de cierre definitivo del proceso mediante un pronunciamiento de obligatoria observancia” (CSJN, “Carranza Latrubesse”, 06/08/2013, C. 568 XLIV, consid. 12).

(64) CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, Fallos: 318:554.

(65) CSJN, “Bramajo Hernán Javier s/incidente de excarcelación”, 12/09/1996, Fallos: 319:1840. En “Portal de Belén”, 05/03/2002, Fallos: 325:292 se refirió a la doctrina de la Corte IDH en términos similares. Y en relación con ambos órganos, indicó que “la jurisprudencia de la CIDH y la práctica de la comisión constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivadas de la Convención [Americana]”.

Inclusive, este criterio interpretativo había sido afirmado por la CSJN con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, señalando que, cuando se trata de **aplicar** en el ámbito doméstico las previsiones contenidas en los tratados sobre derechos humanos, la regla hermenéutica central a partir de la cual debe realizarse su exégesis es, precisamente, la que considera la propia interpretación que emana de la jurisprudencia de los órganos supranacionales.⁽⁶⁶⁾

Estas pautas son las que fueron luego receptadas por el legislador constituyente cuando expresamente estableció que los instrumentos internacionales de derechos humanos —a los que se reconoce o pueda reconocer jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75, inc. 22, CN— deben ser interpretados y aplicados “en las condiciones de su vigencia”, es decir, tal como “efectivamente rige[n] en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.⁽⁶⁷⁾

La CSJN, además, ha enfatizado que tales directrices constituyen un **deber** de los tribunales argentinos —cuando tienen que resolver sobre materias incluidas en tratados internacionales de derechos humanos—; esto es, que están obligados a tomar en consideración, además de la normativa internacional, las interpretaciones desarrolladas por los organismos internacionales de aplicación.⁽⁶⁸⁾

(66) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A...”, fallo cit., cons. 21.

(67) CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, Fallos: 318:554.

(68) En similar sentido, en 2007, al referirse a la obligación de los jueces de ejercer “una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre DH”, explicitó que para ello “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (CSJN, “Mazeo”, 13/07/2007, Fallos: 330:3248). En términos concordantes, la CSJN reconoció el valor jurídico de las interpretaciones del Comité DESC afirmando que “constituye el intérprete autorizado por el PIDESC en el plano internacional y actúa, en los términos de su vigencia, por recordar los términos del 75 inc. 22 CN (CSJN, “Aquino Isacio”, 21/09/2004, Fallos: 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni). Y más recientemente, la mayoría del Tribunal reiteró que el Comité DESC constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y que su interpretación debe ser tenida en cuenta por comprender las “condiciones de vigencia” (CSJN, “Q. C., S.Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012, Fallos: 335:452, voto de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

Este deber de considerar y aplicar los criterios elaborados por los órganos de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos no obsta, claro está, a que en ausencia de definiciones por parte del órgano supranacional, sean los jueces locales quienes lleven adelante la labor de interpretar el contenido de las normas supranacionales.⁽⁶⁹⁾

Finalmente, también la obligatoriedad del ejercicio del **control interno de convencionalidad** en los términos fijados por el tribunal americano ha sido expresamente admitida por la CSJN. Al respecto, en un reciente precedente, el Tribunal señaló que

... los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.⁽⁷⁰⁾

Como se advierte, el hecho de que estos tratados integren en nuestro derecho —junto con la Constitución— lo que se ha denominado un “bloque (interno) de constitucionalidad” ha implicado en la práctica, una asimilación material entre control de convencionalidad y control de constitucionalidad. Esto es, la CSJN entiende —a juzgar por su ya consolidada doctrina— que el control de convencionalidad se ejerce conjuntamente con el de

(69) Aunque claro está, deberán guiarse por los postulados esenciales del principio *pro homine* (que, en todo caso está previsto también en los Pactos, de acuerdo con lo establecido en el art. 29.b CADH y el art. 5° PIDESC). MANTARAS, PABLO C., “El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros”, en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Bs. As., Jusbaire, 2015.

(70) CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino s/ daños y perjuicios”, 27/11/2012, R.401. XLIII. Ver MANTARAS, PABLO C., “El control...”, *op. cit.*, pp. 249/267.

constitucionalidad,⁽⁷¹⁾ puesto que en el caso de nuestro sistema, se confrontan las normas inferiores con todo el bloque de constitucionalidad a través de un único proceso de revisión de tales normas.

Esa asimilación de mecanismos en nuestro derecho interno implica que las características propias de nuestro sistema de control judicial de constitucionalidad se trasladen al ejercicio del control de convencionalidad.

En consecuencia, dado que en nuestro ámbito doméstico, el control judicial **difuso, concreto y de oficio de constitucionalidad** produce **efectos vinculantes**; del mismo modo, los produce el control de convencionalidad.

Concretamente, el mecanismo de control judicial de constitucionalidad vigente en nuestro sistema, además de permitir a **todos** los jueces, **juzar en cada caso concreto la validez de las normas que apliquen en función de su adecuación a las disposiciones constitucionales**, les permite **des-echar** su aplicación. Pues bien, lo mismo ocurre en los casos en que, conforme la interpretación de los magistrados, una norma o acto se oponga a esos tratados que conforman el bloque de convencionalidad: el juez interviniente puede, además de declarar su incompatibilidad con el ordenamiento internacional, **desechar** su aplicación.

El reconocimiento de esa facultad de los tribunales, no implica, por otra parte, que los jueces estén obligados siempre a inaplicar la norma inconvencional pues, como lógica consecuencia de que el control de convencionalidad se conciba en nuestro derecho como parte del control de constitucionalidad, también rige a su respecto el principio hermenéutico que obliga a los jueces a decidir la inaplicación de una norma como *ultima ratio*; es decir, solo cuando no sea posible superar —por vía de interpretación— la incompatibilidad detectada. En efecto, los jueces están obligados a “ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente

(71) Según Mántaras, “En nuestro país —a diferencia de lo que ocurre con otros Estados Americanos—, se ha asignado la jerarquía constitucional a la Convención y a otros tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22 CN), de manera que si se adoptara una definición expansiva para caracterizar a este control, también debería comprender la verificación de la adecuación y compatibilidad del ejercicio de las diversas potestades públicas con los diversos derechos y obligaciones contenidas en esos instrumentos internacionales constitucionalizados (que, en conjunción con la Constitución, conforman un conjunto normativo frecuentemente denominado “bloque de constitucionalidad”). Desde esta perspectiva, el control de constitucionalidad incluiría —en relación con esos tratados con jerarquía constitucional— al ámbito de aplicación propio del control de convencionalidad. Ver MANTARAS, PABLO C., “El control...”, *op. cit.*

cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable".⁽⁷²⁾

Con ello, podemos concluir que, en nuestro sistema, el control judicial de convencionalidad produce efectos vinculantes que pueden consistir en la interpretación conforme o en la inaplicabilidad de la norma confrontada, dependiendo del grado de incompatibilidad que ésta presente respecto de la Convención.

Por otra parte, todo lo que hemos afirmado en relación al control interno de convencionalidad en nuestro sistema nos permite sostener que el Estado argentino —a través de la doctrina de la CSJN— ha diseñado un tipo de control **judicial difuso concreto y de oficio**, que además produce **efectos vinculantes** (ya sea, de interpretación conforme, ya sea, de inaplicabilidad) con eficacia *inter partes*. En otras palabras, el control interno de convencionalidad en nuestro derecho doméstico hace posible que **cada juez pueda juzgar en cada caso concreto la validez de las normas internas que aplique en función de su adecuación a las disposiciones convencionales sin necesidad de que las partes lo requieran y, llegado el caso, pueda proceder a su interpretación conforme o, cuando esta no sea posible, a su inaplicación.**

En síntesis, el sistema de control interno de convencionalidad diseñado por el Estado argentino cumple con el estándar interamericano y además adiciona un elemento por encima de ese mínimo: el carácter vinculante de la intervención de cada juez, en cada caso concreto.

6 | Integración y diálogo entre derecho internacional y derecho interno

El alto grado de integración que refleja la adecuación por parte de nuestro país a cada uno de los estándares interamericanos en materia de **aplicación** de la Convención ha sido destacado por la propia Corte IDH, y se ha referido expresamente a la incorporación al derecho argentino de los tres últimos —**jerarquía, obligatoriedad de la jurisprudencia**

(72) Recientemente, CSJN, Fallos: 247:387; 249:51; 303:248; 304:849 y 1069; 311:394, entre muchos otros.

interamericana y control judicial interno difuso concreto y de oficio de convencionalidad— en la sentencia de fondo del “Caso Cabrera García y Montiel Flores”.⁽⁷³⁾

Tal como destaca en su voto razonado el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, el Tribunal ha señalado, por un lado, la importancia de haber reconocido —al igual que otros países que se mencionan—, internamente, estatus constitucional a estos tratados:

... este proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos se manifiesta claramente en reformas legislativas trascendentales en los Estados nacionales, al incorporar diversas cláusulas constitucionales para recibir el influjo del Derecho Internacional. Así sucede con el reconocimiento de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.⁽⁷⁴⁾

Asimismo, se destaca la incorporación por la CSJN del criterio hermenéutico conforme el cual la jurisprudencia convencional resulta de obligatorio acatamiento para los tribunales argentinos:⁽⁷⁵⁾

... el desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales (...) Precisamente la Corte IDH en los párrs. 226 a 232 de la Sentencia a que se refiere el presente voto razonado, ha querido ejemplificar la manera en que tribunales de la “más alta jerarquía” han aplicado y aceptado el “control de convencionalidad” **considerando la jurisprudencia interamericana.**⁽⁷⁶⁾

(73) CORTE IDH, “Caso Cabrera García y Montiel Flores...”, fallo cit.

(74) *Ibid.*, párrs. 25 y 26.

(75) *Ibid.*, párrs. 29 y 30.

(76) *Ibid.*, párr. 26.

Por último, se destaca también la incorporación en el derecho jurisprudencial argentino, del estándar vinculado al control de convencionalidad:

... a su vez, se advierte que varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención es el trascendental precedente de la Corte Suprema de Argentina del año 2007 (Caso “Mazzeo”), donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el “control de convencionalidad” reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*.⁽⁷⁷⁾

Lo interesante de todo esto no es —como puede parecer— poder sostener que el Estado cumple con todos esos estándares formales relativos a la aplicación de los tratados o que, por ello, estaría exento de incurrir en la ilicitud que derivaría de la conducta opuesta, sino reparar en que —a través de la incorporación de estos estándares— lo que el Estado consigue es participar, desde la acción individual —principalmente a través de la actividad que desarrollan los jueces— en un proceso colectivo de construcción del sentido de la Convención. En efecto, al incorporar cada uno de estos estándares de aplicación del derecho interamericano, el derecho interno contribuye a generar estándares **sustantivos** para la aplicación de los derechos humanos en el ámbito americano.

Ello es así por cuanto aun cuando los textos constitucionales reconozcan esencialmente los mismos derechos que protegen los tratados —lo que normalmente ocurre—, existen supuestos en los cuales el ordenamiento constitucional no tiene el mismo grado de desarrollo; es decir, situaciones en las cuales el derecho reconocido al individuo, o la correspondiente obligación a cargo del Estado, no han sido receptados con la misma amplitud o robustez por la normativa interna del Estado, constitucional o incluso infraconstitucional. En efecto, en el quehacer cotidiano de los tribunales se presentan múltiples situaciones en las cuales, para la determinación del contenido prescriptivo concreto de un derecho humano —es decir,

.....
(77) *Ibid.*, párr. 30.

para establecer y delinear las prerrogativas que ostentan sus titulares para exigir su observancia y respeto y, consecuentemente, para definir al correlativo entramado de obligaciones a cargo de las autoridades públicas— tiene especial valor recurrir a los diversos tratados internacionales de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional y, particularmente, a las interpretaciones que sobre ellos se han efectuado. Ello así toda vez que —como consecuencia del mayor desarrollo dogmático alcanzado en esas áreas por el derecho internacional de los derechos humanos— sus caracteres y contornos han sido definidos en la dimensión supranacional con mayor precisión, amplitud y rigurosidad.⁽⁷⁸⁾

De este modo, a través del ejercicio del control de convencionalidad, los tribunales supranacionales y nacionales participan y colaboran en la formación de un *ius constitutionale commune* interamericano en materia de derechos humanos,⁽⁷⁹⁾ a través de un proceso dialógico entre tribunales en el cual, por un lado, la jurisprudencia doméstica se transforma y modela con los desarrollos efectuados en el derecho internacional pero, por el otro lado, también la Corte IDH queda obligada a considerar la jurisprudencia constitucional de los Estados que integran el sistema, a efectos de ajustar y perfeccionar sus decisiones.⁽⁸⁰⁾ Por ello, el hecho de que

... los jueces nacionales [atiendan] a este “bloque” (...) implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.⁽⁸¹⁾

(78) MANTARAS, PABLO C., “El control...”, *op. cit.*, pp. 249/267.

(79) SAGÜÉS, NÉSTOR, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en A. von Bogdandy; E. Ferrer Mac-Gregor Poisot; M. Morales Antoniazzi, (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, t. II, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

(80) ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS/Canadian International Development Agency, del Puerto, 2007, pp. 6 y 7.

(81) ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Introducción: una nueva institucionalidad...”, *op. cit.*, párr. 50.

En este sentido, adquiere singular relevancia el carácter **difuso** del control de convencionalidad, pues es ese aspecto del mecanismo interno el que garantiza que de esa “viva interacción” en el sistema judicial interamericano, puedan participar todos los jueces en todos los niveles de todos los Estados parte en la Convención. En palabras del magistrado y tratadista Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot:

... el “control difuso de convencionalidad” convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional (...) en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo “control”.⁽⁸²⁾

En lo que toca al derecho local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ha sido precisamente el apego a estos dos estándares de interpretación de la Convención los que han posibilitado interpretaciones creativas, expansivas y progresivas respecto de los tratados, ello así por cuanto también el derecho constitucional de la ciudad está en sintonía con el contenido tuitivo de los tratados. No obstante, del mismo modo que la Constitución Nacional, esos derechos encuentran, a nivel local, menor nivel de protección (por ser menos precisos) que el que resulta de la jurisprudencia internacional. En consecuencia, en los casos concretos, una adecuada aplicación del control de convencionalidad —es decir, que tenga en cuenta las interpretaciones de los órganos interamericanos y que permita al juez desechar la aplicación de la norma que se les oponga— resulta especialmente significativa para extender la protección de los derechos humanos.

(82) *Ibid.*, párr. 24.

De tal modo, el control de convencionalidad permite tutelar o proteger el derecho humano con mayor intensidad que la que sería posible con la sola aplicación del control de constitucionalidad.⁽⁸³⁾

Precisamente, esta clase de interpretación es la que ha sido premiada recientemente en San Juan de Costa Rica por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos —un organismo creado por la Corte IDH y la República de Costa Rica con el objeto de contribuir a la enseñanza, la investigación y la promoción de los derechos humanos en los Estados americanos—, que ha destacado el valor de la sentencia ganadora del Primer Concurso de Convencionalidad y Justicia por la aplicación expresa del control de convencionalidad.⁽⁸⁴⁾

La sentencia, que decidió hacer lugar a una acción de amparo en la cual dos personas —con hijos menores—, en situación de vulnerabilidad, demandaron al Gobierno de la CABA por una adecuada asistencia habitacional alegando la ilegítima omisión del demandado y requiriendo la tutela de su derecho constitucional a la vivienda, debido proceso, salud y dignidad, hace mérito de la categorización de los derechos sociales según el sistema internacional de los derechos humanos, en particular los instrumentos vinculados a la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las Observaciones Generales del Comité DESC. En la sentencia se señala expresamente, con citas de fallos de la Corte IDH (“Almonacid Arellano vs Chile” y “Trabajadores Cesados del Perú”), que los jueces de un Estado parte de la CADH están sometidos a ella y, en consecuencia, deben ejercer el control de convencionalidad juzgando la adecuación de las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos a las obligaciones establecidas en la CADH.

Asimismo, en la decisión se señala que la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad también fue admitida por la CSJN en autos “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ daños

(83) MÁNTARAS, PABLO C., “El control...”, *op. cit.*

(84) Se trata de la sentencia “P,W.J. c/ GCBA sobre amparo (art. 14 CABA)” dictada por el juez Pablo Mántaras, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la CABA. Ver [en línea] <http://iidh.ed.cr/IIDH/media/2717/sentencias-ganadoras.pdf>

y perjuicios". Luego, al aplicar el control de convencionalidad en el caso concreto, el juez no solo analiza si el obrar del Gobierno demandado es consecuente con las obligaciones emanadas de la CADH, sino también —y fundamentalmente— con aquellas emanadas del "bloque de convencionalidad" que el magistrado considera integrado también por sus "Protocolos" adicionales, las interpretaciones que de estos instrumentos ha realizado la Corte IDH en sus sentencias y por otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris interamericano* por esa jurisprudencia (en el caso, el PIDESC y las Observaciones del Comité DESC).

En línea con estas pautas, luego de realizar un recorrido sobre la legislación y jurisprudencia nacionales, al conceptualizar "vivienda digna", el sentenciante recurre al contenido robusto establecido para ese derecho en la DUDH (art. 25.1), DADH (art. XI), PIDESC (art. 11) y CADH (art. 26). En particular, en el considerando VII, el derecho a la vivienda digna es visto a la luz de las obligaciones que están previstas en la esfera internacional para asegurar la tutela específica de ese derecho que resultan de cumplimiento obligatorio para todas las autoridades públicas y locales. En el considerando VII.5 se destaca especialmente el principio de no regresividad que emana del PIDESC. Todas estas consideraciones llevan al sentenciante a concluir que, de acuerdo a las pautas y reglas precedentes, las omisiones en que ha incurrido el Gobierno demandado determinan su responsabilidad y, en consecuencia, se lo condena a asegurar de manera inmediata el acceso a una vivienda digna y adecuada a la parte actora y, asimismo, se dispone la intervención de los equipos de asistencia públicos para que lleven a cabo un abordaje multidisciplinario de la problemática social particular de los actores, brindándoles asesoramiento, orientación, apoyo y/o capacitación necesarios para que puedan superar su situación de vulnerabilidad social.

Según señaló el jurado⁽⁸⁵⁾ que decidió premiar la decisión, la fundamentación de esta sentencia denota creatividad en la interpretación, "en un tema donde aún existen dudas" sobre la judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales y, en particular, el derecho a una vivienda. Este reconocimiento a la justicia de primera instancia de la ciudad de

(85) Integrado por los destacados juristas E. Raúl Zaffaroni, Eduardo Mac Gregor Poisot, Florentín Melendez y Santiago Cantón.

Buenos Aires nos parece prueba suficiente de la existencia de una “viva interacción”, entre los tribunales interamericanos, generada como consecuencia de la adopción por nuestro país del estándar de control de convencionalidad **judicial difuso, concreto y de oficio**.

Por otra parte, creemos que el especial valor de la sentencia en comentario radica en que parte de una concepción amplia y progresiva del *corpus iuris interamericano*, el que se concibe integrado no solo por la CADH, sino también por los demás tratados sobre derechos humanos aplicables en los Estados americanos; con lo cual, se vale del mecanismo no solo para ponderar la adecuación de las normas internas a la CADH, sino también a todo ese conjunto de convenciones.

7 | Palabras finales

La integración jurídica supone que las concepciones y resoluciones de unos jueces son aceptadas por otros en un proceso de interacción, de influencias cruzadas. Esta tendencia se ha ido desarrollando entre tribunales. En una primera etapa, se hablaba de una “viva interacción” entre la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Luego, comenzó a vislumbrarse también la existencia de un diálogo entre la Corte IDH y los tribunales superiores de los Estados. Finalmente, comenzamos a transitar una nueva etapa de este proceso comunicativo signada por la participación de todos los jueces de los tribunales inferiores de todos los Estados que integran el sistema.

El control interno de convencionalidad, definido en términos lógico-formales como una obligación para los jueces, cuando es difuso, traduce, sobre todo, una facultad para los jueces inferiores, y desde este punto de vista implica, fundamentalmente, una invitación para que estos participen de estos procesos dialógicos transnacionales.

El juez nacional, por consiguiente, **debe** aplicar la jurisprudencia convencional, incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, pues lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ella misma realiza del *corpus iuris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad.

No obstante, los magistrados de los Estados parte de la Convención también **pueden** coadyuvar —con su acción individual— a robustecer la protección de los derechos en la región, contribuyendo con su propia jurisprudencia a generar precedentes que, a la larga, puedan derivar en reglas sustantivas para toda la región.

Esto último es de singular relevancia si se tiene en cuenta que los casos concretos que llegan a los tribunales inferiores nacionales son significativamente mayores que aquellos que pueden conocer los tribunales internacionales e inclusive, las altas Cortes de los Estados, cuyo ámbito de actuación está procesalmente acotado o bien a la denuncia en instancia internacional, o bien a la alegación de agravios extraordinarios como lo es, en nuestro caso, la “cuestión federal”. En todos los demás supuestos —es decir, la gran mayoría de los casos—, son los jueces inferiores los que tienen la posibilidad de sentar precedentes y contribuir a la consolidación de una jurisprudencia expansiva y progresiva para mayor tutela de los derechos protegidos por el sistema internacional. Por último, hoy en día,

... no existe obstáculo o imposibilidad jurídica alguna para que se apliquen directamente en el plano de derecho interno las normas internacionales de protección, sino lo que se requiere es la voluntad (...) del poder (...) judicial de aplicarlas, en medio a la comprensión de que de ese modo se estará dando expresión concreta a valores comunes superiores, consustanciados en la salvaguardia eficaz de los derechos humanos.⁽⁸⁶⁾

.....

(86) CORTE IDH, “Caso ‘La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001 serie C n° 73, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 40.

Reconfiguración del concepto de trabajo: un análisis desde la norma internacional

por VERÓNICA JARAMILLO FONNEGRA⁽¹⁾

I | Introducción

La sociología jurídica aborda las implicancias que tiene el campo jurídico en la sociedad, así como la sociedad en el campo jurídico. Para poder reconocer estas diferentes implicancias resulta necesario concebir al campo jurídico en sentido complejo, lo que exige un concepto de derecho "suficientemente amplio y flexible como para capturar las dinámicas socio-jurídicas en sus muy distintas estructuras de tiempo y espacio".⁽²⁾ Para poder captar las dinámicas que enfrenta el concepto de "trabajo" en la actualidad, se pretende ir de la parte al todo, intentando reconfigurar el concepto de trabajo desde un oficio en particular, la labor en casas particulares. Con ello se quiere demostrar que al modificar los derechos de un sector históricamente olvidado también se puede cambiar el concepto de lo que el trabajo representa hoy en la sociedad.

.....
(1) Abogada (Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet).

(2) SANTOS, 2009, p. 54.

Para tener un punto de partida acerca de la reconfiguración del concepto de trabajo se indagará una nueva normativa internacional que pretenda cambiar la realidad de un grupo en particular de trabajadores, las empleadas del servicio doméstico. El presente estudio analiza, bajo la óptica de sociología jurídica, las reconceptualizaciones del trabajo que fueron retomadas por José Antonio Noguera.⁽³⁾

Si bien podría considerarse que el concepto trabajo no es universal, porque las realidades varían de país a país, de región a región y de tarea en tarea, sí se puede establecer que las normas internacionales dictan preceptos que procuran desarrollar ciertos estándares mínimos de protección; codificarlos no basta, pero es un primer paso para reconceptualizar el trabajo en la sociedad actual, dándole cabida a nuevas formas no productivistas de trabajo que pueden ser desarrolladas más dignamente y con una mejor protección.

Como se dijo antes, el análisis se abordará con una perspectiva socio-jurídica donde se entenderá la norma como creadora de nuevas realidades, ya que “las normas jurídicas —consideradas como textos políticos— construyen la realidad y, asimismo, proveen a los actores sociales de modelos interpretativos para comprender y modificar esa realidad, así como orientar su propia acción”.⁽⁴⁾

La constitución de una nueva norma internacional puede producir la consagración de un nuevo paradigma, el cual interactúa con la sociedad modificándola. Muchos factores como usos, costumbres o fenómenos indistintos pueden modificar la realidad social, pero un cambio normativo tiene vocación de exigibilidad para una generalidad de la población, lo que propicia prácticas que de alguna manera tienden al cambio.

Por lo anterior, y considerando que las normas internacionales son generadoras de procesos de cambio en las sociedades que se adscriben a ellas

(3) NOGUERA, ANTONIO, “El concepto de trabajo y la teoría social crítica”, en *Revista de Sociología*, n° 68, 2002, pp. 141/168.

(4) VASILACHIS DE GIALDINO, 1997, citado por Novick, Susana, *Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)*, Bs. As., Editorial Catálogos - CLACSO, 2008, p. 253

(por lo menos en lo formal),⁽⁵⁾ se quiere analizar el concepto ampliado del trabajo —que proponen el autor mencionado— a partir de la creación de una norma internacional, el Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 2011.

A partir del importante rol actual de la mujer y de cómo el sector del trabajo doméstico ha recobrado fuerza y repercusión en la economía global se intentará precisar los cambios más significativos desde la ley. Es difícil comparar esta labor con otras formas mercantilistas y productivistas de trabajo, y por ello es preciso aclarar que no es posible construir para el tema de servicio doméstico un análisis de la transformación del concepto de trabajo semejante al realizado para las labores tradicionales, puesto que ha sufrido otros cambios históricos que han propiciado por años que esta tarea no sea tenida en cuenta como un verdadero trabajo.

Dando cuenta de lo anterior, difícilmente podemos indagar el concepto de trabajo doméstico con base en teorías reduccionistas, donde los obreros eran esencialmente hombres de fábrica que podían tener relaciones sociales, de afinidad de clase y que podían realizar movilizaciones a partir de su rol en la fábrica. No existe, en este caso, una unidad de trabajo común a todas las trabajadoras, es decir, un “explotador común”.

Pese a lo anterior, de algún modo sí se da una explotación uniforme y una actuación común entre las y los patrones de estas mujeres, que conforme a privilegios de clases actúan de igual manera. Las largas jornadas laborales, la ausencia de beneficios sociales y los salarios poco dignos son elementos comunes y es allí donde estas trabajadoras encuentran su similitud e identificación, bajo un parámetro común de explotación apoyado en los vacíos normativos que históricamente han permanecido sustentando y perpetuando la desigualdad y vulnerabilidad de las trabajadoras del sector.

(5) No pretende este escrito cuestionar la efectividad de la norma internacional; se parte de la idea de que debe ser reconfiguradora, al menos formalmente, y creadora de cambios tanto legales y fácticos de las sociedades que los suscriben, ya que a partir de los compromisos internacionalmente adquiridos se intentan fijar estándares mínimos de protección que se deben cumplir.

2 | Perspectiva desde la sociología del trabajo

A continuación se exponen resumidamente las teorías de José Antonio Noguera sobre la reconfiguración del concepto de trabajo que se analizará posteriormente con la nueva norma de la OIT.

A partir de numerosas teorías sobre lo que el trabajo representa en la actualidad, Noguera⁽⁶⁾ propone el análisis de cuatro ejes teóricos dicotómicos para el estudio de las concepciones del trabajo:

1. valorización vs. desprecio del trabajo;
2. concepto amplio vs. concepto reducido de trabajo;
3. productivismo vs. antipproductivismo; y
4. centralidad vs. no centralidad del trabajo.

2.1 | Valorización vs. desprecio del trabajo

El autor considera en este eje que se valoriza el trabajo si es “dignificado o revestido de valor social y cultural”⁽⁷⁾ o es despreciado cuando es considerado como una actividad innoble. Dependiendo de los valores de una sociedad se pueden encontrar en diferentes momentos históricos conceptos diferentes. Por ejemplo, el trabajo en casas particulares o el llamado “servicio doméstico” es una forma de trabajo antigua y que puede remontarse en sus orígenes a las formas de esclavitud o la servidumbre de los siglos pasados. A esta labor no se le ha considerado tradicionalmente como trabajo por estar más cercana a las formas de explotación sustentadas en las desigualdades de etnia, raza, castas o condiciones sociales, evidenciando la superioridad de unas por encima de las otras.

Una situación que perdura en el modelo de sociedad vigente es que el servicio doméstico se presenta como la perpetuación de la división sexual de los trabajos del cuidado y del servicio, además de la dominación de clases adineradas sobre otras menos favorecidas. En la mayoría de los

.....
(6) NOGUERA, ANTONIO, *op. cit.*

(7) *Ibid.*, p. 144.

casos una persona de una clase más adinerada emplea a otra con menores privilegios económicos, la cual es muchas veces abusada y maltratada.

Podemos considerar que el empleo doméstico, tradicionalmente, no está valorado ni histórica, ni social, ni tampoco culturalmente como un verdadero trabajo, mucho menos está dignificado; más bien es considerado una actividad innoble, en la que se paga poco y donde las mujeres son expuestas a todo tipo de arbitrariedades perpetradas por parte de sus empleadores y empleadoras.

En conclusión, evaluando el trabajo doméstico desde el concepto de Noguera⁽⁸⁾ sobre el eje de valorización vs. desprecio del trabajo, puede apreciarse que esta labor es considerada como una actividad innoble realizada por personas con poca calificación, con poco poder de decisión y a quienes se les ha relegado históricamente sus derechos, lo cual sustenta la afirmación de que se les valora menos que a otros trabajadores o se desprecia este tipo de labor.

2.2 | Concepto amplio vs. concepto reducido de trabajo

El autor caracteriza al primero como el concepto donde se puede tener una “recompensa intrínseca” a su propio fin. Contrariamente, el concepto reducido lo enuncia como el que solo reconoce un tipo de recompensas, ya sean materiales de reconocimiento social, religioso o supervivencia, pero que difícilmente podría dar lugar a la realización personal, lo que presume una “coerción para la libertad y la autonomía”;⁽⁹⁾ por ello, “el concepto reducido que el trabajo no puede dar lugar a ningún potencial de autonomía ni de autorrealización individual”.⁽¹⁰⁾

El autor plantea en el concepto amplio tres dimensiones de la acción humana, considerando al trabajo “no solo como producción instrumental de valores de uso, sino también, al mismo tiempo, como medio de solidaridad

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.*, p. 145.

(10) *Ibid.*, p. 146.

social y autorrealización personal". Las tres dimensiones son: la cognitivo-instrumental, la práctico-moral y la estético-expresiva.

- **Dimensión cognitivo-instrumental:** encierra criterios de eficacia o eficiencia, producción o creación de valores de uso. Esta dimensión está fuertemente en cuestión en el tema del servicio doméstico, ya que no es en sí una labor que produzca bienes materiales o valores de uso, por lo cual no da dividendos para la familia. Este es uno de los grandes temas por el que no se lo ha considerado un trabajo estrictamente hablando y estaba excluido en muchos países del régimen de contrato laboral.

Al ser un trabajo en exceso feminizado, que perpetúa los roles y los estereotipos de la mujer, las labores desarrolladas dentro del hogar no son bien remuneradas, porque históricamente las mujeres no han reclamado ningún salario por el tiempo invertido en el cuidado y aseo de su familia y hogares. Por tanto al no producir un evidente plusvalor el trabajo doméstico no se ha reconocido en la sociedad actual dentro de la dimensión cognitivo-instrumental.

- **Dimensión práctico-moral:** concibe al trabajo como deber social o como disciplina coercitiva, en cuanto al deber social de creación de lazos sociales. Al considerar en términos de deber social al trabajo en casas particulares se vuelve a incorporar la discusión antes dada sobre la dimensión cognitivo-instrumental, ya que el trabajo será considerado un deber social siempre y cuando sea fuente de ingresos y de reconocimiento social.

Por otra parte, considerar al trabajo doméstico como disciplina coercitiva es difícil porque en la práctica no siempre se puede observar a esta labor como generadora de vínculos o lazos sociales, ya que estas mujeres están aisladas unas de otras en un lugar de trabajo diferente, por lo que difícilmente puedan generar vínculos o reconocimiento colectivo. Además, muchas son inmigrantes de diferentes zonas, regiones o países, lo que hace más difícil que se sientan identificadas entre sí para realizar construcción de lazos sociales.

La sindicalización se presenta como una dificultad extra para las personas dedicadas a esta labor, ya que, generalmente, no existe un lugar que represente la unidad laboral para que ellas se encuentren y puedan preparar una huelga o puedan siquiera discutir sus intereses en cuanto a salario, retribución y seguridad social. Al estar cada una en un lugar diferente el tema de la identidad como colectivo social está relegado.

Es igualmente importante pensar qué papel juega en la vida de las mujeres del sector "la centralidad del trabajo en la estructuración de las otras relaciones sociales",⁽¹¹⁾ ya que por la dificultad de la sindicalización y por lo segregadas

(11) TOURAINE, ALAIN, citado por De la Garza, Enrique, *Hacia un concepto ampliado de trabajo: del trabajo clásico al no clásico*, Cap. 1: ¿Hacia dónde va el trabajo humano?, México, Anthropos, 2010.

que cada una está en su lugar de trabajo puede evidenciarse que no necesariamente su trabajo configura otras relaciones sociales; cuestión que dificulta su proceso de identificación o de reconocimiento con sus semejantes y la posibilidad de que puedan pensar siquiera en un proyecto social y comunitario diferente a sobrevivir.

- **Dimensión estético expresiva:** contempla el trabajo como autoexpresión y autorrealización personal. Como el trabajo en casas particulares está estrechamente vinculado a las labores de servicio y cuidado realizadas tradicionalmente por las mujeres —donde nunca se le ha dado un real valor y cuantificación al trabajo de la mujer—, cuando se contrata a otra mujer para que realice este tipo de labor se menosprecia este trabajo de igual forma. Para Pérez Orosco,⁽¹²⁾ “[c]uando los cuidados no están ni social ni económicamente valorados, realizarlos recae en quienes tienen menor capacidad de elección o decisión (falta de alternativas, de recursos, de poder de negociación, etc.)”. Por lo que podemos concluir que es una labor escogida por quienes tienen poca capacidad de elección de su profesión u oficio. La dimensión estético- expresiva como autorrealización personal no se presenta claramente por la reducida posibilidad de la mujer de sentirse valorada; entre otras cosas porque estas labores son poco remuneradas y con un reconocimiento social escaso, factor que influye en la capacidad de sentirse realizada o sentirse plena en esta labor.

Por lo anterior, el trabajo realizado en casas particulares tal y como aparece en la concepción actual, estaría encuadrado en el concepto reducido de trabajo, ya que difícilmente se puede concebir como parte de la realización personal una labor que socialmente ha sido impuesta a la mujer dentro de su rol de mujer, y que además está infravalorado a nivel legal y social.

2.3 | Productivismo vs. antiprodutivismo en la relación de trabajo

Para Nogera,⁽¹³⁾ hablar de trabajo solo como una actividad productiva supone: “a). Asumir la producción de bienes económicos como una finalidad en sí misma o prioritaria sobre cualquiera otra. b). Equipara toda actividad humana con la producción económica o considera que esta es el ‘modelo’ o ‘paradigma’ para entender aquella. c) O bien

(12) PÉREZ OROSCO, AMAIA, *Miradas globales a la organización social de los cuidados en tiempos de crisis II: ¿Qué retos políticos debemos afrontar?*, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), Serie Género, Migración y Desarrollo, n° 6, 2009, p. 85.

(13) NOGUERA, ANTONIO, *op. cit.*, p. 147.

considera las actividades mercantiles como único modelo posible y/o deseable de producción de bienes y servicios”. Evidenciado lo anterior, podemos entender que históricamente el servicio doméstico no entraría bajo este concepto de trabajo como producción de bienes porque está limitada a un concepto productivista del trabajo, ya que legalmente existe la tendencia a considerar trabajo solo en tanto y en cuanto produzca bienes cuantificables.

2.4 | Centralidad vs. no centralidad del trabajo

La centralidad tiene que ver con la importancia que “estructura las instituciones sociales y la vida de los individuos”: la centralidad social y cultural, la centralidad descriptiva y la centralidad normativa. Para las mujeres dedicadas a esta labor el trabajo es un elemento clave en su vida, es decir, existe la centralidad del trabajo por la necesidad material para su subsistencia, porque en la mayoría de los casos viven situaciones de pobreza y exclusión social donde su sustento y el de sus familias dependen de ese salario; por ello la centralidad en este caso es determinante.

La centralidad descriptiva se refiere a la constatación como una cuestión de hecho que el trabajo tiene ese puesto central en la existencia. Es necesario tener trabajo para adquirir otros beneficios sociales. Los beneficios sociales de las trabajadoras de este sector son escasos, por lo menos los que han tenido hasta antes de estas modificaciones normativas. Por lo que la centralidad descriptiva está en cuestión en esta labor, ya que este trabajo ni siquiera les proporciona todos los beneficios sociales a los que accede el resto de los trabajadores.

La centralidad normativa “consiste en la cuestión política y ética de si el trabajo debe tener esa importancia socio-cultural”. El autor habla desde una concepción de la ciudadanía “trabajocéntrica” donde el trabajo se asocia a la existencia material y al prestigio social. Al no existir en la actualidad beneficios sociales que puedan permitir la vida digna de estas mujeres —como lo sería una renta básica— no es preciso concebir a esta labor desde un punto de vista alejado de la centralidad del trabajo porque es necesario para la subsistencia de estas trabajadoras.

La centralidad normativa, entonces, se podrá analizar porque en muchos países el régimen de trabajo doméstico está por fuera de la Ley de

Contrato de Trabajo, es decir que desde la ley no son consideradas trabajadoras plenas, por lo que la importancia y el prestigio social de este grupo son escasos. Por muchos años la razón para no considerar a las empleadas domésticas como verdaderas trabajadoras radicaba, legalmente, en que la familia no era una unidad productiva, razón por la cual no debía correr con las mismas cargas prestacionales que el empleador de una empresa.

En la realidad, y sin lugar a dudas, se establece una relación laboral de dependencia donde se está subordinado en tiempo y objeto a la labor, pero a diferencia de otros trabajos se realiza en el seno de la unidad familiar. Pese a que el trabajo en casas particulares tiene todos los supuestos para ser considerado una relación laboral, muchos autores e incluso jueces niegan la posibilidad de tal reconocimiento.

Hablar de un concepto ampliado de trabajo frente a este sector es cuestionar también la necesidad que tienen estas mujeres de tener reconocimiento social. Al sindicalizarse muchas pretenden reconocerse como grupo de mujeres que por decisión han elegido libremente este trabajo con el fin de lograr su realización personal.

Algunos autores han resignificado el concepto de "trabajo" señalando que "el mundo del trabajo es construido activamente por los actos interpretativos de los agentes implicados" y que el "trabajo significa cualquier actividad física o mental que transforma materiales en una forma más útil, provee o distribuye bienes o servicios a los demás, y extiende el conocimiento y el saber humano (...) una definición de trabajo, por tanto, incluye referencias tanto a la actividad como al propósito para el cual la actividad es llevada a cabo".⁽¹⁴⁾

(14) "Perhaps the most important single change [en la Sociología del Trabajo] has been the widespread recognition that the study of work cannot be restricted to activities within the social relations of employment; domestic work, voluntary work, communal work, are all 'work', with considerable economic and social importance, related in a variety of ways to paid work in the 'formal economy, and requiring investigation and explanation just as employment does", en BROWN, ROBERT, *Work, Employment and Society*, n° 1, marzo de 1987, pp. 1/6; CASTILLO, JUAN J., "La sociología del trabajo hoy: la genealogía de un paradigma", en Enrique de la Garza (comp.), *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*, El Colegio de México, FLACSO/FCE, 2000, p. 15.

3 | El Convenio sobre el Trabajo Decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos

Por más de 60 años, desde 1948, la OIT ha intentado poner sobre la mesa de la comunidad internacional un convenio que proteja a las trabajadoras remuneradas del hogar. Finalmente, en junio de 2011, organizaciones sindicales y patronales participaron en la reunión número 100 de la OIT, donde se creó un nuevo convenio internacional y una recomendación que considera la necesidad de trabajo decente para los trabajadores y las trabajadoras domésticas en el planeta.

Este convenio, numerado como 189, considera a un sector de la población mundial que ha estado desprotegido históricamente en términos legales, por lo que ahora se pretende equiparar al resto de las trabajadoras incluyéndolas en el régimen de contrato de trabajo. Lo que hace novedosa esta propuesta es que cambia el panorama para más de 100.000.000⁽¹⁵⁾ de personas en el mundo, que se estima se dedican a esta labor. Este sector ha sido históricamente olvidado en términos legales y se sabe que forman parte de él una mayoría de mujeres o niñas, alrededor del 83%,⁽¹⁶⁾ muchas de ellas migrantes,⁽¹⁷⁾ quienes en general no están registradas en los regímenes de seguridad social y viven en situación de precariedad y vulnerabilidad.

En su Preámbulo,⁽¹⁸⁾ el nuevo Convenio reconoce que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado y realizado por mujeres y niñas migrantes que

(15) Las cifras oficiales son de 53.000.000 de personas, pero como es de sobra conocido el altísimo nivel de subregistro en este sector, los expertos de la OIT consideran que la cifra debe ser alrededor de 100.000.000 de personas a nivel mundial.

(16) Como es un convenio que afecta a una mayoría femenina se expondrá en femenino la mayoría de comentarios, sin desconocer que hay un sector minoritario de trabajadores hombres insertos en esta labor.

(17) OIT, 2011.

(18) "Considerando que el trabajo doméstico sigue siendo infravalorado e invisible y que lo realizan principalmente las mujeres y las niñas, muchas de las cuales son migrantes o forman parte de comunidades desfavorecidas, y son particularmente vulnerables a la discriminación con respecto a las condiciones de empleo, así como a otros abusos de los derechos humanos (...) Observando la especial pertinencia que tienen para los trabajadores domésticos el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97), el Convenio sobre

están en una especial condición de vulnerabilidad. El hecho de que muchas mujeres y niñas estén sobrerrepresentadas en esta labor evidencia cómo el modelo de exclusión social y patriarcal propone oficios y profesiones exclusivas para mujeres, según su estrato socioeconómico, lo que además propicia situaciones donde sus derechos están altamente restringidos.⁽¹⁹⁾ Puede considerarse, además, que los trabajos y profesiones que tienen una alta participación femenina son generalmente subvalorados y considerados de menos importancia y con menor remuneración que los realizados tradicionalmente por hombres.⁽²⁰⁾

A continuación se analizarán los artículos más importantes del Convenio 189 para mostrar porque este instrumento internacional cambia la concepción tradicional del trabajo, ampliando el concepto y reconociendo para la labor en casas particulares muchos de los derechos laborales que le han sido negados históricamente; igualmente, al incluir un nuevo trabajo al listado de ocupaciones consideradas "trabajo" se amplía también este concepto.

En los primeros artículos del Convenio se enuncia lo que es trabajo doméstico de la siguiente manera: "la expresión 'trabajador doméstico' designa a toda persona, de género femenino o género masculino, que realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo" (art. 1°). En este artículo se evidencia la clara intención de considerar al trabajo doméstico un verdadero trabajo, poniendo de manifiesto la centralidad normativa para este tipo de labor, por lo que se invoca como relación de trabajo.

Posteriormente se consagran las libertades, en los arts. 3° y 4°, de asociación y sindicalización de estas trabajadoras y se insta a los Estados a

.....
 los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143), el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, 1981 (núm. 156), el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), y la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), así como el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos (2006)".

(19) AMORÓS, CELIA, *Mujeres e imaginarios de la globalización*, Rosario, Ed. Homosapiens, 2008.

(20) JARAMILLO FONNEGRA, VERÓNICA y ROSAS, CAROLINA, "Leyes y relatos en torno al trabajo doméstico. Las migrantes peruanas en Buenos Aires", IX Jornadas de Sociología "Capitalismo del siglo XXI, crisis y reconfiguraciones. Luces y sombras en América Latina", 8 al 12 de agosto de 2011.

abolir el trabajo infantil, la discriminación en el empleo y la ocupación, además de igualar la edad mínima de acceso a esta labor con la que se accede al resto de trabajos. En estos artículos está presente la dimensión **práctico-moral** porque lo instituye como colectivo susceptible de sindicalización, situaciones que generan mayor reconocimiento como colectivo de trabajadoras.

En su art. 6° el Convenio incluye la necesidad de consolidar condiciones justas y equitativas en este tipo de trabajo y, además, es calificado como trabajo decente, para lo que invoca la privacidad de la trabajadora que habita en la casa del empleador/a. En la mayoría de las formas tradicionales de trabajo reconocer la privacidad del empleado es algo que se sobreentiende y que no tendría necesidad de expresarse como protección especial, pero en este caso es evidente que habitar la misma casa que su empleador/a tiene consecuencias en la personalidad y la libertad de la trabajadora, que actúan como limitantes por la relación de subordinación.

En muchos países el trabajo doméstico no está considerado dentro de la Ley de Contrato de Trabajo, pero la OIT intenta poner en la agenda de los Estados la necesidad de reconocimiento de las trabajadoras del sector, para que no sigan estando excluidas del sistema de seguridad social y del sistema de salud. Se quiere considerar como un verdadero trabajo con el fin de lograr una mayor protección social a un sector históricamente carente en cuanto a derechos; lo que amplía el concepto de trabajo a profesiones u oficios que tradicionalmente se han considerado como no productivos en términos de plusvalor.

En su art. 7°, el Convenio establece las condiciones que se deben establecer previamente antes de ingresar a trabajar, lo que debe contener el contrato, como ser la duración del contrato, las horas trabajadas, el período de prueba, los convenios colectivos que influyan en el contrato; todo esto por medio de un lenguaje simple y que la trabajadora pueda comprender fácilmente y no sea susceptible de otras interpretaciones.

Esta relación laboral está altamente vinculada con la informalidad, donde no es tradicional realizar contratos por escrito; de esta forma, en el anterior artículo se puede evidenciar que al hacer un contrato de forma escrita, donde las condiciones estén claras para las partes, se evitan situaciones

de explotación porque las trabajadoras conocen sus derechos y deberes. El presente artículo valoriza el trabajo doméstico configurándolo como susceptible de mayor protección.

En el art. 8º⁽²¹⁾ el Convenio consagra una fórmula para que los Estados regulen y controlen los contratos de trabajo de las trabajadoras migratorias para evitar cualquier forma de explotación. Para ello se debe contar con unas formalidades preestablecidas desde el país de origen y susceptibles de ejecución real en el país de destino. Advierte la posibilidad de suscribir un contrato escrito previo a la migración, que incluye las condiciones laborales para dar la facilidad a estas trabajadoras de tener una prueba real ante la justicia al momento de exigir sus derechos laborales o al momento de solicitar visados o regularización migratoria en el país de destino.

En el art. 10⁽²²⁾ se habla de que el mínimo de horas deberá ser igualado con el resto de los trabajadores, y de igual manera, la compensación de las horas extras, el descanso anual y el descanso diario deberá ser equiparado

.....
(21) El art. 8º establece:

“1. En la legislación nacional se deberá disponer que los trabajadores domésticos migrantes que son contratados en un país para prestar servicio doméstico en otro país reciban por escrito una oferta de empleo o un contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país donde los trabajadores prestarán servicio, que incluyan las condiciones de empleo señaladas en el art. 7º, antes de cruzar las fronteras nacionales con el fin de incorporarse al empleo doméstico al que se refiere la oferta o el contrato.

2. La disposición del párrafo que antecede no regirá para los trabajadores que tengan libertad de movimiento con fines de empleo en virtud de acuerdos bilaterales, regionales multilaterales o en el marco de organizaciones de integración económica regional.

3. Los Miembros deberán adoptar medidas para cooperar entre sí a fin de asegurar la aplicación efectiva de las disposiciones del presente Convenio a los trabajadores domésticos migrantes.

4. Todo Miembro deberá especificar, mediante la legislación u otras medidas, las condiciones según las cuales los trabajadores domésticos migrantes tienen derecho a la repatriación tras la expiración o terminación del contrato de trabajo en virtud del cual fueron empleados”.

(22) Art. 10.1. “Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico”.

con las leyes del contrato general de trabajo y el art. 11⁽²³⁾ respecto a que debe existir una remuneración mínima establecida. En el art. 12 se considera el pago en efectivo y se reconoce el pago en especie como una modalidad que debe ser regulada en su justa medida por el gobierno de los Estados firmantes. Como ya se dijo, esto amplía el concepto de trabajo al equiparar los derechos a los demás trabajadores.

En el art. 13 del Convenio se habla sobre la seguridad e higiene a la que tiene derecho la trabajadora doméstica con el fin de salvaguardar su salud, medida que también es equiparable al régimen general de contrato de trabajo. De igual forma lo hace el Convenio en su art. 14 con el tema de la licencia por maternidad, una deuda en muchas legislaciones con las trabajadoras de este sector.

Los artículos anteriores (8°, 10, 11, 12, 13) pueden entenderse desde la centralidad normativa y desde la dimensión práctico-moral de la que habla Noguera,⁽²⁴⁾ la cual se ve materializada en el sentido social y moral de la acción al dar la posibilidad de contar con unos estándares mínimos de protección a la seguridad social como al resto de los trabajadores.

En el art. 15⁽²⁵⁾ se considera la necesidad de regular las agencias de empleo privadas donde es sabido que abusan de la necesidad de estas

(23) Art. 11: "Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos se beneficien de un régimen de salario mínimo, allí donde ese régimen exista, y que la remuneración se establezca sin discriminación por motivo de sexo".

(24) NOGUERA, ANTONIO, *op. cit.*

(25) El art. 15 establece:

"1. Para proteger efectivamente contra las prácticas abusivas a los trabajadores domésticos contratados o colocados por agencias de empleo privadas, incluidos los trabajadores domésticos migrantes, todo Miembro deberá: a) determinar las condiciones que regirán el funcionamiento de las agencias de empleo privadas que contratan o colocan a trabajadores domésticos, en conformidad con la legislación y la práctica nacionales; b) asegurar la existencia de un mecanismo y procedimientos adecuados para la investigación de las quejas, presuntos abusos y prácticas fraudulentas por lo que se refiere a las actividades de las agencias de empleo privadas en relación a los trabajadores domésticos; c) adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas. Se incluirán las leyes o reglamentos en que se especifiquen las obligaciones respectivas de la agencia de empleo privada y del hogar para con el trabajador doméstico y se preverán sanciones, incluida la prohibición de aquellas agencias de empleo privadas que incurran en prácticas fraudulentas y abusos; d) considerar, cuando

mujeres, especialmente de las migrantes que no conocen el mercado laboral en el país de origen, cobrando comisiones excesivas del salario de las trabajadoras. Este artículo realiza expresamente la prohibición de este cobro, por lo que el Convenio hace la especial consideración al respecto de mecanismos idóneos y efectivos para evitar abusos y tramitar las quejas enmarcadas en el supuesto de la agencia de empleo privada.

A este artículo podríamos encauzarlo desde la dimensión de la centralidad normativa que refleja la importancia sociocultural de esta norma porque aboga por los derechos de este sector de la población tan abusado; y además se puede observar desde el eje de la valorización del trabajo, ya que a partir de una nueva norma se da la protección valorando más el trabajo en casas particulares.

De igual manera, en el art. 16,⁽²⁶⁾ este instrumento internacional expresamente indica a los Estados su deber de tomar medidas legislativas y garantizar mecanismos de resolución de conflictos no menos favorables que el resto de los trabajadores, para lo cual los Estados firmantes deberán comprometerse a asegurarles el acceso a la justicia y a los tribunales locales. El art. 17 consagra la posibilidad de crear mecanismos de inspección en sus lugares de trabajo, con el debido respeto y atenta consideración al hogar como unidad familiar pero también como lugar de trabajo.

Este es una importante cláusula porque el tema de la inspección de las casas particulares está —a ojos de muchos— en contradicción con el derecho a la intimidad y a la propiedad privada, por lo que es siempre un tema

se contrate a los trabajadores domésticos en un país para prestar servicio en otro país, la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo; y e) adoptar medidas para asegurar que los honorarios cobrados por las agencias de empleo privadas no se descuenten de la remuneración de los trabajadores domésticos.

2. Al poner en práctica cada una de las disposiciones de este artículo, todo Miembro deberá celebrar consultas con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan”.

(26) Art. 16: “Todo Miembro deberá adoptar medidas, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, a fin de asegurar que todos los trabajadores domésticos, ya sea en persona o por medio de un representante, tengan acceso efectivo a los tribunales o a otros mecanismos de resolución de conflictos en condiciones no menos favorables que las condiciones previstas para los trabajadores en general”.

problemático de saldar en varias legislaciones.⁽²⁷⁾ La posibilidad que tienen los Estados de regular situaciones injustas, inseguras e insalubres, e incluso de abusos sexuales, no debe estar limitada por el derecho a la intimidad o a la propiedad, porque los bienes jurídicos protegidos, la vida y la dignidad no pueden ni deben estar por encima del derecho a la propiedad.

Si entendemos el trabajo como medio de autorrealización personal, esta cláusula sobre la inspección laboral en las casas particulares toma sentido, ya que es imposible poder realizar un trabajo desde un aspecto vocacional si no existen garantías mínimas para realizarlo; al ser un trabajo seguro y rentable, las aspiraciones vocacionales de las personas pueden ser más plausibles.

El art. 18 consagra la necesidad de coordinación entre la sociedad civil, las organizaciones de trabajadoras y el Estado para adoptar normas locales en el marco del Convenio, y el art. 19 se establece que no deben desconocerse las normas o prácticas más benéficas en materia de derechos de este sector de la población. El resto del articulado se refiere a cuestiones organizativas y de ratificaciones que no revisten interés en el presente análisis.

El anterior artículo se puede encuadrar desde la dimensión de la centralidad descriptiva donde el trabajo en casas particulares debe estar reconocido y coordinado por organismos públicos y de la sociedad civil, lo que evidencia la centralidad del trabajo para esta normativa. También se le podría encuadrar en la dimensión práctico moral, ya que se considera como un trabajo —ahora— reconocido socialmente.

4 | Comentarios finales

El concepto de “trabajo” se reconfigura al ampliar la gama de profesiones u oficios que puedan reclamar beneficios sociales como cualquier trabajador. El trabajo en casas particulares ha estado tradicionalmente subvalorado o categorizado en lugares de menor prestigio social, pero al consagrar derechos que incluyen a las mujeres del sector en igualdad de condiciones que otros trabajadores se puede evidenciar que se reestruc-

(27) La máxima feminista “lo personal es político” que fue gestada en las campañas de los años 60 logró un movimiento mundial contra la violencia de género, consolidando en muchos países el tratamiento de este tipo de violencia como una cuestión pública visible y repudiable a los ojos del mundo. Este caso en lo personal o privado del hogar también debe ser discutido en la escena pública para proteger los derechos de estas trabajadoras.

tura el concepto de trabajo en general, ya que no solo las profesiones tradicionales son las que pueden brindar reconocimiento o autorrealización, es decir, se concibe al trabajo como una actividad más allá de la realidad instrumental o el trabajo productivo.

A pesar de lo anterior, debe reconocerse que no hay un concepto universal y unívoco de trabajo porque también atiende a las lógicas de cada lugar y de cada grupo de trabajadores. Pero la importancia de instalar cambios legales internacionales, que puedan generar cambios sociales, aporta a la esperanza de que se comience a ser una sociedad más incluyente con un concepto de trabajo más amplio y atinente a las necesidades de la actualidad.

En conclusión, la norma internacional intenta crear estándares mínimos que abogan por la igualdad y no discriminación fijando unos mínimos a cumplir; se puede reconocer que la inclusión de esta nueva normativa de la OIT cambia o modifica ciertos preceptos jurídicos que pueden ayudar a modificar la acción humana, ampliando el concepto de trabajo desde la centralidad normativa. La norma consagra la posibilidad de considerar un trabajo no productivo como trabajo, la posibilidad de sindicalización para un reconocimiento social y de valorar e incluir un grupo de trabajadoras históricamente excluido de las leyes laborales.

La revolución haitiana y la historia de los derechos humanos en nuestro continente⁽¹⁾

por RAÚL SALINAS⁽²⁾

I | Introducción

Es usual que al momento de referenciar antecedentes históricos de lo que actualmente denominamos “derechos humanos” se aluda a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) aprobada en el marco de la Revolución Francesa y nunca incorporada al texto constitucional. Otras tantas citas suelen hacerse a la Carta de Derechos (1791) sancionada a modo de enmiendas constitucionales en el contexto del proceso independentista de las trece colonias británicas de América del Norte.⁽³⁾

.....

(1) La presente es una versión revisada de la tesina presentada en el marco de la asignatura: “Constitución, hegemonía y democracia”, en el marco de la Carrera de Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia y la Universidad Nacional de La Matanza.

(2) Abogado con orientación en derecho penal (UBA). Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Alumno de la Especialización en Magistratura (Escuela del Servicio de Justicia y Universidad Nacional de La Matanza). Coordinador del Área de Cárceles y Política Penitenciaria del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP).

(3) En sentido similar se acostumbra a referenciar documentos anteriores tales como la Carta Magna que los barones libres del lugar obtienen de Juan I de Plantagenet en el año 1215 o el *Bill of Rights* redactado en Inglaterra en el año 1689. Ver POUND, ROSCOE, *Desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, Bs. As., Agora, 1960.

Sin embargo, también es llamativamente común que se omita toda referencia a un proceso de incomparable intensidad y significación ocurrido en el mismo período histórico en nuestro continente: nos referimos a la revolución haitiana.

El propósito del presente texto es ensayar algunas respuestas frente al deliberado silencio sobre la revolución haitiana y su proceso de independencia e identificar algunas articulaciones con relación a nuestro presente.

2 | Quisqueya, Haití, La Hispaniola, Saint-Domingue

En el año 1665 los franceses ocupan la parte occidental de la isla La Hispaniola, la cual estaba bajo dominio español. A partir de entonces la nombran "Saint-Domingue".

Allí se desarrolla un proceso de colonización estructurado desde la metrópolis con la finalidad de generarle beneficios económicos. Este modelo llevaba implícita una organización social etnocéntrica-eurocéntrica, por definición desigualitaria y estratificada, con base en criterios referidos al lugar de nacimiento, origen étnico, propiedad, condición religiosa y género.

Esta situación suponía la inferioridad de los pueblos originarios y la negación de la condición de persona para los africanos.

De allí que tempranamente los frailes dominicos denunciaron el trato dado a los taínos por los encomenderos, interpeándolos a través de la voz clara y enérgica de Antón de Montesinos, traída por Bartolomé de Las Casas, desde el célebre sermón de adviento:

... (e)sta voz, dijo él, que todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid, ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos nunca oídos, habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados, sin dalles de comer ni

curallos en sus enfermedades, que de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decir, los matáis, por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine, y conozcan a su Dios y criador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres?

Este hito en la construcción jurídico-política de los derechos en nuestra tierra durante mucho tiempo ha compartido espacio con la revolución haitiana en el recinto de lo deliberadamente silenciado y olvidado.

La enorme lucha lascaciana por el reconocimiento y respeto a los integrantes de los pueblos originarios tuvo en los derechos comunes a una de sus herramientas principales.⁽⁴⁾ Recordemos que, de acuerdo con las Siete Partidas del rey Alfonso X apodado "El Sabio", la esclavitud era una institución legal cuya legitimidad no estaba puesta en cuestión (por ejemplo, Partida IV, Título XXIII, Partida IV, Ley VI, Título XXI, Partida IV, Ley VIII, Título XX). En la Partida IV, Ley VI, Título XXI se dice:

... (!)lenero poder ha el señor sobre su siervo, para fazer del lo que quisiere. Pero con todo esso, non lo deve matar, nin lastimar, maguer le fiziesse porque, á menos del mandamiento del juez del lugar, nin lo deve ferir, de manera que sea contra razón de natura, nin matarlo de fambre; fueras ende si lo fallasse con su muger, ó con su fija. ó fiziesse otro yerro semejante destos. Ca estonce bien lo podría matar. Otrosi dezimos que si algun ome fuesse tan cruel a sus siervos, que los matasse de fambre: o les diesse tan grand lazorio, que non lo podiessen sofrir, que entonce se puedan quexar los siervos, al juez. E al de su officio, deve pesquerir en verdad si es assi: e si lo fallare verdad, develos vender, e dar el preço a su señor. E esto deve facer, de manera que nunca puedan ser tomados en poder, ni en señorio de aquel, a cuya culpa fueron vendidos.

La propia naturalización del instituto de la esclavitud, con su rasgo ancestral, inferiorizante y extendido hizo que hasta un verdadero visionario y campeón del humanismo como Las Casas recién manifestara su reprobación a la servidumbre infringida a los africanos en nuestra región alrededor del año 1545. De hecho, en 1554 escribió una enérgica

(4) FILIPPI, ALBERTO, "Introducción general", en Irma A. García Netto (comp.), *Principios generales del derecho latinoamericano*, Bs. As., Eudeba, 2009.

y radical denuncia sobre lo injusto y tiránico de la esclavización de los “bozales”. Ya en el período final de la vida, en su testamento (escrito el 17 de marzo de 1564), manifestó su arrepentimiento más profundo por haber aceptado y hasta propuesto la esclavitud de los africanos con tal de “liberar a los indios de la opresión española”.⁽⁵⁾

Estas prácticas se hallaban íntimamente relacionadas con la apropiación de las tierras y los recursos naturales y con la explotación desmedida. Ello, sumado a las epidemias de enfermedades acarreadas rápidamente, derivó en el exterminio de los taínos, lo que motivó el comercio transatlántico de africanos con fines de esclavitud. El etnocidio está inscripto como una de las marcas del nacimiento, como vidas sin valor que pueden ser usadas y descartadas sin consecuencia alguna.

La colonia de Saint-Domingue tenía como metrópoli a Francia. En su territorio se cultivaba café, tabaco, azúcar, algodón e índigo, que tenían como destino Europa. Estas exportaciones se referían a materias primas que eran procesadas en el viejo continente, con el cual, a su vez, existía un sistema de ventas monopólico y abusivo conocido como “*exclusif*”. Esta situación produjo la instalación del contrabando y la proliferación de economías paralelas, las cuales incluso abarcaban a los propios esclavizados, quienes podían producir y comercializar bienes generados por su trabajo durante el tiempo habilitado para el descanso y durante las fiestas. En algunas oportunidades, y tras un considerable tiempo de ahorro, este capital producido era suficiente para comprar la propia libertad.

En la génesis misma de la gesta revolucionaria se encontraban elementos tales como el sistema económico capitalista en su fase de acumulación originaria, el rol de productor de materias primas y comprador de productos ya manufacturados, un comercio globalizado que abarcaba tres continentes y, sobre todo, un sistema mundo signado por una concepción de la humanidad profundamente desigualitaria, originada al calor del imperia- lismo, el colonialismo y la esclavitud. Una dinámica carente de sustentabilidad y mantenida por la violencia. En palabras de Filippi, “(l) a total falta de racionalidad, en términos económicos, con que operaban los grupos

(5) ESPONERA CERDÁN, ALFONSO, *B. de las Casas y la esclavización de los negros, según las aportaciones de I. Pérez Fernández O. P.*, Biblioteca Cervantes Digital, [en línea] <http://bib.cervantes-virtual.com/servlet/SirveObras/12814963326725940654435/p0000001.htm#PagFin>, consultado el 18/06/2014.

de encomenderos de la Española, resultó un obstáculo insuperable para el desarrollo económico y social de la colonia”.⁽⁶⁾

A partir de estos datos es que puede explicarse a la esclavización como un lucrativo y dinámico negocio que involucraba expedicionarios, cazadores, marineros, dueños de barcos y astilleros, comerciantes, mercaderes, etc. La prosperidad de ciudades como Bristol, Liverpool, Burdeos, Nantes, Lisboa y Sevilla se relacionó con esta práctica de compraventa y distribución de seres humanos.

Saint-Domingue, ubicada en el occidente de la isla denominada “Hispaniola”, era la colonia más rica y productiva del mundo, al punto de llegar a constituir uno de los soportes principales de toda la economía de Francia. Esto no obedeció exclusivamente a la agricultura desarrollada en la gran llanura norte: la industria del tráfico de personas con fines de esclavitud era sumamente dinámica:

Los esclavos de Saint-Domingue morían —por hambre, suicidio, aborto, infanticidio, exceso de trabajo o directamente asesinatos— a una tasa mucho mayor que lo que podían ser reemplazados por crecimiento demográfico natural. Los amos se veían obligados a importar un promedio de 20.000 nuevos esclavos **por año** para mantener la fuerza de trabajo a niveles constantes.⁽⁷⁾

Dos terceras partes de los esclavizados eran de origen africano directo, es decir que no habían nacido en la colonia.

La estructura social era jerarquizada y organizada en torno al “etnocentrismo jurídico blanco”.⁽⁸⁾ Paradójicamente, estos pueblos civilizados y portadores de la fe cristiana fueron quienes con la finalidad de maximizar ganancias y minimizar costos oprimieron, traficaron y exterminaron a poblaciones enteras. Nos referimos a capturas, secuestros, marcación de los

(6) FILIPPI, ALBERTO, *La lucha por los derechos y su defensa en la América Hispana*.

(7) GRÜNER, EDUARDO, *La oscuridad y las luces*, Bs. As., Edhasa, 2010.

(8) FILIPPI, ALBERTO, “La construcción histórica y pluriétnica de los derechos: desde los pueblos indígenas a los mestizajes de origen ibérico y africano”, en José Aylwin Oyarzún et. al., *I Encuentro Latinoamericano de Derechos Humanos de los pueblos indígenas. Reflexiones y debates sobre justicia, territorio y recursos naturales*, Bs. As., Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Ministerio Público de la Defensa y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena, 2010.

cuerpos, traslados en condiciones inhumanas, venta, violaciones sexuales, trabajos forzados. Todo esto con el propósito de obtener mano de obra para la unidad productiva esencial: la plantación.

Al menos 11 millones de africanos fueron traídos a través del Atlántico, esposados y hacinados como animales y al menos 2 millones perecieron durante la travesía conocida como el “pasaje medio”. Estudios recientes calculan que durante tres siglos fueron llevados al Caribe, Centro y Sudamérica entre 12 y 15 millones de personas.⁽⁹⁾

Valga a esta altura una aclaración: la clasificación de “indio” como la de “negro” constituyen categorías elaboradas por el opresor que invisibilizan la heterogeneidad e identidad de cada uno de los pueblos. Otro tanto ocurre con el concepto de “esclavo”. Tal cosa no existe; pregunten quién consciente su propia servidumbre. Por ello es que resulta más propio hablar de integrantes de pueblos originarios, africanos, afrodescendientes y de esclavizados.

Nótese hasta qué punto el conjunto de los esclavizados era diverso. Tenían orígenes en alrededor de una docena de etnias diferentes. No provenían del mismo sitio (los había incluso provenientes de Europa —por ejemplo, Ladinos—), ni compartían creencias religiosas (por ejemplo, islam, cultos ancestrales africanos, etc.) y tampoco tenían las mismas tradiciones, costumbres u orígenes (por ejemplo, aristocrático como el padre de L’Overture). De hecho, el propio idioma empleado en Saint-Domingue, el *creole*, es un lenguaje sincrético “inventado” que contiene elementos del francés con la sintaxis de varias lenguas del África occidental. Otro tanto ocurrió con la práctica del culto vudú.

Casi resulta superfluo resaltar que los términos de convivencia bajo este esquema social constituían una suerte de *pax armada* en donde el deseo de regreso a Europa estaba presente al igual que el temor a la rebelión de los esclavizados, mientras que en los oprimidos existía el odio al opresor armado blanco y los anhelos de retorno a la Guinea.

Tal era la sociedad de esta famosa colonia. Esas sus gentes y esa la vida por la que tanta sangre se derramó y se sufrió. Las mejores mentes del momento no se hacían ilusiones sobre ella.

(9) FILIPPI, ALBERTO, “Bicentenarios: integración plurinacional y crítica del etnocentrismo nacionalista”, en *Cuadernos Americanos: Nueva Época*, vol. 2, n° 132, México, 2010/2, [en línea] <http://www.cialc.unam.mx/cuadamer/textos/ca132-67.pdf>, consultado el 23/06/2014.

El barón De Wimpffen, quien conoció la colonia en 1790, en la cúspide de su prosperidad, vio un día a un esclavo que apoyado en el mango de su azada, miraba con tristeza el crepúsculo. “¿Qué estás haciendo, Nazimbo? ¿Qué miras?”, le preguntó. Nazimbo extendió su mano hacia el sol poniente. “Veo a mi país”, respondió, mientras de sus ojos brotaban las lágrimas. “También yo veo a mi país allí”, dijo De Wimpffen para sí, “y tengo la esperanza de volver a verlo algún día, pero tú, pobre negro, nunca verás el tuyo de nuevo”. Tanto el liberal educado como el simple esclavo detestaban el lugar. Pocos meses después De Wimpffen se marchó y escribió sus opiniones. Es un epitafio apropiado de esa sociedad que tres años después sería destruida:

“¿Desea saber mi palabra definitiva sobre este país? Es que, mientras más conozco a los hombres que lo habitan, más me alegro de irme (...) Cuando uno es lo que la mayor parte de los plantadores es, se nace para poseer esclavos. Cuando uno es lo que la mayoría de los esclavos es, uno nace para ser esclavo. En este país todo el mundo está en su lugar”.⁽¹⁰⁾

Como refiere Filippi:

... respecto a la esclavitud negra sigue siendo oportuno plantearse la interrogación que formularon Charles Verlinden y Magnus Mörner al constatar que mientras se trató de evitar y combatir la “esclavitud” de los pueblos originarios, la misma fue, en cambio sistemáticamente reconocida y aplicada a los africanos. Lo cierto es que, mientras el sometimiento a la esclavitud de los indios hubiera significado —como significó en muchos casos— una amenaza estructural a la “paz colonial”, la de la mano de obra importada, y mantenida en zonas de segregación productiva, no representaba un peligro similar.

A fines de justificar la opresión y la explotación es que se apeló a la inferiorización del enorme y heterogéneo conjunto de pueblos bajo los mote de “indios” y “africanos” en un abierto ejercicio de racismo. De acuer-

(10) JAMES, CYRIL L. R., *Los jacobinos negros: Toussaint L'Overture y la revolución de Haití*, Bs. As., RyR, 2013.

do con dicha mentalidad, los rasgos asociados al origen étnico daban cuenta de la condición inferior y salvaje naturalmente destinada a la servidumbre, a la opresión, a la explotación extrema. En términos actuales, entes sin dignidad ni derechos, no personas pasibles del trato dado a las bestias, meros medios fungibles y reemplazables tras el pago de un precio. Esta racialización de la inferiorización quizás sea una de las notas diferenciales con la esclavitud antigua. De hecho, la etimología de la palabra “esclavo” remite al pueblo europeo blanco llamado “eslavo” y “eslovenio”.⁽¹¹⁾

Recordemos que desde el discurso jurídico también existieron justificaciones para la guerra. Un ejemplo es el señalado por Ferrajoli respecto de otro dominicano, humanista y defensor de los derechos de los integrantes de los pueblos originarios. En 1539, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis*, impartidas en la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria reformulaba los títulos de legitimación de la conquista de América por parte de los españoles sentando las bases del moderno derecho internacional y, al mismo tiempo, de la posterior doctrina de los “derechos naturales”. Estos títulos de legitimación se encontraban en el *ius communicationis ac societatis*, que él situaba en la base de su concepción de la sociedad internacional como *communitas orbis*, hermanada por el derecho de todos a comunicar con todos, y en una larga serie de otros derechos naturales que él formulaba como sus corolarios: el *ius peregrinandi in illas provincias et illic degendi*, el *ius commercii*, el *ius praedicandi et annunciandi Evangelium*, el *ius migrandi* hacia los países del Nuevo Mundo y de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*, y, como cierre del sistema, el *ius belli* para la defensa de tales derechos en caso de oposición por parte de los **indios**. En la actualidad nuestra cultura ha olvidado los orígenes poco luminosos de la ilustración jurídica y de los derechos universales.

Aquellos derechos —*peregrinandi, migrandi, degendi*— fueron proclamados como iguales y universales en abstracto aun cuando eran concretamente desiguales y asimétricos en la práctica, por ser inimaginable la emigración de los **indios** hacia Occidente, y servían para legitimar la ocu-

(11) COROMINAS, JOAN, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 2000.

pación colonial y la guerra de conquista de mundos nuevos por parte de nuestros jóvenes Estados nacionales.⁽¹²⁾

El discurso de la religión católica también proveyó de legitimidad al instituto de la esclavitud. Por ejemplo, así se interpretó al capítulo 9, versículos 25 a 27 del Génesis cuando relatando el enojo de Noé tras su senda borrachera maldice a su propio hijo: "(m)aldito sea Canaán; Siervo de siervos será a sus hermanos. Dijo más: Bendito por Jehová mi Dios sea Sem, Y sea Canaán su siervo. Engrandezca Dios a Jafet, Y habite en las tiendas de Sem, Y sea Canaán su siervo".

Un contraejemplo de usos más nobles del libro lo dan las interpretaciones bíblicas, junto al empleo del derecho comunal, hecho por Las Casas en el célebre debate de Valladolid (1550). Por el contrario, Sepúlveda —erudito, filósofo y aristotélico— señalaba que los indios eran homúnculos apenas dotados de vestigios de humanidad, caníbales, sodomitas, incestuosos e incapaces de civilización. Como apunta Todorov,⁽¹³⁾ Sepúlveda da ejemplos de esta superioridad natural: el cuerpo debe estar subordinado al alma, la materia a la forma, los hijos a los padres, la mujer al hombre, y los esclavos (definidos tautológicamente como seres inferiores) a los amos. Solo falta dar un paso para justificar la guerra de conquista frente a céntralos indios:

Esos bárbaros (...) en prudencia, ingenio y todo género de virtudes y humanos sentimientos son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos, las mujeres a los varones, los crueles e inhumanos a los extremadamente mansos, los exageradamente intemperantes a los continentales y moderados; finalmente cuánto estoy por decir los monos a los hombres.

De acuerdo con Filippi, "debe recordarse que la justificación teórica y la práctica de la esclavitud de los africanos tenía —como mejor veremos— una larga tradición en Occidente y que tanto el tráfico como la venta y la explotación de esa fuerza de trabajo fue generalmente admitida por teólogos y filósofos europeos hasta avanzado el siglo XVIII

(12) FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

(13) TODOROV, TZVETAN, *La conquista de América. El problema del otro*, Bs. As., Siglo XXI, 2003.

incluyendo autores de pensamiento liberal como John Locke o Alexis de Tocqueville".⁽¹⁴⁾

La esclavitud era una institución ancestral en Europa y reconocía regulaciones jurídicas formales y consuetudinarias. El infame *Code Noir* de 1685 declaraba a los esclavizados como bienes muebles y reglamentaba minuciosamente los castigos que incluían marcas con hierro candente, mutilaciones y muerte. También establecía el bautismo y adoctrinamiento religioso,⁽¹⁵⁾ la prohibición de todo culto distinto al católico y algunas obligaciones para los amos tales como la provisión de una ración de alimento y un par de juegos de ropa anuales.

Además autorizaba el matrimonio entre el blanco y la esclava que tuviera hijos con él, quedando ella y sus hijos libres tras esta ceremonia. El Código concedía a los mulatos y negros libres iguales derechos que los blancos.

El derecho consuetudinario fue poco respetuoso de la regulación y se impusieron numerosas y desproporcionadas cargas públicas a los mulatos:

Quando llegaban a la mayoría de edad, se veían obligados a incorporarse a la *maréchaussée*, una organización policial para el arresto de los esclavos fugitivos, la protección de los viajeros en los caminos, la captura de negros peligrosos, la lucha contra los cimarrones, es decir, todas las tareas difíciles y riesgosas que los blancos locales ordenaran. Después de tres años de servicio en la *maréchaussée* tenían que incorporarse a la milicia local, con sus propias armas, municiones y equipamiento, sin pago o estipendio de ningún tipo, y sirviendo a discreción al oficial blanco que tuviera el mando. Tales tareas, como el patrullaje forzoso de los caminos, recaían sobre ellos con severidad ex-

(14) FILIPPI, ALBERTO, *La lucha por los derechos...*, op. cit.

(15) "Además, mientras la 'inocencia' del paganismo de los naturales amerindios permitía las conversiones a la fe católica, estas fueron mucho más difíciles o directamente no permitidas a los africanos de fe musulmana que habían sido por ocho siglos combatidos con guerras y persecuciones de toda índole. La Iglesia nunca cuestionó la validez de la esclavitud de los negros y siendo ella misma propietaria de esclavos en gran escala. Si bien algunos admirables religiosos como Pedro Claver y Alonso de Sandoval trataron de aliviar los enormes sufrimientos de los africanos en América y de 'salvarles el alma' con la imposición del bautizo, no es menos cierto que jamás pudieran negar o cuestionar el instituto mismo de la esclavitud", en FILIPPI, ALBERTO, *La lucha por los derechos...*, op. cit.

trema. Se les excluía de los departamentos de la Marina y el Ejército, de la práctica de la abogacía, la medicina y el sacerdocio, y de todos los puestos en oficinas públicas y cargos de confianza. Un blanco podía entrar en la propiedad de un mulato, seducir a su esposa o hija, insultarlo como quisiera, seguro de que a cualquier indicio de resentimiento o venganza, todos los blancos y el gobierno se apresurarían a lincharlo. En todas las acciones legales la decisión casi siempre irruía en contra de los mulatos. Para aterrorizarlos en la sumisión, cualquier hombre de color que golpeará a un blanco, sin importar tu posición en la sociedad, se le cortaba el brazo derecho.⁽¹⁶⁾

La violación sexual cometida por los varones blancos generó que los mulatos proliferaran. Recordemos que a diferencia de lo que sucedía en las islas inglesas, no existía limitación para adquirir tierras. Los negros libres y mulatos prosperaron, se hicieron propietarios —incluso de esclavos— se educaron y acudieron a Francia, transformándose en una de las clases sociales poderosas. Pese a ello, eran menospreciados y carecían de derechos civiles y políticos. Tal y como ocurría en todo el continente, a mayor oscuridad de piel se brindaba mayor desprecio. Existía una clasificación de sesenta y cuatro categorías de acuerdo con la tonalidad de piel.

La sociedad, entonces, se organizó en torno a la clase social de los grandes propietarios blancos (*grand blancs* o *pompon blancs*, realistas), los blancos sin recursos (*pettit blancs*, luego *pompon rouge* por su supuesto apoyo a la revolución), los mulatos y negros libertos (*affranchis*) propietarios y sin derechos. Luego estaba la inmensa mayoría de habitantes de la isla, los esclavizados, que llegaron a alcanzar al 90% del total.

La existencia de un copioso marco jurídico que dio sustento legal y legitimidad a las prácticas de conquista, invasión, etnocidio, esclavitud y discriminación actualizan la importancia capital de conocer los orígenes de las teorías jurídicas, sus circunstancias de creación y sus concretos propósitos.⁽¹⁷⁾

.....

(16) JAMES, CYRIL L. R., *op. cit.*

(17) "Esos conceptos jurídicos no son neutros. Es necesario conocer su genealogía conceptual; dónde nacen, para qué nacieron, qué función cumplieron en cada contexto. Sentenciar o dictaminar o defender no es solo manejar una técnica. Se necesita mucho más. Para evaluar el sentido, la genealogía de cada concepto, su funcionalidad, se necesitan conocimientos

3 | Algunas causas de la “amnesia”

¿Por qué motivos continúa silenciada la gesta haitiana? ¿Constituye un hecho menor la primera revolución independentista de nuestra tierra? ¿Dejó en evidencia resistencias y violencias opresivas históricamente ninguneadas? ¿Es digno de indiferencia el proceso revolucionario más radicalizado en sus principios? ¿Carece de trascendencia la única rebelión de esclavizados triunfante en la historia de la humanidad? ¿Nada significa que haya ocurrido en la colonia más rica del sistema mundo? ¿Afectó al sistema geopolítico y económico? ¿Conmovió a la organización jurídico política? ¿Implicó la irrupción de nuevos actores?

Las respuestas pueden ser ensayadas retrospectivamente y, sobre todo, atendiendo al presente y a nuestro contexto.⁽¹⁸⁾

La revolución haitiana implicó, en primer término, la lucha contra la opresión más feroz protagonizada por los más débiles, los más infelices, los equiparados a bestias o bienes muebles. El sujeto central de la política, el varón blanco, europeo, adulto, cristiano y propietario fue corrido de la escena.

La alianza de mestizos y afroamericanos con la revolución resultante no fue una revuelta hecha desde las clases dominantes locales para librarse

.....
 más amplios: conocer la historia, conocer la dinámica, conocer la dinámica del poder, conocer los contextos ideológicos, saber en cuál se ubica cada cosa y en medio de toda esa barahúnda, mantener coherencia no es fácil, es difícil”, ZAFFARONI, E. RAÚL, *Clase Inaugural de la Escuela del Servicio de Justicia*, inédito.

(18) “Una realidad que no es la del papel, sino que vive con nosotros y determina cada instante de nuestras incontables muertes cotidianas, y que sustenta un manantial de creación insaciable, pleno de desdicha y de belleza, del cual este colombiano errante y nostálgico no es más que una cifra más señalada por la suerte. Poetas y mendigos, músicos y profetas, guerreros y malandrines, todas las criaturas de aquella realidad desafortada hemos tenido que pedirle muy poco a la imaginación, porque el desafío mayor para nosotros ha sido la insuficiencia de los recursos convencionales para hacer creíble nuestra vida. Este es, amigos, el nudo de nuestra soledad. Pues si estas dificultades nos entorpecen a nosotros, que somos de su esencia, no es difícil entender que los talentos racionales de este lado del mundo, extasiados en la contemplación de sus propias culturas, se hayan quedado sin un método válido para interpretarnos. Es comprensible que insistan en medirnos con la misma vara con que se miden a sí mismos, sin recordar que los estragos de la vida no son iguales para todos, y que la búsqueda de la identidad propia es tan ardua y sangrienta para nosotros como lo fue para ellos. La interpretación de nuestra realidad con esquemas ajenos solo contribuye a hacernos cada vez más desconocidos, cada vez menos libres, cada vez más solitarios”, en GARCÍA MÁRQUEZ, GABRIEL, *La soledad de América Latina*, discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura, 1982.

de los tributos que pagaban a la madre patria para continuar con la misma explotación emprendida desde las metrópolis del capitalismo mercantilista. No se trató de un cambio de roles que permitiera conservar un *statu quo*, no fue una revolución burguesa ni blanca. Fue radical, popular, social, cultural y anticolonial. Como señalan Susan Buck-Morss y Eduardo Grüner, la lucha por el reconocimiento tuvo una profunda influencia en su tiempo, la cual llegó a manifestarse en la *Fenomenología del Espíritu* de Hegel, en su célebre apartado IV titulado "La dialéctica del amo y el esclavo".

No fue una revolución de elites exclusivamente nacida al calor de la razón, las luces y la ilustración. Elementos como el odio a los blancos, la nostalgia por el retorno a la Guinea, la religión vudú, la venganza y la participación de la enorme mayoría de la población estaban presentes. Comenzó como lucha contra la esclavitud que derivó en combate contra el colonialismo y el eurocentrismo. Uno de los hechos iniciales de todo el periplo, la asamblea de Morne Rouge, integrada por esclavos de al menos 50 plantaciones realizada en agosto de 1791, culminó:

... como correspondía, con una gigantesca ceremonia *vodú* (algo asimismo muy complejo de organizar para tanta gente), la denominada "ceremonia de Bois-Cayman" por el lugar donde se realizó, presidida por el gran sacerdote de la región, el **cimarrón** Boukman, que inmediatamente se transformaría en el primer gran líder político del movimiento (Toussaint Louverture no emergería como dirigente sino hasta cuatro o cinco meses después, si bien en esta primera instancia ofició como importante contacto entre las plantaciones, tarea facilitada por su profesión de cochero). En la ceremonia nocturna, luego de hacer las sempiternas invocaciones a Mbumba (la "serpiente arco iris") y los rituales de posesión, se sacrificaron varios cerdos cuya sangre bebieron todos los participantes, con la fuerte carga simbólica que es fácil de imaginar.⁽¹⁹⁾

Acabamos de mencionar que el líder Boukman era un ex esclavo **cimarrón**. En efecto, lo hemos repetido hasta el cansancio, el **cimarronaje** es un antecedente decisivo de prácticamente todas las rebeliones del Caribe. También hemos insinuado, sin embargo, que en Saint-Domingue tuvo

(19) GRÜNER, EDUARDO, *op. cit.*

ciertas características peculiares. A diferencia de otras colonias esclavistas, aquí los **cimarrones** nunca fueron una entidad social completamente marginada o aislada de la sociedad en su conjunto, ni constituyeron un grupo homogéneo, claramente circunscripto e identificable. Como ya dijimos —y aparte del ya mencionado caso de las **contraplantaciones**—, fue mucho más generalizada una especie de **cimarronaje** cotidiano y difuso, así como de fugitivos que no necesariamente se unieron a las “bandas” armadas más organizadas, y que a menudo encontraron refugio entre los esclavos de las plantaciones o en las casas de los *affranchis*. Hubo también muchos **cimarrones** “urbanos” que practicaban algún **oficio** y, mientras no fueran descubiertos, pasaban por negros libres.⁽²⁰⁾

De manera simultánea a la enunciación de los derechos del hombre y el ciudadano, dejó en evidencia las paradojas del universalismo jurídico afirmando “nosotros también somos los sujetos de los derechos del hombre”. Obsérvese la claridad y potencia del llamado: Toussaint L’Ouverture, Biasou y Jean-François, en una misiva redactada en julio de 1792 dirigida a la Asamblea General, escribieron:

... (d)urante demasiado tiempo, caballeros, con abusos de cuya comisión nunca se acusará bastante a nuestra falta de comprensión y nuestra ignorancia —durante mucho tiempo, digo—, hemos sido víctimas de vuestra codicia y vuestra avaricia. Bajo los verdugazos de vuestro bárbaro látigo hemos acumulado para vosotros los tesoros de que disfrutáis en esta colonia; la raza humana ha sufrido viendo con qué barbarie habéis tratado a hombres como vosotros —sí, hombres— sobre los que no tenéis otro derecho excepto que sois más fuertes y más bárbaros que nosotros; os habéis dedicado al tráfico [de esclavos], habéis vendido hombres a cambio de caballos, e incluso esa es la más pequeña de vuestras faltas a ojos de la humanidad; nuestras vidas dependen de vuestro capricho, y cuando se trata de divertirnos, la carga recae sobre hombres como nosotros, que la mayor parte de las veces no somos culpables de otro delito que el de estar a vuestras órdenes.

Somos negros, es cierto, pero decidnos, caballeros, vosotros que sois tan juiciosos, ¿qué ley dice que el hombre negro debe pertenecer al hombre blanco y ser propiedad suya? Desde

(20) *Ibid.*

luego no podréis hacernos ver dónde existe, si no es en vuestras imaginaciones, siempre dispuestas a formar nuevos [fantasmas] con tal que os sean ventajosas. Sí, caballeros, somos libres como vosotros, y es solamente vuestra avaricia y nuestra ignorancia las que hacen que hoy en día persista la esclavitud, y no podemos ni ver ni encontrar el derecho que afirmáis tener sobre nosotros, ni nada que pudiera probárnoslo a nosotros, habitantes de la tierra como vosotros, todos hijos del mismo padre y creados a su misma imagen. Somos vuestros iguales, pues, por derecho natural, y si la naturaleza se complace en diversificar los colores dentro de la raza humana, ni es un delito nacer negro ni una ventaja ser blanco. Si los abusos en la colonia han continuado durante varios años, eso fue antes de la afortunada revolución que ha tenido lugar en la patria, la cual nos ha abierto la senda por la que nuestro coraje y nuestro trabajo nos permitirán ascender, para llegar al templo de la libertad, lo mismo que esos valientes franceses que son nuestros modelos y a los que todo el universo está contemplando.

Durante demasiado tiempo hemos arrastrado vuestras cadenas sin pensar en quitárnoslas, pero a toda autoridad que no se base en la virtud y la humanidad, y que solo tienda a someter a otro hombre a la esclavitud, debe ponérsele fin, y eso es lo que va a suceder con vosotros. Vosotros, caballeros, que pretendéis someternos a la esclavitud, ¿no habéis jurado respetar la Constitución francesa? ¿Qué dice esta respetable Constitución? ¿Cuál es la ley fundamental? ¿Habéis olvidado que os habéis comprometido con la Declaración de los Derechos del Hombre, que dice que los hombres han nacido libres, iguales en derechos; que sus derechos naturales incluyen la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión? Así pues, como vosotros no podéis negar lo que habéis jurado, nosotros estamos en nuestro derecho y vosotros debéis reconocerlos a vosotros mismos como perjuros; con vuestros decretos reconocéis que todos los hombres son libres, pero queréis mantener la servidumbre de 480.000 individuos que os permiten disfrutar de todo lo que poseéis. A través de vuestros enviados ofrecéis la libertad solo a nuestros patronos; sigue siendo una de vuestras máximas políticas decir que deberíamos entregarlos a quienes han realizado una parte

igual en nuestro trabajo para que sean vuestras víctimas. No, preferimos mil muertes a actuar de ese modo con los nuestros. Si queréis concedernos los beneficios que nos son debidos, todos nuestros hermanos deben compartirlos.⁽²¹⁾

Una de las consecuencias directas fue la puesta en evidencia del papel de la esclavitud en el marco del capitalismo en su fase de acumulación originaria, posteriormente descripta por Marx en el capítulo XXIV de *El Capital*. La tensión entre valores políticos como libertad e igualdad y prácticas económico capitalistas ya fue innegable, al igual que la coartada legitimadora y encubridora que significaba el racismo. Entre sus consecuencias se encuentra la abolición de la esclavitud y del tráfico de esclavos, forzando a la propia Francia al humillante ejercicio de tener que declarar el final de la servidumbre primero en 1794 y luego, a causa del restablecimiento napoleónico (1802), otra vez en 1848. De 1831 data la prohibición del tráfico triangular.

La revolución haitiana también combinó elementos ancestrales, irracionales y autoritarios. Fue un movimiento de una violencia inaudita. Más de un tercio de la población negra —aproximadamente 200.000 personas— perdió la vida en combate o fue masacrada por los blancos; otro tanto ocurrió con los blancos capturados. Nuevamente el exterminio, la supresión del otro es muestra de la brutalidad desplegada en el pasado y anticipo de las políticas genocidas modernas.

Uno de sus antecedentes directos fueron los históricos y conmovedores ejercicios de resistencia a la opresión blanca. Desde el suicidio a la fuga, pasando por el homicidio, el levantamiento armado y el saqueo, comprendiendo al quilombo, el tambor, la capoeira y la cultura del cimarronaje y el establecimiento de comunidades (por ejemplo, San Lorenzo de los Negros, actual Yanga), el anhelo de libertad siempre estuvo presente.

No es posible encuadrarla en concepciones lineales o progresistas de la historia y no respondió a los cánones de las revoluciones burguesas ni socialistas modernas. Mostró otra modernidad combinada con elementos antiguos, de raigambre teológica, feudal y étnica. El propio proyecto de constitución de L'Overture de 1801 contenía concepciones personalistas del poder, una visión marcadamente paternalista y autoritaria, y sostenía

.....
 (21) L'OUVERTURE, TOUSSAINT, *La Revolución haitiana*, Madrid, Akal, 2013.

la estructura productiva previa combinada con el límite a la propiedad privada y la primera prohibición de toda forma de esclavitud.

La independencia haitiana constituyó desde la periferia un mojón en contra de los términos en los que estaba establecido el sistema mundo y el capitalismo.

Como si fuera poco, los “negros salvajes y andrajosos” derrotaron en combate al ejército napoleónico al mando de su propio cuñado.

En términos jurídicos, la Constitución del primer país independiente de América Latina es expresión filosófica, jurídica y política de un movimiento que cuestionó de modo nítido y profundo al universalismo declarado pero no practicado por Europa. En la Constitución de Haití de 1805 lo identitario, los particularismos, la diversidad y lo ficticio de las distinciones étnico-raciales y de género están presentes en su texto. Ya en su preámbulo declaraba “(a)nte la creación entera, cuyos hijos desposeídos hemos sido durante tanto tiempo y tan injustamente considerados”, mientras que en la parte final de su art. 14 rezaba: “(t)odos los ciudadanos, de aquí en adelante, serán conocidos por la denominación genérica de negros”. La designación comprendía a mujeres blancas, alemanes y polacos.

Otro estímulo para el olvido por historiografía oficial —aristocrática, burguesa, nacionalista y vencedora— fue el vínculo existente entre Haití y la gesta bolivariana. Recordemos que el presidente Petion recibió al maltrecho Bolívar durante 1815 y apoyó y auxilió su campaña con la única condición de comprometerse en la lucha por la abolición. A fines de 1816 el libertador nuevamente fue recibido por Alexander Petion, que otra vez lo respaldó. En esa época, el presidente de Haití le mandó una carta, en la que le dice: “... (s)i la fortuna inconstante ha burlado por segunda vez las esperanzas de V E., en la tercera puede serle favorable; yo al menos tengo ese presentimiento, y si yo puedo de algún modo disminuir la pena y sentimiento de V E. puede desde luego contar con cuanto consuelo de mí depende”.

Se trata del mismo que años después escribió:

... una sola debe ser la patria de todos los americanos, ya que en todo hemos tenido una perfecta unidad.⁽²²⁾ Razón esta de

.....

(22) El resaltado me pertenece.

la precedente histórica “perfecta unidad” que nos permite y obliga a entablar el pacto americano que, formando de todas nuestras repúblicas un grupo político, presente la América al mundo con un aspecto de majestad y grandeza sin ejemplo en las naciones antiguas.

La utopía del cosmopolitismo liberal concluía con el siguiente auspicio cuya vigencia es mucho mayor que en el siglo pasado: “La América así unida, si el cielo nos concede este deseado voto, podrá llamarse el reino de las naciones y la madre de las repúblicas”.⁽²³⁾

Luego, en su discurso al Congreso Constituyente de Bolivia del 25 de mayo de 1826, Simón Bolívar señaló que:

... he conservado intacta la ley de las leyes —la igualdad—: sin ella perecen todas las garantías, todos los derechos. A ella debemos hacer los sacrificios. A sus pies he puesto, cubierta de humillación, a la infame esclavitud.

Legisladores, la infracción de todas las leyes es la esclavitud. La ley que la conservara, sería la más sacrílega. ¿Qué derecho se alegraría para su conservación? Mírese este delito por todos aspectos, y no me persuado a que haya un solo Boliviano tan depravado, que pretenda legítima la más insigne violación de la dignidad humana. ¡Un hombre poseído por otro! ¡Un hombre propiedad! Una imagen de Dios puesta al yugo como el bruto! Dígasenos ¿dónde están los títulos de los usurpadores del hombre?

La Guinea nos los ha mandado, pues el África devastada por el fratricidio, no ofrece más que crímenes. Trasplantadas aquí estas reliquias de aquellas tribus africanas, ¿qué ley o potestad será capaz de sancionar el dominio sobre estas víctimas? Transmitir, prorrogar, eternizar este crimen mezclado de suplicios, es el ultraje más chocante. Fundar un principio de posesión sobre la más feroz delincuencia no podría concebirse sin el trastorno de los elementos del derecho, y sin la perversión más absoluta de las nociones del deber. Nadie puede romper el santo dogma de la igualdad. Y ¿habrá esclavitud donde reina la igualdad?

(23) FILIPPI, ALBERTO, “Bicentenarios: integración plurinacional...”, *op. cit.*

Tales contradicciones formarían más bien el vituperio de nuestra razón que el de nuestra justicia: seríamos reputados por más dementes que usurpadores.

Si no hubiera un dios Protector de la inocencia y de la libertad, prefiriera la suerte de un león generoso, dominando en los desiertos y en los bosques, a la de un cautivo al servicio de un infame tirano que, cómplice de sus crímenes, provocara la cólera del Cielo. Pero no: Dios ha destinado el hombre a la libertad: él lo protege para que ejerza la celeste función del albedrío.

4 | Algunas líneas para seguir pensando

La mirada eurocéntrica define a occidente obviando a los pueblos originarios. A su vez, los afrodescendientes también son invisibilizados. Ni siquiera el nombre asignado a nuestro continente responde a sus denominaciones autóctonas y deriva del audaz comerciante y navegante italiano Américo Vespucio y de las fantasías cesaristas de Napoleón III y su ficción de la latinidad.⁽²⁴⁾

Nuestra historia es rica en ejemplos de inferiorización de pueblos originarios, nativos, mestizos, criollos y africanos. El exterminio de sendos grupos en función de intereses económicos también forma parte de nuestra tradición.

Conservamos importantes notas de eurocentrismo que asumen que las respuestas a los desafíos de nuestra tierra solo pueden encontrarse en el exterior. Las ideas de superioridad de lo blanco, el colonialismo intelectual y el desprecio y discriminación continúan presentes. Mitos tales como aquellos que señalan que los argentinos no somos racistas, que en realidad descendemos de los barcos, que encarnamos el crisol de razas, que no pertenecemos a América Latina y que no tenemos afrodescendientes vienen a encubrir una realidad dolorosa y persistente: la exclusión, la discriminación y el pánico frente a la diversidad.

La pobreza, a su vez, es racializada y progresivamente feminizada. Amplios sectores de la población viven sin sus necesidades básicas satisfechas,

(24) *Ibid.*

menoscabados en sus derechos y limitados en sus oportunidades a partir de la desigualdad y la discriminación de clase.

Lo negro aún es empleado peyorativamente, incluso cuando grandes porcentajes de la población tenemos antepasados indígenas. La inmigración de países limítrofes suele ser presentada públicamente como una invasión silenciosa y gigantesca, aun cuando de los censos se desprenda que históricamente ronda el 3% sin grandes fluctuaciones.

La esclavitud tampoco se halla erradicada: fenómenos como los de la trata con fines de explotación sexual, la violencia sobre las mujeres, la existencia de obreros por fuera del derecho laboral y en condición de servidumbre, el trabajo informal precarizado, el trabajo infantil y la explotación en condiciones indignas actualizan su existencia, ahora ilegal.

Un colectivo que conserva demasiados puntos en común con los afroamericanos esclavizados es el de las personas privadas de la libertad en virtud de conflictos con la ley penal. Las cárceles y penitenciarias son usinas enormes de violaciones a los derechos humanos que producen tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Tan sobrepobladas se encuentran que recuerdan el hacinamiento de los barcos negreros. Las afectaciones a la dignidad, integridad, autonomía, el hambre, la anomía y la acuria, la convivencia con la violencia descarnada y la muerte, la inferiorización y demonización y la racialización de las detenciones muestra a los encarcelados tan vulnerables, débiles y desprotegidos como a aquellos encadenados. Estos tampoco votan. La expectativa de vida es menor que en el medio abierto y la chance de resultar víctima de violencia, suicidio o contraer enfermedades infecto-contagiosas también es superior. De hecho, hasta es posible encontrar en la genealogía de la servidumbre de la pena orígenes comunes.

Estas situaciones constituyen enormes desafíos para la democracia, ya que los poderes judiciales aún se presentan, como refería Jauretche, como "los primos pobres de la oligarquía". Así renuncian a su rol como poder de gobierno y se ocultan detrás de una neutralidad que percibe igualdad formal pero que invisibiliza las desigualdades estructurales y su violencia intrínseca. La práctica del derecho y su enseñanza deben incorporar estas perspectivas para actuar a favor de los más infelices.

Como señala la exposición de motivos de las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad:

... el sistema judicial se debe configurar, y se está configurando, como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho. Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones. De esta manera, el propio sistema de justicia puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales, favoreciendo la cohesión social.

Algunas de las preguntas elementales continúan siendo las referidas a nuestra identidad como un complejo ensamble social, histórico, jurídico y político, y al destino que seamos capaces de construir en común. Quiénes somos, cómo nos relacionamos con el otro, de dónde venimos y hacia dónde vamos siguen siendo interrogantes abiertos y promisorios.

Acaso las respuestas más lúcidas ya hayan sido ensayadas por Simón Bolívar en su "Carta de Jamaica" cuando sostuvo que "nosotros somos un pequeño género humano", y por Simón Rodríguez cuando escribió que tenemos diversidad y mestizaje "que hacen, como en botánica, una familia de criptógamos".

La historia también nos provee las respuestas a través de la formulación negativa. Hoy, por dolorosa experiencia, sabemos lo que no debemos hacer ni continuar. Que el silencio deliberado y la negación no nos impidan el ejercicio de la memoria. Seamos como los esclavizados que se liberaron y rebautizaron a su nuevo hogar con el nombre que le habían dado sus habitantes originarios: Haytí.

La historia de los derechos humanos como conquista tiene un antecedente fundamental originado en nuestro continente que necesariamente debe formar parte de la enseñanza del derecho.

Pensemos, entonces, lo que sugiere Frantz Fanon⁽²⁵⁾ en un poético texto, en el cual resuenan ecos del célebre art. 14 de la Constitución de Haití de 1805:⁽²⁶⁾

La desgracia del hombre de color es el haber sido esclavizado.

La desgracia y la inhumanidad del blanco son el haber matado al hombre en algún lugar.

Es, todavía hoy, organizar racionalmente esta deshumanización. Pero yo, hombre de color, en la medida en la que me es posible existir absolutamente, no tengo derecho a refugiarme en un mundo de reparaciones retroactivas.

Yo, hombre de color, solo quiero una cosa:

Que nunca el instrumento domine al hombre. Que cese para siempre el sometimiento del hombre por el hombre. Es decir, de mí por otro. Que se me permita descubrir y

querer al hombre, allí donde se encuentre.

El negro no es. No más que el blanco.

(...)

Mi último ruego: ¡Oh, cuerpo mío, haz siempre de mí un hombre que interroga!

.....

(25) FANON, FRANTZ, *Piel negra, máscaras blancas*, Madrid, Akal, 2009.

(26) Fragmentos de la Constitución Imperial de Haití (1805):

Art. 2°. "La esclavitud es abolida para siempre".

Art. 12. "Ningún blanco, cualquiera sea su nación, pondrá un pie en este territorio con el título de amo o de propietario, y de ahora en adelante aquí no podrá adquirir ninguna propiedad".

Art. 13. "El artículo precedente no podrá producir ningún efecto contra las mujeres blancas naturalizadas haitianas por el Gobierno, tampoco contra los niños nacidos o por nacer de ellas. Están incluidos en las disposiciones del presente artículo, los alemanes y los polacos naturalizados por el Gobierno".

Art. 14. "Necesariamente debe cesar toda acepción de color entre los hijos de una sola y misma familia donde el Jefe del Estado es el padre; a partir de ahora los haitianos solo serán conocidos bajo la denominación genérica de negros".

Jurisprudencia anotada

Crímenes contra la humanidad

CSJN, "RECURSO DE HECHO DEDUCIDO por el CENTRO de EX COMBATIENTES ISLAS MALVINAS LA PLATA en la CAUSA TARANTO, JORGE EDUARDO s/ CAUSA N° 14.969", 19 de FEBRERO de 2015

por **MARTÍN RICO**⁽¹⁾

I | Introducción

El pasado 19 de febrero de 2015, en el "Recurso de hecho deducido por el Centro de Ex Combatientes Islas Malvinas La Plata en la causa Taranto, Jorge Eduardo s/causa n° 14.969", la Corte Suprema de Justicia (en adelante, CSJN) rechazó el Recurso Extraordinario Federal (REF), interpuesto por un centro de excombatientes de la Guerra de Malvinas contra la sentencia que había declarado extinta, por prescripción de la acción penal, emanada de la Cámara Nacional de Casación. El resolutorio simplemente desestimó el recurso, dado que no fue dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal. En el mismo, la parte recurrente solicitaba que se investigue la supuesta comisión de delitos de lesa humanidad por parte de oficiales y suboficiales contra soldados conscriptos durante el conflicto armado de 1982. En consecuencia, en dicho fallo, la CSJN desestimó la posibilidad de investigar las torturas y vejámenes que sufrieron soldados argentinos por parte de sus superiores durante la Guerra de Malvinas, calificándolos como delitos de lesa humanidad.

.....

(1) Licenciado en Ciencias Políticas. Abogado en causas de lesa humanidad, representando a la Secretaría de Derechos Humanos desde el año 2004.

Es que la Corte desestimó el pedido en una resolución de tres párrafos,⁽²⁾ en virtud de que la presentación no cumplía con los requisitos formales establecidos en las leyes y Constitución Nacional.

Como dijimos, con esta resolución, la Corte clausuró la posibilidad de investigar la comisión de crímenes de lesa humanidad cometidos por oficiales y suboficiales en perjuicio de soldados conscriptos.

Todo esto no es un dato menor. Sin dejar de lado los aspectos meramente formales o procesales de la resolución, las consecuencias jurídicas negativas que implica esta resolución resultan aún más preocupantes.

2 | El fallo de la CSJN

Como señalamos, existió un excesivo rigorismo formal por el cual la CSJN no se expidió en relación a los delitos de lesa humanidad cometidos en perjuicio de soldados en el conflicto armado del Atlántico Sur.

Recordemos que este proceso penal fue iniciado en virtud de las denuncias de 74 casos de maltratos de soldados durante la guerra del Atlántico Sur de 1982 por parte de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas argentinas. Uno de los imputados —Jorge Eduardo Taranto, a quien se le atribuye la comisión de cinco casos de tormentos— se presentó ante el Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Grande, ante el que tramitó la etapa de instrucción, y solicitó la clausura del proceso alegando que la acción penal se había extinguido por prescripción.

A su tiempo, la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia interpretó que se trataba de delitos de lesa humanidad. Pero, por distintos recursos de apelación fundados en la prescripción, por parte de la defensa del antes mencionado, arrastraron el caso, por la Cámara Nacional de Casación Penal, hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En 2012, el entonces procurador subrogante sostuvo ante la CSJN que el tratamiento del recurso extraordinario federal presentado y la investigación debían prosperar.

.....

(2) "Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable (art. 14 de la ley 48) Por ello, se la desestima", dice el dictamen de dos páginas. El texto lleva la firma de Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos Fayt, Elena Highton de Nolasco y Juan Carlos Maqueda.

En dicha oportunidad, el dictamen del Procurador General sustituto, González Warcalde, dictaminó que la decisión dictada por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal,⁽³⁾ en la que se consideró prescripta la acción, debía ser revocada. En particular, los argumentos se centraron en la posibilidad de que los actos inhumanos sufridos por los soldados argentinos —entre ellos, ser estacados durante horas y con temperaturas bajísimas— sean considerados crímenes de lesa humanidad. La Cámara Federal de Casación Penal rechazó esta posibilidad, al considerar que no se había acreditado uno de los llamados elementos de contexto necesarios para la configuración de un crimen de lesa humanidad: la generalidad o sistematicidad del ataque contra la población civil. En ese sentido, los jueces consideraron que no era suficiente invocar una coincidencia temporal entre estos hechos ejecutados durante el conflicto armado y las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas por los miembros de la última dictadura militar argentina. Por el contrario, el Procurador General sustituto hizo hincapié en que no se trataba de una mera coincidencia temporal, sino que las vejaciones que sufrieron los soldados argentinos fueron, al menos, toleradas y ocultadas por el gobierno militar, resultando esto suficiente para acreditar el elemento contextual.

Volviendo al objeto de investigación de la causa, la misma versó sobre las supuestas torturas consistentes en estaqueos, enterramientos y deliberada falta de alimentación, proferidas por personal superior de las Fuerzas Armadas a los soldados conscriptos que participaron en la contienda del Atlántico Sur entre el 2 de abril y el 14 de junio del año 1982.

Los actos denunciados habrían consistido en estaqueos a la intemperie por prolongados lapsos, en algunos casos sin abrigo ni zapatos; enterramientos de pie en pozos que las mismas víctimas debían cavar; golpizas; deliberada falta de provisión de elementos de subsistencia; en algunos casos, la muerte por inanición y el homicidio de un soldado.

Con respecto a los estaqueos, y según surge de la causa, la mayoría se habría producido luego de que los soldados fueran descubiertos tratando de procurarse por sus medios la alimentación que no les era suministrada por los altos mandos.

(3) CFED. CAS. PENAL, "Taranto, Jorge Eduardo s/ recurso de casación", causa 14.969, 13/11/2009.

En principio, de la descripción de los hechos surge que los mismos reúnen las características exigidas por el derecho internacional, para ser conceptualizados como delitos de lesa humanidad.

Dicho tipo de crímenes son primero regulados cuando se estructura el Estatuto de Núremberg —posteriormente el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia y luego el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda—, y luego codificados penalmente en Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI, Estatuto de Roma).

Para el derecho internacional, cuando un acto inhumano —tal como la tortura— se comete como parte de un ataque sistemático o a gran escala, pasa a integrar la categoría más grave —por sus efectos— de “crimen contra la humanidad”. La tortura y otras formas de trato equivalentes, al violar una prohibición absoluta e inderogable del derecho internacional de los derechos humanos, constituyen tipos de atrocidades explícitamente incluidas en la categoría de crimen de lesa humanidad.

La jurisprudencia internacional ha interpretado que no es necesario que el delito particular sea una parte constitutiva del ataque contra la población civil correspondiente, sino que es suficiente con que haya sido cometido “en el contexto” del ataque —y no solo “con ocasión” de él—, o que, por sus características o consecuencias, sea de esperar que el delito lo favorezca de algún modo.

La relación entre el delito particular y el ataque generalizado o sistemático es suficiente, si ella es tal que contiene las características esenciales de las que depende el compromiso internacional de perseguir penalmente algunas graves violaciones de derechos humanos como crímenes contra la humanidad —esto es, el compromiso de perseguirlas sin límites de tiempo ni de lugar—.

La razón que da fundamento a ello reside en la especial situación de desamparo en la que se halla la víctima cuando las instituciones del Estado, cuya misión es proteger y garantizar sus derechos, por el contrario, niegan tales derechos masiva o sistemáticamente, violándolos directamente o tolerando y encubriendo su violación.

De esta forma, creemos que no es posible descartar que las violaciones imputadas hayan sido parte de un ataque a una población civil independientemente del proceso de desaparición forzada de personas que caracteriza a la dictadura militar que ocupó el gobierno entre 1976 y 1983.

En esta causa, las conductas investigadas, que podrían resultar subsumibles en el delito de tortura, no habrían sido un “hecho aislado o aleatorio”, sino que formaron parte de una agresión extendida contra el personal subalterno, por parte de la superioridad —la que, por lo menos, habría gozado de la aquiescencia del Estado—.

A esos efectos, destaquemos que los hechos investigados que presentaban una modalidad similar, se denunciaron como ocurridos en distintas posiciones (Puerto Howard, Puerto Darwin, Monte Tumblendown), señalándose como autores a personal superior de distintos regimientos (Regimiento de Infantería N° 5 de Paso de los Libres, Regimiento de Infantería N° 4 de Monte Caseros, Regimiento de Infantería N° 12 de Mercedes, Batallón Antiaéreo de Infantería de Puerto Belgrano, Regimiento de Infantería de Marina N° 5 Río Grande, Infantería de Marina de Pereyra Iraola La Plata).

A fin de despejar cualquier controversia estéril, digamos que la exigencia de que las víctimas de los crímenes contra la humanidad tengan que ser civiles, es un resabio de su origen con base en el derecho de guerra. Así lo enseña Alfredo Liñan Lafuente quien expresó que “el carácter civil de la población representa una herencia del momento en que fue redactado el tipo y que ha permanecido invariable a través de los años”.⁽⁴⁾

Pero, más allá de ese resabio, no existen razones fundadas que impidan incluir a los combatientes como sujetos de protección. Al respecto Kai Ambos enseña que “no solo pueden ser violados los derechos humanos de los civiles, también los de los soldados”.⁽⁵⁾ De allí que, como destaca Ambos, se hace necesaria una protección efectiva de cualquier individuo en contra de actos inhumanos; por consiguiente es preciso encontrar una

(4) LIÑAN LAFUENTE, ALFREDO, “La tipificación del crimen de persecución en el estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, [en línea] <http://www.criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-12.pdf>

(5) AMBOS, KAI, *La Corte Penal Internacional*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 243 y ss.

interpretación del término civil que abarque, por lo menos, a todas las personas no protegidas por el derecho humanitario.

Y ello se da así ya que, para que un hecho pueda constituir un delito contra la humanidad, debe encontrarse presente alguno de estos dos requisitos: un plan preconcebido o a gran escala; determinada conexión subjetiva de tal plan con alguna forma de política como modo de excluir de la definición los hechos aislados y no coordinados.

Al respecto, en el dictamen fiscal que la CSJN hizo suyo en el precedente publicado en Fallos: 330:3074, el Procurador General de la Nación Esteban Righi, señaló que existe un consenso generalizado de que no es necesario que dichos requisitos se den acumulativamente, sino que cada uno de ellos es suficiente por sí solo.

No debe olvidarse que la prohibición de la tortura apareció consagrada en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, instrumento que, aun cuando no fuera un tratado, posee efectos jurídicos para los Estados partes.⁽⁶⁾

Es decir, al momento de comisión de los hechos denunciados, la misma ya había sido repudiada por la comunidad internacional, encontrándose contemplada su prohibición en el art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) por lo que, en definitiva, su regulación implica el reconocimiento de prácticas que ya estaban prohibidas por el derecho internacional desde mucho antes de su creación.

En efecto, el derecho sustantivo a no ser torturado ya se encontraba establecido en el derecho internacional consuetudinario antes de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura —tortura que, por otra parte, estaba incluida como crimen contra la humanidad en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex-Yugoslavia, en el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda y en el Estatuto de la CPI.

En el caso las acciones degradantes contra los conscriptos habrían sido deliberadamente perpetradas y bajo el amparo de cargos oficiales que otorgaban superioridad, transgrediendo de este modo normas universalmente aceptadas por el derecho internacional.

.....

(6) Ver CORTE IDH, OC 10/89, 14/07/1989.

3 | Consideraciones finales

Concluyendo este breve análisis, ponemos de resalto una vez más el hecho de que el fallo de la CSJN, evidenciando un marcado y excesivo rigorismo formal, resulta un claro retroceso en materia de juzgamiento de delitos de lesa humanidad. Retroceso que, confiamos, sea encaminado en sede interamericana, para que ningún crimen de lesa humanidad quede impune.

Por todo lo dicho, consideramos que las torturas acaecidas durante el conflicto de las Malvinas no fueron un hecho aislado, sino que formaron parte íntegramente de un plan de agresión sistemática contra la población civil, que utilizó a la guerra como un instrumento revitalizador de los objetivos del Proceso de Reorganización Nacional. En ese sentido, creemos que parte de la agresión a la sociedad civil consistió también en reclutar forzosamente a jóvenes, imponerles un estado militar y enviarlos al frente de batalla sin instrucción de combate ni equipamiento; sometiéndolos al hambre, al frío y a una potencia enemiga militarmente superior.

Se trata, de esta forma, de crímenes imprescriptibles, porque las conductas encuadran en la categoría de crímenes de guerra. El problema está en que, en el análisis de estos casos polémicos, de enorme trascendencia para la sociedad argentina post dictatorial, la fundamentación importa. Y mucho.

En definitiva, nos preocupa sobremanera que nuestro superior Tribunal, ni siquiera analizó el fondo de la cuestión, más teniendo en cuenta que, en el estado actual de la evolución del derecho penal internacional, existen determinadas conductas que, por sus características, generan obligaciones universales de persecución y sanción penal.

Nosotros estimamos que el análisis debió ser realizado en el marco de los tratados internacionales de entre guerra y la jurisprudencia de los tribunales militares de Núremberg y para el Lejano Oriente, y más tarde por los Tribunales *ad hoc* de las Naciones Unidas para la Ex Yugoslavia y Ruanda, la regulación 15/2000 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para el Timor Oriental, y el Estatuto de la CPI, donde se fue desarrollando y precisando la noción de crímenes contra la humanidad.

En esa lógica, la Cámara de Juicio del Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia señaló que: "Generalmente se reconoce que los crímenes contra

la humanidad constituyen graves violaciones que shoquean la conciencia colectiva". El libelo que contenía los cargos contra los acusados ante el Tribunal de Nüremberg especificó que los crímenes contra la humanidad constituían rupturas de las convenciones internacionales, del derecho interno y de los principios generales de derecho penal que derivan del derecho penal de todas las naciones civilizadas.

Esta interpretación reconoce como antecedente los casos del Tribunal Supremo Alemán citados por diversos tribunales en nuestro país, tanto como internacionales. El Tribunal Internacional para la Ex Yugoslavia sostuvo que la interpretación amplia del concepto tiene sustento en el objeto y propósito de los principios generales y las reglas del derecho humanitario, en particular en las reglas que prohíben los crímenes contra la humanidad. Estas últimas están pensadas para resguardar valores humanos básicos mediante la prohibición de atrocidades dirigidas contra la dignidad humana. No se advierte porqué estas normas (en particular, la norma que prohíbe la persecución) deberían proteger solo a los civiles y no también a los combatientes, dado que estas reglas deberían poseer un alcance y propósito humanitario más amplio que las que prohíben los crímenes de guerra. Así el Tribunal entendió que debe efectuarse una interpretación amplia del término "civiles", y que un alcance menor constituiría un apartamiento del derecho internacional consuetudinario.⁽⁷⁾ Esperemos y confiamos que la cuestión, sea revisada por una instancia internacional.

(7) TIPY, *Prosecutor c. Krupesic y otros*, 14/01/2000, parág. 547. En el mismo sentido, efectuando una interpretación no restrictiva, se expidió la Corte de Casación Francesa en el caso "Barbie", 20/12/1985.

Reparaciones por violaciones de derechos humanos

Efectos de los acuerdos de solución amistosa

CSJN, "FAIFMAN, RUTH MYRIAM y OTROS c/ ESTADO NACIONAL s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", 10 de MARZO de 2015

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso. La sentencia de la CSJN

En marzo de este año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en una interesante causa relacionada con el atentado contra la Asociación Mutual Israelita Argentina del 18 de julio de 1994.

El trámite se originó por una demanda que la Sra. Ruth Faifman promovió por sí misma y en representación de sus hijas menores contra el Estado nacional, exigiendo que se les indemnizaran los daños y perjuicios sufridos con motivo del deceso de su cónyuge y padre, respectivamente, en el atentado mencionado.

.....

(1) Investigador de Apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), UBA.

El incumplimiento que la actora enrostraba al Estado nacional campeaba sobre dos argumentos centrales:

- la infracción del deber de prevención de violaciones a derechos humanos, especialmente luego de que se hubiera producido un atentado similar años antes (el de la Embajada de Israel en Buenos Aires, en 1992);
- el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado nacional en el trámite de la petición 12.204, que es referido por el acta suscripta entre los peticionarios y el Gobierno por ante la Comisión Interamericana,⁽²⁾ y refrendado por el decreto 812/2005, del 12 de julio de 2005. La mencionada petición 12.204 había sido promovida por el CELS, Memoria Activa y el CEJIL contra la República Argentina, por los mismos hechos y con similares argumentos que los planteados por Faifman. El acta citada da cuenta de la iniciación de un proceso de solución amistosa entre las partes donde el Estado se allanó incondicionalmente a los agravios de los peticionarios y adquirió compromisos reparatorios.

En primera instancia se hizo lugar a la demanda de la Sra. Faifman, y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó esa decisión. Al hacerlo, desestimó el agravio de prescripción interpuesto por el demandado en el entendimiento de que, si bien la acción efectivamente estaba prescripta desde 1996, aquel había renunciado a la prescripción ganada al reconocer su responsabilidad en el ya mencionado trámite de la petición 12.204.

La CSJN se manifestó en igual sentido. En efecto, partió de entender que el hecho dañoso invocado por la Sra. Faifman se había producido en 1994, razón por la cual —aplicando la prescripción bienal propia de la responsabilidad extracontractual—, la acción se hallaba prescripta desde 1996. Sin embargo, el máximo Tribunal recordó, con ayuda de Llambías, varias lecciones del derecho de obligaciones clásico en materia de prescripción:

- que la prescripción de las acciones de daños es “materia disponible” —es decir—, renunciable;
- que no es necesario que la renuncia a la prescripción sea sacramental o expresa, pudiendo ser inferida de actos o manifestaciones del deudor que, inequívocamente, dejen entrever que no aprovechará la inacción de su acreedor;
- que el instituto de prescripción es de aplicación restrictiva y la interpretación al respecto debe tender a **mantener vivo** el derecho.

(2) CIDH, Acta-Petición 12.204, 04/03/2005. Ver [en línea] <https://www2.jus.gov.ar/amia/reconocimiento.pdf>

En base a esos lineamientos, la CSJN juzgó que el reconocimiento efectuado en el trámite 12.204 permitía concluir, **sin mayor dificultad**,⁽³⁾ que el Estado había renunciado a la prescripción ganada. Asimismo, de la letra del reconocimiento de responsabilidad estatal se seguía que aquella renuncia no solo aplicaba a los peticionarios en el caso, sino que a “todas las víctimas del atentado” incluyendo, por cierto, a la actora.

Por otro lado, la CSJN adoptó una severa posición respecto de la actitud procesal del Estado argumentando que aquel había venido en contra de sus propios actos —y del principio de la buena fe— al haber generado expectativas de reparación en las víctimas del atentado (ello surge de las propias manifestaciones oficiales vertidas en el reconocimiento de responsabilidad), y luego contradecirse y defraudarlas invocando la prescripción de la acción y negando su responsabilidad en el hecho. Más aun, esas expectativas de reparación habrían aumentado cuando el Poder Ejecutivo anunció en 2005 la sanción de una ley al efecto, que finalmente perdió estado parlamentario.⁽⁴⁾

De modo que no estando prescripta la acción y habiendo mediado un patente reconocimiento de responsabilidad del demandado, la CSJN confirmó la sentencia de grado que había condenado al fisco a indemnizar a la Sra. Faifman y sus hijas.

2 | Consideraciones finales

En el fallo comentado han surgido al menos dos cuestiones que merecen análisis, a saber, la obligatoriedad de los acuerdos de solución amistosa suscriptos por ante la CIDH, y el cumplimiento de buena fe y en plazo razonable de los compromisos asumidos internacionalmente.

En cuanto a lo primero, se ha reflexionado acertadamente que la sentencia en comentario avanza en reconocer efectos jurídicos vinculantes a actos que son emitidos por la Comisión Interamericana, o —como en el caso— celebrados por ante ella. Así, ya no solo las recomendaciones de la CIDH

(3) CSJN, “Faifman Ruth Myriam y otros c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios”, 10/03/2015, R.O. 712/2013 (49-F), consid. 14.

(4) Tales reparaciones, dijo la CSJN, no eran “meras liberalidades”, sino el consciente y expreso cumplimiento de la obligación jurídica de reparar violaciones de derechos humanos también consciente y expresamente reconocidas. Ver CSJN, “Faifman...”, fallo cit., consid. 12.

generan en el Estado obligaciones exigibles (particularmente desde el sonado fallo "Carranza Latrubbese"), sino también los compromisos que asumen la forma de reconocimiento de responsabilidad y se cristalizan en acuerdos de solución amistosa. De esta manera, se materializa el "pleno funcionamiento" de las condiciones de vigencia del art. 75, inc. 22.⁽⁵⁾

No cabe duda de que el Estado que se obliga en un procedimiento de solución amistosa debe cumplir con sus compromisos. Incluso, es más debatible el carácter vinculante de una recomendación de la CIDH que el de un compromiso de índole transaccional, suscrito en debida forma por representantes del Gobierno, y refrendado por decreto.

Finalmente, cabe hacer una serie de precisiones sobre los efectos del reconocimiento estatal de responsabilidad en el que se determinó que el Estado argentino es responsable de la violación de los derechos a la vida e integridad personal de **todas** las personas que fallecieron o resultaron gravemente heridas con motivo de la voladura de la AMIA. En concreto, las autoridades faltaron al deber de **prevenir** esos hechos, que emana de la obligación de garantizar del art. 1º.1 de la CADH,⁽⁶⁾ máxime cuando existían elementos que permitían inferir la existencia de una **situación de riesgo real e inmediato**⁽⁷⁾ de que la comunidad judía en Buenos Aires fuera atacada, en particular después del atentado perpetrado contra la Embajada de Israel en dicha ciudad. Más aún, el Estado argentino también faltó a su deber de **investigar**⁽⁸⁾ las circunstancias del atentado, establecer las responsabilidades del caso y arbitrar las correspondientes sanciones.

De modo que la reparación resuelta en "Faifman" no solo aplica a la situación concreta de las actoras en ese expediente, sino que a un colectivo mucho mayor que incluye personas que nunca efectuaron un reclamo, o lo hicieron antes de que fuera procedente una eventual excepción de pres-

(5) GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, "La obligatoriedad de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en un reciente fallo de la Corte Suprema (el caso 'Faifman')", en *DPI Diario Constitucional*, n° 63, año 3.

(6) Ver CORTE IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, 29/07/1988, párrs. 166, 174 y 175.

(7) Ver CORTE IDH, "Caso González y otras 'Campo Algodonero' vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009, párr. 280.

(8) CORTE IDH, "Caso Velásquez Rodríguez...", fallo cit., párr. 176.

cripción (1996), o que tramitaron sus demandas en salas de la misma Cámara que, con distinto criterio del sostenido por la que actuó en este caso, los desestimaron por entender que el reconocimiento de responsabilidad carecía de efecto como renuncia.⁽⁹⁾

Asumido que el Estado ha incurrido en la violación de derechos humanos, debe reparar el daño causado.⁽¹⁰⁾ Según el derecho de la CADH, además, tales reparaciones no solo son pecuniarias: las hay de esa índole (la “justa indemnización” del art. 63, inc. 1), y de las más generales, que “reparan las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de derechos”.⁽¹¹⁾ Estas últimas involucran medidas como el homenaje público a las víctimas, la reactivación de los procesos de justicia, el reconocimiento público de responsabilidad, etcétera.

Argentina, consciente de ese mandato y con una larga tradición en materia de soluciones amistosas, asumió frente a la Comisión y los peticionarios en el trámite 12.204 una serie de compromisos de ambos tipos,⁽¹²⁾ entre los que se inscribe la sanción de una ley general de reparaciones.

Llamativamente, poco tiempo después de la sentencia comentada, el Congreso sancionó la ley 27.139, que establece

Tendrán derecho a percibir, por única vez, un beneficio extraordinario a través de sus herederos o derechohabientes o por sí, según el caso, las personas que hubiesen fallecido o sufrido lesiones graves o gravísimas en ocasión del atentado perpetrado a la sede de la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), sita

(9) CNAC. CONT. ADM. FED., Sala V, “G., G y otro c/ EN s/ daños y perjuicios”, 05/08/2014 y “Villaverde, Rolando y otro c/ EN s/ daños y perjuicios”, 23/04/2013, en E. Jiménez, *La prescripción ante daños por actos de terrorismo. Una sentencia adecuadamente fundada*, La Ley, 2014, F 8.

(10) Ver CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez...”, fallo cit., p. 189.

(11) Ver CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Reparaciones y Costas, 21/07/1989, párr. 33.

(12) La pública difusión del reconocimiento de responsabilidad y del Informe Grossman; la adopción de medidas de apoyo a la investigación, incluyendo el fortalecimiento de la Unidad Fiscal Especial AMIA; la profundización del proceso del relevamiento de archivos del caso AMIA en poder de la SIDE; la creación de una unidad especializada en catástrofes; el saneamiento de la SIDE y el sistema de inteligencia en general; la asunción de las costas del litigio internacional, etcétera.

en la calle Pasteur 633 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ocurrido el 18 de julio de 1994, hayan o no iniciado juicio por daños y perjuicios contra el Estado nacional.

La ley en cuestión viene a cumplir un compromiso asumido por el Estado hace diez años, siendo que en ese dilatado lapso existieron al menos tres proyectos de ley sobre el tema que, al momento, sistemáticamente, habían perdido estado parlamentario luego de algunos meses de presentados.⁽¹³⁾

El art. 12 de dicho texto legal dispone que todo aquel que pretenda el beneficio deberá desistir en los trámites judiciales que hubiera iniciado contra el fisco en concepto de resarcimiento del daño. El dictamen en disidencia de las comisiones parlamentarias que tuvieron por ante sí el proyecto luego devenido en ley (de Presupuesto y Hacienda y de Derechos Humanos) señaló con criterio que esta disposición coacciona a las víctimas, quienes se verían compelidas a aceptar el beneficio para no tener que soportar la extrema lentitud de los tribunales al resolver sus pedimentos.

Ello lleva a considerar que los Estados se encuentran sometidos al derecho internacional de los derechos humanos no solo al momento de declamar solemnemente su responsabilidad internacional —lo que es, en efecto, un modo de reparación no pecuniario—. Ese sometimiento prosigue al momento de dar cumplimiento a las reparaciones y acuerdos a los que se hubieran alcanzado como consecuencia del reconocimiento de responsabilidad, lo que significa que las reparaciones deben cumplirse, por ejemplo, en plazos razonables y de buena fe.

No parece ajustada a esos parámetros una demora injustificada de 10 años en llegar a sancionar una ley que, una vez obtenida, obliga a desistir de las peticiones en trámite, máxime considerando las consecuencias que ese desistimiento tendrá en costas para los accionantes. En rigor, se trata de una capciosa denegación de justicia.

(13) Existieron, a la fecha, tres proyectos de ley sobre reparaciones a las víctimas del atentado a la AMIA: El 0057-D-11 (que perdió estado parlamentario), el 1655-S-11 (que obtuvo media sanción en la Cámara de Senadores el 27/07/2011 pero, entrado a Diputados perdió estado) y el 1049-D-14, que tiene estado parlamentario en la Cámara de Diputados, con pase a comisiones, desde el 19 de marzo. Información proveniente de la Dirección de Información Parlamentaria de la HCDN.

Derechos parentales fuera del matrimonio

TEDH, *KUPPINGER (NO. 2) c. ALEMANIA*, 15 de ENERO de 2015

por **VIOLETA SAPOGNICOFF**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El peticionario, Kuppinger, quien reside en la actualidad en Heidelberg, es padre de un niño nacido en diciembre del 2003 en Wedlock, Alemania. Luego de su nacimiento, su madre le negó la posibilidad de mantener cualquier contacto con el niño.

En mayo del 2005 el peticionario prestó una solicitud ante la Corte del distrito para que sus derechos de visita sean regulados. La Corte resalta que el procedimiento ante sí se resume a que ordenó un contacto semanal entre el solicitante y su hijo.

En diciembre del 2009 la Corte del distrito suspendió el derecho del peticionario de mantener contacto con su hijo durante un año.

El 30 de diciembre del 2009 el peticionario presentó una apelación contra la decisión tomada por la Corte del distrito el 21 de ese mismo mes. La Cámara de Apelaciones sostuvo que el peticionario tenía derecho a ver a su hijo por tres horas durante seis fechas específicas comprendidas entre el 26 de mayo y el 6 de agosto del 2010, imponiéndosele a la madre una sanción de hasta €25.000 si no se presentaba a las reuniones programadas.

.....

(1) Investigadora de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), UBA.

Para llegar a ese veredicto, la Cámara de Apelaciones consideró que el contacto entre el niño y el padre no podía poner en peligro el bienestar del niño, y que la negativa del niño de mantener contacto con su padre había estado influenciada por la postura de la madre al respecto.

En diciembre del 2010 el peticionario solicitó que se le imponga a la madre del niño una multa de €3000 y otra de €5000 por haber faltado a las obligaciones impuestas por la misma Corte, ya que en distintas ocasiones había faltado a las reuniones, y en otras, habiendo concurrido, se retiraba con el niño a los pocos minutos de haber llegado.

A pesar de ello, la Corte resolvió aplicar a la madre una multa de €300 por haber impedido el contacto entre el peticionario y su hijo en seis ocasiones. Ante esta situación, el peticionario presentó una queja ya que consideró la multa como muy leve e ineficaz, sosteniendo a su vez que la duración de los procedimientos administrativos había sido excesiva y violatoria del art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Ante la queja del peticionario, la Corte consideró que la duración de los procedimientos administrativos había sido "aceptable".

La Cámara de apelaciones anuló la decisión tomada por la Corte del Distrito en diciembre del 2009 (referida a la suspensión de derechos de contacto) y determinó que el peticionario tenía derecho a mantener contacto con su hijo para lo cual planificó distintas reuniones que tendrían lugar a partir del 29 de septiembre del 2010, de las cuales las primeras cuatro debían ser realizadas en presencia de un supervisor.

Sin embargo, estas visitas no fueron llevadas a cabo debido a desacuerdos entre el peticionario y el supervisor, que tras reunirse con Kuppinger informó a la Corte que este "no parecía interesado en el bienestar del niño, y que en tales condiciones el contacto no podría llevarse a cabo".

Tras el pedido del peticionario para que se efectúe un reemplazo de supervisor, y la renuncia del mismo, la Corte determinó que el supervisor solo podría ser destituido de su cargo en caso de que se encontrase uno nuevo que ocupe su lugar. Tras distintos contactos efectuados por la Corte con el fin de encontrar un nuevo supervisor, proceso acompañado por quejas del peticionario con el fin de que el proceso se agilice, la Corte de Apelaciones nombró a un nuevo custodio el 16 de marzo del 2011.

El 12 de noviembre del 2013 los derechos de contacto del peticionario con el niño fueron nuevamente suspendidos hasta el 31 de octubre del 2015, ya que los expertos determinaron que el contacto con el niño, en contra de la voluntad de este último podría afectar negativamente su desarrollo psicológico. Esta decisión fue apelada por el peticionario y confirmada por la Corte en el año 2014.

2 | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El peticionario sostuvo que las autoridades alemanas habían violado su derecho a contactarse con su hijo, contrariando así el art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto representa una violación su derecho de vida familiar, ya que la multa impuesta a la madre no era efectiva y era obviamente inapropiada para fomentar su derecho al contacto con su hijo, a la vez que esta no había tenido ningún impacto en la conducta de la madre. Manifestó además que la duración de los procedimientos fue excesiva.

El tribunal comenzó su análisis acerca de la alegada violación del art. 8°, sosteniendo que, la posibilidad de que padre e hijo se relacionen es uno de los elementos fundamentales de la "vida familiar" que protege el art. 8°. En relación con la obligación estatal de implementar medidas positivas el Tribunal declaró que el art. 8° incluye la obligación del Estado de facilitar la reunión de los padres con sus hijos.

Cabe analizar entonces si en este caso en particular las autoridades nacionales han facilitado el acercamiento entre el peticionario y su hijo, para lo cual, un factor esencial a considerar es la rapidez con la que se aplicó dicha medida teniendo en cuenta la afición que su tardanza podría significar para la relación de ambos.

El TEDH considero que la multa de €300 euros que había recaído sobre la madre por impedir continuamente los encuentros entre el peticionario y su hijo había sido ineficaz para influir sobre el comportamiento de la madre, y menor teniendo en cuenta que el monto máximo de sanción era de €25.000. Resaltó que, además, la decisión judicial no contiene un informe

acerca del estado financiero de la madre ni ninguna información acerca de si, al menos la madre, había intentado cumplir con sus obligaciones en cuanto a facilitar el contacto del padre con el niño.

Sostuvo que por lo expresado anteriormente existió una violación al art. 8° de la Convención, en tanto el Estado había fallado en su obligación de facilitar el encuentro.

En un al segundo punto alegado por el peticionario, este aseguraba que la conducta poco profesional del supervisor y las tardanzas en su selección, las cuales habían sido excesivamente largas e ineficaces, habían provocado el fracaso de los intentos de contacto con el niño.

Acorde a ello el TEDH observó que el procedimiento de reemplazo del supervisor de contactos duró siete meses y dos semanas. Señaló además que la Corte del distrito hizo grandes esfuerzos para seleccionar un custodio para que supervisara los contactos. Acorde con ello, sostiene que no existió en este punto violación al art. 8° de la Convención.

Finalmente, en cuanto a las demandas del peticionario basadas en la excesiva duración de los procedimientos, el TEDH señaló que el mismo había durado dos años y nueve meses antes de la primera instancia y diez meses antes de la Corte de Apelaciones. Sostuvo además que en gran parte, la pérdida de tiempo le era imputable al peticionario quien, por ejemplo, había solicitado que se pospongan audiencias en varias oportunidades y había incluso rechazado al experto designado por la Corte, lo cual produjo un retraso de 5 meses. Es por ello que el TEDH considera que en este caso tampoco existió una violación al art. 8° de la Convención.

En cuanto a la alegada violación del art. 6° párr. 1 de la Convención por haber violado el derecho del peticionario a "ser oído dentro de un plazo razonable, por un Tribunal", el TEDH la rechazó por no haberse agotado con todos los recursos internos de conformidad con lo establecido con el art. 35 párr. 1 y 4 de la Convención.

El peticionario también inició un reclamo basándose en el art. 13, sosteniendo que sufrió una violación en su derecho a un recurso efectivo por la excesiva duración que el proceso había tenido en los tribunales de familia nacionales.

Cabe aclarar que, en los casos en los que la duración del procedimiento tiene un claro impacto en la vida familiar del solicitante, el TEDH ha establecido una postura rígida que obliga a los Estados a establecer un recurso que sea preventivo y compensatorio al mismo tiempo.

En virtud de los principios enunciados anteriormente, se debe determinar si la legislación alemana proporcionó, en el momento pertinente, un remedio contra la duración de los procedimientos que no solo ofrecen una reparación monetaria, sino que también sea eficaz para agilizar los procesos ante los tribunales de familia.

El TEDH no está convencido de que las disposiciones introducidas por la *Remedy Act*, cumplan con estos requisitos específicos, ya que había notado previamente en el caso *Taron c. Alemania* que este recurso no proporcionaría al solicitante la oportunidad de obtener una indemnización adecuada y suficiente. Por otro lado, el TEDH dudó de que la posibilidad de presentar un reclamo de indemnización pueda producir una agilización sobre los procedimientos pendientes.

En consecuencia, el TEDH sostuvo que se produjo una violación del art. 13 de la Convención.

Derecho de detenidos a acceder a la prensa

TEDH, *MESUT YURTSEVER Y OTROS c. TURQUÍA*,
20 de ENERO de 2015

por **JULIA BEN ISHAI**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente es el análisis de un fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽²⁾ (en adelante TEDH) frente a la denuncia interpuesta por un grupo de trece personas privadas de la libertad —Mesut Yurtsever, Canar Yurtsever, Aydın Şaka, Ergin Atabey, Habip Çiftçi, Mahmut Cengiz, Mehmet Ergezen, Ismail Cengiz Oğurtan, Fevzi Abo, Abdullah Günay, Mehmet Ali Kaya, Adem Yüksekdağ y Nezir Adıyaman (en adelante los peticionarios y/o los demandantes y/o los requirentes)— contra el Estado turco en alegada violación de los arts. 6° y 10 del Convenio Europeo.⁽³⁾

Cada uno de los peticionarios se encontraba, durante el año 2007, cumpliendo condena por diversos motivos en distintas prisiones de Turquía. Todos ellos recibían periódicamente una edición del diario *Azadiya Welat*, redactada en idioma kurdo sin que se suscitase conflicto alguno con tal recepción por parte de los demandantes. Sin embargo, a partir del mes

.....

(1) Investigador de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), UBA.

(2) TEDH, *Mesut Yurtsever y otros c. Turquía*, 20/01/2015.

(3) CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. Arts. 6° y 10, 04/11/1950.

de junio, las diferentes Comisiones de Educación de cada uno de los establecimientos penitenciarios comunicaron la decisión de dejar de distribuir la publicación en cuestión en base a las leyes nacionales⁽⁴⁾ que determinan que cualquier publicación que contenga información, escritos, fotografías o comentarios obscenos y/o que puedan poner en peligro la seguridad del establecimiento no debe ser distribuido a los condenados. La base para aplicar dicha normativa a los particulares casos de todos y cada uno de los peticionarios (pese a que no todos cumplían sus respectivas condenas en el mismo establecimiento, las respuestas obtenidas fueron análogas en todos los casos) fue que en la Comisión no existía persona alguna que comprendiese la lengua kurda y por tanto, no podía comprobarse si tales publicaciones encuadraban en las condiciones establecidas en la ley en cuestión.

Cada uno de los peticionantes (cuyas presentaciones fueron unificadas en una sola demanda por parte del TEDH), realizó trámites y entabló procesos judiciales locales a los fines de que se restablezca la distribución del periódico en cuestión, alegando que las causas expresadas en la decisión de la Comisión de Educación eran insuficientes para determinar la privación de la distribución.

Como toda respuesta, los diferentes peticionarios recibieron negativas amparándose el Estado turco en el hecho de que, al no ser el kurdo la lengua oficial, no había una obligación de la prisión de hacerse cargo de los costos de una traducción de la publicación y los mismos tampoco habían sido afrontados por parte de los peticionantes, por tanto la decisión tomada era legítima en los términos en que se había producido.

.....

(4) Se copian las partes pertinentes de la legislación nacional a los fines del presente comentario: art. 62: "Todo condenado posee el derecho a recibir, tomando a su cargo los costos, las publicaciones periódicas y no periódicas bajo reserva de que ellos no estén prohibidas por decisión de la justicia. (...) Los libros de cursos de formación o educación de los condenados no pueden ser sujetos a control (...) Ninguna publicación que contenga información, escritos, fotografía u otros comentarios obscenos o de naturaleza que pueda poner en peligro la seguridad del establecimiento pueden ser entregados a los condenados". La instrucción relativa a las bibliotecas de las prisiones establece que: art. 11: "No serán aceptables dentro del establecimiento ninguna publicación: a) Que sea objeto de una prohibición por parte de los Tribunales b) Que, si hubiese sido objeto de una interdicción por los Tribunales, y haya sido identificada por parte de una comisión de educación como representante de una amenaza a la seguridad del Establecimiento o contenga información, escritos, fotografías o comentarios obscenos".

2 | Apreciaciones del TEDH

Como ya ha sido anticipado, el principal reclamo de los peticionarios en la presente demanda se basa en el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este marco, los denunciantes afirman que la publicación que les fue prohibida:

- a. Era recibida sin problemas hasta un período comprendido entre los meses de junio y agosto de 2007 dependiendo de cada caso, por lo tanto existe una incongruencia entre lo permitido hasta ese momento y lo prohibido *a posteriori*.
- b. Era vendida en la vía pública sin ser objeto alguno de restricción o censura por parte del mismo Estado turco, que si prohibía su distribución dentro del establecimiento penitenciario.
- c. Que viola toda presunción de buena fe el hecho de que, sin llevar a cabo una traducción pertinente, el Estado turco decida, de forma arbitraria, prohibir la distribución del periódico sin previamente tomar conocimiento de los artículos publicados y señalar (probar) cuáles son aquellos que pueden poner en peligro la seguridad de los distintos establecimientos penitenciarios en que se encontraban los peticionantes.
- d. Reclaman, además, que se les devuelvan los fondos invertidos por ellos en virtud de los periódicos no percibidos.

Por su parte, el Estado turco declaró que, como surge de la legislación nacional expuesta con precedencia en el presente artículo, los detenidos no pueden recibir publicaciones que contengan artículos, información, fotografías o comentarios obscenos o que puedan poner en peligro la seguridad en el seno del establecimiento penitenciario. En este marco, los representantes de Turquía remitieron al TEDH un escrito en el cual declaraban que los periódicos que no fueron percibidos por los reclusos contenían información que hacía apología de una organización y actividades terroristas con contenido injurioso hacia la nación turca y funcionarios públicos, con lo cual, entienden que la restricción es legítima porque el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y admite límites en virtud de necesidades sociales imperiosas y urgentes a los fines de la concreción de una sociedad democrática.

A contraposición de esta idea, el TEDH determina que, a pesar de que considera que los derechos amparados en el art. 10 del Convenio son susceptibles de restricción en virtud del art. 2º, no puede concebirse que

esto tenga influencia en el caso ya que los puntos señalados por el Estado turco en su contestación ante el TEDH no surgen de las decisiones que los jueces nacionales presentaron como contestación a las demandas presentadas por los peticionarios en el orden interno. Además, el TEDH denuncia que no existe comprobación de:

- a. cuáles y en qué momento se llevaron a cabo las tareas de traducción pertinentes para determinar las injurias denunciadas;
- b. medios de prueba que acrediten las denuncias que argumenta el Estado.

Para los jueces que componen el TEDH, surge del curso del proceso en el ámbito interno y externo que la restricción se impuso en base a una incompreensión por parte de los miembros de las distintas instituciones penitenciarias de la lengua kurda, y que no resulta de ninguna disposición legislativa del Estado que se pueda restringir un derecho amparado en el tratados internacionales de derechos humanos en base a la lengua en la que un documento está escrito o publicado. Por lo tanto, a los ojos del TEDH, el Estado turco violó los derechos fundamentales de los peticionantes amparados por el art. 10 del Convenio.

El caso que se analiza presenta una serie de cuestiones de interés a tener en cuenta por su posible influencia en el plano internacional como precedente en otros sucedáneos.

El hecho de que un ciudadano, o grupo de ellos, que está cumpliendo una pena de privación de la libertad hable un idioma diferente del oficial en un Estado es una situación habitual y, por tanto, la cuestión sucinta a la traducción de los documentos que puedan recibir es una situación que no cabe categorizar como de excepción.

En este marco, es interesante la postura del TEDH que determina que es necesario poner a disposición de los privados de su libertad un traductor que pueda garantizar sus derechos. Esta exigencia parecería de máxima si se considera la cantidad de diferentes idiomas oficiales y extraoficiales que existen en un mundo globalizado como el que vivimos, sobre todo teniendo en cuenta que los movimientos migratorios pueden generar que personas de países altamente diversos se instalen en naciones alejadas geográficamente de las propias. En este orden de ideas, considero que se deberían de prever otros mecanismos más reales y prácticos que la de

contar con traductores frente a cada situación, puesto que esta solución parece presentarse como una exigencia de máxima y de realización prácticamente inalcanzable.

Como toda forma de explicación de las decisiones a las que arriba el TEDH, debe manifestarse que el Estado turco, en el presente caso, incurre en graves irregularidades procesales teniendo en cuenta que en ningún momento explica por qué, si considera que las publicaciones traían aparejadas cuestiones relativas a la incitación al terrorismo de Estado o de injurias hacia funcionarios públicos, prohibidas de acuerdo a la legislación citada, permitió por un período prolongado en el tiempo la distribución de las mismas. Es decir, si las acusaciones del Estado son correctas, el hecho de que no haya interpuesto la prohibición con anterioridad implica que actuó negligentemente en el permiso concedido a los internos.

No es posible dejar de resaltar, como refuerzo de lo ya estipulado, la cuestión relativa a la falta de acreditación mediante pruebas fehacientes de cómo se arribó a la conclusión en lo que refiere a las acusaciones formuladas, teniendo en cuenta la falta de traductores acreditada por el Estado en las sucesivas contestaciones judiciales. Este punto es fundamental para entender el caso porque demuestra la incongruencia en la argumentación que presenta el Estado turco, ya que sin medios que acrediten cuál era el contenido de las publicaciones recibidas por los reclusos es de imposible comprensión por qué permitió la difusión y/o por qué la prohibió. El TEDH, si bien termina condenando al Estado turco, no focaliza en este aspecto exigiendo mayores garantías respecto de cuándo y cómo se llevaron a cabo las traducciones que infirieron las conclusiones a las que arribó el Tribunal.

3 | Consideraciones finales

El presente caso es una prueba ineludible de cómo el derecho internacional de los derechos humanos ha protegido doctrinaria, jurisprudencial y legislativamente a las personas privadas de la libertad, quienes se encuentran en un momento de incertidumbre tal que genera la obligación estatal de otorgar una serie de garantías para resguardar la integridad de los reclusos, entendiendo que lo que ocurre dentro de una prisión es responsabilidad de las autoridades penitenciarias, que deben justificar las decisiones que se toman y procedimientos que se aplican.

En este marco, el TEDH recuerda aquí, como también lo determina la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia constante, que los detenidos en general gozan de todos los derechos y libertades fundamentados como garantías por los tratados internacionales, a excepción, claro está, del derecho a la libertad de circulación.

En este sentido, la Corte IDH ha expresado que cuando la privación de la libertad trae aparejado, como consecuencia, la afectación de otros derechos humanos, la restricción y sus consecuencias deben incluir los mínimos efectos colaterales, y que tal limitación debe ajustarse a derecho y ejercerse de manera rigurosa.⁽⁵⁾

En definitiva, y más allá de las irregularidades procesales en las que incurre Turquía en el presente caso, lo que pone de manifiesto abiertamente el TEDH es la posición de garante que el Estado debe adquirir sobre el privado de la libertad, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, normativa que se ve reafirmada en el art. 39⁽⁶⁾ de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos así como en el art. 8° de los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos.⁽⁷⁾

.....

(5) CORTE IDH, "Caso 'Instituto de Reeducción del Menor' vs. Paraguay", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/09/2004.

(6) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social, "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", art. 39.

(7) ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 45/111, "Principios básicos para el tratamiento de los reclusos", art. 8°, 14/12/1990.

Gestación por sustitución

Interés superior del niño

TEDH, *PARADISO Y CAMPANELLI c. ITALIA*,
27 de ENERO de 2015

por **PABLO ESTEBAN MELÓN**⁽¹⁾ y **FEDERICO NOTRICA**⁽²⁾

I | Introducción

Las técnicas de reproducción humana asistida, o TRHA, engloban un amplio abanico de posibilidades para poder concretar el deseo de ser padres y remediar los problemas de salud⁽³⁾ que producen tanto la infertilidad funcional como estructural.

La gestación por sustitución se inscribe como una forma de TRHA que, desarrollada en varios países del mundo, permite a los individuos en soledad o a una pareja, cualquiera sea su orientación sexual o estado civil,

.....

(1) Abogado (UNS). Asistente de la cátedra Derecho de las Sucesiones (UP). Miembro del grupo de Investigación UBACyT "Hacia una regulación de las técnicas de procreación asistida desde la perspectiva socio jurídica. Bioética y Derechos Humanos". Miembro del Colectivo Federal en Derecho de las Familias.

(2) Abogado (UBA). Maestrando en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia (UBA). Profesor adjunto de Derecho de Familia (UP) y ayudante de Familia y Sucesiones (UBA). Presidente de la Comisión de Estudio e Interpretación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación del Colegio de Abogados de Avellaneda-Lanús.

(3) La Organización Mundial de la Salud ha brindado un concepto amplio de salud como un estado general de bienestar físico, mental y social, no mera ausencia de enfermedades o dolencias.

participar de un proceso —judicial⁽⁴⁾ o no—, cuya finalidad es traer un niño al mundo y, por ende, fundar una familia.

Veremos en el siguiente caso la manera en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, Tribunal o TEDH) resuelve un conflicto de derecho internacional privado suscitado en Italia —en donde la gestación por sustitución no está regulada— y que involucra a un matrimonio italiano que decide concretar en Rusia su anhelo de ser padres para luego regresar a su país de origen.

Finalmente, esbozaremos unas breves palabras de cierre que intentarán, no solamente dejar sentada nuestra posición sobre la temática,⁽⁵⁾ sino además clarificar sobre un punto en particular que surge aún más patentemente en este decisorio del TEDH: “la falta de regulación de la gestación por sustitución por parte de los diferentes países del mundo, y en especial de aquellos que forman parte de un bloque o comunidad jurídica de tinte

(4) El Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación optaba por regular a la gestación por sustitución en el marco de un proceso judicial: “Gestación por sustitución. Art. 562: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

(5) MELÓN, PABLO E. y NOTRICA, FEDERICO, “Gestación por Sustitución: una Regulación Necesaria”, ponencias SASJu, XV Congreso Nacional y V Latinoamericano de Sociología Jurídica, Universidad Nacional de Rosario, 2014.

supralegal, genera un intolerable vacío legal que afecta derechos humanos fundamentales”.

2 | Plataforma fáctica del caso

En la enseñanza del derecho impartida en las Universidades es usual abordar casos jurisprudenciales obviando el ineludible relato de los hechos, circunstancias objetivas que de alguna u otra forma nos conducen irremediablemente a formarnos una “idea” o convicción personal de qué normas deberían aplicarse al caso, o mejor dicho, si las normas aplicadas e interpretadas por los jueces arribaron a una justa solución o composición del litigio. Comenzaremos pues por delinear con la máxima claridad posible, la plataforma fáctica del presente caso que nos asiste comentar, para luego adentrarnos en el decisorio del TEDH.

Durante el año 2010, un matrimonio de nacionales italianos —la señora Donatina Paradiso y el señor Giovanni Campanelli—, luego de haber atravesado por varios intentos fallidos de utilización de la técnica de FIV, decidieron acudir a la gestación por sustitución para concretar su anhelo de ser padres.

Para lograr dicho cometido se pusieron en contacto en Rusia con una clínica de técnicas de reproducción humana asistida y llegaron a la conclusión de un acuerdo con la sociedad Rosjurconsulting⁽⁶⁾ para lograr un embarazo.

Así las cosas, y luego de una fecundación *in vitro* exitosa en el año 2010, dos embriones “fueron adquiridos por ellos” y se implantaron en el útero de una madre gestante en junio de ese mismo año, quien dio a luz al niño en febrero de 2011.

Es dable destacar, que la madre sustituta prestó su consentimiento por escrito, que fue fechado el mismo día de su nacimiento y leído en voz alta en presencia de su médico para que el niño sea registrado como hijo de los solicitantes. El correspondiente certificado de nacimiento fue emitido en Rusia, con la apostilla acorde a las disposiciones de la Convención de

(6) Fundado en 2003, es un importante bufete de abogados en Rusia y el espacio post-soviético centrado en las técnicas de reproducción humana asistida y, sobre todo, en los denominados “vientres de alquiler”.

La Haya, pero sin mencionar la circunstancia de haber sido fruto de la gestación por sustitución. El niño fue llamado Teodoro Campanelli.

Luego de casi dos meses de estadía en Rusia, la madre de intención se dirigió al Consulado de Italia en Moscú para obtener los documentos que habilitaban al recién nacido para viajar a Italia junto a ella. La señora Paradiso respondió a las preguntas y puso a disposición el expediente relativo al nacimiento del niño, para que el Consulado de Italia entregue finalmente los documentos que la autorizaron a viajar con este.

Pocos días después de llegar a Italia, la señora Paradiso solicitó al municipio de Colletorto que grabe la partida de nacimiento de su hijo.

Transcurrido un mes de dicho pedido, en mayo de 2011, el Consulado de Italia en Moscú le comunica al Tribunal de Menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores, a la prefectura y a la autoridad de la ciudad de Colletorto, que el expediente relativo al nacimiento del niño contenía datos falsos.

En virtud de ello, el Ministerio Público exige al Tribunal de Menores de Campobasso la apertura del procedimiento de adoptabilidad del niño por ser considerado en "estado de abandono" según la ley italiana.

Durante el mismo día, el tribunal de menores nombró una comisión especial y abrió un procedimiento de adoptabilidad, peticionando el tutor del niño la suspensión de la patria potestad de sus padres de intención.

El señor Campanelli y la señora Paradiso se opusieron a las medidas relativas al niño y solicitaron adoptarlo. Incluso esta última declaró que había estado en Rusia solo en septiembre de 2008 con el semen de su marido recogido previamente, y que había habido un error en la clínica de Rusia, porque no se había utilizado su semen.⁽⁷⁾

La justicia italiana ordenó llevar a cabo una prueba de ADN para determinar si el solicitante era el padre biológico del niño, y esta prueba demostró que no había ningún vínculo genético entre ellos. Para el mes de agosto

.....

(7) La ley rusa no especifica si entre los futuros padres y el niño por nacer, debe existir un vínculo biológico relacionado, cosa que tampoco fue alegada por los demandantes ante los tribunales nacionales italianos.

de 2011, la oficina del registro civil se negó a registrar el acta de nacimiento, resolución que fue apelada por los demandantes, luego de que el tribunal de menores decidiera apartar al niño de su lado.

Sostuvo la justicia italiana que, si bien el niño sufriría un daño como consecuencia de la separación,⁽⁸⁾ para resolver el conflicto debía tenerse en cuenta el poco tiempo de su vida que transcurrió junto a los solicitantes y la temprana edad del mismo.

Frente a estos hechos el gobierno italiano sostenía que el presente caso no configuraba una estricta maternidad de alquiler, puesto que el niño no tenía ningún vínculo genético con los solicitantes. La ilegalidad de traer un niño a Italia alegando que era su hijo resultó violatorio de las disposiciones sobre la adopción internacional.

En segundo lugar, el Acuerdo celebrado por los solicitantes con la compañía Rosjurconsulting violó la ley de reproducción asistida (ley 40 de 19 de febrero de 2004), que prohíbe, en su art. 4º, a la fertilización asistida heteróloga.

Siguiendo ese razonamiento resultaba aplicable la ley de adopción italiana porque el niño no tenía una familia biológica siendo que su madre sustituta lo había entregado; resultando procedente confiarlo a los servicios sociales y nombrar a un tutor para su defensa, prohibiéndose todo contacto entre los solicitantes y el niño.

Los demandantes presentaron una apelación ante el Tribunal de Apelación de Campobasso, argumentando entre otras cosas, que los tribunales italianos no podían impugnar el acta de nacimiento. Solicitaron asimismo, no adoptar disposiciones relativas al niño, en atención a que el proceso penal en su contra y los procedimientos para impugnar la negativa a transcribir el acta de nacimiento estaban aún pendientes.

El Tribunal de Apelación de Campobasso desestimó el recurso por cuanto las normas de derecho internacional privado no impedían que la autoridad judicial italiana no aplicara las indicaciones certificadas de un Estado

.....

(8) La búsqueda de un par de adoptantes se iniciaría inmediatamente. En consecuencia, el tribunal puso en duda su capacidad emocional. Sostuvo que se podría pensar que el niño era el resultado de un deseo narcisista de la pareja o que estaba destinado a resolver los problemas de su relación.

extranjero. Además, el art. 37 bis de la ley sobre adopción internacional (ley 184/1983) prevé la aplicación de la ley italiana si el menor extranjero se encuentra en un estado de abandono.

Finalmente, y en el mes de enero de 2013, el niño, sin la identidad que le confería la partida rusa, fue colocado en una familia de acogimiento. Esta “no existencia” tuvo un fuerte impacto en las cuestiones administrativas, siendo que no podía ser inscripto en el colegio, llevar su libreta de vacunación, etc. Por lo tanto, el tribunal ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que sería conveniente que el niño figurase como hijo de padres desconocidos, nacido en Moscú el 27 de febrero de 2011, y consecuentemente otorgarle un nuevo nombre.

La señora Donatina Paradiso y el señor Giovanni Campanelli, antes de que el niño fuese entregado a su familia de acogimiento en el marco del proceso de adopción al cual se lo sujetó, se presentaron ante el TEDH a fines de abril de 2012, siendo representados por K. Svitnev, abogado en Moscú de la empresa Rosjurconsulting. El Gobierno italiano, por su parte, fue representado por su agente, la señora E. Spatafora.

3 | Decisión del TEDH

El Tribunal analizó varias situaciones para tomar una decisión en el presente caso sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad del art. 8° de la Convención Europea de Derechos Humanos,⁽⁹⁾ que para los demandantes había sido conculcado.

Al respecto señaló que la de vida familiar es principalmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de estrechos vínculos personales, tal como se desprende de otros casos que le ha tocado analizar.⁽¹⁰⁾

.....

(9) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, art. 8°: Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

(10) Como, por ejemplo, *Marckx c. Bélgica* del 13/06/1979 o *K. y T. c. Finlandia* del 12/07/2001.

Asimismo, extiende su análisis expresando que las disposiciones del art. 8° no garantizan el derecho a fundar una familia ni a adoptar, sino que presupone la existencia de una familia o, al menos, una posible relación que podrían haber desarrollado algunas personas con el interés de serlo.

En el presente caso, los solicitantes sufrieron la negativa de la transcripción del acta de nacimiento ruso que determina la filiación del niño en relación a ellos. Este certificado no fue reconocido por la legislación italiana y, por ende, no ha creado una relación jurídica de parentesco entre aquel niño y quienes dicen ser sus progenitores. Además, el curador ha conseguido la suspensión de la patria potestad solicitada. Por todo ello, el Tribunal tiene en cuenta que los vínculos de esta "familia" son vínculos de facto y no de derecho.

Al momento de interpretar si cabe la aplicación del art. 8° teniendo en cuenta todas estas consideraciones, se observa que los solicitantes han pasado con el niño los primeros pasos en su vida: seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Anteriormente, ya habían compartido varias semanas en Rusia luego del nacimiento y los solicitantes se habían comportado como sus progenitores durante ese lapso de tiempo, lo que llevó a que el Tribunal considere que hubo efectivamente una existencia de una vida en familia entre ellos y el niño, resultando aplicable al presente el art. 8° de la Convención.

En el fallo se recordó que el art. 8° protege no solo la "vida familiar" sino también la "vida privada" haciendo alusión a que el respeto de este derecho requiere que todo sujeto construya su identidad como ser humano y que el derecho de un individuo a esa información es de vital importancia debido a su impacto en la formación de la personalidad.⁽¹¹⁾

La solicitud de reconocimiento de la filiación en el extranjero debidamente establecida tiene una relación directa con el concepto de vida privada familiar al que se refiere el mismo art. 8°.

El Tribunal examinó si la negativa que sufrieron los solicitantes por parte de los tribunales italianos de reconocer el emplazamiento filial establecido en el extranjero constituyó una injerencia estatal ilegítima, contraria al art. 8°

.....

(11) Tal como se establece en el caso *Gaskin c. Reino Unido*, del 07/07/1989.

en análisis, o si por el contrario cumplió con las condiciones acumulativas —prescriptas por el tratado—, que la justificarían, es decir, estar previstas por la ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática.

La noción de necesidad implica que la interferencia corresponda a una necesidad social imperiosa y, en especial, proporcionada a la finalidad legítima.

En cuanto a la cuestión de si la injerencia estaba prevista por la ley, el TEDH recordó que, en virtud del art. 5° de la Convención de La Haya de 1961, el único efecto del certificado es que justamente certifican la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que lleve dicho documento. Los Estados signatarios preservan el derecho a aplicar sus propias normas sobre conflictos de leyes al momento de decidir el peso del contenido de cada documento apostillado.

En el presente, la justicia italiana determinó la aplicación de la legislación italiana en cuanto a la materia de filiación.

No hay que olvidar, sostuvieron los jueces, que el niño nació de gametos de donantes desconocidos y, por ende, no se estableció su nacionalidad. En este sentido, se determinó que la aplicación del derecho italiano por los tribunales nacionales que llevaron a la conclusión de que el niño se encontraba en estado de abandono, no podía ser considerada como arbitraria. De ello se desprende que la injerencia estaba “prevista por ley”.

Otro punto que se tuvo en miras, es si la aplicación de la legislación genera un justo equilibrio entre el interés público y los intereses privados basados en el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Al hacerlo, debe tenerse en cuenta el principio fundamental que, cada vez que se involucra la situación de un niño, debe prevalecer el interés de este.⁽¹²⁾

Existe una contradicción entre las normas rusas e italianas respecto a la gestación por sustitución y los requisitos que se derivan de esta figura,

.....

(12) Tal como el TEDH resolviera en los resonados casos *Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia*, 26/06/2014.

pero lo importante no es comparar las leyes internas sino que, por el contrario, se debe entender cuál es la mejor solución para el caso en cuestión, teniendo en cuenta los principios de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Habiendo decidido los tribunales italianos la lejanía del niño de los solicitantes y su tutela a una familia de acogimiento, al TEDH le resta determinar si estas medidas fueron proporcionadas y si el interés del niño ha sido tenido en cuenta de manera suficiente por las autoridades de Italia.

Por ello, se interpreta que los hechos suscitados y las decisiones tomadas por los tribunales internos, en favor del orden público no puede ser considerada como causal para justificar cualquier acción porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño recae en el Estado, independientemente de la naturaleza de la relación con sus progenitores, sea genética o de otra manera. En este sentido, se cita el caso *Wagner*⁽¹³⁾ en el cual las autoridades de Luxemburgo no reconocieron la filiación establecida en el extranjero sobre la base de que se enfrentaba al orden público. Sin embargo, se habían adoptado medidas como la distancia del niño y la interrupción de la vida familiar. De hecho, la expulsión del niño del contexto familiar es una medida extrema, de *ultima ratio* y que para que esta medida se justifique, el niño debe estar enfrentado a una amenaza inmediata a sus derechos.

El TEDH recuerda que todo padre e hijo constituyen un elemento fundamental de la vida familiar y que toda medida del derecho interno que impida o restrinja sus derechos constituye una injerencia contraria al art. 8° de la Convención.

Remarcó inclusive que si el art. 8° tiene esencialmente la función de proteger al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas y, por otro lado, el Estado tiene obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida familiar, cuando se haya establecido la existencia de una relación familiar, el Estado debe, en principio, actuar para permitir que el lazo se desarrolle y tomar medidas adecuadas para mantener juntos a los padres y al niño.

.....

(13) TEDH, *Wagner c. Luxemburgo*, 27/06/2007.

Para el Tribunal, la frontera entre las obligaciones positivas y negativas del Estado en virtud del art. 8° no se prestan a una definición precisa. Los principios aplicables son, sin embargo, los mismos. En particular, en ambos casos, se deben tomar en consideración para el justo equilibrio entre los intereses en conflicto —los del niño, los de los padres y los que hacen al orden público—, pero teniendo en cuenta, principalmente, el interés superior del niño.

Esta idea sobre la necesidad de tomar en cuenta el interés superior del niño tiene como efecto restringir el margen de apreciación de los Estados, sumado a que el TEDH, en el resonado precedente *Menesson c. Francia* de 2014, adoptó similar criterio.

Asimismo, fundó el voto mayoritario expresando que, si bien el art. 8° no contiene requisitos de procedimiento explícitos, el proceso de toma de decisiones relacionadas con las medidas de interferencia debe ser justo y adecuado para respetar los intereses protegidos que dicha disposición establece. Por lo tanto, se debe determinar, en función de las circunstancias de cada caso, incluyendo la gravedad de la acción, si los padres han participado en el proceso de decisión, en su conjunto, en un grado suficiente para otorgarles la protección requerida de sus intereses. Si no es así, hay una falta de respeto de su vida familiar y la interferencia resultante de la decisión no resulta “necesaria” en el sentido que lo determina el art. 8°.

Ahora bien, en la evaluación de la necesidad de la medida en una sociedad democrática, el TEDH examinó si, a la luz de las circunstancias del caso, las razones aducidas eran pertinentes y suficientes a los efectos del párrafo segundo de dicho artículo. Para ello, se tuvo en cuenta el hecho de que una ruptura de la familia es una interferencia muy grave; por lo tanto, una medida de este tipo debe basarse en consideraciones inspiradas en los intereses del niño con peso y fuerza suficientes.

Si las autoridades tienen discreción considerable en la evaluación, deben ejercer un mayor control sobre las restricciones que genera y las salvaguardas para garantizar la protección efectiva de los derechos de los padres y de los niños al respeto de su vida familiar.

En los casos en donde puede estar vulnerado el respeto por la vida familiar, el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las

relaciones entre el niño y sus padres, más específicamente con el que no vive con él.

No podían dejarse de lado los criterios seguidos en otros casos, estableciendo que el margen de apreciación de las autoridades nacionales varía con la naturaleza de los problemas y la gravedad de los intereses en juego. Si las autoridades gozan de un amplio margen para apreciar la necesidad de adoptar un niño, sobre todo cuando hay una emergencia, se debe comprobar la existencia de circunstancias que justifiquen el apartamiento del niño.

El Tribunal Italiano de Menores decidió retirar al niño del seno de los solicitantes teniendo en cuenta el poco tiempo que había pasado con ellos y su corta edad, por ende, estimó que el niño tendrá facilidad para superar este difícil momento de su vida. Sin embargo, el TEDH consideró que no se cumplieron las condiciones que justifican el uso de las medidas por las razones que se enumeran a continuación.

En primer lugar, el mero hecho de que el niño se habría desarrollado en un vínculo emocional fuerte con sus futuros padres no es suficiente para justificar su separación.

En relación con el proceso penal en contra de los demandantes, el Tribunal señaló, primeramente, que el Tribunal de Apelación de Campobasso había considerado que no era necesario esperar el resultado de dicho proceso porque la responsabilidad penal de las personas afectadas no desempeñó ningún papel, por lo que la sospecha contra los demandantes no basta para justificar las medidas. Según esta visión del caso, en ningún supuesto es posible especular sobre el resultado de los procedimientos penales, siendo que solo en caso de condena por un delito previsto en el art. 72 de la Ley de Adopción por parte de los demandantes, se habrían convertido legalmente en incapaces de adoptar.

Por último, se tomó conocimiento de que el niño recibió una nueva identidad en abril de 2013, lo que significó que estuvo desconocido y negado durante más de dos años. Sin embargo, es necesario que el niño no se encuentre en desventaja por haber nacido producto de una mujer gestante, respecto de la ciudadanía o de su identidad, que son de importancia fundamental.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Tribunal no se persuadió de la idoneidad de los elementos en los que las autoridades se basaron para concluir que el niño debe ser atendido por los servicios sociales del país. De ello se desprende que las autoridades italianas no han conservado el equilibrio justo entre los intereses en juego.

En conclusión, la Corte consideró que ha habido una violación del art. 8° de la Convención.

No obstante, teniendo en cuenta que el niño ciertamente ha desarrollado lazos emocionales con la familia de acogimiento con la que se colocó a principios de 2013, el hallazgo de violación emitida en el caso de los demandantes no puede ser entendida como justificación para que el Estado italiano restituya al niño a las partes interesadas.

Por dicha violación se condenó al Estado de Italia a abonar a los solicitantes la suma de 20.000 euros en concepto de daño moral y de 10.000 euros por las costas y gastos.

4 | Voto discrepante

Al respecto, la disidencia ha opinado que en el presente caso no hubo una violación al art. 8 de la Convención.

Fundó su voto en que la vida familiar y su privacidad no fueron analizadas tan profundamente porque la relación entre los solicitantes y el niño se basaba en un vínculo débil, sobre todo teniendo en cuenta el poco tiempo que compartieron.

En última instancia, el análisis al que se debe someter al art. 8° debe ser proporcional, si esta relación familiar es de facto o nació en forma ilegal, contraria al orden público.

Se basó en que hubo una aplicación estricta de la legislación italiana para determinar la paternidad y, haciendo caso omiso de la situación jurídica creada en el extranjero, los tribunales nacionales no fueron irrazonables. Además, la justicia italiana determinó la separación del niño y su cuidado bajo los servicios sociales basándose en pruebas aportadas en el expediente, y para los jueces discrepantes, el TEDH no tiene ninguna razón

para dudar de la pertenencia de las pruebas en que aquellas autoridades adoptaron tal decisión.

Por ello, los jueces disidentes determinaron que la mayoría sustituyó su propia apreciación respecto de las autoridades italianas, socavando el principio de subsidiariedad y la doctrina de la cuarta instancia; y por otro lado, no se limitó a comprobar si la evaluación del ámbito nacional había sido arbitraria o no, por lo tanto, dichos argumentos no resultan convincentes para determinar y comprobar la real vulneración al art. 8° de la Convención.

5 | Consideraciones finales

Desde una nueva mirada del derecho de familia constitucionalizado, universalizado o humanizado que aplica los principios receptados por los tratados y convenciones internacionales no podemos mostrarnos indiferentes frente al cambio de paradigma operado en las relaciones de familia.

En este fallo que comentamos surge la particularidad de decidir sobre una gestación por sustitución en donde ninguno de los padres de intención —según las constancias probatorias— aportó sus gametos, para lo cual deberíamos partir de la base de considerar a la voluntad procreacional como fundamento de atribución de la filiación con el niño.

Es menester traer a colación que cualquier ampliación o modificación de derechos debe hacerse desde un enfoque obligado: el de los derechos humanos, incluyendo las interpretaciones desde el enfoque del principio *pro homine*; es decir, es menester elaborar una regulación que se organice y estructure en función de los derechos fundamentales, abandonando decididamente nociones tradicionales y propias del clásico derecho de familia que excluyen a quienes no pueden tener hijos.

Este derecho de formar una familia que mencionáramos al comienzo del presente trabajo, abordado en el presente caso, es uno de los pilares que justifica la posibilidad de hacerlo a través de la voluntad procreacional. Surge aquí la idea de procrear, ya sea por decisión unilateral de una persona, o por voluntad de una pareja, como plan de vida que no afecta a terceros, y como concreción de esta idea fundacional antes aludida.

En este caso del TEDH la pareja italiana, como se dijo, no había aportado su material genético pero sí algo más importante aún: su voluntad procreacional. Ese niño habita este planeta hoy día porque ellos quisieron que así sea.

Su origen, aquel invierno ruso de 2011, su nacimiento, Teodoro —su primer nombre—, la odisea que atravesaron Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, incluso la respuesta dada por la justicia de su propio país; todo es parte hoy de un pasado irremediable para este niño que ya es miembro de una nueva familia.

El derecho a su identidad y a la vida familiar y privada de estos nacionales italianos fue violentado por su propio Estado —que, además, lo consideró un niño en estado de abandono, lo que lo llevó a proceder cruelmente, a nuestro modo de ver, a su apartamiento—.

Como se puede observar, el hecho de fundar una familia procreando o no, depende a fin de cuentas, del plan de vida de cada individuo. Esta planificación va asociada a la libertad reproductiva que incluye como elementos constitutivos la elección de procrear, con quién y por qué medios, la elección del contexto social en que la reproducción tiene lugar, la elección de cuándo reproducirse, y la elección de cuántos hijos tener.⁽¹⁴⁾

En igual línea argumentativa, el propio TEDH, en el fallo *Evans c. Reino Unido* afirmó:

... la vida privada es una noción amplia que engloba, entre otras cosas, aspectos de la identidad física y social de una persona, concretamente el derecho a la autodeterminación, el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior, cubriendo asimismo el derecho al respeto de la decisión de tener o no un hijo.⁽¹⁵⁾

(14) FAMÁ, MARÍA V., "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", fallo comentado, CFED. APEL. CIV. Y COM., Sala III, "B., M. N. y otro c/ Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación", 19/05/2009, en LL 2009-D 78, p. 2.

(15) TEDH, *Evans c. Reino Unido*, 2006\19 (Sección 4), 07/03/2006, consid. 57, [en línea] <http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/cefcca/Documentos/Ponencias/EvanscontraReinoUnido.html>

Por ende, si partimos de la base de la existencia de un derecho a procrear,⁽¹⁶⁾ podemos llegar a la conclusión de que una manera de fundar una familia es a través de la procreación —sea esta natural o por TRHA, dentro de las cuales se encuentra indudablemente, la gestación por sustitución, tanto homóloga como heteróloga—.

En definitiva, el principio de realidad se impone. Si la gestación por sustitución como técnica reproductiva es una práctica frecuente y en aumento, los Estados tendrían que regularla. No sirve más en nuestros tiempos actuales la idea de evadir los problemas jurídicos y sociales mirando hacia otro lado. Es necesario enfrentar las problemáticas y debatirlas lo suficiente —en tiempos razonables— para luego regular, siempre regular, antes que silenciar.

(16) LAMM, ELEONORA, *Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Observatori de Biètica i Dret, UB, Publicacions i Edicions. Este derecho a procrear es defendido en profundidad en la obra de la Dra. Eleonora Lamm, quien incluso presenta una propuesta de ley para regular la gestación por sustitución. Se recomienda al lector compulsar este trabajo de alto valor doctrinario y referencial.

Derecho a la seguridad social y discapacidad

TEDH, *BELAANE NAGY c. HUNGRÍA*,
10 de FEBRERO de 2015

por **MAYRA CAMPOS**

I | Los hechos del caso

En el presente caso, resuelto el 10 de febrero del 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) trató una demanda interpuesta por la señora Bélané Nagy contra el Estado de Hungría. La peticionante alegó que, pese a que su salud no había mejorado, había perdido su sustento de vida —un subsidio de discapacidad— como consecuencia de cambios en la legislación aplicada por las autoridades, sin equidad.

Se basó en el art. 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante el Convenio).

En el 2001, la pérdida de capacidad para trabajar de la señora Bélané Nagy, mujer de nacionalidad húngara, fue evaluada en un 67%. En consecuencia, se le otorgó una pensión por discapacidad que se mantuvo en el 2003, 2006 y 2007. En el 2009 esto cambió debido a una modificación de la metodología aplicable, que bajó el nivel de discapacidad de la peticionante a un 40%, sin que, al parecer, existiera ningún cambio sustancial en su salud. Consiguientemente, su derecho a la pensión por discapacidad fue retirado en el 2010. La demandante impugnó esta decisión ante la Corte Nyíregyháza del Trabajo, pero a pesar de que un dictamen pericial indicó que

la condición de ella no había mejorado desde 2007, la misma fue obligada a reembolsar las cantidades recibidas después del 1° de febrero de 2010.

El 1° de enero de 2012, una nueva ley sobre pensiones por discapacidad entró en vigor e introdujo criterios de aplicabilidad adicionales. Cabe destacar que, en lugar de cumplir el período de servicio requerido por la legislación anterior, la persona debía tener al menos 1095 días cubiertos por la seguridad social en los cinco años anteriores a la presentación de su solicitud. No obstante, las personas que no cumplían con este requisito podían calificar si no existía una interrupción de la cobertura social mayor a 30 días a lo largo de su profesión, o si estaban recibiendo una pensión por invalidez al 31 de diciembre de 2011.

En febrero de 2012, la demandante presentó una nueva solicitud en virtud de la nueva ley y se sometió a otra evaluación en la que el nivel de su discapacidad fue establecido en un 50%. En principio, tal nivel de discapacidad otorgaría a la solicitante el derecho a una pensión de invalidez en el marco del nuevo sistema. Sin embargo, como la pensión se había terminado en febrero de 2010 y, además, no acumulaba el número de días cubiertos requeridos por seguridad social debido a que, en lugar de los necesarios 1095 días, la solicitante solo tenía 947, ni tampoco podía demostrar una cobertura social ininterrumpida, ella no era elegible bajo ningún título de recibir un subsidio por discapacidad bajo el nuevo sistema. En consecuencia, la solicitud de pensión de invalidez fue rechazada.

El 1° de enero de 2014, los criterios legislativos impugnados fueron nuevamente modificados con el fin de extender la elegibilidad para subsidio de discapacidad a aquellos que hubieran acumulado ya sea 2555 días cubiertos por la seguridad social en un período de diez años o 3650 días en quince años. En este caso, la solicitante tampoco cumplía con el tiempo requerido.

La demandante alegó que la supresión de la pensión de discapacidad que recibía en un primer momento por medio de modificaciones consecutivas de las reglas de elegibilidad, pese a no haber sufrido ninguna mejora en su salud, constituye una injerencia injustificada en sus derechos amparados por la Convención. En su opinión, la interferencia no perseguía ningún objetivo determinable y legítimo lo que impuso en su persona una carga excesiva, teniendo en cuenta que el cese de la pensión de invalidez dejó a la solicitante sin sus medios de subsistencia.

El Gobierno, por su parte, alegó que la solicitante no tenía ningún bien o expectativa legítima en el sentido del art. 1º del Protocolo 1 que alude a la protección de la propiedad. De esta manera, había dejado de tener derecho a la pensión de invalidez ya bajo las antiguas normas y, para el momento de la entrada en vigor de la nueva legislación, no tenía “posesión” en el sentido del art. 1º del Protocolo 1. Tampoco podía pretender tener una expectativa legítima, por falta de cumplimiento de los criterios de elegibilidad pertinentes bajo el nuevo esquema.

2 | Apreciación del TEDH

Los principios que se aplican generalmente en los casos en virtud del art. 1º del Protocolo 1, son igualmente relevantes cuando se trata de beneficios sociales o de bienestar. El TEDH considera que si el beneficio, que había sido concedido sobre la base de la legislación vigente y que se había generado por la toma de las contribuciones correspondientes al régimen y la satisfacción de los requisitos de la legislación vigente durante el empleo de un solo activo, fue retirado —en particular mediante una modificación retroactiva de las normas de cotización— se requerirá una justificación convincente para los efectos del art. 1º del Protocolo 1 siempre y cuando el otro requisito clave, a saber, un estado de salud deteriorado, se cumpla.

El art. 1º del Protocolo 1 también requiere que cualquier interferencia sea razonablemente proporcional al objetivo que se pretende realizar. El justo equilibrio requerido no será legítimo cuando el interesado fuere obligado a llevar una carga individual y excesiva.

Cabe señalar a este respecto que el TEDH consideró que esos subsidios adquiridos por obligatorias contribuciones a la seguridad social pueden ser vistos como “derechos adquiridos”, pues clasifica a las pensiones de invalidez “en parte como un subsidio que genera la protección de la propiedad y en parte como una prestación de servicios sociales”. A juicio del TEDH, las garantías que derivan de los requisitos del Estado de derecho, como lo es la protección de la expectativa legítima, se aplican también a las prestaciones sociales.

De esta forma, independientemente de la pérdida de la pensión en 2010, el TEDH es de la opinión de que la condición de elegibilidad reconocida

como satisfecha a un solicitante que fue contribuyente al régimen de seguridad social es legítima y continua en su naturaleza jurídica.

En relación con el interés público o general, el TEDH acepta que la legislación impugnada persigue el objetivo legítimo de bienestar económico de la sociedad.

En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad, el Estado tiene un cierto margen de apreciación para regular el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de invalidez, en particular, al exigir un cierto volumen de contribuciones al régimen así como un nivel mínimo legal de discapacidad. Estos elementos son susceptibles de cambiar a la luz de la evolución de cambios sociales, o el desarrollo del mercado de trabajo y el progreso de la ciencia médica, incluidas las opciones de rehabilitación. Sin embargo, la libertad de los Estados en este campo no puede ir tan lejos de manera tal que ocasione la privación de este derecho a un individuo una vez que ya se le ha concedido.

Es de destacar también, desde la perspectiva de la proporcionalidad, que la demandante fue despojada de su pensión totalmente en lugar de ser obligada a soportar una reducción razonable, proporcional a la porción de la cobertura de la seguridad social acumulada, es decir, de 947 días en lugar de 1095 días.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el TEDH declaró que la demandante fue obligada a soportar una carga individual excesiva y desproporcionada. En consecuencia, se produjo la violación del art. 1º del Protocolo 1.

3 | Consideraciones finales

Así como en el presente caso, en el precedente *Kjartan Ásmundsson c. Islandia*⁽¹⁾ el TEDH había considerado que, como individuo, al demandante se le había hecho soportar una carga excesiva y desproporcionada que, incluso considerando el amplio margen de apreciación con el que cuenta el Estado en el área de legislación social, no podía ser justificada invocando los legítimos intereses de la comunidad que pretendían sostener las autoridades.

(1) TEDH, *Kjartan Ásmundsson c. Islandia*, 12/10/2004.

De esta manera, en lugar de la privación total de sus derechos se le debería haber obligado a soportar una reducción razonable y proporcional.

Esta doctrina que instaura el Tribunal Europeo de Derechos Humanos encuentra su base en el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, que está contemplado en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 2º.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El fundamento de este principio es que los gobiernos tienen la obligación de asegurar condiciones que, de acuerdo con los recursos disponibles del Estado, permitan avanzar gradual y constantemente hacia la más plena realización de estos derechos, así como también es consecuencia de la prohibición de regresividad de aquellos. Existe un criterio de conservación del régimen más favorable para el individuo, cuyo incumplimiento implicaría el menoscabo de un derecho ya reconocido y, en consecuencia, la afectación de un derecho fundamental. Por ello, en *Bélané Nagy c. Hungría* se declaró la existencia de una violación al derecho de propiedad (amparado en el art. 1º del Protocolo 1).

Libertad de expresión

Protección de la vida privada. Difusión de grabaciones no autorizadas

TEDH, *HALDIMANN Y OTROS c. SUIZA*,
24 de FEBRERO de 2015

por **MARISOL DORREGO**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En febrero de 2003 seis periodistas suizos utilizaron cámaras ocultas para la realización de un documental sobre las prácticas profesionales de los corredores de seguros. El documental había sido ideado por Balmer, el editor de "Kassensturz", un programa de TV semanal sobre la protección del consumidor, como reacción hacia la respuesta del público insatisfecho con las tácticas utilizadas por los corredores de seguros.

Para demostrar este tipo de prácticas, una de las peticionarias se presentó a sí misma como clienta y se encontró con un corredor de seguros en una habitación donde había cámaras ocultas. La conversación fue grabada y transmitida a un cuarto cercano donde otro de los peticionarios y un especialista en seguros estaban presentes. Al final de la entrevista se le informó al corredor de seguros que había sido filmado. El programa "Kassensturz" pasó al aire partes de la entrevista, pero la voz y cara del corredor de seguros

(1) Investigador de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la UBA.

habían sido camufladas para impedir su identificación. En el año 2007, tres de los periodistas involucrados fueron condenados por los tribunales internos por haber grabado una conversación. El periodista que se encontró con el corredor de seguros fue condenado por la grabación no autorizada de una conversación y todos los periodistas involucrados fueron ordenados a pagar multas. Los tribunales internos, si bien reconocen el interés público de la información difundida, argumentaron que los periodistas podrían haber usado otros medios para difundir dicha información, que fuesen menos lesivos para los intereses del corredor de seguros.⁽²⁾

2 | Apreciación del TEDH

El TEDH reitera el criterio establecido en el caso *Axel Springer c. Alemania*⁽³⁾ cuando se trata de la reputación de personas públicas y para hacer un balance entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada. Los criterios son: la contribución que pueda generar hacia un debate de interés general, cuán reconocible sea la persona sobre la cual se divulga la información y el tema de la misma, las conductas de la persona, el método de obtener la información, su veracidad, contenido, forma y repercusiones.⁽⁴⁾

En el caso en cuestión, el TEDH toma cuenta de que el corredor de seguros no se trataba de una figura pública y que el documental no estaba filmado con intenciones de criticarlo a él personalmente, sino de denunciar cierto tipo de prácticas comerciales. El documental no se había enfocado en él particularmente, sino en prácticas relacionadas con su profesión.⁽⁵⁾

Asimismo, el TEDH observa que el tema del documental era un asunto de interés público y que contribuía al debate público sobre el tema.⁽⁶⁾ Establece que los peticionarios merecían el beneficio de la duda respecto de su alegado deseo de observar la ética del periodismo definida por la ley Suiza, siendo que limitaron el uso de las cámaras ocultas a la entrevista. A

(2) TEDH, *Haldimann y otros c. Suiza*, 24/02/2015, párrs. 6/21.

(3) TEDH, *Axel Springer AG c. Alemania*, [GC], 07/02/2012.

(4) TEDH, *Haldimann y otros...*, fallo cit., párr. 50.

(5) *Ibid.*, párr. 52.

(6) *Ibid.*, párrs. 57/58.

su vez, el TEDH constata que la veracidad de los hechos documentados nunca fue contestada.⁽⁷⁾

El TEDH toma en cuenta el hecho de que se haya ocultado la identidad del corredor de seguros en el documental, si bien la forma en la que fue presentado fue particularmente negativa. Concluye que la injerencia sobre la vida privada del corredor de seguros en cuestión no había sido suficientemente afectada como para sobrepasar el interés del público de recibir información relacionada con las prácticas de los corredores de seguros.⁽⁸⁾

Por último, considera que la sentencia condenatoria de los periodistas en el ámbito interno podría desincentivar a los medios de expresar críticas, aún si los peticionarios no fueron impedidos de reproducir el documental.⁽⁹⁾

El TEDH concluye que, en el caso, se produjo una violación al art. 10 del Convenio.⁽¹⁰⁾

La opinión disidente del juez Lemmens establece que, respecto de la proporcionalidad, si bien el documental concernía el interés público y el derecho a la expresión, la protección de la confidencialidad de las conversaciones privadas también era de una importancia considerable. Considera que en estos casos debería concederse a los tribunales internos un margen de apreciación para alcanzar un balance entre ambos intereses.⁽¹¹⁾

3 | Consideraciones finales

El presente caso remite a *Axel Springer c. Alemania*,⁽¹²⁾ en el que el TEDH habría establecido un test de privacidad mediante el cual si una persona privada no era conocida públicamente debía garantizársele una protección mayor a su derecho a la vida privada, mientras que los mismos estándares no podían ser utilizados en personas públicas. En *Haldimann*,

(7) *Ibid.*, párrs. 61/62.

(8) *Ibid.*, párr. 65.

(9) *Ibid.*, párr. 67.

(10) *Ibid.*, párr. 68.

(11) *Ibid.*, opinión disidente del juez Lemmens, párrs. 1/5.

(12) TEDH, *Axel Springer...*, fallo cit.

el corredor de seguros que había sido grabado no era una figura pública pero, en este punto, el TEDH avanza sobre los estándares de *Axel Springer* y añade uno más: dado que el documental no estaba enfocado en la persona del corredor de seguros y que, si bien había sido grabado sin su conocimiento previo y su consentimiento, su identidad fue protegida. Por estas dos cuestiones, el TEDH considera que se trata de una injerencia dentro de los límites del art. 8º del Convenio Europeo.

Es la primera vez que el TEDH se expide sobre la utilización de cámaras ocultas utilizadas por periodistas con el fin de informar al público sobre un tema de interés general, en el que la persona entrevistada no es tomada en cuenta personalmente sino como representante de una categoría profesional específica.

Si bien la decisión del TEDH ha posibilitado la utilización de cámaras ocultas por parte de periodistas (si los criterios antes mencionados se cumplen), sin embargo, el TEDH no ha determinado si apoyaría el uso de este medio si existiesen otros métodos alternativos para obtener la misma información, o si la grabación hubiese tomado lugar en un lugar calificado como privado.

Trata de Personas

TEDH, S. Z. c. BULGARIA, 3 de MARZO de 2015

por **CRISTIAN M. ENCINAS**⁽¹⁾ y **M. CRISTINA FORNERÓN**⁽²⁾

Cuando comenzamos a leer el fallo en estudio y, como profesionales en derecho, realizamos de manera inmediata su análisis de contenido “legal”, o quizás la primera apreciación, vimos que se vincula estrechamente con la administración de justicia. Es interesante cómo la joven sindicada como víctima en el caso en estudio se presenta como querellante y actor/a civil, debido a la demora y accionar negligente de los operadores judiciales, como así también plantea un pedido de resarcimiento económico (indemnización) al Estado.

En esta oportunidad desarrollaremos justamente lo que quizás leemos sin mayor reparo y que es, sin lugar a dudas, lo más importante.

Si bien analizamos la demanda, sus fundamentos teóricos y doctrinarios, no reparamos en quién, cómo y qué tuvo que atravesar esa víctima y de qué manera esta se vio afectada.

Este fallo debe utilizarse de ejemplo de lo que **no debe hacerse** con una víctima del delito de Trata de Personas. Los hechos relatados por la víctima dan cuenta de que no solo sufrió el delito *per se*, vale decir, ser captada, trasladada y explotada sexualmente por una organización

.....

(1) Abogado del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Psicóloga del Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

criminal, sino que tuvo que sufrir una **revictimización**, discriminación y destrato por los organismos que debieran asistirle, protegerla y restituírle sus derechos.

En tal sentido, la víctima relata las diligencias que debió llevar a cabo por su cuenta durante el procedimiento judicial, manifestando que atento su domicilio de residencia estaba en Sofía (Bulgaria), debió trasladarse por sus propios medios en muchas ocasiones hasta Blagoevgrad (Bulgaria) para asistir a las audiencias, impulsar la causa y así ponerse a disposición de las autoridades judiciales (hay más de 100 kilómetros de distancia entre ambas localidades) a los fines de que se haga justicia.

Esto da cuenta de cómo la víctima, para poder afrontar el proceso —que, es dable destacar, la tiene por damnificada—, debió afrontar el costo del viaje, el desgaste a nivel psicológico y físico que demanda tener que trasladarse a otra localidad —una localidad que generalmente es en la cual tiene competencia la judicatura que investiga el caso por ser el territorio donde se cometió el ilícito, ergo, es en muchos casos la localidad en la cual fue explotada y en la cual los victimarios establecen sus vínculos delictuales o, en su defecto, le manifiestan a la víctima que los tienen para que esta no se acerque a los organismos locales a solicitar la correspondiente ayuda—.

El relato de la víctima no solo enuncia las numerosas ocasiones en la cuales debió trasladarse al juzgado, sino también la indiscriminada cantidad de veces que debió declarar: fue convocada a declarar en **siete oportunidades**.

Es en este punto en el que no deteneremos y el que desarrollaremos, no solo a fin de ampliar el por qué una víctima no debe ser sometida a estas circunstancias revictimizantes, sino también de exponer los instrumentos que se han desarrollado y que deben aplicarse por los trabajadores del derecho y los operadores judiciales, en pos de preservar la salud y el estado de las víctimas.

Ahora bien, como profesionales que nos desempeñamos en la temática, podemos asegurar que esta situación sucedía, y en muchas jurisdicciones continúa sucediendo, sin tener el menor reparo. Si bien entendemos que nuestro Código de rito establece que el testimonio es una prueba repro-

ducible, por ello siempre la voluntad que se tiene presente es la “necesidad” de escuchar el testimonio todas las veces que el magistrado interviniente así lo considere.

A continuación relataremos un ejemplo práctico:

Imaginemos que una víctima del delito en estudio escapa de un lugar de explotación y se acerca a la comisaría más cercana. Allí, el/la oficial de turno le pide que relate en detalle lo sufrido. Finalizado el relato, eleva las actuaciones al fiscal de turno, quien inicia una investigación preliminar e interviene. Dada su intervención, pide que la víctima declare ante su presencia y realiza otro pliego de preguntas. Terminado este acto, remite al juzgado para la intervención de su competencia. En muchas ocasiones el juzgado, no obstante las declaraciones que constan en las actuaciones, solicita nuevamente a la víctima que declare ante su presencia. Finiquitada esta declaración, el juez considera que el hecho sufrido no es de su competencia por cuestiones materiales o territoriales, y remite la causa a otra jurisdicción, en la cual probablemente otro fiscal y otro juez requerirán escuchar a la víctima. Por lo tanto, la víctima deberá atravesar nuevamente por (al menos) dos declaraciones más. A todo ello debe sumarse las veces que la defensa solicite el testimonio de la misma y otras circunstancias más que puedan ir presentándose durante la instrucción.

Claro, todo esto se cierra con una de las etapas más revictimizantes e intimidantes que puede haber para la víctima, la etapa de debate oral, en la cual deberá atravesar las preguntas del tribunal, la fiscalía y la defensa, y todo esto en presencia de la persona que la sometió y explotó.

Por lo expuesto, para comenzar a tener una aproximación a lo que se pretende evitar, debemos dar una breve explicación de lo que es la **revictimización o victimización secundaria**. En primer término, es dable establecer que los organismos estatales de índole nacional, provincial, municipal de participación en este proceso (particularmente del Poder Judicial y del Ejecutivo) deben procurar la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (**victimización primaria**).

Asimismo, y fundamentalmente, deberán procurar que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su

contacto con estos —principalmente con el sistema de justicia (**revictimización o victimización secundaria**)—. ⁽³⁾

Por ello la definición de **revictimización** se utiliza para establecer si una persona que ha sido víctima (de cualquier delito) es posteriormente maltratada por alguna institución, ya sea porque se le niega información o porque no se le reconoce como una interlocutora válida o no se la escucha con el debido respeto. En ocasiones se ha detectado que aquellas instituciones a las que acuden por asistencia y protección son las que pueden terminar generando en la víctima situaciones en las cuales se siente amenazada, juzgada, investigada, perseguida. En estos casos, claramente, se están evidenciando nuevos episodios de violación de derechos y, por lo tanto, de **revictimización**.

De esta manera se determina que los sujetos institucionales son los responsables de la **revictimización** y los procesos judiciales también **revictimizan** atento a que, si no se realizan de acuerdo a las necesidades de la víctima, se someterá a la misma a interrogatorios innecesarios que reviven la experiencia traumática o que indirectamente sugieren situaciones que atentan contra su dignidad.

Establecido el criterio de **revictimización**, la pregunta es: de acuerdo a nuestra legislación y acuerdos de índole nacional e internacional, ¿se puede evitar dicha instancia o situación revictimizante?

Las herramientas están para poder evitarlas; solo se deben aplicar y establecer criterios comunes de intervención. Así, primero debemos tener presente la situación de la víctima, de tal manera que es menester determinar “el punto de partida”: cómo debemos entender a la misma. Para ello recomendamos e instamos a los actores involucrados a leer la definición de “situación/condición de vulnerabilidad” establecida en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad - XIV Cumbre Judicial Iberoamericana” (a la cual adhirió la CSJN mediante acordada 5/2009).

Asimismo, se entiende por proceso judicial a las fases de investigación, enjuiciamiento y ejecución. Y la víctima tiene derecho a vivir dicho ciclo

(3) XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA, 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008.

en un clima sin presión para poder ejercer los derechos que surgen de la nueva situación y responder adecuadamente a sus obligaciones para la mejor administración de justicia, y para que no se produzca un proceso de **revictimización** que entorpezca su recuperación.⁽⁴⁾

Para ello, en primer término, enunciaremos los derechos que asisten a una víctima del delito de Trata de Personas de acuerdo a nuestra legislación vigente (ley 26.364 t.o. por ley 26.842 y su decreto reglamentario 111/2015).

Para el caso en estudio, de la ley 26.364 t.o. s/ ley 26.482, se destacan los incs. i, j, l de su art. 6º, los derechos de las víctimas.⁽⁵⁾ A ello debe sumarse el art. 6º, incs. i y l⁽⁶⁾ del nombrado decreto reglamentario.

Lo que se pretende a través de dichos artículos es reconocer las necesidades que tienen las víctimas y que, probablemente, no puede verbalizar o, en algunas ocasiones, no es capaz de comprender de manera de poder solicitar los referidos derechos. El legislador, con estos artículos, pretende establecer un “piso” de derechos y condiciones que deben respetarse cuando la víctima atraviese el proceso judicial.

En concordancia con los artículos mencionados, ahora desarrollaremos particularmente las características de la toma de declaración testimonial. Si bien no está definido qué significa “Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado” (inc. d del art. 6º de la ley 26.364, t.o. por ley 26.842), el decreto reglamentario nos da las herramientas para poder encaminar dicha medida, estableciendo que las víctimas “... serán acompañadas por un equipo especializado en trata de personas en las diligencias procesales...”. Esto sumado a la práctica desarrollada desde el año 2008, desde la sanción de la ley 26.364 y la creación de orga-

(4) “Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos” Documento aprobado en la XVI Asamblea de la Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP) República Dominicana, Punta Cana, 9 y 10 de julio, 2008.

(5) Ley 26.364 t.o. 26.842, art. 6º: “... i) Prestar testimonio en condiciones especiales de protección y cuidado; j) Ser informada del estado de las actuaciones, de las medidas adoptadas y de la evolución del proceso; k) Ser oída en todas las etapas del proceso”.

(6) Decreto reglamentario 111/2015, art. 6º: “... i) Las víctimas serán acompañadas por un equipo especializado en trata de personas en todas las diligencias procesales de las que deban participar, hasta la finalización del proceso (...) l) Todas las personas o instituciones que participen directa o indirectamente en las diferentes etapas de protección y asistencia de víctimas, deberán respetar la confidencialidad de los datos que compongan el registro de información”.

nismos de asistencia interdisciplinaria, tales como el **Programa Nacional de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas por el Delito de Trata**,⁽⁷⁾ nos facilita una base o metodología para tomar declaración a la víctima: se establecen recaudos y se determina que esta esté, con los recaudos que esta requiera y bajo el cuidado de un equipo creado *ad hoc*, que velará porque la misma no atraviese de manera innecesaria o reiterada situaciones **revictimizantes**.

Estos equipos interdisciplinarios de asistencia y contención no solo deben actuar en la etapa de rescate, sino también durante la fases de declaración testimonial, entendiéndose esta como el momento anterior a la declaración, la declaración misma y, finalizada esta, la correcta derivación y continuación de asistencia a la víctima (desde ya se hace referencia a la declaración en cualquier instancia —instrucción y debate—).

Es en este punto que, con la sanción de la ley 26.842, se modificó el Código Procesal Penal de la Nación, incorporando el procedimiento por el cual deberá llevarse a cabo la declaración testimonial de víctimas de este delito. Se estableció que un/a profesional en psicología debe entrevistar a la víctima y determinar si la misma se encuentra o no en condiciones de llevar adelante dicho acto. En el caso en que se encuentre en condiciones de llevar adelante la declaración, esta será llevada a cabo de manera que la entrevista pueda ser grabada en soporte audiovisual, a fin de que se evite repetir su celebración en sucesivas instancias judiciales. También se deberá notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto (en aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado, los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al defensor público oficial).

La entrevista será realizada por el/la profesional en psicología y las preguntas de las partes serán canalizadas teniendo cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima.

Es dable mencionar que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) profundiza dicho procedimiento de toma de declaración con los resguardos y cuidados del caso.⁽⁸⁾

(7) Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, resolución 2149/2008 - 731/2012.

(8) Código Procesal Penal de la Nación (ley 27.063), Título III (testimonios - derechos y obligaciones del testigo), arts. 151 a 160.

Ahora bien, asimismo hay que señalar, quizás en un plano más práctico y de acuerdo a la casuística desarrollada en el ámbito en el cual nos desempeñamos profesional y laboralmente, las consecuencias de la **revictimización**, las cuales generalmente se visualizan a nivel emocional-psicológico y social.

Los efectos de la **revictimización** pueden ocasionar graves alteraciones psicológicas, agudizando los síntomas postraumáticos del hecho delictivo.

El daño psicológico producido por la experiencia traumática puede ampliarse o reducirse en función de una serie de circunstancias que involucran al procedimiento judicial sobre la víctima.

La incertidumbre de un proceso penal que nunca parece concluir puede cronificar manifestaciones psicopatológicas preexistentes.

De esta manera, existen tanto factores internos como factores externos que se deben considerar a la hora de evaluar la posibilidad que tiene la víctima de realizar una declaración.

La declaración testimonial de la víctima del delito en estudio, en tanto representa el aporte narrativo de los sucesos padecidos, emocionalmente puede revivir la experiencia traumática, resultando adversa para la conservación de su integridad psíquica.

La repetición de las declaraciones, sumada a la dilación en el procedimiento y a la falta de información, son aspectos que hacen a la victimización secundaria, en tanto representan diferentes forma de ejercer violencia hacia las víctimas.

La **revictimización**, en este sentido, constituye un agravante a los daños psicológicos ocasionados por el hecho traumático.

El daño psicológico puede manifestarse de diferentes maneras; en algunas ocasiones lo hace de forma silenciosa provocando en la víctima aislamiento social y consumo excesivo de alcohol y/o drogas como mecanismo de resistencia al del trauma.

De la misma forma, cuando el psiquismo de la víctima no logra encontrar el modo de tolerar el sufrimiento y la angustia de la experiencia traumática

ca, esta puede tener conductas impulsivas de riesgo y/o pasajes al acto, como puede ser el suicidio.

Las perturbaciones psicológicas más frecuentes en las víctimas del delito de Trata de Personas responden a sintomatologías asociadas al **Trastorno de Estrés Postraumático** (DSM - 5.309.81), motivo las víctimas se pueden encontrar imposibilitadas de afrontar el acto de la declaración testimonial (incluso con los resguardos establecidos en el CPPN).

Las víctimas tienden a revivir intensamente, de forma involuntaria, el suceso vivido, tanto en forma de pesadillas como de recuerdos agobiantes y sentimientos perturbadores que pueden activarse ante cualquier estímulo. Estos *flashbacks* son como “pesadillas diurnas” que pueden provocar que la víctima pierda el contacto con la realidad. Asimismo, toda vez que la intensidad de la vivencia y su carácter repentino generan en ella sensación de terror, puede encontrarse permanentemente en estado de alerta y vivir sobresaltada, presentando dificultades en la concentración.

Las conductas de evitación desempeñan un papel fundamental en las limitaciones experimentadas por las víctimas: intentan rehuir de todas aquellas situaciones y lugares relacionados directa o indirectamente con el suceso traumático.

Otro síntoma característico es el bloqueo emocional, por el cual las víctimas pueden llegar a narrar lo sucedido sin manifestación de expresión afectiva (angustia, tristeza, temor, etc.). El embotamiento emocional es una forma de conservación psíquica ante el dolor del trauma padecido.

En las víctimas que se encuentran bajo las consecuencias del **Trastorno de Estrés Postraumático** suelen prevalecer, asimismo: creencias negativas persistentes respecto de sí mismas o hacia los demás (desconfianza permanente), disociación (sensación de ser un observador externo del hecho traumático), bloqueo a nivel cognitivo (incapacidad para recordar un aspecto importante de la experiencia traumática) y/o experimentación de perturbaciones a nivel emocional (depresión, baja autoestima, culpa, vergüenza, temor, etc.).

La **revictimización** implica la negligencia de las instituciones judiciales al no advertir las múltiples consecuencias (psicológicas, sociales, económi-

cas) que puede acarrear la desprotección de la víctima durante la totalidad del proceso penal.

Continuando con esta línea de pensamiento, a la hora de evaluar si es posible entrevistar a una víctima del delito de Trata de Personas es importante incorporar al concepto de víctima el abordaje ético conforme lo establece La Organización Mundial de la Salud (OMS)⁽⁹⁾ que, de acuerdo a lo expresado por las víctimas, analiza riesgos a los que estas están expuestas:

- ... pueden seguir pensando (a veces acertadamente) que son vigiladas por los tratante o personas conectadas con ellos, ya que muchas de las víctimas son reclutadas localmente, muchas veces por alguien de su misma ciudad o población;
- pueden tener deudas pendientes con el tratante (de acuerdo con los cálculos de este);
- pueden ser vulnerables a venganzas en su contra o contra su familia;
- pueden tener residencia temporal y temen por una deportación inminente;
- pueden sentirse estigmatizadas socialmente debido a sus vivencias y su trabajo, y se arriesgan al rechazo de familiares y miembros de su comunidad si se revelan los eventos del pasado;
- pueden ser vulnerables de reacciones de extremo estrés como resultado de su salida de la situación y abandonan los mecanismos psicológicos de supervivencia usados previamente;
- se dan cuenta de que hablar del tema es volver a la situación y podría afectarlas emocionalmente....

Es primordial realizar una evaluación integral de todos los factores que intervienen, en tanto estos condicionan a la víctima, imposibilitándola de afrontar una declaración testimonial.

Llevada a cabo la correspondiente evaluación, la cual arrojará un resultado que no puede perpetuarse en el tiempo (vale decir que, si la víctima al momento de la entrevista está en condiciones de declarar no necesariamente puede que esté en tales condiciones, por ejemplo, una semana después de dicha entrevista), se debe realizar la declaración testimonial abordando a la víctima de manera tal que se respeten los puntos mencionados *supra*.

.....

(9) OMS, "Recomendaciones éticas y de seguridad de la OMS para entrevistar a mujeres víctimas de la trata de personas", 2003, [en línea] http://www.who.int/gender/documents/WHO_Ethical_Recommendations_Spanish.pdf

Siempre se debe procurar que se lleve adelante la declaración bajo el sistema detallado anteriormente, eso quiere decir que la víctima sea acompañada por un/a psicólogo/a especialista, de acuerdo a sus condiciones; el desarrollo del acto debe ser seguido por las partes desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. La declaración, de esta manera, será registrada en video, evitando así que la víctima sea citada reiteradas veces para escuchar su relato.

No obstante ello y para el caso en que no pueda llevarse a cabo lo referido precedentemente, a modo de poder establecer un criterio único para evitar una **revictimización** de las víctimas del delito de Trata de Personas, en función de los aspectos jurídicos y psicológicos que se profundizaron, se sugiere a los colegas, profesionales y operadores de otras disciplinas que tengan presente los siguiente aspectos cuando una víctima atraviese una etapa del proceso.

1. Para mitigar o evitar la tensión y angustia emocional, intentar evitar la coincidencia en dependencias judiciales de la víctima con la/los imputados/procesados, procurando inclusive la protección visual de la víctima.
2. Que la víctima espere el menor tiempo posible para la celebración del acto judicial.
3. Que cuando esté justificado por las razones concurrentes, se otorgue preferencia o prelación a la celebración del acto judicial en el que participe la víctima.
4. Que se adapte el lenguaje utilizado a las condiciones de la víctima, tales como la edad, el grado de madurez, el nivel educativo, la capacidad intelectual, el grado de discapacidad o las condiciones socioculturales, procurando formular preguntas claras, con una estructura sencilla
5. Que quienes participen en el acto de comparecencia eviten emitir juicios o críticas sobre el comportamiento de la víctima.
6. Que se proteja a la víctima de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, planteándose la posibilidad de que su participación en el acto judicial se lleve a cabo en condiciones que permitan alcanzar dicho objetivo, excluyendo su presencia física del lugar del juicio o de la vista de lo/las imputados/procesados, compatibilizando las garantías de un debido proceso.

A tal efecto, se recomienda que los imputados/procesados puedan permanecer en un espacio contiguo de la sala donde se desarrolle el juicio escuchando el testimonio de la víctima para evitar que la misma se encuentre "cara a cara" con quien esta identifica como responsable directo de los hechos que fuera víctima.

7. Que la víctima pueda estar acompañada durante la audiencia oral por un equipo técnico especializado, procurando así la prestación de asistencia por personal especializado (profesionales en psicología, trabajo social, intérpretes, traductores u otros que se consideren necesarios) destinada a afrontar las preocupaciones y temores ligados a la celebración del acto. La función de el/la referido/a profesional será la de contribuir a garantizar los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad.

Finalmente, del caso en estudio, la pericia médica estableció que la víctima “[sufría] de estrés post-traumático debido a la agresión y [presentaba] varios traumas relacionados con esta última como: ansiedad, trastornos del sueño, flashbacks, comportamientos que ponen en peligro su persona y un consumo excesivo de alcohol”. Esto evidencia no solo que el hecho traumático puede ser tanto lo vívido como víctima de este delito, lo cual le produjo un daño psicofísico, sino que también la **revictimización** sufrida por los organismos institucionales agravan dicho estado.

Por ello este artículo tiene la humilde intención de visibilizar una instancia, que muchos consideran un mero acto procesal, en un hecho que puede significar en la vida de la víctima una vulneración en sus derechos y una situación que solo profundiza el daño sufrido. De esta manera y con lo expuesto, no se puede obviar que el Estado ha puesto a disposición un número de instrumentos que deben ser aplicados. Por consiguiente aquellos que tienen la responsabilidad de asistir y acompañar a las víctimas de este delito deben exhortar a los operadores judiciales para su cumplimiento, caso contrario acompañar a las víctimas a que hagan el correspondiente reclamo en pos de reivindicar sus derechos.

Expulsión de extranjeros

HIV

TEDH, S. J. c. BÉLGICA, 19 de MARZO de 2015

por **PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En el presente caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) trató la demanda interpuesta por la Sra. S.J. contra el Reino de Bélgica en donde alegó que su expulsión de este último país, en razón de su delicado estado de salud, la expondría al riesgo de padecer un tratamiento contrario al art. 3° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante "CEDH" o el "Convenio Europeo").⁽²⁾

La peticionaria, de nacionalidad nigeriana, arribó a Bélgica a comienzos de 2007 embarazada de su primer hijo. A los pocos meses, presentó conjuntamente una solicitud de refugio y una para que se le otorgue un permiso para permanecer en Bélgica por razones médicas. Esta última se basaba en que la Sra. S.J. era portadora del virus HIV y poseía una seria deficiencia en su sistema inmunológico. Al año siguiente, y luego de certificar que efectivamente padecía la enfermedad, la Oficina de Extranjeros

.....

(1) Investigador de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), UBA.

(2) Art. 3° del CEDH prescribe: "Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

de Bélgica otorgó un certificado de residencia a fin de que permanezca en el país por un período de 3 meses. Sin embargo, como la peticionaria había solicitado refugio antes en Malta, y de conformidad con la normativa de la Unión Europea aplicable debía ser este último quien debía examinar la solicitud de refugio, Bélgica requirió a Malta que informe si la peticionaria podría acceder allí a un tratamiento médico adecuado para su enfermedad. Atento a que la respuesta fue positiva, la Oficina de Extranjeros quitó el permiso de permanencia a la peticionaria a fin de que se dirija a Malta donde podría tratar su enfermedad y donde recibiría una respuesta a su solicitud de refugio. Esta última decisión fue impugnada por la Sra. S.J. Previo a que se resuelva este recurso, la Oficina de Extranjeros decidió que Bélgica debía examinar la solicitud de refugio atento a la inactividad de Malta y al inminente nacimiento del segundo hijo de la demandante. Por ello, la mencionada repartición estatal revocó su propia decisión y extendió el permiso de permanencia en el país (certificado de residencia) hasta que se resuelva la solicitud de refugio y comenzó a investigar las posibilidades de tratamiento médico en Nigeria.

En el año 2010, el Comisionado General para Refugiados y Apátridas trató la solicitud de refugio de la peticionaria y resolvió rechazarla argumentando que existían inconsistencias en su relato. Puntualmente señaló que la peticionaria había referido que no había solicitado refugio en otro Estado, que no explicó cómo había arribado a Bélgica ni cuánto tiempo había permanecido en Malta, ni tampoco pudo identificar exactamente a las personas con las que vivía en Nigeria. Esta Resolución fue confirmada por el órgano superior. En razón de ello y al dar por comprobado la existencia en Nigeria de un tratamiento y monitoreo adecuado para el HIV,⁽³⁾ la Oficina de Extranjeros revocó el permiso para permanecer en Bélgica en razón de su estado de salud y ordenó a la peticionaria que se retire del país antes del 20 de diciembre de 2010.

La peticionaria interpuso diversos recursos a fin de que se suspenda la ejecución de la expulsión en los cuales alegaba que existía un riesgo real de que no tuviera acceso a un tratamiento adecuado para su enfermedad si regresaba a su país de origen lo cual constituía un trato inhumano y degradante en contravención con el art. 3º CEDH. Empero, todos los remedios fueron rechazados.

.....

(3) Para ello se basaron en un dictamen del asesor médico de la Oficina de Extranjeros y en la información proporcionada por la Embajada de Nigeria en Bélgica.

2 | Los procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A menos de un mes de que venza el plazo otorgado para que abandone el país, la Sra. S.J. presentó una demanda ante el TEDH contra el Reino de Bélgica por presuntas violaciones a los arts. 3º y 8º CEDH (derecho a la vida privada y familiar). Conjuntamente solicitó al TEDH que disponga una medida cautelar de conformidad con el art. 39 de su reglamento a fin de que se suspenda la ejecución de la expulsión a su país de origen. El Tribunal de Estrasburgo hizo lugar a la requisitoria y ordenó a Bélgica que no expulse a S.J. y sus hijos hasta tanto finalicen los procedimientos sustanciados ante el mismo.

En lo que respecta al fondo, una sala de la Quinta Sección resolvió el 27 febrero de 2014 que la ejecución de la decisión de expulsar a la peticionaria no constituiría una violación del art. 3º CEDH. Asimismo, expresó que no era necesario analizar la alegada violación al art. 8º, pero que de todos modos no había existido una trasgresión a dicha norma.⁽⁴⁾ Sin perjuicio de ello, en mayo de 2014 tanto la peticionaria como el Estado demandando solicitaron que, de conformidad con el art. 43 CEDH⁽⁵⁾ se remita a la Gran Sala. La solicitud tuvo acogida favorable en julio de 2014.

Sin embargo, la Gran Sala no llegó a expedirse atento a que las partes arribaron a un acuerdo de solución amistosa. Así, el Estado reconoció que el caso de la demandante se caracterizaba por fuertes consideraciones humanitarias, lo cual pesaba a favor de la regularización de su situación de residencia y la de sus hijos. Por su parte, la peticionaria exigió el otorgamiento de permisos de residencia por tiempo indefinido para ella y sus hijos y una indemnización por los daños y perjuicios causados, condiciones que fueron aceptadas por el Estado. El TEDH aprobó la solución amistosa ya que entendió que el acuerdo se basó en el respeto de los derechos humanos (art. 39.1 CEDH).

(4) TEDH, *S.J. c. Bélgica*, Quinta Sección, 27/02/2014, [en línea] <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-141199>

(5) Art. 43 CEDH: "Remisión ante la Gran Sala". 1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia.

3 | Consideraciones finales

Sin lugar a dudas corresponde celebrar la solución amistosa a la que arribaron las partes la cual permitió obtener a la peticionaria y sus hijas la permanencia indefinida en el Reino de Bélgica y una justa indemnización por los daños ocasionados.

Sin perjuicio de ello, y al igual que el magistrado Pinto de Albuquerque expresa en su voto disidente, entiendo que el TEDH ha desaprovechado una valiosa oportunidad para apartarse de los principios y estándares fijados por la Gran Sala en el caso *N. c. Reino Unido*.⁽⁶⁾ En el mismo, el Tribunal analizó la expulsión del Reino Unido de una persona con sida la cual falleció al poco tiempo de arribar a su país de Origen, Uganda. En el mencionado precedente se estableció que los extranjeros con situación migratoria irregular que están sujetos a expulsión no pueden en principio invocar un derecho a permanecer en el territorio de un Estado Parte a fin de continuar recibiendo los servicios y la asistencia médica, social o de cualquier otro tipo brindada por el Estado expulsor. El hecho de que las circunstancias del peticionario, especialmente su expectativa de vida, se verá significativamente disminuida si es expulsada no es extremo suficiente para dar lugar a una violación al art. 3° CEDH. La decisión de expulsar un extranjero en situación irregular que sufre una seria enfermedad mental o física a un país donde la capacidad para el tratamiento de esa enfermedad es inferior a la disponible en el Estado Parte podrá generar una violación al art. 3° del CEDH únicamente en un caso muy excepcional donde existan sólidas y convincentes razones humanitarias contra la deportación.⁽⁷⁾ El mismo principio lo aplica a la expulsión de una persona con HIV o que haya desarrollado el SIDA al señalar:

... los mismos principios deben aplicarse en relación a la expulsión de cualquier personas que sufra una seria enfermedad física o mental que causa sufrimiento, dolor, reducción de su expectativa de vida y que requiera un tratamiento médico especial que no se encuentra disponible en su país de origen o que se encuentra disponible pero a un alto costo económico.

(6) TEDH, Gran Sala, *N. c. Reino Unido*, 27/05/2008.

(7) TEDH, *N. c. Reino Unido*, fallo cit., párr. 42.

Al aplicar este estándar al referido caso, la Gran Sala determinó que el peticionario, desde el punto de vista de su estado de salud, estaba capacitado para viajar y que, aunque sin certeza, podía acceder en su país a un tratamiento adecuado para su enfermedad.

Como podemos observar, el estándar enunciado es extremadamente restrictivo generando que la expulsión, aún en casos de graves enfermedades, sea la regla general. También se desprende que, en la mayoría de los casos, los inmigrantes con situación migratoria irregular no gozan de protección alguna por parte del CEDH, ya que según la interpretación del TEDH no parecería haber una obligación positiva derivada del art. 3° de garantizar el tratamiento médico necesario para las serias enfermedades físicas o mentales que padecen.⁽⁸⁾ También resulta sumamente cuestionable la justificación esgrimida por el TEDH para defender su estándar: “una resolución en sentido contrario colocaría una carga demasiado grande en los Estados contratantes”.⁽⁹⁾ Como bien señala el juez disidente, lo que parecería buscar el TEDH es frenar un flujo incontrolable de migrantes con enfermedades serias a los Estados parte lo que implicaría una pesada carga, especialmente, un costo financiero exponencial. Esta argumentación constituye claramente una falacia conocida como “*argumentum ad terrorem*” donde se alegan supuestas consecuencias catastróficas si se adopta una solución legal particular.⁽¹⁰⁾

Por su parte, tampoco queda suficientemente claro cuándo una persona que padece una enfermedad grave o terminal puede ser expulsada y cuándo no. Ello así atento a que no especifica cuál es el grado de seriedad que debe tener la enfermedad para que proceda o no la expulsión, ni tampoco cuál es el grado de accesibilidad, calidad y costo del tratamiento en el país del cual es oriundo el migrante que se pretende expulsar. La ausencia de pautas claras conlleva que tales decisiones las tomen discrecionalmente los Estados con las consecuentes arbitrariedades que pueden tener lugar.

.....

(8) TEDH, Gran Sala, *S.J. c. Bélgica*, Juicio, 9/03/ 2015, voto disidente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 6.

(9) TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., párr. 44.

(10) TEDH, Gran Sala, *S.J. c. Bélgica*, Juicio, 19/03/2015, voto disidente del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 7.

En conclusión, si bien en el caso se arribó a una solución amistosa que permitió que la peticionaria S.J. no fuera expulsada y continuara el tratamiento de su grave enfermedad, entiendo que la modificación de la jurisprudencia del TEDH es necesaria a fin de que se produzca un verdadero cambio estructural y que se protejan adecuadamente los derechos humanos de una incontable cantidad de migrantes que se encuentran en su misma situación en todo el continente europeo. De lo contrario, se continuarán perdiendo vidas que tranquilamente podrían haberse salvado o se acortarán significativamente los años de vida de las personas expulsadas. En otras palabras, la Gran Sala ha dejado pasar una oportunidad para modificar su jurisprudencia del art. 3° CEDH en relación a los migrantes en situación irregular que padecen graves enfermedades.⁽¹¹⁾

Por último, corresponde traer a colación la jurisprudencia en la materia del sistema interamericano la cual evidencia una protección más amplia que la del europeo. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Andrea Mortlock c. Estados Unidos* rechazó firmemente la expulsión de la nombrada (que había desarrollado el SIDA) ya que, si bien su estado de salud era estable, la expulsión a Jamaica (país de origen) supondría la interrupción del tratamiento antirretroviral que estaba recibiendo en los EEUU, lo que la conduciría a una muerte prematura.⁽¹²⁾

(11) En igual sentido se ha expresado otros autores: Sarah Ganty, S.J. c. Belgium: missed opportunity to fairly protect seriously ill migrants facing expulsion, [en línea] <http://strasbourgobservers.com/2015/04/30/s-j-v-belgium-missed-opportunity-to-fairly-protect-seriously-ill-migrants-facing-expulsion/> última consulta: 02/11/2015.

(12) CIDH, Informe 63/08, *Andrea Mortlock c. Estados Unidos*, Caso 12.534, párrs. 90 y 91.

Vida privada y familiar

Autorización para acceder a una cirugía de reasignación de sexo

TEDH, Y. Y c. TURQUÍA, 10 de MARZO de 2015

por **MARINA CHERTCOFF**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El presente caso concierne a la negativa por parte del Estado turco para que una persona se realizase una operación de reasignación de sexo, dado que quien la requería no era estéril, requisito ínsito en el Código Civil nacional. En Y. Y. c. *Turquía*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal o TEDH) analiza por primera vez los requisitos de la legislación doméstica para obtener el reconocimiento legal de la autopercepción de género y la posibilidad de que vulneren derechos humanos.

El peticionario Y. Y., ciudadano turco, al momento de realizar la demanda ante el TEDH estaba registrado como una persona del sexo femenino, aunque su autopercepción de género era masculina. En vista de esto último, en septiembre del año 2005 solicitó a la Corte del distrito de Mersin una autorización para someterse a una cirugía de reasignación de sexo, por lo cual dicha Corte requirió información al jefe del hospital donde el paciente estaba siendo tratado en el servicio de psiquiatría. El motivo por el cual se buscaba conocer la información era saber si la intervención

.....

(1) Investigadora de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt), UBA.

quirúrgica era necesaria para la preservación de la salud mental de Y. Y., y si se cumplían los requisitos dispuestos por la ley.

El 23 de febrero de 2006 el informe psiquiátrico enviado por el hospital concluyó que Y. Y. era una persona transexual y que, desde un punto de vista psicológico, sería mejor para el paciente vivir como un hombre. Otro informe estableció que Y. Y. tenía un fenotipo femenino y que era transexual. Sin embargo, la Corte contestó que en dichos reportes no se hacía referencia a las preguntas formuladas. A saber, si la intervención era necesaria para la preservación de la salud mental del paciente y si Y. Y. era incapaz de procrear de forma permanente. En vista de este requerimiento se contestó que Y. Y. no era estéril.

En junio de 2006 la Corte rechazó la solicitud de Y. Y. sobre la base de que no era permanentemente estéril, y por tanto, no satisfacía los requisitos del art. 40 del Código Civil turco. La decisión fue apelada, pero la Corte de Casación confirmó la sentencia de primera instancia.

En marzo de 2013, en virtud del art. 40 del Código Civil, Y. Y. realizó una nueva petición para someterse a la operación, la cual fue concedida, ya que se estableció de forma satisfactoria que Y. Y. era transexual, y que para la protección de su salud mental la operación era necesaria. Además, un testigo aseguró que el peticionario vivía como un hombre en todos los aspectos de su vida, cumpliéndose de tal forma los requisitos del inc. 2 del art. 40.

2 | Sentencia del TEDH

La ley turca establece que una cirugía de reasignación de sexo puede realizarse únicamente mediando una autorización judicial al efecto. Para ello debe demostrarse, en primer lugar, que el individuo es estéril; una vez que se somete a dicha operación de reasignación, se lo autorizará a rectificar su género de forma legal en los documentos que acrediten su identidad.

Y. Y. argumentó ante el TEDH que la negativa por parte de las autoridades del Estado a otorgarle la autorización por no ser estéril violaba su derecho a la vida privada y familiar, reconocido en el art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio o CEDH). En este sentido, criticó los términos biológicos utilizados por el

art. 40 del Código Civil, sosteniendo que el requisito de esterilidad solamente podía cumplirse mediante el sometimiento a una intervención de esterilización; y que la imposibilidad de realizarla denegaba la posibilidad de acceder a una reasignación de sexo.

Al analizar el fondo del caso, el Tribunal destacó que el *quid* de la cuestión eran los requisitos que se les imponían a las personas transexuales para acceder a la reasignación de sexo, y el cumplimiento con el art. 8º del Convenio.

El Tribunal se refirió, primero, a que la decisión de la Corte del Distrito de 2006 se había fundado en la letra del art. 40 del Código Civil. Se observó que la ley turca garantizaba, si se cumplían sus requisitos, no solamente el acceso a la operación, sino al reconocimiento de la identidad autopercebida.

El gobierno había sostenido que la regulación para la operación de reasignación estaba dentro de la esfera de protección del interés general y buscaba evitar que la cirugía se volviera una práctica común o fuese utilizada por la industria sexual. No obstante, el TEDH no se mostró convencido por tal alegato.

Se puntualizó que resulta indiscutible que existe una tendencia internacional continuada a favor de una mayor aceptación social de las personas transexuales y su reconocimiento legal luego de someterse a la operación de reasignación. Así, el TEDH reiteró que el derecho de las personas transexuales al desarrollo personal y a la seguridad física y moral, en el sentido pleno que gozan las demás personas en la sociedad, no podía ser considerado como un asunto controversial, por lo cual hizo hincapié en la normativa europea al respecto: en el anexo de la recomendación CM/REC (2010), el Comité de Ministros del Consejo de Europa declaró que los requisitos previos para el conocimiento legal de la reasignación de género debe ser revisado periódicamente a fin de eliminar los requisitos abusivos. Por otra parte, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa realizó un llamamiento a los Estados para que garantizaran el derecho de las personas **trans** a obtener documentos que reflejen su identidad de género elegido, sin ninguna obligación de someterse a la esterilización u otros procedimientos médicos como la cirugía de reasignación de sexo o terapia hormonal.⁽²⁾

.....

(2) TEDH, Y. Y. c. *Turquía* (nº 17793/08), 10/03/2015, párr. 110.

El TEDH hizo referencia a un importante precedente, el caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*, donde sostuvo: “debe reconocerse que pueden existir serias interferencias con la vida privada de una persona, cuando el derecho doméstico entra en conflicto con un aspecto importante de la identidad personal”.⁽³⁾ Asimismo, se recordó que tal como ya había sido declarado, no puede considerarse que la decisión de una persona de someterse a tal procedimiento sea precipitado, teniendo en cuenta las numerosas y dolorosas intervenciones que causa tal enfoque, nivel de compromiso y convicción necesaria para cambiar el rol de género en una sociedad.⁽⁴⁾

Más adelante, se subrayó que las cortes nacionales habían justificado el rechazo de la autorización en que el peticionario no era infértil. El Tribunal arguyó que no podía comprender por qué este requisito debía ser establecido —para una persona que desea someterse a un cambio de sexo— antes de que el cambio físico pudiese darse.⁽⁵⁾ Si bien, continuó, la negativa inicial pudo haberse establecido en virtud de un motivo relevante, el mismo no es suficiente.

En este sentido, se determinó que la prolongada negativa —ocho años— por parte del Estado a autorizar a Y. Y. a la operación constituyó una interferencia con el derecho a la vida privada y familiar del peticionario, lo cual debía ser visto en conexión con su derecho al desarrollo personal y su autonomía,⁽⁶⁾ incluyendo la posibilidad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo.⁽⁷⁾ Se concluyó que si bien podía argumentarse que la regulación contenida en el Código Civil podía ser vista como un medio para obtener un fin legítimo —la protección de la salud—, en este caso el requisito de esterilidad no es necesario en una sociedad democrática.⁽⁸⁾ Por lo tanto, Turquía incurrió en responsabilidad internacional por violación del art. 8º del Convenio Europeo.

(3) *Ibid.*, párr. 114; TEDH, GRAN SALA, *Christine Goodwin c. Reino Unido* (nº 28957/95), 11/07/2002, párr. 77.

(4) TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, fallo cit., párr. 81.

(5) TEDH, *Y. Y. c. Turquía*, fallo cit., párr. 116.

(6) *Ibid.*, párr. 57.

(7) *Ibid.*, párr. 79.

(8) *Ibid.*, párr. 121.

3 | Consideraciones finales

El caso de marras constituye un nuevo precedente del TEDH, en el cual logra garantizar el derecho a la identidad de género de las personas que viven bajo la jurisdicción europea, en consonancia con los *leading case* *Christine Goodwin c. Reino Unido*,⁽⁹⁾ *B. c. Francia*,⁽¹⁰⁾ *Grant c. Reino Unido*⁽¹¹⁾ y *Schlumpf c. Suiza*.⁽¹²⁾

A través del prisma del art. 8º, el TEDH afirma que negar arbitrariamente la autorización para realizar una cirugía de reasignación de sexo constituye una violación a la vida privada y familiar. Esto tiene un impacto importante, pues reconoce y reafirma la identidad de género como un derecho humano, y resalta la importancia de la autopercepción de género, a la vez que tiene en cuenta el sufrimiento de las personas que experimentan la discrepancia entre su autopercepción y sus características anatómicas.

Este nuevo precedente del Tribunal tiene el potencial de influir en el reconocimiento legal de identidad de las personas travestis, transgénero y transexuales; si bien no se realiza un llamamiento explícito a los Estados, sí es su referencia una constante a lo largo de toda la sentencia.

En definitiva, la Corte, al afirmar que el requisito impuesto por el Código Civil turco era relevante pero no necesario desautoriza las barreras biológicas que muchas veces se imponen a este tipo de intervenciones.

No obstante, el fallo no analiza el asunto de si es violatorio de la Convención Europea de Derechos Humanos el requisito de esterilidad para obtener reconocimiento legal (cambio en los documentos) para las personas trans. Esto que quizá parezca no tan relacionado con el fallo, en realidad lo está. Sorprendentemente, 21 países europeos —entre ellos, Bélgica, Finlandia, Francia, Italia, Noruega y Turquía— imponen como prerrequisito la esterilidad para ejercer el derecho a la identidad.

.....

(9) TEDH, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, fallo cit., 3.

(10) TEDH, *B. c. Francia* (nº 13343/87), 25/03/1992.

(11) TEDH, *Grant c. Reino Unido* (nº 32570/03), 25/06/2006.

(12) TEDH, *Schlumpf c. Suiza* (nº 29002), 08/01/2009.

Este, para nosotros, peculiar requisito no puede menos que generarnos la pregunta: ¿por qué? Y la respuesta surge de forma casi palmaria: “sería extraño que un hombre tuviera un bebé en el vientre o que una mujer pudiese inseminar a otra”. Y siempre, detrás de los requisitos, aparece el prejuicio de los mandatos heteronormativos. Como en los debates por la Ley de Matrimonio Igualitario en Argentina, surgía la cuestión de qué sucedería si un niño tenía dos madres o dos padre, y si bien aún pueda haber algunos indignados, muchos nos contestamos: nada.

En conclusión, la legislación europea parece estar avanzando hacia el reconocimiento pleno de los derechos humanos de las personas trans, aunque todavía se encuentra a años luz de lo que hoy constituye la legislación argentina, en particular la Ley 26.743 de Identidad de Género, donde no solamente se logra despatologizar el transexualismo no requiriéndose intervenciones médicas, psiquiátricas o psicológicas, sino que va hacia el reconocimiento legal pleno de la autopercepción de género al no disponer que medie una intervención quirúrgica de cambio de sexo al efecto. En este sentido, aunque existen esbozos, como la ley sobre intersexualidad en Malta, y el mencionado “llamamiento de la Asamblea Parlamentaria de Europa al reconocimiento legal de al autopercepción de género”, el viejo continente aún tiene un largo camino por recorrer para lograr que las personas trans dejen de ser vistas como amenazas y se logre el pleno goce de derechos humanos de todas las personas, independientemente de su orientación sexual, identidad y expresión de género y/o diversidad corporal.

Si el Tribunal Europeo de Derecho tiene un corte progresista a través de los fallos mencionados, lo mejor, probablemente, sea ser cautelosos, pues así como existen fallos como el presente, también existen recientes fallos como *Hämäläinen c. Finlandia* donde el TEDH sostuvo que el pedido de cambio civil de personas transexuales como condición previa para el reconocimiento legal no era violatoria de derechos humanos.



Reseñas bibliográficas

Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tomo I

Natalia Barbero, Rubinzal-Culzoni Editorial, Santa Fe, 2014, 224 p.

Reseñado por **JAMES ERNESTO VÉRTIZ MEDINA**⁽¹⁾

I | Algunas consideraciones iniciales

Este libro, de corte netamente jurídico, constituye una valiosa herramienta para realizar un estudio introductorio al derecho internacional de los derechos humanos. La autora, especialista en derecho penal y derecho penal internacional, presenta el desafío de realizar un abordaje general pero a la vez profundo sobre las distintas temáticas que conforman esta rama del derecho internacional público.

El texto presenta una estructura integrada por 17 capítulos en los que se hace un recorrido argumentativo por los principales temas que conforman la disciplina, desde una mirada actual y renovada de sus principales institutos.

2 | Un recorrido por la obra

En un primer capítulo, denominado **Introducción**, se conceptualiza acerca de la noción de derechos humanos y sus caracteres definitorios así como sobre su fundamentación, destacando que los mismos se hacen valer frente al poder omnímodo del Estado, el cual se constituye en agente violador de derechos a través de cualquiera de los agentes estatales.

.....

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

A continuación, en el capítulo siguiente sobre los **orígenes de los derechos humanos**, se postula que el verdadero reconocimiento de derechos para todos los seres humanos es reciente. Encuentra los primeros gérmenes en el derecho inglés, señalando que el “primer reconocimiento escrito de derechos humanos” aparece en la Carta Magna inglesa de Juan sin Tierra, en 1215, y luego en la Petition of Rights de 1689 y en el Bill of Rights de 1689. Pero, a juicio de la autora, es recién en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 cuando “nos encontramos con un catálogo integral de derechos humanos reconocidos en un documento para todo un pueblo”. Sostiene, a su vez, que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa, consagra los primeros derechos individuales de orden civil, los cuales, junto con los de orden político ya reconocidos y afianzados en el plano interno, se fueron internacionalizando, ampliándose dicho catálogo a los derechos de orden social por la lucha llevada adelante —sobre todo, por los trabajadores—. Manifiesta que es así cómo aparecen las primeras organizaciones internacionales y el proceso de recepción y reconocimiento de derechos que tuvo lugar en el orden interno se fue ampliando, gestándose la idea de dar nacimiento a un verdadero sistema internacional de protección de derechos humanos.

En un tercer apartado de la obra se desarrolla lo referente al **sistema universal de protección de derechos humanos**, expresando que, a partir de la creación de Naciones Unidas en 1945, “se alcanzó un nivel de organización y trabajo que llevó a una verdadera estructura de protección internacional de los derechos humanos”. Sostiene que, en el seno de la Asamblea General, se destacan los órganos convencionales o Comités creados para supervisar y monitorear el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte de los diversos tratados sobre derechos humanos adoptados en el marco de Naciones Unidas. En la actualidad existen nueve comités creados en virtud de tratados. La autora se detiene en el análisis del Comité de Derechos Humanos, que interpreta y aplica el Pacto Internacional de Derechos Humanos. Huelga señalar que este y otros comités tienen competencia para llevar adelante procedimientos de control de las obligaciones asumidas, entre los que se destacan el sistema de informes periódicos, de aplicación automática a todo Estado que ratifica tratados; el de comunicaciones individuales, que requiere de una aceptación expresa de la competencia del Comité en cuestión; y el de comunicaciones interestadales. Vale resaltar, asimis-

mo, que estos comités realizan verdaderas interpretaciones auténticas de diferentes cuestiones jurídicas que reciben el nombre de "Observaciones Generales", "Comentarios Generales" o "Recomendaciones Generales". A través de las mismas, los órganos creados en virtud de tratados, aclaran el sentido y alcance de los derechos previstos en los instrumentos analizando un artículo específico o una aspecto general del Pacto en cuestión de manera ampliada y global. Como se ha dicho, "una observación general se puede interpretar ahora como un dictamen jurídico general que expresa la manera en que el Comité entiende conceptualmente el significado de una disposición particular, y en cuanto tal es una guía muy útil del contenido normativo de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos". A continuación, la autora hace un repaso por los demás órganos principales de la Organización de Naciones Unidas y describe el modo en que cada uno, más allá de sus funciones concretas, tiene un trabajo específico en materia de tutela de derechos fundamentales. En tal sentido se destaca la creación de organizaciones que recaen bajo la órbita del Ecosoc, conocidas como "agencias especializadas", entre las que menciona, la FAO, el FMI, el Banco Mundial, la OMPI, la OMS, la Unesco y la OIM.

En relación a la protección extraconvencional llevada a cabo en Naciones Unidas, la autora subraya la creación del Consejo de Derechos Humanos en el año 2006 que funciona como órgano subsidiario de la Asamblea General, con sede en Ginebra, y que tiene la responsabilidad de promover el respeto universal por la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa respecto de todos los Estados miembros de la organización. En la órbita de Naciones Unidas explica que también existe el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y otros organismos "asociados" a la gestión de los derechos humanos, que son el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur); la Oficina de Coordinación sobre Asuntos Humanitarios; el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef); el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (Unifem); El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), entre otros.

Luego, la autora avanza sobre el funcionamiento de los **sistemas regionales de protección de derechos humanos**. Asevera que, a la par de la gestación de un sistema universal de protección en el seno de Naciones

Unidas, se fueron desarrollando sistemas regionales de protección en el marco de organizaciones de Estados de carácter regional, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas.

Uno de ellos, menciona, es el sistema europeo de derechos humanos, que tiene como fuente principal el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales adoptado en 1950 en Roma. A este instrumento convencional se le adicionaron los protocolos de los años 1952, 1963, 1966, 1983, 1984, 1985, 1990, 1994, 2000, 2002, 2004, que regulan derechos civiles y políticos; y la Carta Social Europea de 1966, sobre derechos económicos y sociales.

La autora describe cómo opera el funcionamiento del sistema europeo de protección en el que se destaca la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y compuesto por tantos jueces y juezas como Estados parte hay en el Consejo de Europa.

Afirma que existe también un sistema africano de derechos humanos que funciona en el seno de la Unión Africana, destacándose como órgano de vindicación de derechos el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, que aplica, entre otros, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, firmada en Banjul el 28 de junio de 1981, y que entró en vigor en 1986.

Por último, expresa que en la región de Asia no existe un sistema regional de protección de derechos humanos. Ello, sin perjuicio de que varios Estados sí han ratificado instrumentos convencionales de tutela del sistema universal.

Lo mismo sucede en el marco de la Liga de los Estados Árabes, que agrupa Estados del noreste de África y del sudeste de Asia, en donde no existe propiamente dicho un sistema regional de protección de derechos humanos.

El sistema interamericano de derechos humanos es el tema del siguiente apartado. Se describe el funcionamiento del sistema de protección de varones, mujeres, niñas y niños en el continente, que tiene su punto de inicio en 1948, año en se aprobó la Declaración Americana de Derechos Humanos. En la obra se da cuenta de la necesidad posterior de los Estados americanos de adoptar un instrumento vinculante de protección de derechos. Este anhelo se cristalizó en 1969 cuando, en el marco de la Conferencia Especializada en Derechos Humanos celebrada en la ciudad

de San José en Costa Rica el 22 de noviembre de ese año, los Estados adoptaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Menciona la autora que este tratado general sobre derechos fundamentales cuenta a su vez con dos Protocolos Adicionales, uno en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”) del 17 de noviembre de 1988, y el Protocolo de Asunción sobre Abolición de la Pena de Muerte del 8 de junio de 1990. A reglón seguido hace una relación del marco normativo que tiene el sistema en el que se destaca las siguientes convenciones: contra la Tortura; sobre Desaparición Forzada de Personas; para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; contra el Racismo, la Discriminación y formas conexas de Intolerancia; y contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Además menciona otros instrumentos de inestimable valor para la defensa de derechos de las personas del continente, que son la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión del año 2000 y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008.

Resulta importante el detenimiento que hace la Dra. Barbero en el análisis de los órganos de protección del sistema interamericano: la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

En el capítulo intitulado **La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**, la autora se refiere a este órgano principal de la OEA, que tiene las funciones principales de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el continente. Se detiene en “el principal trabajo” que realiza, que es la tramitación de peticiones y denuncias individuales. Allí, de manera sintética, se detiene sobre el procedimiento de peticiones individuales. Refiere quiénes tienen legitimación activa para presentar una denuncia y explica cuáles son los requisitos formales y sustanciales de admisibilidad de la misma. A continuación, de manera sucinta, pero no por ello menos precisa, explica cómo funciona el procedimiento y cuáles son los diversos informes que, eventualmente, puede emitir la Comisión hasta pronunciar su informe definitivo.

En el acápite séptimo, **La Corte Interamericana de Derechos Humanos**, la autora describe las funciones del tribunal de justicia del sistema, deteniéndose especialmente en su competencia contenciosa. Mediante la

misma, la Corte determina a través de un proceso judicial revestido de debidas garantías si un Estado ha incurrido o no en responsabilidad internacional por la violación de derechos protegidos en el Pacto de San José de Costa Rica o de otros tratados sobre derechos humanos del sistema. Allí señala que el procedimiento ante la Corte tiene tres partes: una primera, escrita; una segunda parte, oral; y una última parte, nuevamente escrita. Con meridiana claridad, la autora explica cuáles son los diversos actos procedimentales y plazos que deben ser observados en cada una de las etapas; ello, de conformidad con lo previsto en el Reglamento de la Corte. Vale aportar que, a la fecha, la Corte ha dictado 300 sentencias en aplicación de su competencia contenciosa y ha ordenado en las mismas diversas medidas de reparación que no tienen ningún símil en la jurisprudencia de otro órgano internacional. También menciona la autora lo referente a la competencia consultiva del Tribunal de San José mediante la cual “procura interpretar” disposiciones de la Convención Americana (CADH) o de otros tratados sobre derechos humanos de los que sean partes los Estados de la OEA. En esa dirección vale resaltar que, hasta la actualidad, la Corte ha emitido 22 Opiniones Consultivas sobre el efecto de las reservas; la colegiación obligatoria de periodistas; las garantías judiciales en estados de emergencia; las excepciones al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna; la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención; el derecho a la información sobre la asistencia consular; la condición jurídica de la niñez; la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados; y los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

En la octava parte de la obra Barbero desarrolla lo referente a la **injerencia del derecho internacional en derecho interno**; al respecto, la autora acierta cuando recuerda lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en donde se establece la prevalencia del derecho internacional por sobre el derecho interno. Señala que, en el caso argentino, se da la particularidad de que el convencional constituyente en el año 1994 le ha otorgado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos que algunos juristas denominan “con nombre y apellido” y que rigen en las condiciones de su vigencia. Se pregunta la autora sobre la obligatoriedad de los pronunciamientos de los órganos encargados de aplicar e interpretar estos instrumentos y se detiene, en primer lugar, en el carácter de las recomendaciones de la Comisión Interamericana.

Luego de mencionar las diversas opiniones acerca de la vinculatoriedad de las recomendaciones emitidas por la Comisión en sus informes de fondo, la autora concluye sosteniendo, con acierto, su carácter obligatorio.

Una aclaración: más allá del recorrido jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia (CSJN) de la Nación Argentina sobre el tema que la autora hace, y en la que luce el carácter variopinto que ha tenido esta cuestión, vale señalar que el Máximo Tribunal de Justicia, en fecha posterior a la culminación de la obra de la autora cuya reseña se ensaya, se ha pronunciado sobre la obligatoriedad de las recomendaciones que surgen de los informes de fondo de la Comisión Interamericana respecto de nuestro país en el caso "Carranza Latrubesse", del 6 de agosto de 2013.

Volviendo a la reseña: luego de resaltar el carácter obligatorio que tienen las sentencias de la Corte Interamericana para el Estado involucrado y de su carácter ejecutorio cuando se dispone el pago de una indemnización pecuniaria, Barbero indica que no existe una previsión convencional sobre la ejecutabilidad de las mismas en casos donde se impongan obligaciones de otra índole, como las que se refieren a obligaciones de hacer o no hacer. La autora hace un recorrido por la jurisprudencia de la CSJN respecto del carácter vinculante que tienen las sentencias de la Corte, sobre todo en nuestro sistema, en donde se le ha otorgado jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En los casos "Giroldi", "Hagelin", "Simón" y "Mazzeo" se postula el deber de seguir las decisiones emanadas de los órganos internacionales en la interpretación de los tratados en materia de derechos humanos. Por lo tanto, como razona, ello da cuenta de un doble control, el realizado por la propia Corte Interamericana, y el de los tribunales locales que controlan la conformidad de sus resoluciones con los estándares internacionales a partir del bloque de convencionalidad.

El siguiente capítulo, titulado **DIH: distinción entre el DIDH y el DIH**, pone en plaza la intrínseca relación que existe entre estas ramas del derecho internacional público. Así, expone que si bien el derecho internacional humanitario se aplica en casos de conflictos armados, ambas ramas protegen a las personas atendiendo a consideraciones de humanidad, una en tiempos de guerra y otra en tiempos de paz. Hace mención al origen y desarrollo que ha tenido el DIH en sus dos vertientes: el derecho de Ginebra y el de La Haya, haciendo un más que valioso repaso por los instrumentos

convencionales que se han adoptado desde 1864 hasta llegar a lo que se ha denominado el derecho de Nueva York. Señala que, en contextos de conflictos armados, no deja de regir el DIDH, porque es evidente que las personas continúan gozando de sus derechos humanos. De modo tal que el DIDH rige tanto en tiempos de paz como en tiempos de guerra, solo que en los tiempos de guerra se suma otra protección adicional, a través del DIH. La autora culmina este acápite sosteniendo que el DIH es la *lex specialis* en el caso.

En el décimo apartado se aborda, bajo el título **Derecho Internacional de los Refugiados (DIR) y Derecho Internacional de Asilo: distinción con el DIDH**, las relaciones existentes entre estas ramas del derecho internacional. En tal sentido, Barbero afirma que, desde 1950, el organismo que se encarga principalmente de los derechos de los refugiados es el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que actúa bajo la autoridad de la Asamblea General de Naciones Unidas. Este organismo tiene como objetivo principal salvaguardar los derechos y el bienestar de los refugiados. La autora considera que, si bien los tratados generales de derechos humanos no prevén disposiciones específicas sobre esta temática, podría aplicarse por analogía lo referido al derecho de asilo que sí está consagrado. Repara en que, si bien se habla indistintamente de refugiados o asilados, ambos términos no son idénticos. El refugio es mucho más amplio, mientras que el asilo tiene más relación con la persecución por motivos políticos o por delitos políticos. En consecuencia, destaca que, tanto en el caso de refugiados como de asilados, se ha conformado un *corpus iuris internacional* específico que permite hablar hoy de un derecho internacional de asilo y derecho internacional de refugiados.

Luego de proponer una relación de los principales instrumentos, destaca la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951, en el que —señala— si una persona reúne las condiciones para ser considerada refugiada, el Estado debe reconocer tal condición. Se entiende por refugiado a aquel que sufre “fundados temores de ser perseguido”, esto es, temores razonablemente fundados en motivos de persecución como la raza, la religión, la nacionalidad, la pertenencia a determinado grupo social o las opiniones políticas.

Resulta sumamente valiosa la referencia a la Asamblea General de la OEA y su preocupación por la situación de los derechos humanos de los refugiados, y el reconocimiento que ha hecho de los principios y normas rec-

toras que hacen a su protección, entre los que se destacan el principio de no devolución o *non-refoulement*; el carácter humanitario y apolítico de la protección de los refugiados; la consideración de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 como “Carta Magna del derecho de los refugiados”; entre otros.

El segmento décimo primero, **Derecho Penal Internacional**, es de lo más rico. En esta sección la autora conceptualiza y define el alcance del derecho penal internacional (DPI). Así, toma la definición de Kai Ambos para quien el DPI es el conjunto de normas de derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales, reconociéndolo como una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional: la idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de determinada conducta proviene del derecho penal, pero la conducta en cuestión se somete a una punibilidad autónoma de derecho internacional. Refiere que la atribución de responsabilidad penal internacional a una persona por la comisión de “delitos” o “crímenes internacionales” confirmó al individuo en su posición de sujeto del derecho internacional, de tal modo que, desde los juicios de Nuremberg, existe consenso en la comunidad internacional respecto de que los crímenes más graves no pueden quedar impunes.

Se advierte un especial interés de la autora por el estudio de la **Corte Penal Internacional** que constituye el objeto de análisis en la sección doceava del libro. Luego de un largo proceso, que se inicia con el intento de juzgamiento del Kaiser Guillermo II tras la Primera Guerra Mundial, al que le siguen los juzgamientos de los criminales de guerra del régimen nazi y nipón en Nuremberg y Tokyo, y que continua con la instauración de tribunales penales *ad hoc* para juzgar la comisión de graves crímenes cometidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda, la Asamblea General decidió trabajar en la creación de una tribunal penal internacional permanente con competencias para juzgar la comisión de crímenes graves del derecho internacional. En esta dirección, la Asamblea convocó a una Conferencia Diplomática en Roma en la que se adoptó el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, de carácter permanente e independiente, con jurisdicción complementaria a la de los Estados parte.

Este órgano judicial de carácter penal tiene competencia para juzgar los crímenes más graves del derecho internacional: el genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

La autora realiza un agudo análisis de la competencia material y temporal, así como del derecho aplicable por la Corte Penal Internacional. Asimismo, se detiene a analizar los principios, garantías y eximentes que se aplican en el marco del proceso penal que tiene lugar ante este órgano.

Resulta atendible la crítica que efectúa la autora a la ausencia, en el Estatuto, de estipulación de penas determinadas para cada delito, como sucede en la generalidad de las legislaciones penales internas. Señala que se establecen, por un lado, conductas punibles, y por el otro, penas aplicables en general para dichas conductas, pero no se establece la pena que se impone en caso de cometerla. A su juicio, se podría objetar que se viola el "principio de legalidad de la pena"; más aún, el Estatuto no prevé escalas penales, sino que fija dos únicas especies de penas aplicables: la reclusión por un número determinado de años que no exceda los 30 años, y la reclusión a perpetuidad, siendo facultad discrecional de la Corte la pena a imponer en el caso en concreto.

Por último, detalla cómo es el procedimiento ante la Corte Penal Internacional, desde la legitimación activa para iniciar un caso hasta la etapa de investigación a cargo del fiscal y la etapa de juicio conforme las Reglas de Procedimiento y Prueba, que culmina con la imposición de una pena.

El tópico decimotercero, ***Aplicación del DPI en los tribunales locales y la influencia del DIDH: el juzgamiento de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos que constituyen crímenes internacionales***, que revela la inclinación de la autora por el estudio de estos temas, se inicia con la afirmación de que las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos han sido objeto de varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y pueden encuadrar en el tipo penal de crímenes de lesa humanidad. Y, por lo tanto, ser alcanzadas por el derecho penal internacional.

Así que, siempre a su juicio y con respaldo jurisprudencial, se da un doble escenario: por un lado, los delitos de tortura, desaparición forzada de personas, homicidios, violación, entre otros, constituyen delitos de conformidad con la legislación penal de un Estado; pero cuando estos delitos son cometidos como parte de un ataque generalizado y sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, entonces se trata de delitos de lesa humanidad y, por lo tanto, son imprescriptibles.

A continuación se indica que, atento a que Argentina ha ratificado el Estatuto de Roma y ha sancionado la ley 26.200 de implementación de dicho instrumento convencional, entonces, los crímenes internacionales previstos en el mismo son hoy de derecho interno. Es por ello que, a los efectos de dar cumplimiento a la obligación estatal de investigar y juzgar la comisión de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, en nuestro país se juzgara y se condenara por el delito en derecho interno, en cuanto al tipo de y a la pena, pero considerándolo "crimen internacional" a efectos de su imprescriptibilidad.

Con singular agudeza y precisión, en el capítulo decimocuarto, la autora aborda los denominados **Juicios por delitos de lesa humanidad en Argentina**. Empieza este segmento refiriéndose al Juicio a las Juntas, a cargo de la Cámara Federal por la comisión de delitos de homicidio, privación ilegal de la libertad y la aplicación de torturas, en los que se aplicó el Código Penal argentino vigente al momento de la comisión de los hechos. A región seguido hace mención a la sanción de las leyes de Punto Final (1986) y Obediencia Debida (1987) así como a los sucesivos decretos del entonces presidente Carlos Menem que concedió el indulto a varias personas acusadas de graves violaciones de derechos humanos ocurridas durante la última dictadura militar. La autora indica que la doctrina cuestionó la validez de estas leyes por ser "leyes de impunidad" y ser, además, incompatibles con el derecho internacional. Este cuestionamiento hizo que se sancionara la ley 25.779 por la que las leyes de Punto Final y Obediencia Debida se declararon "insanablemente nulas". En tal sentido, con meridiana claridad hace un recorrido jurisprudencial sobre el tema. Señala que, en el caso "Simón" (2005), la CSJN convalidó jurisprudencialmente la validez de la ley 25.779 y declaró "de ningún efecto" las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. La autora hace allí un más que extraordinario análisis de ese fallo señero. Resalta la importancia de este precedente ya que posibilitó la apertura del juzgamiento a militares en la Nación Argentina por hechos cometidos durante el proceso militar. A ello se suma también el excelente análisis que propone del fallo "Mazzeo" (2007) por el cual se habilitó la revisión judicial de los indultos oportunamente concedidos declarándoselos inconstitucionales. La autora, por último, pasa revista, asimismo, por lo resuelto en los casos "Etchecolaz", "Bussi" y "Menéndez".

En el siguiente acápite, **Implementación del Estatuto de Roma (ER): Ley 26.200**, Barbero se refiere al Estatuto de Roma ponderando que a partir

de su implementación por la sanción de la ley 26.200, la Argentina tiene regulados los crímenes internacionales a nivel penal interno. Destaca que, en relación a las penas, esta ley cumple con el principio *nulla poena sine lege* y determina las penas aplicables en particular para cada delito, sin dejar este punto librado a la discrecionalidad judicial. Luce evidente una vez más el notorio análisis que hace la autora sobre esta disposición legislativa.

Como anteúltima cuestión se refiere a las ***violaciones de derechos humanos que no constituyen crímenes internacionales***. Sobre el tema, la autora menciona el caso “Bueno Alves vs. Argentina” en el que la Corte IDH decidió que, si bien los hechos del caso constituyeron la comisión de torturas, no por ello significa que deban ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Sin embargo, la Corte advirtió que, en el caso, como se trata de una violación “grave” de derechos humanos, de todos modos rige la obligación estatal de investigar, para lo cual no deben existir obstáculos internos de ningún tipo, como podría ser la prescripción. En tal sentido subraya que “de este modo un delito prescriptible se tornó imprescriptible a partir de la obligación internacional asumida por el Estado involucrado”.

Por último obra un último capítulo: **Conclusiones**.

3 | Palabras finales

A lo largo de sus páginas la obra alcanza el objetivo de abordar de manera general los distintos tópicos que hacen al derecho internacional de los derechos humanos y de revelar el modo en que esta disciplina converge con otras ramas del derecho internacional público hacia la consecución de un fin común: la protección de la persona. La claridad con la que la autora analiza, bajo el prisma de los derechos humanos, cada una de los temas tratados, sumado a los aportes doctrinarios y jurisprudenciales presentes, hacen del texto un recuso bibliográfico sumamente valioso.

Delincuencia y deriva

Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley

David Matza, Bs. As., Siglo XXI, 2014, 272 p.

Reseñado por **HERNÁN OLAETA**⁽¹⁾

I |

David Matza, sociólogo estadounidense que estudió en Princeton y, entre muchas universidades, tuvo un paso por Universidad de Chicago, adquirió gran reconocimiento a partir del trabajo desarrollado con Gresham Sykes sobre el estudio de las técnicas de neutralización. Ambos académicos, en su artículo del 1957 (*“Techniques of neutralization: a theory of delinquency”*), cuestionaron los principales argumentos de la teoría de las subculturas criminales, muy en boga en aquella época, al sostener que los jóvenes delincuentes no reniegan de los valores dominantes sino que, a partir de ciertas técnicas de neutralización, justifican su comportamiento desviado. Específicamente, plantean que hay cinco tipos de técnicas para llevar a cabo este proceso: negación de la propia responsabilidad, negación del daño, negación de la víctima, negación o condenación de los condenadores y apelación a lealtades superiores. Si bien el objetivo original de esta teoría apuntaba al análisis de la situación de los jóvenes delincuentes de la década del cincuenta, el planteo tuvo múltiples implicancias que llegaron

.....

(1) Abogado (UBA). Posgrado en derecho penal (UP) y maestría en Metodología de la Investigación Social (Universidad de Bologna/UNTREF). Director de la Especialización en Criminología (UNQUI). Docente universitario.

hasta las más contemporáneas discusiones sobre crímenes de Estado y estados de negación de la población, planteadas por Stanley Cohen o el mismo Raul Zaffaroni en nuestro país.

En su libro *Delincuencia y deriva*, Matza profundiza alguno de los puntos esbozados en esta teoría, en particular avanza sobre algunos elementos que propician que jóvenes opten por la infracción a la ley. Para esto no solamente se vale de argumentos teóricos que incluyen una profunda discusión con algunas escuelas criminológicas, sino también trabaja con estudios empíricos que le permiten avanzar en su planteo inicial sobre la delincuencia juvenil. Así, tal como figura en la interesante introducción que realiza Matza a la edición del año 1990, su trabajo en este libro surge principalmente de las investigaciones con jóvenes en conflicto con la ley penal que realizó entre los años 1955 y 1964. Es decir, se trata de un momento crucial en el desarrollo de la sociología norteamericana en el que los conceptos más emparentados con el funcionalismo —encarnados en la figura de Merton, Cohen, Cloward y Ohlin—, comienzan a ser cuestionados desde posturas que ponen en crisis los pilares del pensamiento criminológico. En este sentido, Matza discute con el positivismo, pero también con gran parte de la sociología norteamericana acusada de no subvertir este esquema falaz más allá de sus pretensiones de cambio. De esta manera, en el primer capítulo del libro —“El delincuente del Positivismo”— sostiene que la investigación criminológica en general está orientada por las ideas positivistas que ya se tenían de la delincuencia. Así que, al compartir las concepciones sobre la naturaleza de la indagación criminológica, se avala esta raíz positivista que consta de tres grandes postulados básicos: primero, la base etiológica que sostiene la primacía del actor criminal por sobre el derecho penal y las instituciones legales; en segundo lugar aparece el estatus científico impuesto por el positivismo criminológico y su determinismo, incluso en su fase más moderada, que fue muy persistente en las ciencias sociales; y el tercer supuesto positivista es el que define al delincuente como diferente al ciudadano respetuoso de la ley, lo que llevó a los estandarizadores de distintas teorías a proponer diferenciaciones que empíricamente resultan indemostrables. En suma, si bien fueron cambiando los “determinantes”, la imagen del delincuente instalada por el positivismo se mantuvo. El determinismo biológico fue quedando desacreditado dejando lugar a nuevas lecturas “positivistas” ligadas a los factores íntimos (teoría de la personalidad) y a acontecimientos más amplios (teoría sociológica). Ambas, aunque con diferencias, man-

tienen el presupuesto de considerar al joven delincuente como distinto al convencional. De esta manera, Matza sostiene que el delincuente, en este esquema que lo define como "condicionado", ha transcurrido un camino en la criminología que lo llevó de "defectuoso a desertor". Precisamente el desafío del autor en este libro es cuestionar esto dos grandes supuestos criminológicos: la diferenciación y el condicionamiento del delincuente. ¿Qué pasa si pensamos que ese joven delincuente en realidad es más parecido al convencional de lo que creemos? Además propone una reflexión sobre la frecuencia y el tiempo dedicado a la comisión de delitos. La visión positivista lleva a pensar a la delincuencia como una actividad permanente desconociendo matices tales como la demostrada deserción a ese tipo de conductas infractoras que tienen muchos jóvenes en su proceso madurativo. En ese sentido, entiende Matza que pocas teorías explican ese cambio y esa falta de "delincuencia adulta" en el mismo nivel que la juvenil. ¿Por qué de grandes ya no se condicionan?

Al avanzar sobre esta cuestión, aparece un elemento distintivo en el planteo de Matza, que está relacionado con la conformidad existente en los jóvenes delincuentes con los valores convencionales. Esta persistente conformidad del "joven delincuente" a los estándares y previsiones convencionales que supuestamente repudia es difícil de explicar para las teorías biológicas y de personalidad pero también para las sociológicas. Y evidentemente esa conformidad no es solamente "táctica", en presencia de autoridades, sino que responde a creencias y valores más profundos de los jóvenes que comparten una subcultura delictiva.

En su relectura de las teorías criminológicas surge uno de los aspectos más interesantes del estudio de Matza al recuperar de la tradición "clásica" del iluminismo penal el concepto de voluntad individual tan cuestionado por el positivismo. Así, le otorga capacidad de decisión al joven delincuente, analizando su motivación por medio de su relación con las instituciones legales. En la caracterización de ese joven que opta por infringir la ley, Matza habla de un individuo a la deriva, a mitad de camino, "no obligado ni comprometido a cometer sus actos pero que tampoco es libre de elegirlos". Es un joven que está inmerso transitoriamente en un patrón de acción ilegal que le da cierto prestigio y satisfacción pero que tampoco lo vuelve inaccesible para otras líneas de acción legal y convencional. Esta visión de un joven que practica diferentes actividades, algunas más cercanas y otras más lejanas a la infracción legal, rompe con

los condicionamientos y los prejuicios con los que se solía estudiar el problema. Pero su capacidad de elección está delimitada por su particular contexto de vida. Así, el delincuente vive en esta laxitud de controles sociales pero tampoco con la capacidad de convertirse completamente en agente de su propio bienestar; es decir, la deriva implica ciertas influencias subyacentes que hacen más probable la posibilidad de delinquir. Más que hablar de las "condiciones de la delincuencia", Matza avanza sobre las condiciones que hacen posible esta deriva. La mayoría de los jóvenes "derivantes" seguramente no llegaron a ser "delincuentes ordinarios"; sin embargo, aquellos más comprometidos con la actividad delictiva son los que suscitan la atención de los medios de comunicación y de la teoría criminológica.

Pero, como advertíamos, la crítica al positivismo avanza hacia las teorías más contemporáneas, en particular las subculturales. En este sentido, hay un capítulo del libro dedicado a cuestionar la idea de subcultura criminal tan cercana a la sociología norteamericana que sostenía básicamente que los grupos de jóvenes que adhieren a la misma están condicionados por sus propias reglas no convencionales. Esta idea, entiende Matza, mantiene los rasgos distintos de la criminología positivista: distinción radical entre actores delincuentes y actores convencionales, y determinación de la delincuencia por el condicionamiento normativo. Esto se nota en los más primeros postulados de Albert Cohen, quien plantea esta oposición reactiva de valores, como en los más extremos de Walter Miller que directamente plantea la existencia de una "cultura de la clase baja", o en los de Richard Cloward y Lloyd Ohlin que moderan la distinción de valores culturales y subculturales pero manteniendo la oposición a partir de la actitud contestataria de los jóvenes de clase baja.

La subcultura de la delincuencia, para Matza, oscila entre dos mentalidades, una que permite a los integrantes cometer infracciones legales como forma de prestigio en el grupo, pero otra que revela el impacto de los preceptos convencionales. La indignación o martirio que produce la situación de arresto en estos jóvenes es un ejemplo importante de lo que el autor pretende demostrar en este sentido. Al expresar su indignación se produce un arrepentimiento o un "arsenal de explicaciones defensivas", sostiene el autor, y aquí aparece otro de sus conceptos más relevantes: en el delincuente aparece una disculpa —no radical— que justifica su comportamiento como necesario o inevitable, pero lo evalúa con parámetros convencionales.

Al tratarse fundamentalmente de adolescentes y jóvenes, Matza, apoyado en su trabajo empírico, también destaca esta ambivalencia entre una subcultura aislada parcialmente de agentes convencionales pero también impregnada de ellos a través de diferentes situaciones, como por ejemplo la influencia de los padres. Las ideas convencionales que existen en los grupos delincuenciales refuerzan los preceptos subculturales; es decir, esta subcultura está integrada de forma "tenue" al orden cultural y esto se evidencia en la ambivalencia ante la ley penal al apoyarla en su sustancia central pero demostrando su desacuerdo con las construcciones legales del componente mental.

Es muy importante en el trabajo de Matza el análisis de la situación de grupo, ya que esa dinámica hace que el comportamiento individual aparezca influenciado en un contexto grupal. Sostiene que cada miembro, en virtud de ciertas pistas y lecturas que hace, puede pensar que en realidad son otros los que están más comprometidos que él. Así como hay un "saber público" del grupo en el que la delincuencia está presente, hay un dominio privado en el que aparece "la angustia de estatus" que se relaciona con las creencias acerca de lo que piensa el grupo de nosotros. En el grupo delincencial se dan ciertos tipos de angustia que el "sondeo cotidiano" reflejan y agravan al impedirse que se vuelvan públicas, que se manifiesten. Es que lo que se sondea es básicamente la masculinidad y la pertenencia al grupo y esto provoca una angustia que no se vuelca en la delincuencia sino en el impedimento de hacer pública la evaluación de los actos ilícitos. Es decir, no existe un espacio para hablar de eso en el grupo. Así la angustia limita el debate y el saber común, lo que genera una idea equivocada del otro (malos entendidos mutuos y compartidos), creyendo por ejemplo que los otros están más comprometidos que él. Esta falta de socialización sobre la evaluación de la delincuencia dentro del grupo se debe a que sería traducida rápidamente en una pregunta sobre masculinidad o pertenencia. Por lo tanto el delincuente en situación de grupo no toma en consideración sus transgresiones, solo infiere las evaluaciones de los otros alimentando así la idea que la subcultura está comprometida con el crimen. En suma, Matza afirma que la principal razón de la salida de la delincuencia es que la impedida evaluación de los actos que se da en contexto grupal finalmente cede ante otros escenarios en donde efectivamente se expresa esta manifestación: uno es la amistad más íntima, de a pares; y otro es el propio crecimiento. Con el paso del tiempo aparecen nuevas filiaciones (matrimonio, empleos, etc.) que sacan

del rol de “niño” al joven; y con la adultez, aunque no en todos los casos, aumenta la probabilidad de evaluación pública de la delincuencia y comprensión de los “malos entendidos” vinculados a su compromiso con el delito. Por el contrario, la persistencia en el crimen se relaciona con la falta de amistades más cercanas, la falta de filiaciones laborales o matrimoniales, y el descenso cronológico a los miembros de la subcultura (juntarse con nuevos adolescentes).

2 | La neutralización y deriva

Desde esta base conceptual, Matza aborda la cuestión de las técnicas de neutralización, sosteniendo que las normas de la subcultura son creencias que funcionan como condiciones atenuantes bajo las cuales la comisión de un delito es permisible. Esta integración con los valores sociales más amplios se pueden analizar a través de los mecanismos de “neutralización” y “convergencia”. De esta manera, las directivas de acción de las normas legales pueden ser eludidas de forma intermitente sin ser atacadas en forma frontal. Lo que hace el delincuente es, respetando los lineamientos generales de la norma, prolongar las condiciones de inaplicabilidad más del punto permitido por la ley. Esta neutralización opera a través de algunos componentes como la **negación de la responsabilidad**, la **sensación de injusticia**, la **reivindicación del agravio** y la **primacía de la costumbre**. Por otra parte, la convergencia supone que, bajo una diferencia superficial, existe una solapada similitud ya que la subcultura está apuntalada por creencias que surgen del propio orden normativo, más allá que lo haga de forma menos sofisticada. Además en todo este análisis, recuerda el autor, influye la cuestión de la edad, ya que el adolescente de por sí tiene una actitud frívola que lo lleva comúnmente a involucrarse en distintas contravenciones, y precisamente ese espíritu despreocupado es el que permanece en la subcultura delincuente.

Matza se detiene en el análisis de estos mecanismos de neutralización empezando por la **negación del delito**. El crimen no se limita al hecho material de infringir la ley, pues también existe un elemento mental, intencional, que hace que el infractor se sienta “en falta”. Tengamos presente que el propio sistema legal prevé condiciones atenuantes en la comisión de delitos, ya sea reconociendo la buena fe o la acción no intencional como defensa o atenuación del castigo, o el caso de los crímenes cometidos por

menores de edad, que de por sí están mitigados aunque no negados. En otras palabras, para que un delito sea legalmente imputado debe existir un nexo causal entre el acto prohibido y un **yo**, una voluntad: la persona debe ser responsable. La ley considera gran parte de estas cuestiones pero la subcultura es expansiva y distorsiona estos condicionantes. Así, el joven modifica los mitigadores de responsabilidad legales a partir de sus principales postulados: la **autodefensa**, la **insania** y el **accidente**.

En relación a la **legítima defensa**, si bien tienen bases en común, la diferencia entre la visión delincencial y la legal radica en la manera en que puede tomarse el delito, ya que mientras en la visión legalista no hay una aprobación al ataque del agredido, en la postura delincencial hay una mayor amplitud de criterio en cuanto a la acción que puede tomar el agredido en caso de sufrir una ofensa o provocación. En el atenuante legal se privilegia la amenaza a la persona o la propiedad dentro de ciertos límites "defensivos". En cambio, la visión delincencial difiere en tanto plantea una regla de proporcionalidad, de no cobardía y de volver a la escena de la provocación que, al ser más "activa", va más allá de los límites legales. La concepción delincencial de la legítima defensa tiene límites laxos, alcanzando situaciones como las peleas entre grupos justificadas por la provocación y la necesidad de autoprotección ante ciertas exigencias grupales y territoriales. De esta manera, cada vez que es agredido o provocado, la sujeción moral del delincuente a la ley es neutralizada, lo que puede derivar en un comportamiento delictivo. Por su parte, la cuestión de la **insania** presenta otra dimensión ya que, a partir de lo confuso de su definición, fue apropiada por la subcultura delincencial por haberla escuchado en los tribunales o los asistentes sociales. Este carácter "táctico" hace que, más allá de no sentirse identificado con la imagen de "enfermo", el joven delincuente acuda a esta imagen como atenuante legal, incluyendo situación de "locura" temporal o ingesta de alcohol o drogas que lo hace perder las ataduras al orden moral legal. Por último, la última neutralización relacionada a la negación del delito es el concepto de **accidente** que, en el significado subcultural también difiere del precepto legal expandiéndolo y distorsionándolo. La visión legal de imprudencia es trastocada por el delincuente que amplía las condiciones bajo las cuales la contravención puede ser negada, distorsionando el concepto de "accidente" e incluyendo cuestiones tales como la "mala suerte" o el "destino", como atenuante por un crimen. Esto último también lleva a una situación de "fatalismo" en el joven delincuente que en

cierta forma lo termina condicionando. De esta manera, al desaparecer la intención (componente mental del delito), nuevamente aparece el escenario en el que la atadura moral se rompe y el joven puede derivar hacia comportamientos delictivos.

3 | Sistema de justicia penal y deriva

Pero esta aludida irresponsabilidad del joven delincuente también está en la base de lo que Matza denomina la **ideología del bienestar infantil** que, en su explicación causal de la delincuencia, atribuye gran parte de la falta en los padres, la comunidad o en las propias víctimas del delito. Esta concepción benefactora tuvo una gran influencia en los tribunales juveniles y redundó en una situación de ostensible hipocresía ya que, más allá de la atribución genérica a responsabilidades familiares o sociales, son los propios jóvenes quienes se hacen responsables de la sanción (llamar “cuidado protector” a una sanción penal es agravarla, dice el autor). Esta situación funciona como un corrosivo de la confianza y no hace más que confirmar la concepción de irresponsabilidad del joven y alimentar su sensación de injusticia, lo que lleva al proceso de neutralización y deriva. La percepción de injusticia provoca un resentimiento dentro del cual diversas circunstancias atenuantes pueden abolir el vínculo moral con la ley.

Precisamente la **sensación de injusticia**, representa otro de los componentes de la neutralización, y se observa en un cuestionamiento al sistema legal y su falta de legitimación. Al no existir la creencia de justicia, el orden legítimo se resquebraja. Para explicar lo que se entiende por justicia y cómo articula en el grupo subcultural, el autor recurre al concepto de equidad que incluye los siguientes significados: el conocimiento —**es equitativo dar algunos pasos para saber si se cometí realmente un delito**—; la coherencia —**es equitativo que me traten con los mismos principios que a otros**—; la competencia —**es equitativo que los que me juzgan puedan justificar su derecho a hacerlo**—; la conmensurabilidad —**es equitativo que exista alguna relación entre la magnitud de lo que hice y lo que se proponen hacerme**— y la comparación —**es equitativo que la diferencia entre el tratamiento de mi estatus y otros sea razonable y sostenible**—. En cada caso, sostendrá Matza, la perspectiva de la delincuencia subcultural y la estructura de la justicia de menores se combinan para aparentar una injusticia descontrolada.

El **conocimiento** es interpretado como inequitativo por el delincuente juvenil ya que, en su selectividad, el sistema de justicia pretende indagar sobre todas sus actividades mientras se soslayan las de otros y, aunque la mayoría de los casos se basan en la confesión, los casos excepcionales alimentan el dossier que arma la subcultura sobre omisiones perpetradas por la policía y la justicia. La **coherencia** es un elemento fundamental de la justicia porque implica aplicar las mismas reglas para todas las personas. Esta sensación de incoherencia aumenta cuando los agentes legales intervienen con discrecionalidad o bajo principios difusos o delineados. La **competencia** surge de la idea que no todo el mundo tiene derecho a juzgarme y que se puede indagar acerca de la presunta superioridad de quien me juzga. Quienes usualmente son juzgados pasan a juzgar a la autoridad instituida, pero lo hacen en forma distinta hacia los diferentes miembros del sistema judicial con los que interactúan. En efecto, los delincuentes subculturales tienen una opinión subjetiva de desacreditación hacia las autoridades instituidas pero, por otra parte, juzgan en forma discriminada a los miembros sobre la base de sus méritos individuales. Debido a la presunción de superioridad de los funcionarios que los juzgan hay una mayor exigencia de piedad (estándar alto de exigencia). Asimismo, el trabajo social, la libertad vigilada, la enseñanza y la tarea policial son labores que no se consideran como "buenos trabajos", lo que puede llevar a la idea que quienes ocupan esas posiciones tienen poco talento, lo cual también es corroborado por parte de los jóvenes delincuentes al constatar la elevada cantidad de delitos que se cometen sin que se conozcan públicamente. Y esto lleva a la mayor sensación de injusticia que es la sospecha de que solo unos pocos delitos terminan con arrestos, es decir que todo el mundo infringe la ley pero que solo unos pocos lo pagan.

En relación a este punto, Matza introduce otra cuestión relevante que está relacionada con los valores éticos que trascienden las disposiciones legales. En este sentido hay innumerables ejemplos acerca de cómo, en ciertas circunstancias, las exigencias éticas en muchos casos superan a las previsiones normativas. En el caso de los grupos juveniles subculturales ellos pueden neutralizar las normas del derecho penal en virtud de ciertos cánones éticos implícitos en sus costumbres. De esta manera, por ejemplo, uno de los aspectos más valorados en los jóvenes en general, pero más entre quienes se encuentran en subculturas delictivas, es el valor y la lealtad como símbolos de hombría. El valor y la lealtad alcanzan el estatus

de reglas morales dentro de la subcultura de la delincuencia, y en algunas ocasiones puede estar en conflicto con la ley penal más allá que los protagonistas no lo planteen en esos términos (“ir de paseo en un auto robado para no rechazar a sus amigos”).

Este punto se relaciona con otro de los elementos que llevan a la sensación de injusticia que es la **comensurabilidad**. Esta refiere a la relación entre la infracción y la sanción, cuando no se toman en consideración los motivos virtuosos de una infracción. Sostiene el autor que existen diferentes tipos de delito. Por una parte están aquellos denominados consensuales son los que generan rechazo social en forma unánime y justifican en forma más evidente la intervención del Estado (delitos contra las personas y la propiedad). Pero a la vez hay otros, que Matza denomina “prohibiciones”, que suscitan la intervención del Estado pero no son autoevidentes y generan controversia en relación a su posible eliminación de la codificación penal y, por lo tanto, cuestionan la comensurabilidad legal. La subcultura delincuencia se suma a esta postura abolicionista particularmente cuando se trata de prohibiciones de vicio y de estatus.

Por su parte, la **comparabilidad** se centra en el carácter razonado y sustentable de las diferentes previsiones que afectan a los distintos estatutos en el tratamiento de la justicia. Si existe un estamento especial es el de los menores, y esto implica ciertos privilegios (penas más indulgentes, por ejemplo) pero también ciertas responsabilidades que inciden en su libertad de elección, acción y movimiento. Así, las prohibiciones de estatus en personas dependientes —que no alcanzaron madurez y ciudadanía plena— son especiales, lo que genera en ciertos grupos, como los jóvenes que delinquen, una reacción muy ostensible. Es que muchas de las actividades que desarrollan estos grupos de jóvenes subculturales no implican directamente actividades delictivas sino otros comportamientos incluidos en muchas de estas prohibiciones (emborracharse, molestar, ausentismo escolar, no ser controlado por los padres, “perder el tiempo”, etc.). Recordemos que, según Matza, alcanzar la masculinidad precoz es uno de los objetivos centrales de la delincuencia juvenil y restringirla es uno de los objetivos principales de las prohibiciones de estatus. Es decir, hay un disenso con la ley o las periferias de la ley penal. Dirá Matza: “Es un sistema de costumbres que incidentalmente permite y estimula actos criminales, pero que en esencia persigue la gratificación derivada de los permisos de una masculinidad precoz”.

Más allá de todas estas cuestiones derivadas de la negación del delito y la sensación de injusticia, hay una última forma de neutralizar a la ley penal que surge de la cuestión metodológica diferencial que utilizan los delinquentes subculturales para definir al ilícito, priorizando los métodos privados y compensatorios del derecho civil. La distinción entre acción penal, que apunta más a la medida punitiva, y la contravención civil, que apunta más a lo compensatorio, son los principales métodos legales para obtener medidas correctivas. En este marco, la sanción penal implica una ofensa contra toda la ciudadanía y el rol de la víctima se reduce notablemente, pasando a ser un simple acusador y testigo del Estado. Esta situación, cuyas raíces nos llevan a la expropiación del conflicto y el inicio del poder punitivo, en el discurso del delincuente subcultural es planteada como una restauración de las prerrogativas de la víctima y su rol central en el procedimiento penal. Así, avanzan en esta zona de ambigüedad legal que existe para distinguir las sanciones penales de las civiles ya que una de las formas de construir un daño como ilícito y no crimen es focalizarse en las facultades de la víctima. Se trata de algo así como volver "privada" la naturaleza del acto dañino, no alentar la designación criminal de algunas acciones que no afectan directamente al Estado. Pero, a su vez, la visión de las víctimas también puede ser cuestionada por el delincuente subcultural, en lo que Matza denomina **negación de la víctima** y esto muestra acabadamente la cercanía con los elementos de la moral convencional. Es que el imperativo fáctico se transforma en un imperativo moral y muchas personas o grupos no convencionales (homosexuales, pequeños estafadores, corruptos, etc.) pierden el derecho a iniciar acciones legales. Así, la pregunta por la competencia moral que suele hacerse sobre los funcionarios se traslada a las víctimas y la acción del Estado puede ser considerada inconmensurable porque no se justifica o por no considerar las circunstancias mitigantes o el carácter desacreditado de las víctimas.

Todas estas circunstancias analizadas por Matza, en definitiva, debilitan la sujeción a la ley y preparan el camino para la negación de la intención que es la condición inmediata de la neutralización. Recordemos que la neutralización libera al joven de su atadura moral y posibilita la deriva y en este proceso se entrelaza el sistema legal con el sistema ilegal subcultural cuyos preceptos son precisamente respuestas y distorsiones infantiles a la acción oficial y la ley penal. La neutralización, a través del disenso subcultural respecto de los principios del derecho penal, convierte una infracción en mera acción. Los fundamentos del derecho penal, de esta

manera, aparecen en doctrinas que se ocupan de sus elementos mentales, procedimentales, consensuales y metodológicos y es justamente en estos puntos que puede ser neutralizado, lo que es más fácil si los preceptos y prácticas prevalentes dentro del sistema legal respaldan las creencias disidentes de la delincuencia subcultural.

Y aquí es relevante referirse a otro de los puntos centrales del libro de Matza que su trabajo empírico sobre el sistema de justicia de menores, basado en observaciones realizadas en tribunales a principios de la década del sesenta. El autor analiza la justicia juvenil partiendo de la idea de una confusa "individualización" que marca su funcionamiento y lo lleva a grandes contradicciones. Así, el joven percibe una gran injusticia en el mal uso de los conceptos de "igualdad", "equidad" y "justicia individualizada". Sostiene Matza que el principio de **trato individualizado** en realidad es una mistificación del proceso de juicio que tiene por función oscurecer la forma en la que se deciden las medidas sobre los jóvenes delincuentes. Al basarse en un marco de referencia tan amplio y difuso, la justicia de menores se apoya fundamentalmente en el juicio profesional. Pero existe una particularidad en la administración de justicia ya que la figura del juez se emparenta con la del **cadí** en el sentido que está guiada por valoraciones éticas y prácticas emanadas de su propia autoridad; pero a la vez está influenciada por el contexto burocrático que lleva a supeditar las decisiones a necesidades institucionales. De esta manera, la amplitud de arbitrio del juicio individualizado se limita para que sea coherente con las normas burocráticas de eficiencia, buenas relaciones públicas y mantenimiento de la armonía y espíritu de cuerpo entre sus subordinados. Entiende el autor que la presión sobre el juez de los subordinados asistentes sociales que buscan obtener misericordia no es la única presión, ya que, por otro lado, tiene la de los medios de comunicación ("especialistas en indignación") y la opinión pública que exige mayor severidad. Ante esta situación definida por el principio individualizado que otorga amplitud de criterio pero pobre guía de acción, por la restricción de pertenecer a un ámbito institucional y por las presiones que recibe, el juez **cadí** maneja esta presión a partir de ciertas acciones discrecionales que influyen en la sensación de injusticia del delincuente. La solución del juez **cadí** es básicamente transigir, otorgarle a cada campo lo que cree que le corresponde. Asimismo, en su accionar, el juez de menores intenta restaurar socavadamente el principio del delito, diferente al pretendido principio de justicia individualizada y más relacionado con la acción criminal. Para esto se apoya en la doctrina

del respaldo parental y de las plazas disponibles en los lugares de encierro para ponderar o justificar sus decisiones. Esta amalgama, que mantiene el funcionamiento interno del tribunal y minimiza las posibilidades de escándalo público, parecería dejar satisfechos a todos los que comparten el sistema. Pero este aparente acuerdo entre todos los componentes de la justicia de menores es rechazado por los delincuentes juveniles o, mejor dicho, por parte de los que ven alimentada la sensación de injusticia. En ese sentido, el menor ve los mecanismos del tribunal fuera de contexto aunque sobre la base de esta idea real de mistificación y falacia de una justicia individualizada. Así, Matza apunta contra la principal mentira del tribunal al argumentar sobre los fundamentos de su decisión que omite reconocer que está orientada por lo que el menor hizo más que por sus problemas y dificultades subyacentes: "¿Por qué dicen que lo están ayudando, cuando claramente están limitando su libertad de acción y movimiento al ponerlo en libertad vigilada o mandarlo a la cárcel?"

4 | Algunas conclusiones

Por último, una vez analizado el funcionamiento del sistema de justicia juvenil, los componentes principales de las técnicas de neutralización y la situación de deriva en la que se encuentran los jóvenes pertenecientes a subculturas delinuenciales, Matza retoma una cuestión primordial que es la voluntad de cometer un delito. El estado de deriva hace posible remover temporariamente las restricciones que controlan a las personas, pero no explica el compromiso o compulsión a cometer un crimen. Este elemento voluntario, tomado como vimos de la escuela penal clásica aunque con otro significado, es activado bajo dos circunstancias que rodean el contexto de deriva: la "preparación" que activa la voluntad criminal en ocasiones mundanas y para repetir infracciones ya cometidas; y la "desesperación" que aparece en situaciones más extraordinarias y provee impulso para nuevas acciones indebidas. En el primer caso se requieren ciertas habilidades conductuales y manejo del componente aprensivo de la infracción, que en muchos casos se puede sortear amparado en la creencia sobre la incompetencia policial o desestimando las consecuencias de las eventuales sanciones. En el segundo caso, la desesperación suele estar relacionada con la necesidad de salir del ánimo fatalista y la imposibilidad de verse por fuera del propio entorno grupal. En definitiva lo que hace Matza con esta argumentación es volver a instalar la capacidad de elección, aunque

limitada, en la esfera del análisis delictual, rompiendo con la trampa positivista de atar el comportamiento delictivo a un completo determinismo.

Delincuencia y deriva presenta múltiples lecturas. Funciona como un compendio de crítica criminológica a postulados muy arraigados en la tradición positivista y en gran parte de la sociología norteamericana. También es un valioso aporte de investigación criminológica a partir de entrevistas a jóvenes en conflicto con la ley penal y observaciones sobre el funcionamiento de los tribunales de justicia de menores. Pero el libro también indaga sobre cómo los procesos de neutralización liberan al joven de la atadura moral y posibilitan el estado de deriva que puede culminar en una infracción penal. Al avanzar sobre los componentes de este accionar, Matza devela cómo los fundamentos del derecho penal aparecen relacionados con estas doctrinas justificadoras que, en muchos casos, expanden y distorsionan postulados legales. En este análisis, dos cuestiones sirven para ilustrar el alcance de este libro al cuestionar ciertos lugares comunes del saber criminológico: por un lado pone de manifiesto la cercanía del joven delincuente con normas convencionales, y por otro evidencia las flaquezas e hipocresías del sistema penal. De esta manera, Matza nos introduce en este nuevo escenario que apareció en la década del sesenta y que tendrá implicancias aún abiertas en el debate actual. La interpelación de los lugares comunes de la criminología, que en gran medida se trasladaban a las políticas criminales, va a exigir nuevas respuestas. En este libro queda plasmada una.

El horror en el banquillo

Anales del genocidio argentino.

Campo de Mayo (Juicios I a IX)

Ciro Annicchiarico, Buenos Aires, Colihue, 2014, 304 p.

Reseñado por **LUCÍA I. GÓMEZ FERNÁNDEZ E.**⁽¹⁾

Desde su título este libro impulsa el primer empujón hacia una puerta que se abre, y funciona como síntesis reflexiva de más de una década de compromiso del autor con el proceso de memoria, verdad y justicia, del cual la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación de la que forma parte ha sido una de sus protagonistas.

El horror en el banquillo... es una obra necesaria que da cuenta de la inédita y fructífera experiencia de trabajo en una de las **megacausas** más importantes que se instruyeron —y se instruyen— en nuestro país, en relación a los delitos cometidos en el marco de la última dictadura cívico-militar. El proceso que investiga los hechos acaecidos en la Zona de Defensa 4 —de acuerdo a la cuadrícula operativa montada por el autodenominado “Proceso de Reorganización Nacional”— constituye, al mismo tiempo, un conjunto de juicios con algunas particularidades y un botón de muestra de todos aquellos que se vienen desarrollando en el territorio argentino, desde la reapertura de los procesos en los años 2004/2005.

En cuanto a las notas especiales que ostenta, recordaremos que los sucesivos operadores jurídicos a cargo de la investigación de “Campo de

.....

(1) Abogada con diploma de honor (UBA). Maestranda en Relaciones Internacionales con orientación Derecho Internacional Público (UBA). Diplomada en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (UN Chile). Docente de “Derechos Humanos y Garantías” (UBA).

Mayo” decidieron fragmentarla en varios casos o grupos de casos que fueron siendo elevados a juicio oral en etapas sucesivas.

Así, podemos destacar, entre muchos otros, los casos emblemáticos del niño de 14 años, “Negrito” Floreal Avellaneda —cuyo cuerpo devolvieran las costas del Uruguay—; algunas apropiaciones de niños/as; y el funcionamiento de la maternidad clandestina ubicada en el Hospital de Campo de Mayo. Todos ellos permitieron probar la estructura represiva de la Zona de Defensa 4, con su epicentro en el Comando de Institutos Militares sito en la Guarnición Militar de Campo de Mayo; la existencia y funcionamiento de los numerosos centros clandestinos de detención ubicados en la Guarnición Militar, en destacamentos policiales de la zona y en otras dependencias; y las responsabilidades penales de varios imputados y luego condenados, como el ex dictador Reynaldo Benito Bignone; Santiago Omar Riveros, su jefe máximo; Fernando Exequiel Verplaetsen, jefe del Departamento de Inteligencia de Campo de Mayo; Carlos Alberto Tepedino, jefe del Batallón de Inteligencia 601 del Estado Mayor General del Ejército durante el año 1978; Eugenio Guañabens Perelló, director de la Escuela de Servicios para Apoyo de Combate “General Lemos” y el tristemente célebre ex policía Luis Abelardo Patti, por citar algunos de ellos.

Por otra parte, la cantidad de víctimas cuyos casos fueron ventilados en juicio aún no representa la magnitud represiva del que fue uno de los centros clandestinos de detención, tortura y exterminio más grandes que tuvo nuestro país, conocido como “El Campito”, al interior de la Guarnición Militar de Campo de Mayo. Los casos que fueron tratándose en los nueve juicios de los que da cuenta el libro fueron agrupados de acuerdo a diversos criterios relacionados con las víctimas, como el operativo o la fecha que motivó los hechos ilícitos o bien sus grupos de pertenencia social o de militancia política. Asimismo, esta zona estaba poblada, en la época bajo análisis, por un gran conglomerado fabril con alta concentración de militancia gremial. Numerosas causas reflejan esta realidad, como la de los obreros de Astarsa y la de los Ceramistas de Zona Norte, dentro de las cuales, sin duda, merece una mención especial la que tuvo como objeto a los trabajadores de la empresa Ford Motors Argentina.

Además de los grupos, los nombres propios también tienen espacio en el libro. Tenemos un caso cinematográfico —como el propio autor lo llama— que es el de Julio Sacarpatti, quien se fugó de su cautiverio en Campo de

Mayo, brindó luego su testimonio en numerosas oportunidades y ha sido clave para la identificación de víctimas y victimarios. Otros casos menos conocidos también desfilan por las páginas de la obra, permitiéndonos conocer algunas historias de vida y militancia en primera persona. Ciro Annicchiarico también recuerda a los actores de los nueve juicios llevados adelante hasta el momento de su edición —jueces, fiscales, abogados y abogadas querellantes y defensores— y recopila alegatos y sentencias.

La existencia de las denominadas “Comisión por la Memoria, la Verdad y la Justicia de Zona Norte Campo de Mayo” y la “Comisión por la Recuperación de la Memoria de Campo de Mayo” aparecen como otra característica destacada de esta **megacausa**. Allí se nuclean ex detenidos y familiares de víctimas, junto con militantes y defensores de derechos humanos con incidencia y trabajo en dicha área, que se reúnen para planificar estrategias y acciones en miras al proceso de memoria, verdad y justicia. La “Comisión Campo de Mayo” ha funcionado como una experiencia exitosa de trabajo mancomunado y militancia que ha permitido impulsar los juicios de manera satisfactoria, sin cuyo trabajo —nos cuenta el autor— su materialización no hubiera sido posible.

El libro también repasa algunos tópicos que “Campo de Mayo” comparte con el resto de los procesos. En primer lugar, los grandes hitos de nuestra justicia transicional, es decir, las marchas y contramarchas de un proceso que comenzó en 1983 y aún no ha finalizado, pero que encontró en el gobierno que asumió en el año 2003 el cauce y la voluntad política que canalizara las históricas luchas y reclamos de los organismos de derechos humanos en su búsqueda de memoria, verdad, justicia y reparación.

En ese contexto, Ciro Annicchiarico recuenta la decisión política que puso a la Secretaría de Derechos Humanos en el centro de este proceso histórico. El autor recuerda las resistencias y cuestionamientos jurídicos y políticos que tal decisión trajo aparejada, por parte de los operadores jurídicos y el movimiento de derechos humanos. Como es sabido, finalmente la justicia, en su amplia mayoría, entendió que la Secretaría se hallaba habilitada para asumir este rol, en defensa de los intereses colectivos de averiguación de la verdad por graves violaciones a los derechos humanos. Así también, fue comprendida su misión de custodio y garante de la responsabilidad internacional que el Estado argentino asumió a partir del compromiso de protección de los derechos humanos, que emerge de los tratados de los que forma parte.

Dos lustros después, el aporte jurídico y simbólico de la Secretaría a los juicios, tal como lo señala Ciro, es indiscutible. La promoción de causas trascendentes como la de “Papel Prensa”, de teorías de imputación como la de “infracción de deber”; el impulso en localidades del país en las cuales no existían organizaciones de derechos humanos suficientemente fuertes o con capacidad de querellar y, en general, los aportes de material probatorio y la participación activa e interesada de todos sus abogados y abogadas han convalidado la decisión adoptada por su primer secretario y sostenida por su sucesor.

Ciro Annicchiarico era ya un prominente abogado penalista cuando el entonces titular de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, Eduardo Luis Duhalde, lo convocó a formar parte del Área Jurídica Nacional allá por el 2003, cuando estaba conformándose un cuerpo de abogados/as, a lo largo y a lo ancho del país, que tendría en sus manos la responsabilidad de representar al Poder Ejecutivo Nacional en las causas que comenzaban a abrirse o reabrirse, tras los fallos “Arancibia Clavel” y “Simón”, que destrabaron el cerco de más de una década de impunidad. Habiendo sido abogado en juicios trascendentes como el de la “Masacre de Ingeniero Budge” y, más tarde, el de la “Masacre de Wilde”, con experiencias en los poderes judiciales y legislativos de su Lomas de Zamora natal, militante peronista y de izquierda —o de la izquierda peronista—, kirchnerista de la primera hora y defensor de derechos humanos, la presencia de Ciro en el área fue puntal para la consolidación de un grupo de jóvenes profesionales. Compañero querido y profesional comprometido, humilde y solidario, trasunta en el libro la sensibilidad propia de un actor principal que puso en el trabajo que comparte su corazón y su experiencia.

En suma, *El horror en el banquillo...* es un aporte a la literatura jurídico política sobre el proceso de transición y fortalecimiento de la democracia argentina, en su capítulo de justicia penal de los últimos diez años.

Esperamos las y los compañeros/as de ruta de Ciro Annicchiarico poder aceptar el reto y escribir el segundo volumen de esto que aspira a ser una colección, para poder dar cuenta de las particularidades del horror en otros banquillos.



Fuentes citadas

Fuentes citadas

ABRAMOVICH, VÍCTOR, “Introducción: una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, CELS/Canadian International Development Agency, del Puerto, 2007.

AFRODAD, *Fair and Transparent Arbitration Mechanism on Debt*, Policy Brief n° 1/2002, Harare, 2002.

AGUAYO, NADIA S., “Los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno”, en *Revista Derechos Humanos*, año III, n° 8, Bs. As., Ediciones Infojus.

AKERMARK, S. S., “*International Development Institutions: the World Bank and the International Monetary Fund*”, en AAVV, *Economic, social and cultural rights*, 2ª edición, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

ALFIERI, M., “Cavallo y su rol en la estatización de la deuda privada en la dictadura”, en diario *El Tiempo*, edición digital, 01/07/2010, [en línea] <http://tiempo.infonews.com/2012/07/01/investigacion-79817-cavallo-y-su-rol-en-la-estatizacion-de-la-deuda-privada-en-la-dictadura.php>

AMBOS, KAI, *La Corte Penal Internacional*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2007.

AMORÓS, CELIA, *Mujeres e imaginarios de la globalización*, Rosario, Ed. Homosapiens, 2008.

ANDREW, Y. y TINKLER, D. “*Is There A Recognized Legal Doctrine of Odious Debts?*”, [en

línea] <https://www.law.unc.edu/components/handlers/document.ashx?category=24&subcategory=52&cid=623>

ARIZA, MARINA, “Migración y mercados de trabajo femeninos en el contexto de la globalización: Trabajadoras latinas en el servicio doméstico en Madrid y Nueva York”, en *Memorias del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Población*, Córdoba, 2008.

BACKER, L. C., “*Ideologies of globalization and sovereign debt: Cuba and the IMF*”, 2006, [en línea] <http://papers.ssrn.com>

BARBERIS, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Bs. As., Zavallia, 2008.

BARBERIS, JULIO, “La Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina”, en *Jornadas sobre los Sistemas internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana*, Bs. As., CARI, 1991.

BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución Reformada*, t. 1, Bs. As., Ediar, 1996.

BLYTH, M., *Austerity: the history of a dangerous idea*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.

BOHOSLAVSKY J. P. y MICHALOWSKI, S., “*Ius Cogens, transitional justice and other trends of the debate on odious debts: a response to the world bank discussion paper on odious debts*”, *Columbia Journal of Transnational Law Association*, n° 48 (1), 2009.

BOHOSLAVSKY, J. P., “Deuda Pública”, en *La Ley Actualidad, LL*, 2 de marzo de 2010.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BORDO, M. D. y JAMES, H. (2000). “*The International Monetary Fund: Its present role in historical perspective*”, en U.S. Congressional International Financial Institution Advisory Commission, Working Paper n° 7724, Cambridge, NBER, [en línea] <http://www.nber.org/papers/w7724.pdf>
- BRADY, J. C., “*IMFing with your economic rights: The greek tragedy of the Eurozone*”, en *Selected Works of James C Brady. Selected Works*, 2013, [en línea] http://works.bepress.com/james_brady/1
- BROWN, ROBERT, *Work, Employment and Society*, Editorial del n° 1, marzo de 1987.
- CALVENTO, M., “Profundización de la Pobreza en América Latina. El caso de Argentina 1995-1999”, 2007, [en línea] www.eumed.net/libros/2007a/252/
- CASTILLA JUÁREZ, KARLOS, “Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de los tratados”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013.
- CASTILLO, JUAN JOSÉ, “La sociología del trabajo hoy: la genealogía de un paradigma”, en Enrique de la Garza (comp.), *Tratado latinoamericano de sociología del trabajo*, El Colegio de México-FLACSO-FCE, 2000.
- COMISIÓN NACIONAL DE VALORES, “Títulos de deuda: Obligaciones Negociables. Educación Mercado de Capitales”, Bs. As., CNV, 2007, [en línea] <http://www.cnv.gov.ar/EducacionBursatil/versionpdf/T%3%ADtulosdeDeuda.pdf>
- COURTIS, CORINA y PACECCA, MARÍA INÉS, *La operatoria del género en la migración: mujeres migrantes y trabajo doméstico en el área metropolitana de Buenos Aires*, Bs. As., Antropofagia y FFyL- UBA, 2008.
- CHANG, HA-JOON, “*Ha-Joon Chang: Economics is a political argument*”, en *The World Post*, 09/04/2014, [en línea] http://www.huffingtonpost.com/2014/04/09/ha-joon-chang-economics_n_5120030.html > y en < <http://hajoonChange.net/>
- CHOI, A. H. y POSNER, E. A., *A Critique of the Odious Debt*, Chicago, Chicago Working Paper Series, 2007 [en línea] <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>
- DARROW, M., *Between Light and Shadow: the World Bank, the International Monetary Fund and International Human Rights Law*. Oregon, Hart Publishing, 2006.
- DE LA GARZA, ENRIQUE, *Hacia un concepto ampliado de trabajo: Del trabajo clásico al no clásico “¿Hacia dónde va el trabajo humano?”*, México, Anthropos, 2010.
- DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones del Derecho Internacional Público*, Madrid, Ed. Tecnos, 2005.
- DREHER, “*The Development and Implementation of IMF and WorldBank Conditionality. Hamburg Institute of International Economics*”, Discussion Paper n° 165, Hamburg: Banco Mundial, [en línea] www.worldbank.org
- ELESPE, D. . “Deuda externa y Constitución Nacional. Suplemento Constitucionalismo”, en M. A. Gelli (dir.) Suplemento Constitucional de La Ley, edición especial, n° 6, Bs. As., 2014.
- FAMÁ, MARÍA V., “La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano”, fallo comentado, en LL 2009-D 78.
- FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO y HERRERA GARCÍA, A., *Diálogo jurisprudencial en*

Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpelata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Herrera García, A., *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, EDUARDO, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión trasnacional del derecho procesal constitucional)”, en *Derechos humanos*, México DF, IJ-UNAM, 2001.

FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en H. Fix-Zamudio y D. Valadés (coords.), *Formación y perspectiva del Estado mexicano*, México DF, El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

FISZBEIN, A.; GIOVAGNOLI, P. I.; y ADÚRIZ, I., 2003, “El impacto de la crisis argentina en el bienestar de los hogares”, en *Revista de la CEPAL*, n° 79, <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/4/19364/fiszbein.pdf>

GENUGTEN, W. V., “*Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights*”, en W. V.; Hunt, P.; y Mathews, S. (eds.), *Wolf Legal Publishers*, Nijmegen, Genugten, 2013 [en línea], <http://papers.ssrn.com>

GIANVITI, F., “*Economic, Social and Cultural Rights and the International Monetary Fund*”, 2002, [en línea] <http://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/gianv3.pdf>

GOLDSTEIN, M., *IMF Structural Conditionality: How much is too much?*, Vermont, FMI, [en línea], en <http://www.imf.org/external/np/exr/facts/howlend.htm>

GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA, “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, a partir de la reforma constitucional de 1994”, en *Prudentia Iuris*, n° 37, 1995.

HANLON J. “*Defining Illegitimate Debt and Linking Its Cancellation to Economic Justice*”, Open University, 2002, [en línea] <http://www.odiousdebts.org/odiousdebts/publications/DefiningIllegitimateDebt.pdf>

HERRERA MOSQUERA, GIOCONDA, “Mujeres Ecuatorianas en el trabajo doméstico en España. Prácticas y representación de exclusión e inclusión”, en Susana. Novick (ed.) *Las Migraciones en América Latina: Políticas Cultural y Estrategias*, Bs. As., Catálogos, 2008.

KHOR, M., “*A Critique of the IMF’S role & policy conditionality*”. *Third World Network*, 2001, [en línea] <http://www.twinside.org.sg/title/geseries4.htm>

KING, J. A., *The Doctrine Debt in International Law: A restatement*, 2007, [en línea] <http://ssrn.com/abstract=1027682>

KRAJEWSKI, M., *Human rights and austerity programmes*, 2013, [en línea], <http://papers.ssrn.com>

KRIKORIAN, M., *Derechos Humanos, políticas públicas y el rol del FMI*, La Plata, 2013, Librería Editora Platense.

LAMM, ELEONORA, *Gestión Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Observatori de Biètica i Dret, UB, ISBN, 978-84-475-3757-0.

LARROSA M., “El Plan Brady: un enfoque del caso argentino”, 1994, [en línea] <http://jlarrosa.tripod.com/files/brady.pdf>

- LARSON, S. R., “*Austerity: Causes, Consequences and Remedies*”, 2012, [en línea] <http://papers.ssrn.com>
- LEITE, S. P. “*Human Rights and the IMF*”, 2001, [en línea] <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2001/12/leite.htm>
- LIÑÁN LAFUENTE, ALFREDO, “La tipificación del crimen de persecución en el estatuto de Roma y su primera aplicación jurisprudencial en el Tribunal Híbrido Internacional de Timor Oriental”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, [en línea] <http://www.criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-12.pdf>
- MÁNTARAS, PABLO C., “El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros”, en *15 años del Centro de Formación Judicial*, Bs. As., Jusbairens, 2015.
- MARTÍNEZ PIZARRO, JOAQUÍN, *Tendencias y rasgos salientes de la migración internacional en América Latina y el Caribe (notas de la presentación en la Reunión de Expertos sobre Migración y Desarrollo)*, México DF, 2005.
- MICHALOWSKI, S. “Trazando paralelos entre la responsabilidad de bancos por complicidad y las deudas odiosas”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2009, [en línea] http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-10/10Jurical2.pdf
- MONCAYO, GUILLERMO; VINUESA, RAÚL y GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, *Derecho Internacional Público*, t. I., 2º reimpr. Bs. As., Zavallia, 1987.
- NEHRU V. y THOMAS M., “*The Concept of Odious Debts: Some Considerations*”, en *World Bank Policy Research. Working Paper n° WPS4676*, 2008, [en línea] <http://www.worldbank.org>
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris americano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- NOGUERA, ANTONIO. “El concepto de trabajo y la teoría social crítica”, en *Revista de sociología*, n° 68, 2002.
- NOVICK, SUSANA, *Migración y políticas en Argentina: Tres leyes para un país extenso (1876-2004)*, Bs. As., Editorial Catálogos/CLACSO, 2008.
- PARELLA RUBIO, SONIA. *Mujer, Inmigrante y Trabajadora: La triple discriminación*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2003.
- PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2001.
- PÉREZ OROSCO, AMAIA, *Miradas globales a la organización social de los cuidados en tiempos de crisis II: ¿Qué retos políticos debemos afrontar?*, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (INSTRAW), Serie Género, Migración y Desarrollo, n° 6, 2009.
- PIGRAU SOLÉ, A., “Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los Derechos de los Pueblos”, en *Afers Internacionals*, n° 29-30/1995, Fundación CIDOB.
- PINTO, MÓNICA, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local*, Bs. As., Editores del Puerto, 2007.

- RASMUSSEN, R., “*Sovereign debt restructuring, odious debt, and the politics of debt relief*”, 2007, [en línea] http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984002
- SAGÜÉS, NÉSTOR, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en A. von Bogdandy; E. Ferrer Mac-Gregor Poisot; M. Morales Antoniazzi (coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, t. II, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- SKOGLY, S. I. “*The Position of the World Bank and the International Monetary Fund in the Human Rights Field*”, en R. Hanski y S. Markku (eds.), *An introduction to the international protection of human rights: a Textbook*, 1999, Turku, Åbo Akademi University.
- STIGLITZ J. “Las lecciones de la Argentina”, en diario *El País* (España), 10 de enero de 2002.
- UNICEF, “Efectos de la crisis en Argentina. Las políticas del Estado y sus consecuencias para la infancia”, 2006, [en línea] http://www.unicef.org/argentina/spanish/Efectos_Crisis_en_Argentina_-_Documento_de_Difusion.pdf
- VERBITSKY, H. y BOHOSLAVSKY, J. P. (eds.), *Cuentas Pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*, Bs. As., SigloXXI.
- WILLIAMSON J., “*What Washington means by policy reform*”, en *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington DC., 1989, [en línea] http://www.iie.com/la_pag/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486

Índice temático

A

ACCESO A LA JUSTICIA P. 93, 117, 176

C

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 7, 68, 74, 122, 200, 207

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD P. 52, 59, 62, 68, 69, 75

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD P. 45, 52, 53, 59, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77

control de convencionalidad difuso P. 43

control interno de convencionalidad P. 43, 54, 62, 68, 70, 77

control judicial interno P. 58, 61, 71

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 7, 62, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 71, 72, 75, 121, 122, 126, 127, 129, 130, 131, 176, 205, 209

CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD *véase* DELITOS DE LESA HUMANIDAD

D

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 121, 122, 123, 124, 126, 127, 207, 208, 209, 210

desaparición forzada de personas P. 125, 203, 208

genocidio P. 15, 207, 225

DEMOCRACIA P. 3, 26, 35, 41, 116, 228

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR P. 154, 187, 191, 192, 194, 195

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS P. 43, 44, 61, 71, 73, 124, 134, 145, 146, 199, 210

ius cogens P. 14, 15, 16

DERECHO INTERNO P. 44, 45, 47, 48, 49, 51, 56, 57, 61, 68, 69, 70, 72, 78, 128, 155, 204, 209

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES P. 23, 25, 35, 75, 76, 167, 203

DERECHOS HUMANOS P. 15, 16, 22, 23, 24, 25, 27, 34, 35, 40, 41, 43, 44, 49, 51, 61, 65, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 97, 116, 117, 123, 124, 125, 129, 130, 133, 134, 136, 137, 141, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 152, 155, 159, 163, 167, 185, 187, 190, 191, 192, 195, 196, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 208, 209, 210, 225, 227, 228

DEUDA PÚBLICA P. 4, 5, 10, 17, 19, 22, 31, 32, 34, 40

deuda externa P. 5, 6, 12, 13, 17, 18, 23, 25, 26, 27, 29, 30, 34, 40, 41

reestructuración de deuda P. 30, 32, 33, 40

DEUDA SOBERANA *véase* DEUDA PÚBLICA

DICTADURA MILITAR P. 21, 26, 27, 28, 123, 125, 209

F

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL P. 12, 13, 17, 18, 19, 20, 22, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 40, 41, 201

I

INTERÉS PÚBLICO P. 154, 166, 170, 171

L

LIBERTAD DE EXPRESIÓN P. 143, 169, 170, 203

M

MATRIMONIO P. 106, 135, 148, 149, 196, 215

O

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL
DEL TRABAJO P. 81, 82, 88, 90, 95

P

PERSONAS CON DISCAPACIDAD P. 24,
163, 164, 166, 182, 203

PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBER-
TAD P. 116, 141, 145

PUEBLOS ORIGINARIOS P. 98, 99,
102, 103, 104, 115

S

SEGURIDAD SOCIAL P. 23, 84, 88, 90,
92, 163, 164, 165, 166

SISTEMA INTERAMERICANO DE DE-
RECHOS HUMANOS P. 202

Comisión Interamericana de Derechos
Humanos P. 190, 203

Corte Interamericana de Derechos Hu-
manos P. 44, 68, 72, 146, 203, 208

T

TRATA DE PERSONAS P. 117, 173, 177,
178, 180, 181, 182

TRATADOS INTERNACIONALES DE
DERECHOS HUMANOS P. 23, 67, 68,
71, 73, 144

Convención Americana sobre Derechos
Humanos P. 44, 49, 68, 167, 203, 205

Declaración de los Derechos del Hom-
bre y del Ciudadano P. 97, 200

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS
HUMANOS P. 77, 141, 148, 163, 167,
185, 187, 191, 202

Convención Europea de Derechos Hu-
manos P. 136, 137, 152, 155, 192, 195