

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Número 2 • Año 2018

- Derechos del niño. Prisión perpetua. Derecho a la educación. Violencia sexual y debida diligencia. Restitución internacional. Prohibición de castigos corporales. Explotación sexual.
- Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano.
- Igualdad y no discriminación. Identidad de género. Discriminación por motivos políticos. Discriminación por motivos de la edad.
- Expulsión de migrantes.
- Medio ambiente y derechos humanos.
- Salud mental. Proporcionalidad del uso de la fuerza.
- Derecho de las personas con discapacidad a la educación. Ajustes razonables.
- Derecho del trabajo y seguridad social. Reducción subsidio por incapacidad laboral. Despido de un empleado público.
- Cumplimiento de sentencias internacionales. Margen de apreciación.
- Imprescriptibilidad crímenes contra la humanidad.
- Conflicto armado internacional. Desaparición forzada. Reparaciones.
- Libertad de expresión. Debida diligencia en asesinato de periodistas.
- Mala praxis. Deber de investigar.

Director:
Sebastián Alejandro Rey

mónadanomada ediciones

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Número 2 • Año 2018

Director:

Sebastián Alejandro Rey

Equipo de Redacción:

Gabriel Fernando Bicinskas

Marisol Dorrego

COMENTARIOS A FALLOS

- 8** Prisión perpetua a niños. CSJN, “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, 31 de octubre de 2017,
por [MARY BELOFF](#), [MARIANO KIERSZENBAUM](#) y [MARTINIANO TERRAGNI](#)
- 17** Derecho a la educación. Libertad religiosa. CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12 de diciembre de 2017,
por [PABLO G. GLIEMANN](#)
- 28** Imprescriptibilidad crímenes contra la humanidad. Plazo razonable. Valoración probatoria. CSJN, “Videla, Jorge Rafael y otros s/ recurso extraordinario”, 10 de abril de 2018,
por [MARTÍN RICO](#)
- 41** Expulsión de migrantes. CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, 8 de mayo de 2018,
por [MARINA SALMAIN](#) e [IGNACIO ODRIOZOLA](#)
- 51** Derecho a la educación de una niña con discapacidad. CSJN, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ‘A., M. L. por su hija menor c/ OSDE s/ ley de medicina prepaga’”, 29 de mayo de 2018,
por [GUSTAVO CAMELO](#)
- 61** Conflicto armado internacional. Desaparición forzada. Corte IDH, *Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332,
por [CHRISTIAN H. HUAYLINOS CAMACUARI](#)

76 Deber de investigar. Derechos políticos. Garantías judiciales. Corte IDH, *Caso Pacheco León y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre 2017. Serie C No. 342,

por COFADEH / LYLIA BENABID

91 Medio ambiente. Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23,

por JUAN PABLO VISMARA

108 Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano. Derecho al trabajo. Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344,

por HORACIO RICARDO GONZÁLEZ

122 Igualdad y no discriminación. Identidad de género. Parejas del mismo sexo. Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24,

por PAOLA VICTORIA COLOMBERO y SOFÍA NOVILLO FUNES

138 Discriminación por motivos políticos. Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348,

por LIGIA BOLÍVAR OSUNA

- 149** Violencia sexual contra niños. Debida diligencia. Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350,
por [FIDENCIA OROZCO DE LICARDÍ](#)
- 156** Libertad de expresión. Debida diligencia en asesinato de periodistas. Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352,
por [ANGELITA BAEYENS](#)
- 166** Salud mental. TEDH, *Case of Fernandes de Oliveira v. Portugal*, 28 de marzo de 2017,
por [MARIANO GUSTAVO REY y LAURA VÁZQUEZ](#)
- 172** Discriminación por motivos de la edad. Adultos mayores. TEDH, *Case of Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, 25 de julio de 2017,
por [MARÍA ISOLINA DABOVE y EDUARDO ARRUBIA](#)
- 179** Salud mental. Proporcionalidad del uso de la fuerza. TEDH, *Affaire Tekin et Arslan c. Belgique*, 5 de septiembre de 2017,
por [SEBASTIÁN ALEJANDRO REY](#)
- 183** Mala praxis. Deber de investigar. TEDH, *Case of Rõigas v. Estonia*, 12 de septiembre de 2017,
por [ANNABELLA SANDRI FUENTES](#)
- 191** Cumplimiento de las sentencias. Margen de apreciación. TEDH, *Case of Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2)*, 11 de julio de 2017 y TEDH, *Case of Burmych and others v. Ukraine*, 12 de octubre de 2017,
por [MARINA CHERTCOFF](#)
- 201** Derecho a la Seguridad Social. Reducción subsidio por incapacidad laboral. TEDH, *Case of Krajnc v. Slovenia*, 31 de octubre de 2017,
por [NADIA PIECZANSKI](#)
- 206** Reparaciones luego de conflicto armado en Nagorno-Karabakh. TEDH, *Case of Sargsyan v. Azerbaijan y Case of Chiragov and others v. Armenia*, 12 de diciembre de 2017,
por [JUAN MANUEL BRADI](#)

- 214** Presunción de inocencia. Despido de un empleado público. TEDH, *Case of Güç v. Turkey*, 23 de enero de 2018,
por [GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ](#)
- 229** Derecho de las personas con discapacidad a la educación universitaria. Ajustes razonables en tiempo oportuno. TEDH, *Affaire Enver Sahin c. Turquie*, 30 de enero de 2018,
por [DANIELA L. YANKIELEWICZ](#)
- 242** Explotación sexual de niños y niñas. Prohibición de tratos inhumanos. TEDH, *Affaire V.C. c. Italie*, 1º de febrero de 2018,
por [MARCELO LUIS COLOMBO](#) y [MARÍA BARRACO](#)
- 253** Restitución internacional de un niño. TEDH, *Affaire M.K. c. Grèce*, 1º de febrero de 2018,
por [INES ALDANONDO](#)
- 266** Prohibición de castigos corporales. Derecho de los niños, niñas y adolescentes. Libertad de religión. TEDH, *Case of Tlapak and others v. Germany* y *Case of Wetjen and others v. Germany*, 22 de marzo de 2018,
por [NATALIA DE LA TORRE](#)
- 274** Cooperación Judicial. Derecho de la Integración. TEDH, *Case of Baydar v. The Netherlands*, 24 de abril de 2018,
por [WALTER F. CARNOTA](#)

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- 281** *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Roberto Saba),
por [Melisa Murua](#) y [Claudia Rocca](#)
- 286** *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Comentario de sus fallos más trascendentes desde 1863* (Pablo L. Manili),
por [Martín Cormick](#)
- 290** *El derecho de género* (Ana María Figueroa),
por [Rocío Solernó](#)
- 295** “Jueces y medios” (Aníbal Filippini) y
“¿Hay un derecho a la mentira?” (Aníbal Filippini)
por [Sebastián Alejandro Rey](#)

Debates sobre Derechos Humanos

Número 2 • Año 2018

Luego de un año intenso de trabajo sale a la luz el segundo número digital de la Revista Debates sobre Derechos Humanos.

Durante todo el año 2018 hemos publicado semanalmente en el Blog que lleva el mismo nombre un nuevo comentario a fallo o reseña bibliográfica para continuar el objetivo que nos hemos trazado a visibilizar: darle difusión y cuestionar los estándares sobre derechos humanos fijados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Asimismo hemos agregado nuevos libros digitales para ser descargados gratuitamente.

Estamos convencidos que esta herramienta será de gran utilidad para quienes día a día ejercen la abogacía así como para quienes desde la Academia buscan mantenerse actualizados sobre los nuevos desarrollos jurisprudenciales.

PRISIÓN PERPETUA A NIÑOS.

CSJN, “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, 31/10/17.

La revisión periódica de la pena en la justicia juvenil: una vez más, acerca del carácter programático u operativo de los tratados de derechos humanos

Por MARY BELOFF¹, MARIANO KIERSZENBAUM² y MARTINIANO TERRAGNI³

I. Introducción

Más allá de las constantes discusiones referidas a la necesidad de la así llamada “reforma del sistema penal juvenil”, y, particularmente, de la ley 22278, el derecho penal para adolescentes en la República Argentina ha evolucionado en los últimos veinte años hacia un paulatino y constante acercamiento del modelo vigente a los estándares constitucionales y convencionales. Esta evolución ha venido de la mano de modificaciones que han operado en dos órdenes:(1) en el provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, las reformas de las leyes procesales y de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes; y (2) en las prácticas, tanto a nivel jurisprudencial, como así también de los órganos de los respectivos poderes ejecutivo a encargados de la aplicación directa de las medidas socio-educativas.

Uno de los puntos que ha quedado pendiente en esta transformación, y que sea acaso sobre el que actualmente las miradas más deberían posarse, es el de la revisión periódica de la pena impuesta por un delito cometido por una persona que al momento del hecho era menor de edad penalmente responsable (16 a 18 años). La legislación actual no regula

1 Profesora Titular de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

2 Doctorando (UBA). Profesor adjunto (int.) de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

3 Especialista en Derecho Penal (UBA). Profesor Adjunto de Práctica Profesional (UBA).

ninguna revisión especial para el fuero penal juvenil, por lo cual se aplican los mismos estándares que para los adultos.

El tema plantea un aspecto adicional, que se relaciona con el hecho de que la República Argentina es uno de los países con la edad mínima de responsabilidad penal más alta del mundo, de forma compatible con las exigencias del amplio *corpus juris* de protección de derechos de este grupo etario. Por este motivo, optimizar los mecanismos de garantía del sistema para cumplir con la finalidad de reintegración social, de modo de no habilitar reclamos de reducción de la edad penal, se torna un imperativo impostergable.

Al respecto, un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación nos invita a reflexionar sobre ello y, centralmente, sobre la pregunta: ¿es necesario esperar a que opere una reforma de la ley o es posible la aplicación directa de las normas internacionales para instrumentar la revisión periódica de la pena?

II. La revisión periódica de la pena como exigencia del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos del niño

Una de las exigencias del principio de especialidad en el sistema penal juvenil es el de la revisión periódica de la pena.

En este punto, partimos de la premisa de que no es suficiente (aunque sí necesario) reducir –al momento de la determinación judicial de la sanción– las penas de acuerdo a escalas especiales para los adolescentes, sino que la especialidad se extiende también a la instancia de ejecución, lo cual demanda que exista un régimen específico –diferenciado del de los adultos– que se traduzca, entre otros aspectos, en la necesaria posibilidad de extinguir la pena anticipadamente o, en todo caso, permitir acceder a condiciones de ejecución más beneficiosas para el ideal reeducador, tales como las salidas anticipadas, la libertad asistida, la libertad condicional, entre otros institutos.

Es absolutamente aceptado que la pena impuesta a una persona por un delito cometido antes de la mayoría de edad debe ser revisada de manera periódica, más allá de que se considere que esa exigencia derive del art. 25

de la CDN⁴, de la Observación General no. 10 del Comité de Derechos del Niño⁵, de la excepcionalidad de la aplicación de la privación de la libertad⁶ o del ideal socio-educativo (principio socioeducativo, eje socio educativo, ideal educativo, principio de la educación, entre otras formulaciones).

Por nuestra parte, somos de la opinión de que esta exigencia se deriva del principio socio-educativo, el cual –en este aspecto– determina que en el derecho penal juvenil la finalidad de la prevención especial positiva (como educación) prepondere sobre otras posibles (retribución, prevención general negativa y positiva)⁷. Sobre esta base, la revisión de la ejecu-

-
- 4 CDN, art. 25: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.
- 5 El Comité de Derechos del Niño explicitó en relación con la pena de prisión perpetua que: “[N]o se condenará a cadena perpetua sin posibilidad de puesta en libertad o libertad condicional a ningún joven que tuviera menos de 18 años en el momento de cometer el delito. Con respecto a las sentencias dictadas contra menores, la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico. En este sentido, el Comité se remite al artículo 25 de la Convención, donde se proclama el derecho a un examen periódico para todos los niños que hayan sido internados para los fines de atención, protección o tratamiento (...) También requiere que se examinen de manera periódica el desarrollo y la evolución del niño para decidir su posible puesta en libertad. Teniendo en cuenta la probabilidad de que la condena de un menor a cadena perpetua, aun con la posibilidad de su puesta en libertad, hará muy difícil, por no decir imposible, la consecución de los objetivos de la justicia de menores, el Comité recomienda firmemente a los Estados Partes la abolición de toda forma de cadena perpetua por delitos cometidos por menores de 18 años (...) El Comité observa con preocupación que, en muchos países, hay menores que languidecen durante meses o incluso años en prisión preventiva, lo que constituye una grave vulneración del apartado b) del artículo 37 de la Convención (...) La legislación debe establecer claramente las condiciones requeridas para determinar si el menor debe ingresar o permanecer en prisión preventiva, especialmente con el fin de garantizar su comparecencia ante el tribunal, y si el menor constituye un peligro inmediato para sí mismo o para los demás. La duración de la prisión preventiva debe estar limitada por ley y ser objeto de examen periódico (...) Todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de ésta. El Comité también recomienda que los Estados Partes adopten disposiciones jurídicas estrictas para garantizar que sea objeto de examen periódico la legalidad de la prisión preventiva, preferentemente cada dos semanas [...]”. Observación General N° 10 (2007), Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10 25 de abril de 2007, párrs. 77, 80 y 83.
- 6 En relación con este estándar, la Corte IDH en el caso “Mendoza” expresó: “la revisión periódica de las medidas de privación de libertad de los niños. Al respecto, si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto. A estos efectos, los Estados deben establecer en su legislación programas de libertad anticipada...”. Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 162.
- 7 Cf. CDN, art. 40, inc. 1; Reglas de Beijing, Regla 26.1. Esta preponderancia del fin de prevención especial positiva en la Justicia juvenil ha sido reconocido como un estándar derivado de las normas internacionales de derechos humanos. Para el Comité de Derechos del Niño “[L]

ción de la sanción privativa de la libertad se justificaría en la necesidad de determinar si el cumplimiento del objetivo socio-educativo de forma anticipada al agotamiento de la condena privativa de libertad demanda disponer la libertad del adolescente⁸.

En la jurisprudencia nacional, la exigencia de revisión periódica de la pena ha sido reconocida expresamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este sentido, la Corte –en el precedente que aquí se comenta⁹– señaló que el principio que establece que la privación de libertad debe operar por el período más breve posible (CDN, art. 37.b) se encuentra “íntimamente vinculado” con el deber de revisar periódicamente las medidas de privación de libertad de los menores infractores, conforme al art. 25 de la Convención¹⁰.

Al respecto, sostuvo que el principio de revisión periódica “[c]onstituye el mecanismo para asegurar efectivamente, ya durante la ejecución de esta pena, el principio rector que emana del primero [art. 37, inc. b de la CDN] por el que las restricciones a la libertad personal del menor se

a protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”. Observación General N° 10, cit., párr. 10. La Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretó que: “[E]l mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3°, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento”. Fallos: 328:4343, considerando 23 del voto de los Jueces PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, ZAFFARONI y LORENZETTI.

- 8 En este sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad (adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990) disponen que: “Todos los menores deberán beneficiarse de medidas concebidas para ayudarles a reintegrarse en la sociedad, la vida familiar y la educación o el trabajo después de ser puestos en libertad. A tal fin se deberán establecer procedimientos, inclusive la libertad anticipada, y cursos especiales”. Regla 79.
- 9 “A., C. J. s/ homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación”, CSJ 743/2014 (50-AI/CS1), del 31 de octubre de 2017.
- 10 CDN, Art. 25: “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación”.

reducirán a lo estrictamente necesario para promover su reintegración social y que este asuma una función constructiva en la sociedad [...]”¹¹.

Agregó que este principio ha sido expresamente reconocido por el Comité de Derechos del Niño¹². En función de ello, la Corte Suprema de Justicia afirmó que el régimen penal de la minoridad, al no prever la revisión periódica por parte del Poder Judicial durante la ejecución de la pena privativa de la libertad, no se adecuaba a los estándares internacionales de derechos humanos en este aspecto. En consecuencia, consideró que debía establecerse la posibilidad de que el magistrado, al supervisar la ejecución de la pena privativa de la libertad aplicada a un adolescente, pudiera disponer su libertad anticipada cuando considerare que la sanción penal ya no resultare necesaria¹³.

En definitiva, existe un amplio consenso tanto en el ámbito interno como en el internacional, respecto de que las penas impuestas a personas que al momento de la comisión del hecho tenían menos de dieciocho años deben ser revisadas periódicamente a los efectos de poder modificar la duración de la medida o las condiciones de su ejecución de acuerdo a la evolución que demuestre la persona y a los fines de no frustrar la idea educativa que rodea a la sanción en el derecho penal juvenil.

III. ¿Operativo o programático?

La necesidad de que la pena sea revisada, así como que esa necesidad deriva del *corpus iuris* del derecho internacional, no es algo que esté en discusión.

11 Cf. considerando 5°.

12 Este órgano ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el “[i]ntérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención [...]”. Fallos: 331:2047, considerando 4° del voto de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

13 El Tribunal explicitó concretamente que “[a]nte el dato objetivo de que el sistema previsto en la ley 22.278 no ha sido modificado en este punto, al no haberse establecido legislativamente los presupuestos para que el juez decida sobre ‘la posibilidad de la puesta en libertad’ en el caso que llegara a considerarse que la privación de libertad no continuara siendo necesaria, cabe concluir que el contralor judicial de la sanción privativa de la libertad impuesta a C. J. A., a cargo del magistrado correspondiente, no podrá tener este alcance”. Considerando 7°.

El punto de debate se sitúa, entonces, en el modo en el que esa exigencia del derecho internacional de los derechos del niño debe hacerse operativa.

Por un lado, se puede afirmar que la única manera posible para llevar adelante la revisión periódica implicaría una modificación legislativa (del derecho común) que lo habilite. Asimismo, a partir de esta postura, podría aun plantearse una segunda discusión, relativa a si esa ley debería ser necesariamente una ley nacional (de fondo o material) o si, en cambio, una ley provincial (de forma o procesal) podría introducir esta posibilidad.

Por otro lado, podría afirmarse que al tratarse de una exigencia del derecho internacional, la adecuación de las prácticas podría provenir, ante la ausencia de una ley que lo regule expresamente, de la jurisprudencia mediante la aplicación directa de las normas internacionales.

Al respecto, en el fallo que aquí se comenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que, para ser aplicado, el estándar de la revisión periódica requería “necesariamente” de una reforma legislativa¹⁴. En virtud de esta argumentación, la Corte Suprema comunicó la decisión adoptada en ese caso al Congreso Nacional¹⁵.

Por su parte, sin embargo, el Procurador Fiscal postuló la necesidad de realizar un control de convencionalidad de oficio¹⁶ a fin de hacer plenamente operativa la finalidad de reintegración social de la sanción penal (art. 18 de la Constitución Nacional, art. 5, inc. 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y art. 40 inc. 1 de la CDN) de acuerdo a los criterios fijados por la Corte IDH.

En consecuencia, consideró que resultaba necesario que la autoridad judicial local examinare periódicamente la conducta del adolescente con-

14 En esta línea recordó que anteriormente se había pronunciado sobre la necesidad de adecuar la legislación vigente a la Constitución Nacional y a la CDN, ya que el Poder Judicial no es competente para establecer un régimen general sustitutivo. Cf. considerandos 8° y 9°.

15 Cabe señalar que el voto del Juez Rosatti sólo resolvió confirmar la sentencia apelada comparando “en lo pertinente” los fundamentos y conclusiones del Procurador Fiscal.

16 De conformidad con los art. 120 de la Constitución Nacional, 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los párrs. 221 y 323 del caso “Mendoza y otros vs. Argentina” de la Corte IDH. Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia, en la causa “Videla” (Fallos: 333:1657), admitió el control de convencionalidad de oficio sobre la base de la jurisprudencia de la Corte IDH, por lo que resultaría exigible entonces la confrontación de toda norma interna con las disposiciones de la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos.

denado para verificar su evolución en el proceso de reintegración social y, en su caso, ordenara su libertad aun cuando no hubiera cumplido la totalidad de la pena establecida¹⁷.

Este contrapunto entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Procurador Fiscal recuerda aquellos debates que tuvieron lugar antes e inmediatamente después de la reforma constitucional del año 1994 referidos a la aplicación directa o el carácter programático de los tratados de derechos humanos.

La Corte, que inicialmente había adoptado una postura contraria a la aplicación directa y consideraba que las normas de los tratados eran simplemente programáticas, modificó luego su postura y comenzó a aplicar normas del derecho internacional de manera directa. Ejemplo de ello fueron los paradigmáticos casos en los que la Corte se refirió al derecho de réplica o la garantía de la doble instancia¹⁸.

La postura adoptada por el Procurador Fiscal es conteste con las decisiones que ya en la década de los '90 guiaron la actuación del Ministerio Público Fiscal. Es de recordar que en el año 1997 fue dictada la resolución PGN 30/1997 en la cual el Procurador había decidido "Instruir con carácter general, a todos los funcionarios de la Procuración General de la Nación, que deberán plantear en todos los casos en que intervengan, la operatividad de los derechos y garantías de los niños, que consagra

17 "En esa línea, es pertinente señalar que a fin de adecuar el caso a la reintegración social que debe perseguir toda pena (arts. 18 de la Constitución Nacional y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en especial la aplicada a los menores (art. 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), de conformidad con el criterio señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos in re 'Mendoza' -donde con invocación de lo observado por el Comité de los Derechos del Niño puntualizó como principio respecto de las medidas de privación de la libertad de los niños, que 'la posibilidad de la puesta en libertad deberá ser realista y objeto de examen periódico'- la autoridad provincial competente deberá proceder al cumplimiento de esa revisión pues 'si las circunstancias han cambiado y ya no es necesaria su reclusión, es deber de los Estados poner a los niños en libertad, aun cuando no hayan cumplido la pena establecida en cada caso concreto' (párrafos 162 y su cita, y 163). Este temperamento, que es el que mejor se ajusta a la cláusula federal del artículo 28.2 del Pacto de San José de Costa Rica, se asimila al adoptado por V.E. el 5 de agosto de 2014 in re 'Arce, Diego Daniel s/ homicidio agravado' (expte. A.1008. XLVII), donde en aplicación extensiva del fallo 'Mendoza' y con remisión a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora General, dispuso -en lo que aquí interesa- que por la vía procesal correspondiente la justicia mendocina examinará periódicamente la conducta de un menor condenado inicialmente a la pena de prisión perpetua, para verificar su evolución en el proceso de reintegración social".

18 Véase, antes de la reforma constitucional, el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" (CSJN, Fallos: 315:1492, del año 1992), y después, el caso "Giroldi" (CSJN, Fallos: 318:514, del año 1995).

la Convención respectiva, incorporada en nuestra Constitución Nacional, art. 75 inc. 22. A ese efecto se deberá tener en cuenta la jerarquía constitucional de dicha Convención, y su supremacía normativa sobre la legislación procesal, de patronato nacional, y toda otra disposición legal, que contrarie la Convención citada”.

Este antecedente en cuanto a la aplicación directa de las exigencias que surgen de la Convención y del *corpus iuris* es muy interesante, pues en aquel momento, tal como lo recordaba el Procurador, aún no había sido dictada una ley en el derecho interno que reglamentara la Convención: “(...) si bien la Convención sobre los Derechos del Niño, ha sido incorporada a nuestra Constitución Nacional reformada en Agosto de 1994, art.75 inc. 22, su ley reglamentaria aún no ha sido dictada por el Congreso de la Nación”, por lo cual el Procurador había señalado: “asumo la responsabilidad de definirme por la jerarquía constitucional e inmediata operatividad, de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional”.

Este ejemplo pone de resalto que la discusión respecto de la operatividad o el carácter meramente programático de los instrumentos internacionales ha sido un tema de amplio debate en Argentina y que desde la constitucionalización de muchos de esos instrumentos, como lo fue la Convención sobre los Derechos del Niño, se avivó el debate y fue necesario que los operadores jurídicos tomaran parte por alguna postura.

IV. Síntesis

La revisión periódica de la pena en el derecho penal juvenil es una exigencia del *corpus juris* del derecho internacional de protección de los derechos humanos de los niños.

Más allá de cual sea efectivamente su fuente normativa, esta exigencia internacional ha sido aceptada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El punto en el que nos encontramos en el debate actual es el de si para hacer efectiva la exigencia de la revisión periódica es necesaria una ley (y si esa ley debe ser nacional o provincial) o si, por el contrario, los tribu-

nales pueden tornarla operativa a través de sus sentencias, por aplicación directa de las normas que integran el mencionado *corpus juris*.

Nuestra tradición jurídica da muestras de la posibilidad de que las normas del derecho internacional sean consideradas operativas, aun en ausencia de una ley que las reglamente.

V. Reflexión final

Solemos decir que los tiempos de los niños no pueden esperar a los tiempos que demoran los *grandes* debates de los adultos. En consecuencia, no parece razonable, pues, que si estamos de acuerdo en que el derecho internacional de los derechos del niño reclama la revisión periódica de las penas sigamos esperando una ley para comenzar a asegurar esos derechos. Es deber de los magistrados aplicar esas normas internacionales de manera directa y asegurar, mediante una interpretación progresiva de las normas del derecho común, su plena operatividad en los casos en los que deben intervenir.

DERECHO A LA EDUCACIÓN. LIBERTAD RELIGIOSA.

CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12/12/2017

Los estándares de convivencia entre la educación pública y la educación religiosa

Por PABLO G. GLIEMANN¹

1-Planteo del caso.

Mediante la interposición de un recurso de amparo colectivo, una asociación civil y un conjunto de padres de alumnos que concurren a establecimientos educativos públicos en la Provincia de Salta peticionaron la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial de educación² y de su basamento en un artículo de la Constitución Provincial³.

Las normas en cuestión regulan y habilitan, respectivamente, la educación religiosa en las escuelas públicas de la Provincia, en las siguientes condiciones: a) de acuerdo a las convicciones de los padres, b) integrando el plan de estudio, c) en jornada escolar, y d) cuyos contenidos cuenten con el aval de la Iglesia.

El caso tiene innumerables aristas imposibles de tratar en un breve comentario como el presente, por ello serán esbozadas las ideas centrales en debate en torno al tema.

1-1-Posición de la Provincia de Salta.

Al margen de las defensas procesales de forma respecto de la falta de legitimación activa (que tuvo acogida parcial respecto de personas que no acreditaron que sus hijos estuvieran cursando actualmente en escuelas

1 Abogado con Diploma de Honor (UBA). Especialista en Abogacía del Estado (ECAE).

2 Art. 27, inciso ñº) de la Ley No. 7.546 de la Provincia de Salta.

3 Art. 49, punto 9 de la Constitución salteña.

públicas de la Provincia) y de la falta de idoneidad de la vía del amparo se plantearon defensas de fondo.

Por un lado, se argumentó respecto a la ausencia de un colectivo determinado y representativo, de una clase, y que los actores no se expresaban en nombre de todos los alumnos, ni de sus padres/tutores, ni de los no profesantes del culto católico.

La Provincia señaló que las Observaciones Generales de los Comités de Derechos Humanos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son simples recomendaciones sin fuerza legal, y que no integran el Tratado Internacional suscripto.

Por último, indicó que el modelo de nota que se envía a los padres, no obliga a expresar credo ni a tomar clases de educación católica.

1-2-Postura de los actores

Por el lado de los actores (personas cuyos hijos concurren a escuelas públicas de Salta y una asociación civil de alcance nacional) el basamento para las peticiones de inconstitucionalidad de la norma fundamental provincial y la ley local de educación son, entre varios otros: a) la neutralidad religiosa del Estado, entendiendo que el Estado como tal no profesa, ni practica ningún culto ni religión, dejando esa esfera a la intimidad de cada persona y familia, b) la limitación económica al alcance del sostenimiento estatal del culto católico, toda vez que el sostén estatal de la Iglesia Católica implica ayuda económica para su supervivencia y difusión, mas no supone ninguna otra obligación, c) la educación en igualdad y sin discriminación; resguardando la intimidad y la libertad religiosa.

2-Resolución. Instancias anteriores.

El Tribunal de grado desestimó las peticiones de inconstitucionalidad, pero ordenó al Estado Provincial que adopte las medidas necesarias para que cesen las conductas que se desarrollan en las instituciones públicas de educación primaria que imponen prácticas de la religión católica y se adecue el dictado de la Educación Religiosa a los parámetros fijados por los estándares internacionales.

Por su parte, el máximo tribunal salteño, en oportunidad de la apelación, decidió revocar la prohibición de prácticas religiosas en las escuelas, debiendo estas efectuarse estrictamente durante el horario fijado para la enseñanza de la materia, y dispuso se arbitre un programa alternativo para quienes no deseen ser instruidos en la religión católica.

Para ello, sostuvo que las normas impugnadas respetan la libertad de culto y de conciencia, al no imponer la enseñanza de una religión determinada, no establecer privilegios a favor de los alumnos católicos, ni afectar el derecho a optar por no recibir instrucción religiosa.

2-1-Argumentos de Ministerio Público

En un profuso dictamen⁴, emitido por el Procurador ante la CSJN Víctor Abramovich⁵, se recomendó hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia del máximo tribunal local. Ello con base en los siguientes argumentos:

a) Las normas impugnadas pregonan la enseñanza religiosa según los credos de los padres o tutores, pero solo se enseñó y se enseña el culto cristiano católico. Por ende, en las clases de escuelas públicas se recibe educación religiosa de un credo al que muchos alumnos no pertenecen (por pertenecer a otro o a ninguno).

b) Las razones por las cuales los alumnos no católicos participan en las clases de educación religiosa católica son para evitar inseguridad, segregación, discriminación o individualismo. Las escuelas no ofrecen contenidos optativos en el mismo horario ni educación religiosa diferente.

c) Los formularios que deben completar los padres/tutores obliga a revelar la creencia o fe de esa familia.

d) La educación o “ritos” religiosos católicos exceden la enseñanza durante el horario de cursada de esa asignatura curricular.

4 <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=742355&interno=1>

5 Fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos en el MERCOSUR y es Profesor de Derechos Humanos y Garantías.

De este modo, la educación religiosa en jornada escolar y como currícula del plan estudiantil resulta un avasallamiento de la libertad religiosa y de conciencia, en especial en menores de edad, coaccionándolos y ejerciendo una presión indebida sobre su esfera de decisión.

Todo ello coadyuva a generar discriminación infantil por sus creencias religiosas y lesiona el derecho de sus padres o tutores de orientar la educación moral y religiosa. De modo que para admitir la educación religiosa escolar debe ser planteada de forma diversa, neutral, objetiva, científica y como fenómeno histórico.

Así, la injerencia de terceros sobre la intimidad y las esferas más privadas de un ser humano se muestra evidente y por tanto inconstitucional.

2-2-Voto de la Mayoría de la CSJN

El voto de mayoría fue emitido por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda. El Juez Rosenkrantz se excusó por haber formado parte de la asociación civil coactora al momento de interponerse la demanda.

Se resolvió hacer lugar al recurso extraordinario, revocar parcialmente la sentencia del máximo tribunal Salteño, y declarar inconstitucional el punto en conflicto de la ley provincial de educación (inc. Ñ del art. 27 de la ley 7.546) y su Disposición reglamentaria.

Más concretamente, se declaró inconstitucional la obligación de padres o tutores salteños de informar al establecimiento educativo público si desean que sus hijos reciban instrucción religiosa (católica), y se declaró inconstitucional la enseñanza religiosa en escuelas públicas como asignatura integrante del plan de estudio, en jornada escolar y cuyos contenidos deben contar con aval de las autoridades eclesiásticas. Pero no así, respecto del art. 49 de la Constitución provincial, al considerarse que su redacción es amplia, se encuentra en consonancia con los tratados internacionales, y tiene su fundamento en el art. 5 de la CN.

Para decidir todo ello, el Tribunal se basó en los siguientes presupuestos y consideraciones:

A- Los debates convencionales constituyentes son claros en relación a que la Iglesia Católica será sostenida por el Estado solo en su faz económica, mas no como religión de Estado, ello con base en ser, en su oport-

tunidad, la religión de la mayoría de los habitantes. De modo que se trata de un privilegio que no debe confundirse con considerar al catolicismo religión del Estado.

B- En línea argumental con lo antedicho y con esa sola excepción – sostenimiento económico de la Iglesia Católica- el Estado debe mantener una neutralidad en materia religiosa que se deriva de los principios de tolerancia, libertad de cultos, no discriminación; y también la neutralidad, equidad e igualdad real en la educación pública estatal (art. 75, inciso 19 de la CN, llamada por la doctrina como la “nueva cláusula de progreso”). La educación laica fue planteada por los Convencionales de 1994 como requisito previo para promover los principios referidos.

C- La neutralidad estatal en materia religiosa debe incluir la no preferencia o posición por ningún culto, pero también una faz de tolerancia para la convivencia de todas las posturas.

D- Los instrumentos internacionales suscriptos por el Estado Argentino garantizan el derecho de los padres a obtener una educación religiosa acorde a sus convicciones.

E- La reforma constitucional de 1994 reforzó la idea de una educación pública laica, como garante de los valores democráticos, la igualdad real de oportunidades y la no discriminación.

F- El principio de igualdad debe entenderse en la actualidad como de no discriminación y como igualdad real de oportunidades (art. 75, inciso 23, CN). Así, las categorías sospechosas de discriminación deben ser tachadas de inconstitucionales, aun cuando en apariencia su redacción o sentido sean acordes a los principios de la Constitución pero su práctica genere el disvalor que se intenta evitar. Normas en apariencia neutrales, pueden -analizadas en su contexto- generar un impacto desproporcionado en algún grupo⁶, especialmente si es minoritario.

Aquí se invierte la carga de la prueba y se aplica la presunción de invalidez⁷. Así, se deben comprobar los efectos de la norma en concreto y

6 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 20, puntos 10 y 12.

7 Fallos: 327:3677; 332:433, considerando 6° y sus citas.

en los grupos específicos, y acreditada la desigualdad, el Estado es quien debe justificar ese impacto desigual⁸.

De este modo, se pone el eje en las prácticas que genera la norma y no en la norma aisladamente. El individuo es parte del grupo y, por lo tanto, las normas deben leerse en clave del impacto que en su contexto social generan en los sectores desfavorecidos, vulnerables y/o minoritarios⁹.

En concreto, la ley local de educación no manifiesta preferencia por ninguna norma, pero su aplicación y las propuestas curriculares otorgan preponderancia y protagonismo exclusivo a la educación católica en desmedro de otros credos y de los no creyentes, no ofreciéndose ninguna otra alternativa. Por ende, existen patrones sistemáticos de trato desigualitario hacia grupos religiosos minoritarios y niños no creyentes.

La CSJN desarrolla este último argumento, que es determinante para sellar la suerte del pleito. Pero aclara que aquí no se está ante una norma “constitucional” cuya aplicación irrazonable es impugnada -ello generaría la impugnación de su aplicación *contra legem*-. En este caso se está, dice la Corte, ante una norma inconstitucional con apariencia de neutralidad, pero con discriminación encubierta, que se corrobora en su aplicación contextualizada. Y es por eso que el cambio de la práctica no puede “salvar” la tacha de la norma.

G- La Constitución Nacional posee una filosofía liberal, respeta la diversidad de pensamiento e ideas, la libertad de conciencia, y reserva para cada individuo la soberanía sobre su estilo de vida (art. 19).

H- La protección de datos personales, consagrada en la norma fundamental y por ley del Congreso, establece la no obligación de proporcionar datos sensibles (convicciones religiosas, entre otros). Constituyendo ello una manifestación del derecho al silencio¹⁰.

I- El derecho de enseñar y aprender autoriza la educación en historia y filosofía de las religiones en la curricula escolar y en horario de cursada,

8 Fallos: 334: 1387; 337: 611.

9 En otras palabras, y con eje en la no discriminación como derecho humano, Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrs. 79 y 124.

10 Cf. Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, p. 524, Ediar, 1998

pero debe serlo de forma objetiva, neutral¹¹, sin adhesiones a ninguna religión, promoviendo el encuentro interreligioso y el respeto a la masa crítica.

J- La educación religiosa puede desarrollarse en el ámbito de la escuela pública, pero fuera del horario escolar (dictándose antes o después), y excluido de la curricula formal obligatoria.

K- La autonomía provincial en materia educativa encuentra su límite en los principios de la Constitución Nacional, cual es, en el caso, la neutralidad religiosa del Estado.

2-3-Disidencia parcial

El Juez Rosatti en un extenso voto se expresó en favor de la constitucionalidad de la cláusula de la ley provincial de educación.

Sin embargo, votó en favor de declarar inconstitucionales las prácticas que implican prevalencia de un culto determinado sobre otro, la imposición de catequesis o ritos religiosos escolares y la obligación de permanecer en clases de religión.

Finalmente se inclinó por exhortar a la Provincia a adaptar la currícula y cuidar el cumplimiento de las pautas delineadas.

Para decidir todo ello, argumentó que el Constituyente no se expresó sobre el hecho de que la educación pública debe ser laica, sino que de haber educación religiosa debe ser participativa, igualitaria y no discriminatoria, no estando vedada por las normas internacionales y siendo una práctica en derecho comparado¹².

Por otro lado, la decisión de la Provincia de impartir educación religiosa en las escuelas públicas no se aparta del art 5 de la CN y, por tanto, del margen de apreciación provincial que otorga su autonomía.

Al referirse a la naturaleza del derecho en juego, consideró que se debe estar al mayor y pleno uso y goce del derecho posible para todas las partes (los que desean educación religiosa y los que no), de modo de alterar los derechos de todos de la menor forma posible, maximizándolos.

11 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n° 13, numeral 28.

12 Cf. UNESCO, Oficina Internacional de Educación, Informe preliminar, año 2003, <http://www.ibe.unesco.org/>

La educación religiosa gestada bajo criterios plurales, participativos, tolerantes, democráticos, y de amplia oferta interreligiosa, torna estéril el debate sobre si la clase se dicta dentro del horario escolar y si forma parte de la currícula.

Finalmente, y lo más trascendente de la disidencia -que contraría la línea argumental de la mayoría- se reduce a concluir que si la norma de la Constitución provincial y de la ley provincial de educación no vulneran los principios de la CN -y sus tratados internacionales por reenvío agregados a su jerarquía-, pero sí lo hace su aplicación fáctica, *ergo*, corresponde declarar inconstitucional las prácticas lesivas y no la norma en que se basan.

3-Variables en conflicto.

En varios pasajes del caso y en las sentencias dictadas en las diferentes instancias se plantean varios contrapuntos y termas que merecen un análisis más profundo que el que este comentario permite, por lo que me limitaré a plantearlos y despertar algunos interrogantes.

El primero es antiquísimo, concomitante con la creación misma del Estado: la siempre tensa relación entre Estado e Iglesia y la difícil delimitación de las incumbencias de uno y la otra en la vida social, política y jurídica. Es innegable el debate histórico que esta discusión lleva.

En segundo lugar, se confunde con facilidad los conceptos de libertad de a) conciencia, b) expresión y opinión, y c) culto. Y por ende, también la extensión de sus alcances y sus niveles de protección constitucional.

Otro punto que merece especial atención es la necesaria convivencia entre los estándares mínimos en materia de neutralidad religiosa del Estado y la garantía de la libertad de conciencia, con las realidades locales en un país amplio, federal, con profundos matices y realidades diversas.

Es decir, los alcances de las prerrogativas provinciales y/o federales y el límite de la autonomía provincial en materia religiosa y educativa. Para ello, es necesario poder definir cuáles son los derechos, libertades y contenidos mínimos que jerarquizan la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales integrados y la Ley Federal de Educación, eventualmente.

4-Observación y estándar internacional.

Especial referencia merece la multiplicidad de remisiones a normas del derecho internacional que fueron realizadas tanto por las actoras como por el MPF y los jueces de la CSJN.

Han sido citados, por suerte, no solo instrumentos internacionales típicos con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 CN), sino también recomendaciones, observaciones, conclusiones de grupos de trabajo, además de muy acertada jurisprudencia de la Corte IDH.

Muchos de ellos han sido remitidos en las líneas anteriores o en las citas, pero básicamente se refieren al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art 13.3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art 12.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 18.4).

5- Conclusiones.

En el caso se vislumbran, por lo menos, dos controversias jurídicas paralelas. Una entre las partes del juicio, respecto a la constitucionalidad de las normas que regulan la educación religiosa en colegios públicos de Salta y sus efectos en la instrumentación concreta de hecho. Y el otro debate se da entre la mirada de los propios jueces del máximo Tribunal sobre cómo poner coto a una práctica a todas luces lesiva, pero que proviene de una situación fáctica y no explícitamente normativa.

Ambos debates son bien interesantes y con posturas muy claras. A modo de conclusión puede decirse, sobre el primer punto, que la cláusula de la constitución provincial que reconoce el derecho de los padres a una educación religiosa en colegios públicos conforme sus convicciones no resulta inconstitucional. Tampoco la ley que reproduce esta premisa. Esta acorde al margen de autonomía provincial y guarda concordancia con los instrumentos internacionales suscriptos por Argentina.

Por su parte, para la mayoría de la CSJN es inconstitucional la cláusula de la ley local de educación que dispone la educación religiosa en los colegios públicos integrados al plan de estudio, en horario escolar y con contenidos supervisados por las autoridades religiosas, por contener

aparición de neutralidad, pero con discriminación encubierta, que se corrobora en su aplicación contextualizada. Para la disidencia es constitucional la norma, no así las prácticas que se derivan de ella, que contradicen el texto fundamental.

El segundo punto planteado es novedoso y no se agota en el debate de la educación religiosa. Es propio de la teoría constitucional y plantea el interrogante sobre cómo resolver los casos en que existe una práctica lesiva derivada y asistida de una norma aparentemente legítima. Con la fórmula de la mayoría (norma inconstitucional por contener discriminación oculta que permite una práctica) el resultado es eficaz, pero peligroso y puede generar inseguridad jurídica. Con el planteo de la disidencia, la cuestión luce más armoniosa y clásica, pero de difícil cumplimiento, pues declarada inconstitucional una práctica sin hacerlo sobre la norma en que se ampara, se plantean infinidad de interrogantes sobre su efectividad jurídica.

Por último, no debe olvidarse que en el caso se está en presencia de grupos doble y especialmente vulnerables: son niños y pertenecen a minorías (religiosas) afectadas. Cualquiera de estos colectivos amerita un agudo análisis cuando se los involucra, máxime cuando están presentes ambas variables.

El debate giró en torno a la educación pública y nunca sobre la educación privada. Es verdad que el caso llegó planteado así y los hechos son los que se presentan. Sin embargo, pudo haber espacio para dejar aclarado que los principios de libertad de conciencia y culto, la igualdad y la no discriminación, definen la cuestión en un sentido pero resultan perfectamente aplicables a la enseñanza privada. Por eso parece estéril el planteo tan asentado en el horario, por ejemplo, porque eso refiere a la utilización de “recursos” públicos y “apoyo” estatal (docente, escuela, horario de cursada) y no a los valores protegidos.

Finalmente, hay un tema que casi no fue analizado (salvo aleatoriamente en el voto de la disidencia) cual es el de quién es el titular del derecho tutelado -está claro que el legitimado activo es el padre o tutor, pero ello es otra cosa-. No hay dudas de que el Estado es el obligado. Pero el titular del derecho a aprender, a la libertad de culto, a no ser discriminado y recibir un trato igualitario, no es el padre/tutor sino el niño. Por eso

resulta extraño que esto no haya sido siquiera planteado (sin negar que la ley local de educación, la ley federal de educación, la constitución local y los instrumentos internacionales reconocen el derecho de los padres de que sus hijos sean educados conforme sus convicciones). El asunto es controversial, pero debe leerse en clave de otorgar cada vez un mayor ejercicio de los derechos a los niños, de los que son titulares y no meros espectadores. Más todavía en materia de educación religiosa, donde la influencia de la familia y la escuela serán determinantes para inculcar una posición, difícilmente reversible, o al menos altamente condicionante para el niño.

IMPRESCRIPTIBILIDAD CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD.

Plazo razonable. Valoración probatoria.

CSJN, “Videla, Jorge Rafael y otros s/ recurso extraordinario”, 10/04/18.

por MARTÍN RICO¹

1. Introducción. Antecedentes

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió en este precedente, con las opiniones de los Jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosatti y Maqueda (por su voto), reafirmar una vez mas su posición en materias atinentes al juzgamiento de delitos de lesa humanidad.

Esta reafirmación se da, puesto que se vincula con el modo en que el Estado de Derecho en su conjunto se enfrenta a la temática del juzgamiento y castigo de los delitos de Lesa Humanidad a partir de las obligaciones que ha asumido internacionalmente.

De los hechos del caso y la prueba producida surge que, en el marco del contexto del plan sistemático de exterminio producido en nuestro país, existieron casos especiales.

Entre ellos, este fallo, nos pone enfrente de los “detenidos especiales”, hechos que tuvieron lugar “con fecha 12 de agosto de 1976 los detenidos especiales- Miguel Rugo Vaca Narvaja, Gustavo Adolfo de Breuil, Eduardo Alfredo de Breuil y Arnaldo Riginio Toranzo fueron trasladados por personal militar, amordazados, atados en dos camionetas militares, Gustavo Adolfo De Breuil junto a Toranzo en una, y en otra, Vaca Narvaja junto con Eduardo Alfredo De Breuil, a una dependencia del

¹ Abogado (UCA). Especialista en Derechos Humanos (ECAE-UNTREF). Profesor de Derecho Internacional Privado y Comunitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Palermo).

Tercer Cuerpo de Ejército ubicada en Camino a La Calera, donde se los encerró en una habitación, boca abajo en el piso, por un lapso aproximado de media hora. Luego, personal militar tras quitarle las esposas a los detenidos, atarles sus manos con trapos y amordazarlos, Eduardo Alfredo De Breuil fue ubicado en un vehículo, mientras que los tres restantes en otro automóvil, siendo trasladados a otro lugar donde tras hacer descender a los tres detenidos que venían en el mismo vehículo, los asesinaron con armas de fuego. Tras ello, quitaron las vendas a Eduardo Alfredo De Breuil obligándolo a descender del vehículo y observar los cuerpos sin vida de Vaca Narvaja, Toranzo y su hermano Gustavo, difundiendo del Comando del Tercer Cuerpo de Ejército la falsa noticia de que los nombrados resultaron abatidos como consecuencia de un intento de fuga producido durante un fingido traslado al Consejo de Guerra para ser interrogados...” (cf. *hecho* XI del punto VI de la resolución de fs.18.708/18.920).

Respecto de este hecho en particular, el Tribunal de Juzgamiento, tuvo por probado que el Jefe del Regimiento de Infantería Aerotransportada 11, Víctor Pino Cano, le ordenó al Teniente Primero Osvaldo César Quiroga, el retiro de las víctimas del penal y su traslado a la sede del Comando de la Brigada de Infantería Aerotransportada IV. Quiroga cumplió con esta directiva como responsable del traslado.

También se acreditó que entre las funciones de Pino Cano se encontraba, al momento de los hechos, retransmitir las órdenes impartidas por sus superiores para asegurar la existencia y el mantenimiento del régimen de represión al que estuvieron sometidos los detenidos especiales. Finalmente, se demostró que Francisco Pablo D’Aloia se desempeñaba, para la época de este hecho, como Subteniente del Regimiento a cargo de Pino Cano.

Por este triple homicidio fueron condenados el entonces Comandante en Jefe del Ejército Argentino y Presidente de la Junta Militar, Jorge Rafael Videla, y quien fuera el Jefe del 11 Cuerpo del Ejército y Comandante del Área 311, Luciano Benjamín Menéndez. Dentro de la Brigada de Infantería Aerotransportada IV, se condenó por estos hechos a Vicente Meli (Jefe del Estado Mayor), Mauricio Carlos Poncet (Jefe de la División

Personal), Raúl Eduardo Fierro (Jefe de la División Inteligencia) y Jorge González Navarro (Jefe de Asuntos Civiles).

Por su parte, Pino Cano, Quiroga y D'Aloia fueron absueltos por estos hechos.

La Sala 1 de la Cámara Federal de Casación Penal confirmó las absoluciones respecto a los homicidios calificados de Vaca Narvaja, De Breuil y Toranzo y anuló la absolución de Rodolfo Gustavo Salgado únicamente en lo concerniente a los delitos de privación ilegal de la libertad agravada e imposición de tormentos agravada en perjuicio de Luis Alberto Urquiza, disponiendo el reenvío para la sustanciación de un nuevo debate y el dictado de una nueva sentencia.

La decisión del tribunal de casación se funda en que no se logró demostrar -con la certeza requerida- que Quiroga hubiera participado del traslado de las víctimas de la sede del comando militar al lugar del crimen, que conociera al destino fatal de las víctimas que retiró del penal y/o que tuviera algún tipo de participación directa en los homicidios. El temperamento adoptado respecto de D'Aloia también se fundó en la carencia de prueba concluyente respecto de su participación en el hecho.

Por otra parte, el a *quo* entendió que el temperamento absolutorio adoptado respecto de Quiroga resultaba aplicable a la situación de Pino Cano, en tanto no pudo acreditarse que este último hubiera tenido conocimiento alguno sobre el desenlace fatal que tuvo el traslado cuya orden de ejecución había retransmitido.

Contra la sentencia, interpusieron recursos extraordinarios la defensa de Salgado y la de los condenados previamente mencionados, el Fiscal General contra las absoluciones de Pino Cano y Quiroga y la parte querrelante, contra esas mismas absoluciones y aquella dictada respecto de D'Aloia. Todos los recursos extraordinarios fueron concedidos.

2. Las cuestiones penales en discusión

En el caso, se han debatido diferentes cuestiones que se encuentran atravesadas por discusiones que no son nuevas. El propio concepto de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad ha sido objeto de discu-

siones doctrinarias y posicionamientos jurisprudenciales. Lo mismo ha ocurrido con la valoración de la prueba en estos tan complejos procesos.

A continuación, haremos una breve reseña de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en esta causa, sentando posturas que integran el debate de soluciones jurisprudenciales que en algunas ocasiones el propio Tribunal ha ido consolidando en los últimos años.

2.1. La imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad

En primer lugar, recordemos que el fundamento de la imprescriptibilidad de las acciones emerge ante todo de que los crímenes contra la humanidad son generalmente practicados por las mismas agencias de poder punitivo operando fuera del control del derecho penal, es decir, huyendo al control y a la contención jurídica.

Por ello, en torno a la cuestión de la prescripción de la acción penal y a la garantía de plazo razonable en el juzgamiento de delitos de lesa humanidad, que veremos, concurren con los fundamentos ya expresados por el Máximo Tribunal al pronunciarse -en diferentes ocasiones- respecto de crímenes cometidos durante el último gobierno *de facto* (Fallos: 327:3312; 328:2056; 330:3248, entre otros).

De esta manera, en materia de prescripción, del mismo modo en que la sanción penal puede interpretarse desde una lógica conmutativa o retributiva (dirigida predominantemente a la relación víctima-victimario) y desde una lógica disuasiva o preventiva (dirigida predominantemente a la sociedad), su extinción por el transcurso del tiempo también puede ser interpretada bajo las mismas perspectivas lógicas.

Desde ese enfoque, la prescripción de la acción penal puede entenderse como una herramienta para evitar la indefinición *sine die* en el juzgamiento de un hecho y liberar a su autor de una eventual condena, o bien puede concebirse como un recurso ligado al interés de la sociedad por conocer la verdad de los hechos delictivos y castigar a sus responsables.

El origen desde la perspectiva internacional de los antecedentes relativos a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad se remontan a la recomendación que formulara la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa al Comité de Ministros, ante la posibilidad de que, cumplidos veinte años de la capitulación de Alemania, los Estados miembros decla-

raran prescriptos los delitos contra la humanidad cometidos por integrantes del régimen nazi, por aplicación de sus legislaciones locales.

El resultado de tal inquietud fue la aprobación, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la “Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de lesa humanidad”, el 26 de noviembre de 1968 y ratificada por Argentina, el 1° de noviembre de 1995, según Ley N° 24.584.

La Convención sobre imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad fue aprobada por resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General, entrando en vigor el 11 de noviembre de 1970², como culminación de un largo proceso que comenzó en los primeros años de la década de 1960.

Cuando delitos tales como el asesinato, la privación ilegal de la libertad, la tortura y la desaparición forzada de personas, entre otros, son cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil en el marco de una política de Estado, configuran *crímenes de lesa humanidad* (Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, art. 7; Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, arto 6.c.); y entonces, ante este tipo de crímenes, resulta inexorable que predomine el interés social por conocer la verdad y sancionar a sus res-

2 Como lo señalara el Relator Especial, Sr. Doudou Thiam, de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en lo que atiene a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, esta convención es de "carácter simplemente declarativo [pues] las infracciones a que se refiere, al constituir crímenes por su naturaleza, son imprescriptibles cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (Informe sobre el proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad", documento de las Naciones Unidas A/CN.4/398, de 11 de marzo de 1986, párr. 172). No huelga recordar que la Convención se refiere a los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad "cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido" (artículo 1) y prescribe que los Estados partes deben abolir la prescripción para estos crímenes, cuando esta exista en su legislación nacional (artículo IV). En su fallo en el asunto Touvier, la Sala criminal de la Corte de Casación de Francia consideró que no existía, a la luz Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, un derecho a la prescripción y decidió declarar nula la sentencia del tribunal de primera instancia que, invocando la prescripción y la irretroactividad de la ley penal, había archivado el proceso (Corte de Casación de Francia, Sala criminal, Sentencia de 30 de junio de 1976. Esta jurisprudencia fue reiterada por la Corte, en su fallo de 26 de enero de 1986, en el proceso contra Klaus Barbie). La Sala invocó, en su decisión, la excepción a la irretroactividad de la ley penal prevista a los artículos 15 (2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 (2) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades (Cf. Andreu-Guzmán, Federico, "Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad versus irretroactividad de la ley penal: un falso dilema", disponible en <http://www.iej.org/IMG/pdf/doc-75.pdf>

ponsables, por sobre cualquier interés individual por liberarse de la persecución penal.

En el caso de caso Barrios Altos vs Perú (2001), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “(...) son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”³.

Posteriormente la Corte Interamericana se volvió a pronunciar en el caso Bulacio vs Argentina (2003): “De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana (sobre Derechos Humanos) estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes”⁴.

En virtud de todo ello, la Corte Suprema desde hace algún tiempo ya se expidió sobre la cuestión. Así en uno de los considerandos del fallo que aquí se comenta, sostiene que “...cabe recordar que la persistencia de la utilidad del reproche penal en este tipo de crímenes fue examinada por esta Corte en ocasión de pronunciarse en la causa “Arancibia Clavel”, cuando se sostuvo que “Las desapariciones forzadas de personas en nuestro país las cometieron fuerzas de seguridad o fuerzas armadas operando

3 Sentencia sobre el fondo del caso Barrios Altos vs. Perú, del 14 de marzo del 2001, fundamento 41.

4 Sentencia sobre el fondo del caso Bulacio vs. Argentina, del 18 de setiembre del 2003, fundamento 117.

en función judicial; los peores crímenes nazis los cometió la Gestapo (o policía secreta del Estado); la KGB estalinista era un cuerpo policial. No es ‘muy razonable la pretensión de legitimar el poder genocida mediante un ejercicio limitado del mismo poder con supuesto efecto preventivo. Por ello, no puede sostenerse razonablemente que sea menester garantizar la extinción de la acción penal por el paso del tiempo en crímenes de esta naturaleza’ (Fallos: 327:3312, considerando 23)⁵.

Las defensas alegaron que, aun así, habían transcurrido más de treinta años continuos de gobierno democrático y los encausados se encontraban sujetos a un prolongado proceso, sin que se haya obtenido hasta ese momento una decisión judicial-definitiva y sin que la demora sea *a priori* atribuible a los imputados sino -en todo caso- a distintos poderes del Estado.

Al respecto, el Superior Tribunal, afirmó que “cabe señalar que la sujeción a proceso de los aquí imputados, y la incertidumbre que conlleva, no viene sosteniéndose en forma ininterrumpida desde el regreso a la democracia. De hecho, las pendulares condiciones jurídicas descriptas en el considerando 6° solo se vieron despejadas, de modo generalizado, a partir de la declaración de nulidad (legislativa) y de inconstitucionalidad (judicial) de las leyes de Obediencia Debida y de Punto Final”⁶.

Agregó la CSJN que para ponderar adecuadamente el interés social en torno al juzgamiento y a la utilidad de la sanción de estos crímenes, siempre a la luz de la objeción por prescripción, corresponde tener presente que, en nuestro país, desde el retorno a la democracia en diciembre de 1983 se ha transitado por un desfiladero, no exento de contradicciones, signado por diferentes hitos pendulares entre los que resaltan, a título de ejemplo y sin pretensión de exhaustividad, los siguientes: la investigación de la “CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas); el “Juicio a los Comandantes de las Juntas Militares” (Fallos: 309:5), de especial trascendencia por ser la primera vez que el sistema judicial de un país en democracia juzgaba, observando el debido proceso legal, a los responsables por los crímenes cometidos por el aparato estatal durante la dictadura; la sanción de las leyes de Obediencia Debida (ley 23.521) y de Punto Final (ley 23.492); las instruc-

5 Considerando 5to del voto de la mayoría.

6 Considerando 8vo del voto de la mayoría

ciones del Presidente de la Nación al Procurador General a fin de poner en marcha el límite fijado por la Ley 23.492 (Decreto Nacional 92/87), y las consiguientes instrucciones a los fiscales federales dispuestas en la resolución PGN 2/87; la firma de indultos por parte del Poder Ejecutivo (Decretos 1002/89, 2741/90, 2745/90 y 2746/90) y su posterior declaración de inconstitucionalidad por esta Corte en “*Mazzeo*” (Fallos: 330:3248); la derogación de aquellas leyes por la Ley 24.952 (1998); su posterior declaración de nulidad mediante Ley 25.779 (2003) y la convalidación judicial de esta última por éste Tribunal en la causa “*Simón*” (Fallos: 328:2056).

Estos hitos jurídicos han ido edificando una suerte de “Estatuto para el juzgamiento y condena de los delitos de lesa humanidad”, que -conformado con el tiempo y las enseñanzas de la historia- ha permitido dar idónea respuesta a una legítima demanda de justicia, al asumir el desafío de juzgar hechos aberrantes y sin precedentes en nuestro país, sin caer en la venganza.

Una mirada retrospectiva de la secuencia pendular previamente descrita, lleva a concluir que -aunque existieron intentos por darle fin a la persecución penal- el interés social por la investigación, el juzgamiento y -de corresponder- el castigo de aquellos crímenes ha mantenido vigencia y vigor, contrarrestando las pretensiones que -coyunturalmente- dificultaron o clausuraron la vía judicial⁷.

Finalmente, del examen del agravio sobre la conculcación de la garantía de plazo razonable importa reconocer que, en nuestro país, el juzgamiento de los hechos perpetrados durante el terrorismo de Estado ha afrontado dificultades excepcionales derivadas, en parte, del dominio de las estructuras estatales que -durante años- tuvieron sus autores, y también de las múltiples medidas que fueron articuladas para evitar represalias futuras y garantizar impunidad.

Por último destacó que no escapa al conocimiento judicial que, con el objetivo de dificultar o impedir el juzgamiento de los crímenes cometidos durante el último gobierno militar y garantizar la impunidad de sus autores, se destruyeron archivos, se amedrentaron testigos, se dictaron leyes de autoamnistía y “desaparecieron” personas. Sería más que ingenuo considerar que un

7 Considerando 6to del voto de la mayoría

Estado usurpado, cuyos agentes y estructuras ejecutaron un plan sistemático en el marco del cual fueron cometidos crímenes atroces, fuera -a la vez- un Estado dispuesto y/o capaz de investigar, juzgar y castigar esos delitos.

En ese momento, la justicia argentina debió iniciar una compleja tarea de indagación y reconstrucción de los hechos ocurridos durante el gobierno militar, con las dificultades derivadas del *paso* del tiempo, la pérdida de rastros, pruebas, registros y testimonios y -como ya se señaló- de las estrategias desplegadas para garantizar impunidad de autores y partícipes cuando tenían pleno dominio del aparato estatal con posterioridad al restablecimiento del sistema democrático.

2.2. La valoración de la prueba en el ámbito de los juicios donde se investigan delitos de lesa humanidad

En otro orden de cosas, el Ministerio Público Fiscal recurrió la decisión del tribunal de casación de confirmar las absoluciones de Pino Cano y Quiroga en relación con los homicidios de Vaca Narvaja, De Breuil y Toranzo. Sostuvo que, al tomar su decisión, la Cámara no solo omitió valorar un conjunto de argumentos sino que también examinó en forma fragmentada el material probatorio, arribando -de esa manera- a un pronunciamiento arbitrario. También por tacha de arbitrariedad, la parte querellante recurrió por vía extraordinaria la confirmación de las absoluciones de Pino Cano y Quiroga, así como aquella dictada respecto de D'Aloia, por los mismos hechos.

Sobre este tema se ha dicho que “una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando menciona los elementos de prueba a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido válidamente incorporados al proceso y son aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración probatoria, esto es, contiene la explicación del porqué de la conclusión, siguiendo las leyes del pensamiento humano principios lógicos de igualdad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), de la experiencia y de la psicología común”⁸.

8 Maier, Julio B.J., Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos, Editores del Puerto, 2004, 2da. Edición, Buenos Aires, p. 482.

En ese sentido, según ha sostenido nuestro Máximo Tribunal “es arbitraria la sentencia absolutoria que valoró la prueba en forma fragmentaria y aislada, incurriendo en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio, en especial cuando por falta de adecuación al objeto constitutivo del cuerpo del delito prescindió de una visión de conjunto y de la necesaria correlación entre los peritajes, la prueba informativa y la testifical, y de, todos ellos con otros elementos indiciarios”⁹.

Siguiendo este argumento, conforme la jurisprudencia del Alto Tribunal, se ha señalado que “cuando se verifica que se han ponderado testimonios, prueba de presunciones e indicios en forma fragmentada y aislada, incurriéndose en ciertas omisiones en cuanto a la verificación de hechos que conducen a la solución del litigio, sin haberse efectuado una visión de conjunto ni una adecuada correlación de los testimonios y de los elementos indiciarios, ello se manifiesta como causal de arbitrariedad con afectación de las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso”¹⁰.

Así las cosas, los acusadores se agraviaron por la exclusión de diversos argumentos y/o elementos probatorios pasibles de incidir en el análisis de la participación criminal que Pino Cano y Quiroga pudieran haber tenido sobre el destino fatal de las víctimas.

Asimismo, nunca se valoró la prueba que señala la información que circulaba en la Unidad Penitenciaria n° 1 sobre el destino final que iba a tener el grupo de personas que Pino Cano le había ordenado a Quiroga que retirara de allí y trasladara al comando, en particular, los testimonios que refieren que este destino era conocido por el propio Vaca Narvaja y también por personal del penal que presenció el retiro de los internos.

El tribunal de juicio, avalado en este extremo por el *a quo*, aseveró que dentro del Tercer Cuerpo de Ejército en Córdoba, el arma característica del régimen represivo durante el último gobierno militar fue la Infantería Aerotransportada representada por el Regimiento de Infantería

9 Fallos: 319:1878.

10 CAMARA FEDERAL DE CASACION PENAL, SALA 4, CCC 65136/1997/TO11/1/CFC1, 23/08/2016.

Aerotransportada 11 a cargo de Pino Cano, que constituyó una unidad de relevancia dentro del sistema represivo imperante a cargo de la IV Brigada de Infantería Aerotransportada.

En este esquema, se señaló que la Unidad Penitenciaria n° 1 de Córdoba constituyó uno de los objetivos propuestos por el Ejército. Esta constatación resulta relevante al analizar la atribución de responsabilidad penal respecto de Pino Cano y Quiroga. Ello así, toda vez que las víctimas del hecho estuvieron alojadas -justamente- en el referido penal, hasta que Pino Cano ordenó su traslado a la sede del comando, tarea que fue cumplida por Quiroga, como Jefe de la Compañía A del Regimiento 11, dependiente del Centro de Operaciones Tácticas (COT).

En consecuencia, el tribunal afirmó que se encontraba en una situación de duda que no podía superarse con el testimonio del sobreviviente De Breuil quien habría referido que, mientras estaba vendado, escuchó comentarios atemorizantes por parte de quien efectuó el traslado de ellos desde el penal y que esta voz también la escuchó en el lugar donde acaecieron los crímenes. Esto, por cuanto consideró insuficiente la sola identificación de un timbre o tenor de voz para determinar con certeza que la voz en cuestión fuera la de Quiroga o bien que se tratara de la misma en los dos tramos del hecho (conf. fs. 17.480/17.482).

Recordemos que, en cuanto a la valoración de los testimonios orales, resulta de aplicación al caso lo señalado por el Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia respecto a que debe prestarse consideración al tiempo transcurrido desde el acaecimiento de los hechos y su posible impacto en la precisión de los dichos y que por tanto, la existencia de discrepancias menores no desacreditan necesariamente el testimonio¹¹.

No obstante haber reconocido este aspecto central del plan represivo, al momento de analizar aspectos puntuales del hecho atribuido a Pino Cano y a Quiroga, tanto el tribunal de juicio como el *a quo* omitieron incorporar a su valoración el contexto de grave impunidad que entonces imperaba, un factor relevante en la interpretación de las acciones estudiadas.

11 Cf. TIPY, “Prosecutor v. Momcilo Perišić”, 6 de septiembre de 2011, voto de los jueces Moloto, David y Picard, parág. 23.

En concreto, se omitió examinar el rol que tuvo, en estos hechos en particular, la superioridad jerárquica que ostentaba Pino Cano respecto de Quiroga y el resto de sus subordinados.

Ello, nos hace concluir, que el temperamento adoptado no recepta los lineamientos que en materia probatoria ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido, en cuanto señaló que en el ejercicio de la función jurisdiccional los jueces tienen la facultad de evaluar libremente el material probatorio buscando un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.

En consecuencia, como bien concluye la Corte Suprema en su mayoría, el fallo careció de la debida fundamentación al omitir toda consideración sobre un extremo conducente para la correcta resolución del asunto (Fallos: 328: 121; 330:4983, entre muchos otros).

3. Conclusiones

Los fundamentos expuestos responden a lo establecido en los tratados internacionales de derechos humanos, con la intención de proyectarse con efectos plausibles sobre las problemáticas de acumulación y mora judicial que existen aún en materia de juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, cometidos durante la última dictadura cívico militar.

Las discusiones en torno a los alcances del instituto de la prescripción y su naturaleza jurídica (si es ley penal o procesal penal), como así también el abordaje del principio de valoración probatoria, con especial énfasis en los delitos de lesa humanidad, cuentan con fundamentos sólidos para sostener diversas posturas, incluso opuestas entre sí, tanto doctrinarias como jurisprudenciales.

Dichos abordajes resultan útiles para tratar las cuestiones en los casos de los delitos comunes, pero no son suficientes si se trabaja en relación con los delitos de lesa humanidad o en los supuestos en que se han juzgado graves violaciones a los derechos humanos y se encuentra en juego el deber de garantía del Estado.

Resulta, entonces, importante recordar que la jurisprudencia interamericana es un aporte fundamental para la labor de las autoridades nacionales en la protección de los derechos humanos de conformidad con

los instrumentos internacionales, en tanto permite un estándar interpretativo que posibilita garantizar una efectividad mínima de la Convención Americana, pudiendo, en todo caso, ampliarse en el ámbito interno.

En este sentido, resulta de capital importancia, a nuestro entender, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, tener como guía de orientación, en esta materia, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De ahí la importancia del estudio de la jurisprudencia interamericana y su aplicación en la actualidad, especialmente por la aparente tensión que existe entre seguridad pública, derecho penal y derechos humanos.

Lo anteriormente dicho, debería generar de manera progresiva un auténtico control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de respeto y garantía de los derechos humanos. Ello debe ser realizado, conjuntamente entre los Jueces y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.

De esta manera, sería deseable, la creación de un auténtico *ius constitutionale commune* en materia de derechos humanos.

Sin embargo, debe considerarse, que la verdadera protección de los derechos fundamentales se encuentra esencialmente en el ámbito interno, y es ahí donde fallos como el analizado reafirman la consolidación judicial del proceso de Memoria, Verdad y Justicia, especialmente en la realización de los valores y bienes jurídicos preciados que se encuentran en juego en la justicia penal.

EXPULSIÓN DE MIGRANTES.

CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM Disp. 2560/11 (Exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, 8 de mayo de 2018

Por MARINA SALMAIN¹ e IGNACIO ODRIOZOLA²

1. Introducción

La Ley de Migraciones N° 25.871³, sancionada por el Congreso de la Nación argentina en enero de 2004, es el instrumento legal que establece los derechos y las obligaciones a los cuales están sujetos el Estado y las personas migrantes en el país. Esta ley, junto con el Decreto Reglamentario N° 616/10, también se encarga de regular los aspectos relativos al ingreso, tránsito, permanencia y salida del territorio argentino.

Según Hines, la Ley N° 25.871 representó “un gran paso adelante en los derechos de los inmigrantes, no sólo para Argentina, sino a nivel mundial”⁴, tanto por derogar una ley de neto corte restrictivo, la denomi-

-
- 1 Abogada (UBA). Especialización en Migración y Asilo desde una perspectiva de los Derechos Humanos -tesis pendiente- (UNLa). Se desempeña como Defensora Coadyuvante de la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.
 - 2 Abogado (UBA). Investigador en la Red Sudamericana para las Migraciones Ambientales (RE-SAMA). Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University) y Diplomado en Migrantes y Protección de Refugiados (UBA). Se desempeña como abogado en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.
 - 3 A lo largo de este trabajo se implementará la Ley N° 25.871 en su redacción original, previa al Decreto de Necesidad y Urgencia N° 70/17 del 30 de enero de 2017. Ello, tanto por encontrarse en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación un amparo colectivo presentado por CELS, CAREF y COPADI mediante el cual se planteó la inconstitucionalidad, nulidad e ilegalidad de dicha norma, como por resultar la normativa aplicable a la mayoría de los procesos de expulsión vigentes a partir del Memorandum ME-2017-02840536-APN-DGT#DNM de la Dirección Nacional de Migraciones, donde se aclaró que en aquellos expedientes donde este ente descentralizado hubiera dictado el primer acto administrativo para el caso de impedimentos de permanencia, o hubiere tomado conocimiento del hecho motivador de la cancelación de permanencia con anterioridad al nuevo decreto, regirá la Ley N° 25.871 en su versión original.
 - 4 Hines, Barbara, “El derecho a migrar como un derecho humano: La actual ley inmigratoria argentina”, Revista Derecho Público, Año I, N° 2, Ediciones Infojus, p. 1.

nada “Ley Videla” (Decreto-Ley 22.439), sancionada durante la última dictadura cívico-militar argentina, como por establecer en su artículo 4º que la migración es un derecho humano, “principio que no se encuentra en las leyes migratorias de ningún otro gran país receptor de migraciones, ni explícitamente mencionado en ninguna convención de derechos humanos”⁵.

Además, la normativa extiende la protección de derechos constitucionales y fundamentales a todas y todos los migrantes dentro del país, sin reparos en lo que respecta a su estatus legal, garantizando un trato igualitario y no discriminatorio⁶.

No obstante ello, aun cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado en claro que la política migratoria establecida por los Estados en el ámbito doméstico debe ser compatible con las normas de protección de los derechos humanos de las personas migrantes⁷, lo cierto es que, mientras se respete este postulado, cada Estado tiene la facultad de dictar medidas expulsivas para prevenir infracciones penales, proteger la seguridad nacional o el orden público, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás⁸. En este sentido, y a pesar de sus aspectos de avanzada, la Ley N° 25.871 recepta ciertas circunstancias que impiden el ingreso y/o la permanencia de personas migrantes en la Argentina.

El presente trabajo propone efectuar una breve reseña de algunos elementos orientadores de la ley en cuestión sobre las categorías migratorias y los impedimentos para ingresar y/o permanecer en el país. Luego, examinará la reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia

5 Ídem, p. 2.

6 Cf. arts. 5 y ss.

7 Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, párr. 97; *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 175; *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 168 y *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 39.

8 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 22.3 y Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, arts. 8 y 39.

de la Nación (en adelante, “CSJN” o “la Corte”), en el marco de la causa “Apaza León”⁹, donde el máximo tribunal del país zanjó definitivamente una discusión cuyo origen data de los albores de la sanción de la Ley de Migraciones.

2. Categorías migratorias e impedimentos

La Ley N° 25.871 prevé tres categorías de residencia: permanente¹⁰, temporaria¹¹ y transitoria¹². A su vez, cuando el migrante formaliza la solicitud de alguna de las categorías mencionadas, permite a la persona obtener de parte de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante, “DNM”), autoridad de aplicación en la materia, una autorización de residencia precaria por el plazo de hasta 180 días renovables¹³, mientras la autoridad resuelve el trámite de categorización.

Como se adelantó, la norma establece causas impeditivas para ingresar y permanecer en el territorio nacional. Puntualmente, en su artículo 29 se detallan diversos supuestos¹⁴ que imposibilitarán al migrante la es-

9 CSJN, “Apaza León, Pedro Roberto c/ EN - DNM disp. 2560/11 (exp. 39.845/09) s/ recurso directo para juzgados”, 8 de mayo de 2018.

10 Art. 22.

11 Art. 23.

12 Art. 24.

13 Art. 20. Debe hacerse notar que el DNU N° 70/17 modificó este artículo reduciendo el plazo de la autorización de la residencia precaria hasta 90 días y agregando que no resulta residencia válida a los efectos del arraigo, necesario para la obtención de la residencia permanente, o para la adquisición de la nacionalidad por naturalización. Ello, inevitablemente, modifica los alcances de la Ley de Ciudadanía N° 346.

14 Art. 29: Serán causas impeditivas del ingreso y permanencia de extranjeros al Territorio Nacional: a) La presentación ante la autoridad de documentación nacional o extranjera material o ideológicamente falsa o adulterada. El hecho será sancionado con una prohibición de reingreso por un lapso mínimo de cinco (5) años; b) Tener prohibido el ingreso, haber sido objeto de medidas de expulsión o de prohibición de reingreso, hasta tanto las mismas no hayan sido revocadas o se hubiese cumplido el plazo impuesto al efecto; c) Haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más; d) Haber incurrido o participado en actos de gobierno o de otro tipo, que constituyan genocidio, crímenes de guerra, actos de terrorismo o delitos de lesa humanidad y de todo otro acto susceptible de ser juzgado por el Tribunal Penal Internacional; e) Tener antecedentes por actividades terroristas o por pertenecer a organizaciones nacional o internacionalmente reconocidas como imputadas de acciones susceptibles de ser juzgadas por el Tribunal Penal Internacional o por la ley 23.077, de Defensa de la Democracia; f) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por

tadía en la Argentina, sin perjuicio de la categoría de residencia que se hubiera obtenido.

Entre los parámetros que contempla el mentado artículo, como punto de partida y para adentrarnos en la propuesta de este trabajo, debemos precisar la redacción del inciso c), en cuanto señala que una persona no será pasible del ingreso o la permanencia en nuestro país por el hecho de “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, en la Argentina o en el exterior, o tener antecedentes por tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”¹⁵.

La norma en cuestión resulta ser la de mayor implementación en lo que respecta a los procesos de expulsión de migrantes de la Argentina, incluso por encima de los casos de irregularidad migratoria. De hecho, las estadísticas elaboradas por la propia DNM, aún sin resultar las más actuales, cuanto menos respaldan esta afirmación y demuestran que, al analizar el período comprendido entre el año 2009 y el primer semestre de 2015, la cifra alcanza a 4.353 personas expulsadas por aplicación del mencionado art. 29, inc. c)¹⁶.

Por lo tanto, al margen de las dispensas aplicables a cada caso concreto -reunificación familiar o razones humanitarias¹⁷-, al volver sobre

promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el Territorio Nacional; g) Haber sido condenado en la Argentina o tener antecedentes por haber presentado documentación material o ideológicamente falsa, para obtener para sí o para un tercero un beneficio migratorio; h) Promover la prostitución; lucrar con ello; haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior por haber promovido la prostitución; por lucrar con ello o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas; i) Intentar ingresar o haber ingresado al Territorio Nacional eludiendo el control migratorio o por lugar o en horario no habilitados al efecto; j) Constatarse la existencia de alguno de los impedimentos de radicación establecidos en la presente ley; k) El incumplimiento de los requisitos exigidos por la presente ley.

15 A partir del DNU N° 70/17 este artículo se vio sustancialmente modificado en su redacción, quitando el piso mínimo de tres años y precisando que serán causas impeditivas de ingreso y permanencia en la Argentina “haber sido condenado o estar cumpliendo condena, o tener antecedentes o condena no firme en la República Argentina o en el exterior, por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad”.

16 Dirección Nacional de Migraciones, *Estadística de Expulsiones. Informe actualizado al 1er Semestre de 2015*, Coordinación y Estadística de Análisis DIM, Disponible en: http://www.migraciones.gov.ar/pdf_varios/estadisticas/estadistica_expulsiones_DNM_2009-2015_1er%20semestre.pdf -consultado el 16/8/2018-.

17 Art. 29 *in fine*: La Dirección Nacional de Migraciones, previa intervención del Ministerio del In-

la redacción de esta norma se advierte que el Estado argentino podrá limitar el ingreso y la permanencia de personas a su territorio con base en tres supuestos: 1) haber sido condenado por un delito cometido en la Argentina o en el extranjero, 2) estar cumpliendo una condena por un delito cometido en la Argentina o en el extranjero o 3) tener antecedentes por delitos específicos [tráfico de armas, de personas, de estupefacientes o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas].

Sin embargo, la discusión que la CSJN debió zanjar respondía al alcance que debía otorgársele a los supuestos impedientes de ingreso o permanencia en relación con la frase que pone cierre al art. 29, inc. C): “o delito que merezca para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres (3) años o más”.

Las posiciones sobre el pasaje precitado, en breves líneas, oscilaban entre dos perspectivas: aquellos que consideraban que *cualquier* condena o antecedente por delito receptado en la legislación argentina favorecían la aplicación de este artículo, sin importar el monto de la pena que hubiera correspondido, y quienes entendían, tal es nuestro caso, que sólo los antecedentes por los delitos detallados o las condenas en que el imputado mereciera una pena de “tres años o más” permitirían su implementación.

3. El caso “Apaza León” y su contexto

El 8 de mayo de 2018, la CSJN dictó sentencia en el caso “Apaza León” y determinó el alcance del artículo 29, inc. c), de la Ley N° 25.871 con relación a las causas impedientes de ingreso y permanencia de extranjeros al territorio nacional.

El actor¹⁸, arribado a la Argentina en el año 2008, fue condenado el 2 de octubre de 2009 a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional en tanto responsable del delito de robo agravado por ser en poblado y en banda, en grado de tentativa, en calidad de coautor.

terior, podrá admitir, excepcionalmente, por razones humanitarias o de reunificación familiar, en el país en las categorías de residentes permanentes o temporarios, mediante resolución fundada en cada caso particular, a los extranjeros comprendidos en el presente artículo.

18 Siguiendo la lógica del voto mayoritario de la CSJN en la sentencia “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo recurso de hecho”, del 24 de abril de 2012, entendemos que carece de sentido la inclusión de la nacionalidad del actor.

A raíz de este evento, y con base en la aplicación del mentado art. 29, inc. c), la DNM declaró irregular su permanencia en el país, ordenó su expulsión y prohibió su reingreso por el término de ocho años; postura que, a pesar de los cuestionamientos del actor, se mantuvo invariable en sede administrativa.

Agotada la vía, el actor impugnó la orden de expulsión mediante la interposición del recurso judicial directo, insistiendo en que la pena que le fuera impuesta no habilitaba la aplicación del art. 29, inc. c) de la Ley N° 25.871.

Así las cosas, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 3 hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la disposición dictada por la citada DNM.

No obstante, dicho decisorio fue revocado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, quien sostuvo que el uso de la partícula “o” en la redacción del inciso c) del artículo 29 operaba como disyunción, estableciendo como impedimento para permanecer en el país haber sido condenado o tener antecedentes por ciertos delitos -entre los cuales estaban aquellos que merezcan para la legislación argentina pena privativa de la libertad de tres años o más-.

Por lo tanto, debía entenderse que la norma consagraba dos causales diferentes de impedimento para la permanencia en el país: a) que el migrante tuviera alguna condena penal, cualquiera fuera el delito o el monto de la pena; b) que el migrante tuviera antecedentes por la comisión de ciertos delitos, entre ellos los que merecieran penas privativas de la libertad de tres años o más.

Contra esta sentencia se interpuso Recurso Extraordinario Federal, que fue concedido. En dicho remedio se alegó que la referencia que la norma realiza en cuanto al monto de la pena no calificaba únicamente los antecedentes del migrante que justifican la expulsión, sino también a las condenas que hubiera recibido.

Asimismo, se adujo que la inteligencia otorgada por la segunda instancia tornaba redundantes otras causales previstas en otros incisos del artículo también referidas a condenas o antecedentes por ciertos delitos¹⁹.

19 Cf. art. 29 incs. f), g) y h).

Por último, se argumentó que la interpretación seguida por la Cámara era contraria al principio *pro homine*²⁰ y a lo resuelto por el Máximo Tribunal en la causa “Granados Poma”²¹.

Los argumentos ensayados recibieron dictamen favorable del Sr. Procurador Fiscal ante la Corte quien, el día 9 de febrero de 2017, recomendó se hiciera lugar al Recurso Extraordinario Federal y se revocase la sentencia recurrida.

Finalmente, el Máximo Tribunal hizo lugar al recurso y revocó la sentencia apelada. Para ello concluyó que, habiendo sido el señor Apaza León condenado a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso no se configuraba la causal de impedimento para permanecer en el país establecida en el inciso c del artículo 29, de la Ley N° 25.871.

4. Análisis de la CSJN: el alcance de la norma

La Corte, en un decisorio conciso y esclarecedor, entendió que el uso de la disyuntiva “o” en el texto del artículo 29, inciso c de la Ley N° 25.871 no da cuenta de que la voluntad del legislador apuntara a actuar como excluyente entre “antecedente” y “condena”. En efecto, la CSJN razonó que la inteligencia de la norma sustentada por la Cámara, según la cual la causal que impide la permanencia en el país se verifica con la existencia de condena por cualquier clase de delitos —o ante la presencia de antecedentes relacionados con los delitos que menciona la norma o

20 Receptado en diversos instrumentos de derechos humanos (art. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5 Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 1.1 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; art. 41 Convención sobre los Derechos del Niño, *inter alia*), el Principio *pro homine* es definido por Pinto como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre”. Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163.

21 CSJN, “Granados Poma, Héctor c/ en -DNN- resol. 104.574/09 (expte. 2.293.077/07) s/ amparo ley 16.986”, 28 de agosto de 2012.

con aquellos que merezcan penas de tres años o más—, dejaría sin sentido a las previsiones de los incisos f, g y h del artículo 29.

Estos incisos contemplan, como causales impeditivas, la condena impuesta al migrante por los delitos que allí se especifican, que son distintos de los aludidos en el inciso c. Entonces, agregó, si la regla establecida en el inciso c) fuese que todo migrante puede ser expulsado por haber sido condenado por cualquier delito —sin importar la cuantía de la pena—, las previsiones de los otros incisos mencionados serían redundantes, ya que los casos regulados por estos incisos encuadrarían en esta regla general.

Por consiguiente, la interpretación plausible del inciso c) del artículo 29 es que tanto la “condena” como los “antecedentes”, para poder justificar la prohibición de entrada o la expulsión de un migrante, deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inciso —tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas—, o bien con cualquier otro delito que para la legislación argentina merezca pena privativa de libertad de tres años o más.

5. Interpretación coherente con las restantes causales de expulsión del artículo 29 y con los propósitos de la Ley N° 25.871

El análisis y la interpretación de la CSJN respecto del alcance que debe otorgársele al inciso c) del artículo 29 de la citada ley, entendemos, fue acorde a los restantes postulados del artículo en cuestión y respetuosa de los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad y *pro homine*, como regla hermenéutica en materia de derechos humanos.

Bastó con una interpretación armónica y sistemática de la Ley N° 25.871 para advertir que la interpretación que solía favorecerse hasta el decisorio de la Corte chocaba con el contenido y alcance de otros preceptos regulados en la misma norma y conducía a afirmar la inconsecuencia del legislador, en tanto ponía en crisis distintas cláusulas de la misma ley.

En definitiva, la interpretación efectuada por la Sala II de la Cámara, así como por diferentes tribunales del fuero, resultaba irrazonable al no

analizar la norma de manera integral con las demás causales de expulsión previstas en los otros incisos del artículo 29.

Es que, de afirmarse que resulta viable la expulsión de un migrante en virtud de *cualquier* condena -sin importar la pena- impuesta en la Argentina, la inclusión efectuada por el legislador como supuestos especiales de expulsión, por caso, de la condena por uso de documentación falsa (art. 29, inc. g), o la de haber sido condenado en Argentina o tener antecedentes por promover o facilitar, con fines de lucro, el ingreso, la permanencia o el egreso ilegales de extranjeros en el territorio nacional (art. 29, inc. f), o el haber sido condenado o tener antecedentes, en la Argentina o en el exterior, por haber promovido la prostitución, por lucrar con ella o por desarrollar actividades relacionadas con el tráfico o la explotación sexual de personas (art. 29, inc. h), parecería entonces innecesaria.

Tal interpretación llevaría al absurdo de considerar que, todos estos supuestos reseñados, quedarían automáticamente inmersos en el inciso c.

Al respecto, la Corte Suprema ha expresado en reiteradas oportunidades y en forma uniforme que, sobre las reglas de interpretación de las leyes, la exégesis de una norma que a *priori* se presenta con algún grado de ambigüedad no puede prescindir de un análisis que aborde la totalidad del ordenamiento jurídico y, en especial, aquellas que forman parte del mismo catálogo normativo²².

Incluso, un elemento adicional que permite confirmar la conclusión a la que arribó el Máximo Tribunal es que las causales de expulsión antes mencionadas refieren -en varios de los casos- a delitos con penas menores al límite punitivo fijado por el legislador en la última parte del artículo 29, inciso c.

De allí que en las causales antes mencionadas del artículo 29 el legislador apuntó a incluir supuestos de eventuales condenas o antecedentes por delitos que, aunque pudieran implicar penas inferiores al límite cuantitativo de la última parte del inciso c), representaban una afectación irreconciliable con los fines y objetivos que persigue la ley migratoria y, consecuentemente, justificaban la expulsión del migrante al margen del quantum punitivo previsto por esos tipos penales.

22 Fallos: 330:2892; 320:495, entre otros.

6. Conclusión

Con el dictado del fallo “Apaza León” la CSJN zanjó una discusión que significó, además de un intenso debate en la arena judicial, un avance en la protección de los derechos de las personas migrantes y, sin duda, una garantía en materia de seguridad jurídica que concilia los postulados del art 29, inc. c) con los restantes lineamientos en materia de política migratoria que la ley contiene.

El fallo del Tribunal unifica definitivamente un criterio de interpretación que evita la discrecionalidad de la autoridad administrativa y judicial, a la par que fortalece el andamiaje jurídico sobre el cual reposa el derecho humano a migrar y respeta los postulados constitucionales que, desde antaño, han favorecido la integración de los migrantes en la Argentina.

Por ello, de ahora en más, para justificar el impedimento de ingreso o de permanencia en el país, no podrá obviarse que tanto la condena como los antecedentes que pesan sobre el migrante deben relacionarse con alguna de las cinco categorías de delitos que se mencionan en el inc. c) del referido artículo -tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas- o bien con cualquier otro delito cuya pena mínima en la legislación argentina esté prevista en tres o más años de prisión. Así, la CSJN dejó en claro que no todo vale.

DERECHO A LA EDUCACIÓN DE UNA NIÑA CON DISCAPACIDAD.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ‘A., M. L. por su hija menor c/ OSDE s/ ley de medicina prepaga’”, 29 de mayo de 2018.

Por GUSTAVO CAMELO¹

1. Introducción

En los siguientes párrafos desarrollaremos el comentario de la decisión dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) el día 29 de mayo de 2018 en los autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ‘A., M. L. por su hija menor c/ OSDE s/ ley de medicina prepaga’”.

Enunciaremos los hechos del caso, analizaremos el contenido de los votos, con focalización en el mayoritario, e intentaremos establecer si el criterio de decisión se ajustó a los precedentes del tribunal y si resultó adecuado a la naturaleza del caso y a las exigencias de nuestro sistema constitucional y convencional.

2. Los hechos del caso

Tras cinco años de enviar a su hija con síndrome de Down a un colegio privado de la Provincia de Mendoza, la mamá pidió a la prestadora que le daba cobertura asistencial que se hiciera cargo del costo del establecimiento. El juez de primera instancia rechazó tal pretensión y la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza la admitió, disponiendo que la demandada debería satisfacerla según los aranceles nombrados por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación.

¹ Profesor Titular Interino (UNDAV). Profesor Adjunto Regular (UBA). Juez Nacional en lo Civil.

La demandada planteó contra esa decisión un recurso extraordinario cuyo rechazo la llevó a introducir una queja que fue admitida por la CSJN, por voto mayoritario compartido por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosenkrantz —con la disidencia conjunta de Highton de Nolasco y Rosatti, quienes se pronunciaron por el ejercicio del *certiorari* negativo al que habilita el artículo 280 del CPCCN—, quienes dispusieron dejar sin efecto la decisión de Cámara y reenviar la causa a ese tribunal para el dictado de un nuevo pronunciamiento con sujeción a las pautas establecidas por la mayoría.

3. Los argumentos del voto mayoritario

Si bien el recurso propuesto a la consideración de la Corte involucraba cuestiones de hecho y prueba cuya apreciación es facultad de los jueces de la causa y no susceptible de revisión por vía de recurso extraordinario, el voto mayoritario, con remisión a lo decidido en el caso “M., F. G. Y otro c/ OSDE”², sostuvo que correspondía que el tribunal entendiera en el caso pues la sentencia presentaba defectos de fundamentación³, dado que se había dado relevancia a elementos que no eran definitorios, relativizando otros conducentes (considerando 3º)⁴.

La mayoría señaló que en el caso “R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de la Sanidad s/ amparo”⁵ se habían fijado diversas pautas respecto de la carga probatoria que pesa sobre las partes en juicios de esta naturaleza, estableciendo que es el agente del servicio de salud el que debe probar dos extremos: i) que entre sus prestadores existe una alternativa que proporciona un servicio educativo análogo y ii) que la propuesta paterna es exorbitante o carece de razón (considerando 4º).

Tras recordar ello, en ese voto se sostuvo: “5) Que bajo tales premisas asiste razón a la apelante pues el *a quo* expresamente advirtió que la elec-

2 CSJN, Fallos: 340:1062.

3 CSJN, Fallos: 321:2131.

4 En la tradicional clasificación de los supuestos de arbitrariedad de sentencia dada por los Carrió, el fallo de Cámara habría incurrido en las causales séptima —prescindir de prueba decisiva— y décima —sustentar el fallo en fundamentos aparentes. Cf. Carrió, Genaro R. y Carrió, Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

5 CSJN, causa CSJ 104/2011 (47- R)/CS1, del 27 de noviembre de 2012.

ción de los progenitores resultaba infundada al destacar que el instituto escogido es uno de los más costosos del ámbito educativo provincial y que, después de haber hecho concurrir allí a la niña por más de cinco años, intempestivamente solicitó a OSDE el pago de los aranceles escolares...” y que en esa decisión no se tuvieron en cuenta las declaraciones testimoniales de expertas en psicopedagogía y un informe de la Dirección General de Educación Especial de la provincia, que indicaron que la menor podía asistir a las escuelas públicas provinciales, ni se evaluó que la prestadora se había hecho cargo de las prestaciones de apoyo escolar e integración a través de tratamientos psicopedagógicos, neurolingüísticos y de terapia ocupacional.

Según el criterio mayoritario, tales falencias de fundamentación resultaban descalificadoras del fallo apelado, por lo que declaró procedente el recurso extraordinario, dejó sin efectos la sentencia impugnada y dispuso que el proceso volviera al tribunal de origen para que se dictara un nuevo pronunciamiento con arreglo a las pautas establecidas en los considerandos de ese voto.

La disidencia

La minoría consideró que el recurso extraordinario resultaba inadmisible, por lo que se pronunció por la desestimación de la queja por aplicación del *certiorari* negativo al que el artículo 280 del CPCCN habilita al tribunal.

La CSJN tiene decidido que la desestimación de un recurso extraordinario con la sola invocación de esa norma no importa confirmar ni afirmar la justicia o el acierto de la decisión recurrida, sino que implica que, por no haber hallado en la causa elementos que tornen manifiesta la frustración del derecho a la jurisdicción ni al debido proceso, el tribunal decide no pronunciarse sobre la presunta arbitrariedad invocada, pues no le incumbe revisar el acierto o error, la justicia o injusticia de las decisiones de los tribunales inferiores en las cuestiones de su competencia⁶.

6 CSJN, Fallos: 323:86.

Contra lo que puede pensarse en razón de lo escueto de la fundamentación, la desestimación por art. 280 va precedida de una evaluación seria, que se plasma en un memo que circula por las vocalías y en la que se evalúa la afectación de derechos que puede involucrar la decisión recurrida.

Análisis de la decisión

La solución dada por la mayoría de la Corte no parece haber solucionado los problemas de arbitrariedad que atribuyó al fallo de cámara.

5.1) Soslayo de las normas constitucionales protectorias de la situación de los niños con discapacidad

En el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional, en una norma que propende a la superación de las circunstancias que generan desigualdad estructural en sectores de la población, se impone la adopción de medidas de acción positiva destinadas a generar condiciones de igualdad respecto de las mujeres, los niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores⁷.

En el caso, la situación de la amparista se encontraba en la intersección de dos de esas categorías de personas acreedoras de protección especial, lo que llamativamente se encontró fuera del horizonte argumental tenido en consideración por los jueces que conformaron ese voto, que da cuenta de un cambio en los criterios de protección de los niños con discapacidad.

Hace ya tiempo que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un criterio protectorio fuerte con relación a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad⁸, al que no se hizo mención en este caso.

7 Se trata de un mandato dirigido al Congreso Nacional pero con proyección sistémica.

8 CSJN, Fallos 323:3229, del 24/10/2000; Fallos 324:3569, del 16/10/2001; Fallos 327:2127, del 8/6/2004 y Fallos 327:5210, del 23/11/2004, entre otros.

5.2) Apartamiento del criterio establecido en un precedente relevante citado en el propio fallo

En el ya citado fallo contra la Obra Social del Personal de la Sanidad del año 2012, en una acción de amparo entablada por los padres de una niña con síndrome de Down, la Cámara de Apelaciones había dispuesto que en lo relativo a la educación los padres debían recurrir al sistema público, lo que los llevó a plantear un recurso extraordinario que, concedido, motivó que la CSJN —con voto unánime de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Maqueda— dejara sin efecto la sentencia cuestionada, sosteniendo que el régimen propio de la discapacidad se ve desnaturalizado con la sentencia que deja sin cobertura una necesidad central como es la educación especial de un niño discapacitado, con único fundamento en la falta de prueba de que los establecimientos educacionales públicos no cuentan con oferta educacional adecuada a la índole de su discapacidad, pues ello importaba exigir una prueba negativa no prevista en la Ley 24.901.

En el dictamen de la Sra. Procuradora en ese caso, a cuyos términos remitió el tribunal, se sostuvo que en esta particular área de los derechos humanos, los imperativos de integralidad, efectividad, accesibilidad en la restitución de derechos, promoción, atención privilegiada, disfrute de una vida plena y decente, máxima inclusión social de los niños con discapacidad y consideración primordial de su interés, tienen jerarquía superior y que el sentido de la tarea interpretativa se encuentra determinado por lo establecido en los artículo 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional; 3, 7, 10, 23, 24, 25 y 26 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3, 23 y 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, con los que se alinean los artículos 2, 11 y 15 de la Ley 24.901; parágrafos 9.b, 11, 14, 29 y 30 de la Observación General N° 9 “Los derechos de los niños con discapacidad”⁹; el Preámbulo y los artículos 2, 3 y 6 de la Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre “Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”¹⁰; la Resolución CD 47.R1 sobre derechos humanos y

9 CRC/C/GC/9, del 27/7/2007.

10 A/RES/48/96, 48° periodo de sesiones.

discapacidad¹¹ y lo enunciado en los párrafos 16 a 25, 42, 43 y 81 del Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, “El derecho a la educación de las personas con discapacidades”¹².

Es particularmente llamativo que en el considerando cuarto del voto mayoritario se citara ese precedente con relación a la evaluación de las cargas probatorias, que también desarrolló allí la Sra. Procuradora, pero que nada se dijera sobre el criterio establecido en la decisión en materia protectoria.

Por otra parte, el contenido del considerando cuarto de la sentencia que comentamos no parece guardar coherencia con lo que luego se expone y con lo que decide la mayoría, pues en ningún momento se deja establecido que el prestador haya acreditado la existencia de una alternativa que proporcionara un servicio educativo análogo a aquél cuya cobertura se impuso.

5.3) La alternativa o continuidad en el proceso educacional

Seguramente la niña podría asistir a escuelas públicas provinciales, pero posibilidad y conveniencia son parámetros de evaluación que no responden necesariamente al criterio que debe orientar la decisión de casos de esta naturaleza, que es el del mejor interés de la niña.

El hecho de que el pedido se formulara cuando la pequeña llevaba más de cinco años concurriendo al establecimiento escolar cuya cobertura se solicitaba no debía ser evaluado como un elemento en contra de la pretensión enunciada por sus padres, sino por el contrario, debía tenerse en cuenta la conveniencia de dar continuidad al proceso educativo y de inserción de una persona con síndrome de Down.

El síndrome de Down requiere de la continuidad de atención en establecimientos que cuenten con equipos capacitados y modelos inclusivos. Según se estableció en la Observación General N° 1 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, el objetivo del proceso educativo es el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades,

11 OPS/OMS, 25/9/2006.

12 A/HRC/4/29 del 19/2/2007.

lo que incluye potenciar su sensación de identidad y pertenencia y su integración en la sociedad e interacción con otros.

El artículo 29 de la CDN añade al derecho a la educación una dimensión cualitativa que refleja los derechos y la dignidad inherente del niño y exige que la educación gire en torno al niño, le sea favorable y lo habilite; se trata de más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad.

Los humanos pertenecemos a una especie cuyos integrantes requerimos de un prolongado y complejo proceso de educación que posibilita la asimilación de las pautas culturales necesarias para la vida en sociedad, mucho más extenso que el requerido por los individuos de cualquier otra. De la forma en la que se lleve a cabo ese proceso dependerán en enorme medida las posibilidades futuras del sujeto. Y es claro que las exigencias de ese desarrollo requieren de esfuerzos especiales de la sociedad cuando se trata de chicas o chicos que sufren de algún grado de discapacidad.

5.4) Costeo de los gastos educativos de una niña con discapacidad

Hace tiempo ya que en el país decidimos responder a los requerimientos de atención de las personas con algún grado de discapacidad por vía de los efectores de los subsistemas sanitarios de obras sociales o medicina prepaga, según se estableció en la Ley 24.901.

Puede que los padres de la niña hubieran estado en condiciones de costear un determinado establecimiento escolar por algún tiempo y que por factores diversos, a los que las necesidades de atención de la pequeña podrían no ser ajenos, luego se les hiciera extremadamente oneroso seguir pagando íntegramente la cuota, pero de lo que trata el sistema de atención especial de las niñas y niños con discapacidad es precisamente de poder hacer frente a esas situaciones del mejor modo posible para la pequeña y no para los intereses económicos de la prestadora, que en todo caso debía demostrar la especial incidencia que podría generar el tener que hacer frente a este tipo de costos en el universo de sus afiliados.

Precisamente para ello, para posibilitar diluir en el conjunto la mayor incidencia que genera la atención de una persona en particular, es que se diseñan los sistemas asistenciales.

Cuando se sancionó la Ley 24.754, que impuso a las empresas de medicina prepaga dar cobertura a las enfermedades asociadas al VIH, una de las prestadoras, el Hospital Británico, planteó que la incidencia que ello tendría en sus costos operativos tornaría inviable su actividad. La CSJN rechazó el planteo¹³ con el argumento de la insuficiencia de fundamentación; dijo que la defensa de la prepaga no había mostrado sus números, no había acreditado que ello fuera efectivamente así, lo que podría haber realizado por vía de cálculos de proyección actuarial teniendo en cuenta la cantidad de afiliados con VIH. Al cabo, el tiempo evidenció que el planteo de la amparista era inconsistente, pues el cumplimiento de la prestación impuesto por la ley no produjo el resultado catastrófico vaticinado por su defensa y hoy continúa atendiendo a un gran número de pacientes y adherentes a su sistema.

En el presente caso la decisión de la Cámara imponía la cobertura según los aranceles nombrados por el Ministerio de Salud, no cualquier suma, cuestión que determinaba que en el caso debiera considerarse irrelevante el mayor costo del establecimiento elegido por los padres de la niña, pues lo impuesto en aquélla sentencia operaba como un tope objetivo que cubría las necesidades de la amparista, atento la ausencia de recurso de esa parte.

Adviértase que no se argumentó que la familia estuviera en condiciones económicas de seguir costeando la escolaridad en el establecimiento al que desde hacía cinco años enviaba a la niña, sino que lo que se planteó fue que podía ir a un establecimiento público. Es probable que el establecimiento público fuera tan bueno o mejor que el privado, pero ello tampoco fue objeto de argumentación, cuando por imperativo convencional debía evaluarse lo que satisficiera de mejor modo el interés de la niña¹⁴.

Las referencias a las que habrían sido las omisiones del fallo aludieron a que de los elementos soslayados surgiría "...la posibilidad de que la menor asistiera a las escuelas públicas provinciales...".

13 CSJN, Fallos: 324:754.

14 Art. 3.1 de la Convención sobre Derechos del Niño.

La derivación al sistema de educación pública de los adherentes con discapacidad constituye una forma de subsidio indirecto para los prestadores.

Conclusiones

Quienes trabajamos a diario en materia de “derechos civiles” o derechos económicos, sociales y culturales, seguimos desde hace algún tiempo¹⁵ las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con alguna preocupación por lo que parece ser un retroceso en los criterios de garantía de esas materias.

En el caso comentado, llama la atención la existencia de inconsistencias relevantes en la argumentación desarrollada por la CSJN para apartarse de un criterio protectorio igualitario que parecía consolidado en su jurisprudencia con relación a los niños con discapacidad y en el que se advierte un cambio notorio en el criterio de decisión de los jueces Lorenzetti y Maqueda, respecto de su voto en un precedente relevante citado en la propia sentencia, sin que éste fuera acompañado por la exposición de argumentos que lo fundaran.

Es claro que una sentencia que, como ocurrió en este caso con la de Cámara, no ponderó elementos relevantes no puede sostenerse como un pronunciamiento judicial válido, pero lo es también que cabría esperar que el tribunal acompañara las consideraciones formales por argumentos sustantivos en materia de derechos humanos, ausentes en los fundamentos que sustentaron la decisión del caso en el que, paradójicamente, es el voto en disidencia, reducido a la invocación formal del artículo 280 del CPCCN, el que sostiene de mejor modo el criterio protectorio hace tiempo enunciado por el tribunal con relación a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad.

Esos chicas y chicos son los más vulnerables entre los vulnerables considerados por nuestro sistema constitucional federal; es de esperar que la sentencia que comentamos haya constituido una anomalía y no el

15 En especial desde el 14 de febrero de 2017 cuando el tribunal decidió con relación a lo sentenciado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevuechia y D’Amico c/ República Argentina”.

principio de un camino divergente del hasta ahora seguido por la CSJN, que nos aleje de la posibilidad de construir una sociedad que cuide en forma especial de sus integrantes más débiles.

CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL. DESAPARICIÓN FORZADA.

Corte IDH, *Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador*.
Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332.

Una luz entre las sombras. A propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador*

Por CHRISTIAN H. HUAYLINOS CAMACUARI¹

*“La herida la llevamos siempre, la sensibilidad la tenemos siempre,
en todo momento de nuestra vida.”*

María Esther Gomero Cuentas, viuda de Jorge Vásquez Durand²

1. El contexto: Desaparición forzada en el conflicto del Cenepa entre Perú y Ecuador

Los hechos reprochados en el presente caso ocurrieron en el ámbito de la Guerra del Cenepa o Conflicto del Alto Cenepa entre Ecuador y Perú³. Un desacuerdo entre ambos países por un tema limítrofe les llevó a entrar en guerra en enero del año 1995. El día 27 de enero de ese año se declaró el estado de emergencia nacional en Ecuador⁴, lo cual implicaba la aplicación de facultades extraordinarias contempladas en la Constitución

1 Graduado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro coordinador del Área Legal de la Asociación Pro Derechos Humanos (APRO-DEH). Formó parte del programa de voluntariado de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú.

2 “Víctima de desaparición forzada en Ecuador pide justicia ante Corte IDH”. (23 de agosto de 2016). Agencia EFE. Disponible en: <https://www.efe.com/efe/usa/mexico/victima-de-desaparicion-forzada-en-ecuador-pide-justicia-ante-corteidh/50000100-3020872>

3 El 17 de febrero de 1995 los Estados de Ecuador y Perú suscribieron la Declaración de Paz de Itamaraty en Brasil, donde acordaron la retirada de las tropas de ambos países. El 28 de febrero de 1995 mediante la Declaración de Montevideo, reiteraron su compromiso con el "inmediato y efectivo cese del fuego".

4 Mediante Decreto Ejecutivo No. 2487.

Política y en la Ley de Seguridad Nacional vigente en aquel entonces. El estado de emergencia fue revocado por el Tribunal de Garantías Constitucionales en octubre de 1995, siendo que ya no había motivos para que siga vigente⁵. El 24 de octubre de 1998 los presidentes de Perú y Ecuador dieron por terminado en forma global y definitiva las discrepancias entre ambos países⁶, mediante el Acta o Acuerdo de Brasilia⁷.

Durante este conflicto, varios peruanos fueron detenidos en Ecuador por efectivos policiales y militares⁸. Uno de los ejemplos de la sistematización de la detención de ciudadanos peruanos en el marco del conflicto del Alto Cenepa entre Ecuador y Perú consiste en la nota de la Representación Permanente del Perú ante la Organización de los Estados Americanos de fecha 12 de mayo de 1995, a la cual se adjuntó la “lista actualizada al 11 de mayo de 1995 de los ciudadanos peruanos detenidos en el Ecuador cuya libertad se viene gestionando”⁹. Cabe mencionar que Jorge Vásquez Durand se encuentra en esta lista.

Además, hubo un contexto de impunidad de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante ese conflicto; este contexto de impunidad generalizada fue luego reconocido por la Comisión de la Verdad de Ecuador en su informe final denominado “*Sin Verdad no hay Justicia*” y emitido en el año 2010¹⁰.

Así, para una visión más clara y detallada de las aristas que reviste el caso, pero sobre todo, para darle una visión más humana, desde la perspectiva de la víctima y sus familiares, se desarrollará este caso en el

5 Eventualmente este decreto fue revocado por el Tribunal de Garantías Constitucionales por Resolución No. 201-95-CP, emitida en octubre de 1995, debido a que había determinado que los motivos que ocasionaron las medidas ya no existían y que por lo tanto el perjuicio a las libertades del individuo no podía seguir justificándose”.

6 El País. "Los presidentes de Perú y Ecuador firman la paz en Brasilia y delimitan su frontera.

7 Como se afirma en el Informe de Admisibilidad y Fondo 12/15 de la CIDH., una nueva ronda de negociaciones condujo al Acuerdo o Acta de Brasilia del 24 de octubre de 1998, en cuya virtud los presidentes de Perú y Ecuador dieron por terminado en forma global y definitiva las discrepancias entre ambos países.

8 Afiche del Comité Internacional de la Cruz Roja y de la Cruz Roja Ecuatoriana.

9 Nota de la Representación Permanente del Perú ante la Organización de los Estados Americanos de fecha 12 de mayo de 1995.

10 Informe final de la Comisión de la Verdad de Ecuador “*Sin Verdad no hay Justicia*”. 2010. Disponible en: http://www.alfonsozambrano.com/comision_verdad/index.htm

marco de tres historias: la de la víctima, la de sus familiares y el proceso ante el sistema interamericano.

2. Primera Historia: Jorge Vásquez Durand y las circunstancias de su desaparición forzada

A. Jorge Vásquez Durand – La principal víctima

Jorge Vásquez Durand, ciudadano peruano, nació el 22 de febrero de 1950 en la provincia de Trujillo, departamento de La Libertad, Perú. Contrajo matrimonio con María Esther Justina Gomero Cuentas, con quien tuvo dos hijos: Jorge Luis Vásquez Gomero y Claudia Esther Vásquez Gomero, quienes tenían 12 y 11 años en el momento de los hechos. Era comerciante, de profesión periodista y relacionista público y se dedicaba al comercio de artesanías entre Perú y Ecuador (telares, broncearía, arte, platería, etc.) desde el año 1993. Quito, Ibarra y principalmente Otavalo eran sus zonas de comercio a donde proveía su mercadería; generalmente llevaba de Perú artesanías de plata y bronce y traía del Ecuador mochilas y chalecos, razón por la cual viajaba dos o tres veces al mes desde Lima, Perú a Ecuador entre mayo de 1993 y enero de 1995, fecha en que se produjo su detención y posterior desaparición forzada.

B. La detención y posterior desaparición de Jorge Vásquez Durand

El día 26 de enero de 1995 Jorge Vásquez Durand viajó por tierra a Ecuador para cumplir con pedidos de sus clientes. Ingresó a la localidad de Huaquillas el 27 de enero. De ahí se habría trasladado a la ciudad de Otavalo, provincia de Imbabura, conocida por su producción de artesanías. Viajó hasta tal ciudad con el ciudadano peruano Mario Jesús Puente Olivera, también comerciante, con quien compartió un cuarto de hostel, aunque desarrollaban con independencia sus actividades comerciales.

Habiendo cumplido sus compromisos y considerando las tensiones en el ambiente debidas al conflicto, el 28 de enero Jorge decidió regresar a Perú. Viajó a Huaquillas, localidad ecuatoriana limítrofe con Perú y luego, el 30 de enero de 1995, cruzó el Puente Internacional hacia Aguas

Verdes donde contrató el transporte de su cargamento hasta Tumbes. Ese mismo día, en la mañana, desde esa misma localidad peruana llamó dos veces por teléfono a su esposa para tranquilizarla e informarle que estaba preocupado por pasar su mercadería en la aduana.

Luego, volvió a cruzar la línea de la frontera para sellar su pasaporte peruano en la oficina ecuatoriana de migraciones y trámites de migración e internación de su mercadería, en donde fue arrestado por el Servicio de Inteligencia ecuatoriana. Nunca más, hasta el día de hoy, volvió a entrar en contacto con su familia.

Según las declaraciones del señor Mario Jesús Puente Olivera, cuando él terminó con sus negocios en Otavalo se dirigió al pueblo de Ibarra donde fue detenido por un civil que lo llevó a la Comisaría. Durante su detención le ofreció dinero a un policía, solicitándole que llamara al señor Vásquez al hostel de Otavalo para que “vele por mí”, “porque hay muchas personas que nosotros dejamos la mercancía que nos conocían”.

Si bien al día siguiente en la Comisaría le informaron que fueron a atestiguar los comerciantes a quienes él les dejaba mercadería, por lo que saldría en libertad ese mismo día, llegó personal militar en una camioneta para, luego de encapucharlo, llevarlo en un vehículo por varias horas, al parecer a un cuartel militar, siendo interrogado. Luego de ello, nuevamente fue trasladado encapuchado y esposado por varias horas en una camioneta, aparentemente a un sitio muy lejano, donde fue introducido a un cuarto para ser interrogado y torturado.

Mario Puente Olivera vuelve a ser trasladado a un lugar lejano donde lo introdujeron en una celda bajo el nivel de la tierra, un pasillo con muchas celdas y muchos peruanos, según relata. Lo siguieron torturando y en una de las sesiones de tortura un militar le dijo “Tú has venido con tal persona, ya ese señor Jorge Vásquez ha sido detenido en la frontera”.

El ciudadano peruano, Ernesto Humberto Alcedo Maulen, quien trabajaba en una empresa mexicana y también fue detenido por los efectivos militares ecuatorianos junto con otros compañeros peruanos, fue la última persona que vio a Jorge Vásquez Durand, alrededor de la mitad del mes de junio de 1995.

El señor Alcedo Maulen fue detenido en la ciudad de Manta, Ecuador. Luego fue trasladado a Portoviejo donde pasó del cuartel policial 102

al cuartel policial 101, para finalmente estar trasladado al cuartel militar Teniente Hugo Ortiz a solicitud del Servicio de Inteligencia militar. Alrededor de 30 peruanos estaban detenidos ahí, siendo interrogados y sometidos a golpes y maltratos.

El señor Alcedo Maulen relató lo siguiente: “a diario nos retiraban del calabozo para interrogarnos y pedirnos datos, sobre todo a los que habían hecho el Servicio Militar Obligatorio, querían nombres de Bases Militares así como también de oficiales del ejército”. Afirmó también que ha visto a Jorge Vásquez Durand en el patio del cuartel a menos 6 veces, a la hora que les tomaban lista. Así supo su nombre y luego lo reconoció cuando vio su foto. No conversó con él porque estaba prohibido. Calificó su estado de “bastante decaído” cuando “salía de la celda en cuclillas con las manos en la nuca”. Lo vio por última vez 3 o 4 días antes de su liberación, que ocurrió el 19 de junio de 1995.

3. Segunda Historia: María Esther Gomero Cuentas y sus hijos – La incansable búsqueda de verdad y justicia

A. Las diligencias e investigaciones subsecuentes a la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand

Ante la desaparición de Jorge Vásquez Durand, sus familiares iniciaron una serie de gestiones a fin de dar con su paradero. Al principio, en razón de la imposibilidad de trasladarse a Ecuador por el conflicto bélico de aquel entonces, las acciones fueron promovidas ante autoridades peruanas para que realizaran gestiones ante sus pares ecuatorianos y a través de organizaciones religiosas y de derechos humanos para que a su vez hicieran gestiones en Ecuador.

En esas circunstancias, María Esther Gomero, al no recibir mayores noticias de su esposo, presentó denuncias en diversas instituciones como el Congreso Nacional de Perú, Asociación Pro Derechos Humanos del Perú (APRODEH), Consejo por la Paz, Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cancillerías de Ecuador, Brasil y Argentina y Conferencia Episcopal sin obtener ninguna información. Así también se realizaron diversas gestio-

nes ante las autoridades ecuatorianas: se dirigieron a la Brigada Militar de El Oro, al Arzobispado de Cuenca, a la Comandancia de la División Tarqui, órgano superior militar de El Oro y al Obispado de las Fuerzas Armadas con el fin de obtener informaciones sobre el lugar de detención de Jorge Vásquez Durand.

A pesar de todas estas gestiones, no obtuvo ninguna información sobre el estado y paradero de Jorge Vásquez Durand. Asimismo, con fecha 12 de mayo de 1995 el Gobierno de Perú realizó gestiones ante las autoridades del Estado de Ecuador, siendo que el Estado de Perú entregó a la CIDH una lista actualizada al 11 de mayo de ese mismo año con los nombres de ciudadanos peruanos presuntamente detenidos en Ecuador. En el listado aparece el nombre de Jorge Vásquez Durand “detenido el 30.01 en Huaquillas por ejército ecuatoriano”. Agrega la nota “Habría sido trasladado a Quito”.

Un punto a resaltar consiste en que los familiares de Jorge Vásquez Durand no pudieron presentar una acción de garantía (hábeas corpus) porque la presentación de este tipo de acciones estaba suspendida debido a la vigencia del estado de emergencia por el conflicto. Asimismo, cuando intentaron interponer un hábeas corpus, se encontraron frente a una imposibilidad material siendo que era necesario saber el lugar donde estaba detenida la persona con el fin de presentar la demanda en el distrito correspondiente.

B. La Comisión de la Verdad de Ecuador

El 03 de mayo de 2007, Ecuador creó una Comisión de la Verdad con el objetivo de arrojar luz sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas entre 1984 y 1988, y otros casos especiales¹¹, período que luego

11 Los objetivos de la Comisión de la Verdad ecuatoriana fueron: 1. Realizar una investigación profunda e independiente sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas entre 1984 y 1988, y otros casos especiales, como el llamado caso Fybeca, así como las causas y circunstancias que las hicieron posibles. 2. Solicitar la desclasificación de archivos del Estado que tengan carácter confidencial o de seguridad nacional. 3. Promover un reconocimiento a las víctimas de dichas violaciones y diseñar las políticas de reparación. 4. Recomendar las reformas legales e institucionales necesarias, así como los mecanismos efectivos para la prevención y sanción de las violaciones de derechos humanos. 5. Determinar la existencia de probables indicios de responsabilidades civiles, penales y administrativas para derivarlas a las autoridades pertinentes.

fue extendido hasta el año 2008¹². Su creación se dio mediante Decreto ejecutivo N° 305, publicado en el Registro Oficial No. 87 el 18 de mayo de 2007¹³.

Tenía por finalidad promover el reconocimiento a las víctimas de tales violaciones y un plan de reparación, además de recomendar diferentes reformas legales e institucionales para garantizar la prevención y la sanción de las violaciones de derechos humanos¹⁴.

En su Informe final publicado en junio de 2010, bajo la sección denominada “Desaparición Forzada de Ciudadano Peruano”, la Comisión de la Verdad ha resumido el caso de Jorge Vásquez Durand, como el Caso Número 86 y hace un extenso resumen de la situación: cómo fue privado de su libertad, torturado y posteriormente desaparecido. Toda esta información había sido recabada por su esposa, María Esther Gomero. De no ser por la constante insistencia que ella tuvo durante todos estos años no se hubiera podido conocer estos importantes detalles y testimonios sobre la desaparición de Jorge Vásquez Durand.

En base a los testimonios brindados ante la CIDH, así como ante la Comisión de la Verdad de Ecuador, el último lugar donde fue visto con vida fue en el Cuartel Militar ecuatoriano Teniente Hugo Ortiz. La Comisión de la Verdad ecuatoriana señala que la mayoría de las violaciones de derechos humanos cometidas por elementos policiales o militares no han sido sancionadas ni sus responsables han sido juzgados y sentenciados.

12 "Ante la demanda de atención de casos de violaciones de los derechos humanos posteriores al período 1984-1988, los comisionados resolvieron no discriminar ninguno de los casos que se presenten, siempre que se presuma que las violaciones hayan sido cometidas por agentes del Estado y que éstas se enmarquen en uno de los cinco descriptores señalados", esto es: a. ejecución extrajudicial, homicidio, muerte bajo custodia; b. desaparición forzada; c. tortura; d. violencia sexual; e. detención arbitraria.

13 "La Comisión de la Verdad del Ecuador se creó como resultado de un proceso histórico impulsado por diversas organizaciones de víctimas de violaciones de derechos humanos y familiares de éstas durante más de veinte años (Comité de Familiares de Presos Políticos, Comité de Familiares contra la Impunidad y en los últimos años EL Comité Ecuatoriano No Impunidad -CENIMPU-en el que a más de familiares se integraron también algunas víctimas directas), que venían exigiendo al Estado ecuatoriano una satisfacción adecuada de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación".

14 Informe final de la Comisión de la Verdad de Ecuador “Sin Verdad no hay Justicia”. 2010. Disponible en: <http://solidaridadyddhh.wix.com/victimasdhhhecuador>

4. Tercera Historia: El proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos y la sentencia de la Corte IDH

A. El proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos

En cuanto al trámite del presente caso, el 09 de marzo de 1995, María Esther Gomero Cuentas¹⁵, presentó una petición ante la Comisión en contra del Estado de Ecuador por la detención y posterior desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand por miembros del Servicio de Inteligencia el 30 de enero de 1995, sin que se conozca su paradero desde esa fecha; en violación de varios derechos protegidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El 1° de junio de 1995 la CIDH solicitó al Estado ecuatoriano la adopción de medidas cautelares para investigar el paradero y proteger la vida e integridad personal del señor Vásquez Durand.

Tiempo después y luego de todo un trámite en el ámbito de la CIDH, el 08 de julio de 2015 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la Corte Interamericana señaló como fecha de audiencia el 23 de agosto de 2016 durante el 55° Período Extraordinario de Sesiones, llevado a cabo en la Ciudad de México, México. Allí María Esther Gomero Cuentas rindió su declaración detallando todas las acciones que realizó durante todos esos años con un solo propósito: saber la verdad, alcanzar justicia y conocer el paradero y recuperar los restos de Jorge Vásquez Durand. Posteriormente, las partes presentaron los alegatos escritos y observaciones adicionales a fin de que la Corte pueda resolver al respecto.

B. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Luego de muchos años de un prolongado trámite ante el sistema interamericano, el 18 de abril de 2017 fuimos notificados de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 15 de febrero de 2017, declarando la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador

15 Desde el 07 de abril de 1995, la Asociación Pro Derechos Humanos – APRODEH se constituyó en copeticionaria.

por la desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand y otras vulneraciones a los derechos humanos de él, así como de su familia¹⁶.

La sentencia reviste particularidades interesantes. Por un lado, se trata del primer caso de desaparición forzada en Ecuador presentado ante este Tribunal. El caso también constituyó la primera oportunidad para la Corte Interamericana de resolver sobre violaciones a los derechos humanos perpetradas en el marco de un conflicto armado internacional. Esto llevó a la Corte a interpretar el alcance de las obligaciones del Estado contempladas en la Convención Americana, en forma complementaria con la normativa del derecho internacional humanitario, concluyendo que “al existir un conflicto armado internacional, el derecho internacional humanitario obligaba a Ecuador a proteger a las personas civiles de la otra parte en conflicto que se encontraran en cualquier parte de su territorio”¹⁷.

La Corte Interamericana declaró que el Estado ecuatoriano es responsable por las violaciones a los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, a la vida y al reconocimiento de la personalidad jurídica en perjuicio de Jorge Vásquez Durand. También la Corte concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial y a conocer la verdad, en perjuicio del señor Vásquez Durand y sus familiares: “[...] *la posición del Estado ha impedido a los familiares de la víctima ver satisfecho su derecho al establecimiento de la verdad por vía de dicha comisión extrajudicial. Por otra parte, la Corte reitera que un informe como el de la Comisión de la Verdad aunque importante es complementario y no sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales*”¹⁸.

Razón por la cual, el Tribunal declaró la violación del derecho a conocer la verdad, precisamente en perjuicio de los familiares de Jorge Vásquez Durand. Dicha violación se enmarca en el derecho de acceso a la justicia.

Además, la Corte concluyó que el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de doña María

16 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas de 15 de febrero de 2017. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_332_esp.pdf

17 Ibidem. Párr. 103.

18 Ibid. Párr. 166.

Esther Gomero Cuentas, así como de sus hijos Jorge Luis y Claudia Esther Vásquez Gomero.

A continuación, pasaremos a desarrollar brevemente los principales puntos de la referida sentencia en lo que concierne a la utilización del derecho internacional humanitario como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional.

Es necesario señalar que en el marco del presente proceso, el Estado de Ecuador interpuso una excepción preliminar sobre una alegada falta de competencia material de la Corte IDH para utilizar el derecho internacional humanitario. Excepción que fue desestimada: “(...) en lo que se refiere a su competencia material, en caso de ser necesario, la Corte podrá referirse a disposiciones de derecho internacional humanitario al interpretar las obligaciones contenidas en la Convención Americana, en relación con los hechos del presente caso”¹⁹.

a) Desaparición forzada de Jorge Vásquez Durand y la complementariedad del derecho humanitario con el derecho internacional de los derechos humanos

“Este Tribunal determinó que el señor Vásquez Durand fue desaparecido forzosamente. La Corte recuerda que una desaparición forzada se configura por una pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, distintos bienes jurídicos protegidos por la Convención. Por tanto, el examen de una posible desaparición forzada debe ser consecuente con la violación compleja de derechos humanos que ésta conlleva y no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada solo en la detención, la posible tortura o el riesgo de perder la vida.”²⁰

El artículo 7.5 de la Convención establece que toda persona detenida debe ser llevada sin demora ante la autoridad judicial competente, situación que no aconteció luego de la detención de Jorge Vásquez Durand.

De la información aportada por las partes es razonable presumir que la víctima fue llevada detenida al cuartel policial 102 y/o al cuartel militar Teniente Ortiz. Por tanto, Jorge Vásquez Durand no fue puesto a

19 Ibid. Párr. 32.

20 Ibid. Párr. 133.

disposición de una autoridad judicial sino que fue llevado a un centro de detención clandestino, situación que constituye una abierta vulneración al artículo 7.5 de la Convención.

Del mismo modo, el hecho mencionado en el párrafo anterior constituye una violación al artículo 7.6 de la Convención pues el traslado de Jorge Vásquez Durand a un centro de detención clandestino negó la posibilidad de interponer por sí mismo un recurso rápido y efectivo que le permitiera definir la legalidad de su detención, impidiendo conocer las circunstancias de fecha, forma y condiciones en que se encontraba la víctima. Dicha situación facilitó la negativa a brindar información a los familiares de Jorge Vásquez Durand, a pesar de sus insistentes solicitudes por su paradero.

La detención de Jorge Vásquez Durand se produjo en el contexto de un patrón generalizado de detenciones de ciudadanos peruanos en Ecuador. Tanto así que el Estado de Perú gestionó ante el Estado ecuatoriano la liberación de al menos 21 personas que habrían sido detenidas en diversas regiones del Ecuador en mayo de 1995.

Conforme a lo antes expuesto, se concluye que la detención de Jorge Vásquez Durand, por las circunstancias en las que se produjo y los métodos utilizados por los agentes estatales durante la misma, es incompatible con el derecho consagrado en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento internacional.

Con respecto a la afectación del derecho a la integridad, debemos indicar que las investigaciones adelantadas por el Estado a fin de remediar dicha afectación no se adecuan a los estándares del sistema interamericano, dado que no se han desarrollado con seriedad, imparcialidad, efectividad y dentro de un plazo razonable y con la diligencia debida, lo que no ha permitido determinar el esclarecimiento de los hechos, así como la identificación y sanción de los autores materiales e intelectuales de la detención, torturas y posterior desaparición de Jorge Vásquez Durand, situación que configura el incumplimiento de la obligación de garantizar el respeto al derecho a la integridad personal, conforme se encuentra establecido por el artículo 1.1 de la Convención.

Si bien no hubo declaración de guerra entre los países en conflicto, sí hubo declaración de hostilidades, movilización y enfrentamiento de

tropas. En este contexto, la víctima del presente caso era un civil, de oficio comerciante, que se encontraba en calidad de extranjero dentro del territorio de una de las partes en conflicto.

No podemos dejar de mencionar que el Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949²¹ (que también abarca al derecho a la integridad personal y otros), ratificado por Ecuador en 1954²², se aplica “en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra”²³.

Su artículo 4º dispone que “El presente Convenio protege a las personas que, en cualquier momento y de la manera que sea, estén, en caso de conflicto o de ocupación, en poder de una Parte en conflicto o de una Potencia ocupante de la cual no sean súbditas”.

El mismo Convenio establece en su artículo 27 que “Las personas protegidas tienen derecho, en todas las circunstancias, a que su persona, su honor, sus derechos familiares, sus convicciones y prácticas religiosas, sus hábitos y sus costumbres sean respetados. Siempre serán tratadas con humanidad y protegidas especialmente contra cualquier acto de violencia o de intimidación, contra los insultos y la curiosidad pública”. Y agrega el artículo 29 que “La Parte en conflicto en cuyo poder haya personas protegidas es responsable del trato que les den sus agentes, sin perjuicio de las responsabilidades individuales en que se pueda incurrir”.

El artículo 32 del Convenio prohíbe los castigos corporales, la tortura y el homicidio: “Las Altas Partes Contratantes se prohíben expresamente emplear toda medida que pueda causar sufrimientos físicos o la exterminación de las personas protegidas que estén en su poder. Esta prohibición se aplica no solamente al homicidio, a la tortura, a los castigos corporales,

21 Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/index.Jsp>

22 Tratados y derecho consuetudinario, Comité Internacional de la Cruz Roja. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/index.Jsp>

23 Artículo 2 del Convenio de Ginebra IV relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949. Disponible en: <http://www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/index.Jsp>

a las mutilaciones y a los experimentos médicos o científicos no requeridos por el tratamiento médico de una persona protegida, sino también a cualesquiera otros malos tratos por parte de agentes civiles o militares”.

En virtud de toda esta normativa, la Corte Interamericana resalta que no existe controversia en cuanto a que la alegada desaparición del señor Vásquez Durand ocurrió durante un conflicto armado internacional. “No obstante, el Estado señaló que el derecho internacional humanitario no era aplicable al presente caso ya que ‘el señor Vásquez no pertenecía a la milicia peruana, ni tenía interés alguno en el conflicto armado entre Ecuador y Perú’”²⁴.

Así, la Corte advierte que “el derecho internacional humanitario, aplicable a conflictos armados internacionales, protege a los civiles de la otra parte del conflicto en cualquier parte del territorio, inclusive después de la finalización de las operaciones militares en caso de que la liberación, repatriación o reasentamiento tenga lugar después”²⁵. A criterio de este Honorable Tribunal, a diferencia de los conflictos armados no internacionales, en el presente caso, al existir un conflicto armado internacional, el derecho internacional humanitario obligaba a Ecuador a proteger a las personas civiles de la otra parte en conflicto que se encontraran en cualquier parte de su territorio²⁶.

El tribunal sostiene que “tal como ha hecho en otras oportunidades, considera útil y apropiado interpretar el alcance de las obligaciones convencionales en forma complementaria con la normativa del derecho internacional humanitario, habida consideración de su especificidad en la materia, en particular los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977 (en ade-

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas de 15 de febrero de 2017. Párr. 101.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas de 15 de febrero de 2017. Párr. 102.

26 Ibidem. Párr. 103.

lante “Protocolo Adicional I”), de los cuales ambos Estados en conflicto son parte, así como el derecho internacional consuetudinario”²⁷.

Así, este caso sirve para confirmar la amplia jurisprudencia de la Corte IDH reconociendo que tiene competencia para interpretar y analizar las obligaciones de los Estados a luz de los principios generales y específicos que esos mismos Estados se han comprometido a respetar, incluyendo los principios de derecho internacional humanitario²⁸.

De esta manera, el caso de Jorge Vásquez Durand -como el de toda su familia- constituye un hito de vital importancia para el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su complementariedad con el derecho internacional humanitario. El contexto, las circunstancias, los hechos y las secuelas de la desaparición forzada de un civil, como lo fue la mencionada víctima no son ajenas a otros conflictos armados internacional en el mundo.

Las sombras de estos conflictos (cuyas principales víctimas son precisamente la población civil que a veces se encuentra sorprendida entre dos fuegos y sin mayores elementos para proteger sus derechos fundamentales) siempre opacarán el libre y adecuado desarrollo de la humanidad. No obstante, sentencias como ésta, precisamente sirven para dejar un hito que marca una línea jurisprudencial que debe ser respetado por los países de la región y un gran aliciente para procurar que hechos similares a los sufridos por Jorge y su familia, no se vuelvan a repetir. Esta sentencia representa en sí, una luz entre las sombras.

27 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas de 15 de febrero de 2017. Párr. 104.

28 Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005.

Epílogo

A la fecha aún quedan pendientes que se cumplan las medidas de reparación dictadas por la Corte IDH a favor de la víctima y sus familiares, sobre todo el concretar una investigación que permita identificar, investigar y sancionar a los culpables, así como la ubicación del paradero de los restos de Jorge Vásquez Durand y su entrega a su familia. Ciertamente es otra historia pendiente de cerrar. Sin embargo, la perseverancia de doña María Esther Gomero Cuentas y sus hijos, Jorge Luis y Claudia Esther, nos hacen confiar en que finalmente, llegaremos a un final feliz y así Jorge Vásquez Durand retorne a su patria, con su familia, con su Perú.

DEBER DE INVESTIGAR. DERECHOS POLÍTICOS. GARANTÍAS JUDICIALES.

Corte IDH, *Caso Pacheco León y otros Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre 2017. Serie C No. 342

Por COFADEH / Lylia Benabid¹

1) Introducción

El 15 de noviembre 2017, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”, “Corte Interamericana”, “Corte” o “Tribunal”) emitió sentencia en el *Caso Pacheco León vs Honduras*² mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado por la falta de una investigación diligente del homicidio de Ángel Pacheco León cometido el 23 de noviembre de 2001.

La Corte reconoció que la manera en la cual fue conducida la investigación del homicidio del señor Pacheco León violó los derechos a las garantías judiciales y protección judicial en perjuicio de 19 familiares del señor Pacheco, así como del derecho a la integridad personal en perjuicio de su madre, su compañera, uno de sus hijos, un hermano y una hermana.

El Sr. Pacheco León había sido asesinado el 23 de noviembre de 2001 a las 23:35 en la entrada de su residencia ubicada en la ciudad de Nacaome, Departamento del Valle cuando un hombre corrió hacia él y su hijo, Jimmy Pacheco³, y disparó varias veces con un arma de fuego, produciendo

1 Abogada (Barreau du Québec). Licenciada en Derecho (Université de Montréal). Asesora jurídica voluntaria del Comité de Familiares de Detenidos Desaparecidos en Honduras (COFADEH) en el marco del proyecto “Protección de niños, mujeres y otras colectividades vulnerables” implementado por Abogados sin Fronteras Canadá (ASFC) y la Oficina Internacional de Derechos de los Niños (IBCR).

2 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de noviembre 2017, Serie C 342.

3 Cabe destacar la particular vulnerabilidad de Jimmy Pacheco quien tenía solamente 16 años cuando ocurrieron los hechos.

la muerte del señor Pacheco León y atentando contra la vida de su hijo. El homicidio ocurrió dos días antes de las elecciones generales para elegir Presidente de la República, diputados nacionales y alcaldes.

El Sr. Pacheco León era candidato del Partido Nacional en estas elecciones, por lo que luego de ganar las elecciones *post-mortem* y frente a la indignación que suscitó su muerte, su hermano José Pacheco ocupó el cargo de diputado por el Departamento del Valle entre 2002 y 2006.

Aunque su muerte ocurrió en el marco de su campaña electoral, las violaciones al derecho a la vida y a los derechos políticos del señor Pacheco no fueron reconocidas por la Corte IDH en su sentencia. Así, nos podemos preguntar si esta decisión disminuye la protección otorgada a los derechos políticos de los ciudadanos americanos y cuáles son los estándares establecidos en esta sentencia vinculados a la obligación de garantizar el derecho a la vida y los derechos políticos por parte del Estado.

Previo a su muerte, el señor Pacheco fue objeto de actos de hostigamiento, agresiones verbales, amenazas de muerte y otros actos intimidatorios de distintas personas. Estas amenazas, que comenzaron después de que ganó las elecciones primarias para exigirle que retirara su candidatura a diputado, provinieron de varias personas cuyos intereses se iban a ver afectados en caso de que ganara las elecciones, incluyendo miembros de su propio partido, un alcalde, diputados, un agente policial, un exmiembro de las Fuerzas Armadas, un exPresidente de la República, Rafael Callejas y el entonces candidato a la presidencia de la República, Ricardo Maduro⁴.

Asimismo, su muerte ocurrió en un contexto caracterizado por la confrontación política motivada por una serie de reformas y el reposicionamiento de las estructuras tradicionales de los partidos políticos, siendo el Sr. Pacheco León representante de la renovación de la clase política en el país. De hecho, desde las elecciones generales del año 1997⁵, los ciudadanos hondureños tenían la posibilidad de votar por un candidato

4 Cf. CIDH, *Informe No. 49/15, Caso 12.585. Fondo, Ángel Pacheco León y familia, Honduras*, 28 de julio de 2015, párr. 15, en adelante. Véase también Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párr. 103.

5 O sea mediante el establecimiento del voto en papeleta separada para presidente, diputado y corporaciones municipales, como dispuesto por el Decreto No. 270-93 del 16 de diciembre de 1993, La Gaceta 27.328 del 22 de abril de 1994.

a diputado nominado dentro de la militancia de su partido sin que fuera impuesto por el candidato Presidencial y también se planteó la posibilidad del voto cruzado. Así, por la primera vez, en las elecciones de 2001 el partido que ganó la Presidencia de la República no fue el que obtuvo la mayoría al Congreso.

Además, existía una situación de violencia generalizada en Honduras y de amplia impunidad, particularmente cuando los hechos se vinculaban a motivos políticos. En este sentido, en su Escrito de solicitudes, argumentos y prueba⁶, los peticionarios recuerdan una serie de actos de hostigamientos que se vinculaban con aspectos políticos previos a las elecciones generales del año 2001. Sin embargo, como lo exponremos, solamente la vulneración de las garantías judiciales y la protección judicial en perjuicio de los familiares de Ángel Pacheco León fue reconocida en la sentencia de la Corte.

2) Derecho a las garantías judiciales y protección judicial

El derecho a las garantías judiciales implica que toda persona que ha sufrido una violación a sus derechos humanos “tiene derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y el establecimiento de las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento”⁷. Particularmente, el Estado debe garantizar el acceso “a un recurso rápido y sencillo para lograr, entre otros resultados, que los responsables de las violaciones de los derechos humanos sean juzgados y para obtener una reparación por el daño sufrido”⁸.

El deber de investigar es un una obligación de medios y no de resultado que debe ser asumida por el Estado como una obligación jurídica propia y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser

6 COFADEH, *Escrito de solicitudes, argumentos y prueba ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ángel Pacheco León y familia vs. Honduras*, 18 de marzo de 2016, p. 20.

7 Corte IDH, *Caso Barrios Altos Vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 48.

8 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 1998, Serie C No. 42, párr. 169 y *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C No. 2, párr. 90.

infructuosa⁹. Así, el Estado tiene la obligación que “cada acto estatal que conforma el proceso investigativo, así como la investigación en su totalidad, debe estar orientado hacia una finalidad específica, la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento, y [...] la sanción de los responsables de los hechos”¹⁰.

Según el Estado hondureño, en el presente caso, se inició una investigación caracterizada por múltiples diligencias lo cual responde a dicha obligación de medios. El Estado reconoció que existieron dificultades en las investigaciones provocando una tardanza en la búsqueda de justicia, pero sostuvo que la duración del proceso judicial no era irrazonable considerando la complejidad del caso y que permanecía activo.

Por su parte, dados los indicios de participación de agentes estatales en los hechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “CIDH”, “Comisión” o “Comisión Interamericana”) sostuvo que el Estado tenía un deber reforzado de investigar con especial diligencia y seriedad la muerte del señor Pacheco¹¹. Por otra parte, la Comisión adujo que “familiares del señor Pacheco y testigos alegaron haber sido objeto de amenazas durante la investigación, y que “no consta en el expediente” que el Estado hubiese implementado medidas de protección a su favor o que investigase el origen de las amenazas”¹².

Para la Corte el Estado incumplió su obligación de investigar dentro de un plazo razonable y con la debida diligencia, ya que se cometieron serias irregularidades y no se siguieron líneas lógicas de investigación, particularmente con respecto a la determinación de la autoría material por un agente de la Policía Nacional y la autoría intelectual de los hechos¹³.

9 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 177 y *Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz Vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de julio de 2007, Serie C No. 167, párr. 131.

10 Corte IDH, *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 101.

11 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párrs. 62 y 133.

12 Ibidem.

13 Ídem, párr. 53.

Para el Tribunal el Estado efectuó múltiples acciones de investigación, recibió varias declaraciones relacionadas con los posibles responsables y recolectó y analizó material probatorio. Aunque se destruyó y se perdieron ciertas muestras de sangre¹⁴, no se evidencia que el cuidado de las muestras en las circunstancias haya tenido un impacto perjudicial relevante¹⁵. Las múltiples acciones de investigación permitieron identificar a la víctima y la causa de la muerte. Recuerda sin embargo la Corte que “la diligencia debida respecto a una investigación no se agota en la realización mecánica de diligencias, sino que es necesario que esa actividad investigativa esté debidamente orientada, de acuerdo a las hipótesis relevantes sobre los hechos y su autoría”¹⁶.

En cuanto al seguimiento de líneas lógicas de investigación, la Corte determinó que la conducta estatal fue negligente¹⁷. A pesar de los distintos indicios sobre la posible autoría del delito, varios de los cuales aludían a personas relacionadas con la actividad política del señor Pacheco León, el Estado no realizaron diligencias que podrían haber contribuido a esclarecerla. Particularmente, la Corte IDH observó que: “a) diversas personas señaladas no prestaron declaración; b) recién se tomó declaración al policía preventivo antes aludido luego de un año y nueve meses después de que se señalara su supuesta intervención en el delito; c) no consta que se efectuaran medidas de “vigilancia” y “ubicación”, consideradas pertinentes por las autoridades a cargo de la investigación respecto a ciertas personas posiblemente vinculadas a los hechos; d) no consta que se otorgara protección a declarantes, y e) aunque en 2010, 2013 y 2015 se advirtió la necesidad de un equipo especial para la investigación, no surge de los hechos que se atendiera ese pedido”¹⁸.

En relación con el plazo transcurrido desde el inicio de la investigación, la Corte nota que las primeras actuaciones se realizaron a partir del 24 de noviembre de 2001 y que la investigación permanece todavía

14 Ídem, párr. 48.

15 Ídem, párr. 86.

16 Ídem, párr. 88.

17 Ídem, párr. 116.

18 Corte IDH, *Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Pacheco León y otros Vs. Honduras*, p. 2.

abierta cerca de dieciséis años después los hechos según la información con que cuenta el Tribunal¹⁹. La Corte considera que la actividad procesal de los familiares no obstruyó la buena marcha de la investigación ya que colaboraron en diversas oportunidades. Al contrario, nota el Tribunal que existió “un impulso procesal promovido” por los familiares de Ángel Pacheco León. Además, destaca diferentes periodos de inacción prolongados “sin que surja de los hechos explicación o justificación de los mismos por parte de las autoridades encargadas de encausar el proceso”²⁰.

Por todo lo expuesto, se evidenció que el Estado no condujo una investigación diligente que hubiera permitido, en un plazo razonable, avanzar en la determinación de los hechos. Sin embargo, la Corte no relacionó la actuación negligente por parte del Estado a la violación del derecho a la vida y a la obligación estatal corolario de sancionar los hechos para garantizar la no recurrencia y fortalecer la lucha contra la impunidad de muertes violentas.

3) Derecho a la vida y los derechos políticos

A continuación se analiza las vulneraciones al derecho a la vida y a los derechos políticos conjuntamente como se hizo en la sentencia, dado que los “argumentos respectivos a los derechos políticos se relacionan con la pretendida responsabilidad estatal por la muerte del señor Pacheco”²¹.

a) Obligación de prevenir

El cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante, “Convención”, “Convención Americana” o “CADH”), que garantice el derecho a la vida, en relación con el artículo 1.1 de la misma, no sólo implica que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además, requiere que los Estados adopten todas las

19 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párr. 119.

20 Ídem, párrs. 125 y 126.

21 Ídem, párr. 130.

medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción²².

Así, la Corte Interamericana ha establecido que la obligación de garantizar el derecho a la vida presupone el deber de los Estados de prevenir las violaciones a dicho derecho. Este deber involucra a todas las autoridades²³.

Esta obligación de garantía proyecta sus efectos más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los derechos jurídicos protegidos. A tal fin, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales²⁴.

La Corte ha reconocido que ello no significa una responsabilidad ilimitada del Estado frente a cualquier acto o hecho de particulares, sino que “sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado - o a que el Estado debió conocer dicha situación de riesgo real e inmediato - y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”²⁵.

La CIDH y los peticionarios sostuvieron que el móvil del crimen fue la militancia política de la víctima y su oposición dentro de su propio partido, pero la Corte entendió que no existía un riesgo que el Estado

22 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 120 y *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C No. 283, párr. 138.

23 Corte IDH, *Caso Huilca Tecse Vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 03 de marzo de 2005, Serie C No. 121, párr. 66 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, cit., párr. 120.

24 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 111; *Caso Luna López Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C No. 269, párr. 120 y *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, cit., párr.140.

25 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, cit., párr.123, *Caso Luna López Vs. Honduras*, cit., párr. 123 y *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros Vs. Guatemala*, cit., párr.140.

hubiera conocido y brindado medidas de protección²⁶. Contrariamente a los otros casos en los cuales se relacionaron el derecho a la vida y los derechos políticos, la persecución política dirigida a individuos o un grupo determinados no fue evidente en el presente caso²⁷.

Se alegó que los derechos políticos del señor Pacheco fueron violados por su muerte relacionada a su actividad política. De hecho, su asesinato vulneró su derecho a ser elegido para un cargo político, lo cual es consistente a la decisión de la Corte IDH en el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia* que plantea que el atentado a la vida de una persona por razones políticas puede implicar la responsabilidad estatal en su deber de prevención y/o respeto²⁸.

El Estado argumentó que el artículo 23 de la Convención Americana no protege los ciudadanos antes que se encarga de asuntos políticos y de cargas oficiales. Sin embargo, la protección otorgada por la Convención Americana es muy clara e incluye las personas en campaña electoral considerando que los ciudadanos tienen no solamente el derecho de votar pero también de ser elegidos (artículo 23.1.b) CADH). En este sentido, la Corte recuerda que “el Estado tiene la responsabilidad de adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio (...) las consideraciones anteriores son extensivas también a las etapas previas a la designación de una persona en un cargo público, tales como campañas electorales u otras instancias de postulación a tales cargos, pues en dichas etapas también se manifiesta el ejercicio de los derechos políticos, siendo las mismas necesarias para el acceso a la función pública”²⁹.

Recordamos que para garantizar de manera efectiva el derecho a la vida, los Estados Partes de la Convención Americana tienen la obligación de implementar medidas especiales de protección a grupos particularmente vulnerables. Sin éxito, los peticionarios argumentaron que los líderes políticos en el contexto de Honduras son un grupo de personas

26 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párr. 139.

27 Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213, párrs. 80 a 87.

28 Ídem, párrs. 176 y 177.

29 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párr. 155.

que son el blanco especial de amenazas a su vida y deberían beneficiarse de medidas especiales para prevenir homicidios cometidos con motivos políticos.

El Tribunal reconoció a medias que el asesinato del Sr. Pacheco León fue un crimen selectivo por su actividad política³⁰ y que por ende, “ameritaba una investigación que apuntara a dilucidar la organización criminal posiblemente involucrada”³¹. La Corte subraya la gravedad de la impunidad en el presente caso y reconoce también que “un homicidio presuntamente vinculado a la actividad política es un hecho que afecta no solo a la víctima o sus familiares, sino también al conjunto de la población que ve menoscabada sus posibilidades de participación política”³².

Un crimen selectivo se reconoce a través de patrón de crimines recurrentes que el aparato estatal debería intentar de conocer a través investigaciones serias y diligentes con el objeto de desentrañar las estructuras que permitieron las violaciones, sus causas, sus beneficiarios y sus consecuencias³³. Aunque la Corte estableció que a la investigación le faltó revelar las estructuras de poder que permitieron, diseñaron y ejecutaron intelectualmente y materialmente el homicidio del Sr. Pacheco León, no concluye en la responsabilidad del Estado de haber violado su deber de garantizar su derecho a la vida.

Asimismo, no reconoció la obligación de prevenir su muerte ya que no se denunciaron las amenazas en su contra antes del asesinato³⁴.

En comparación al contexto del *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*³⁵, la Corte no reconoció un contexto de violencia sistemática contra los candidatos a elecciones generales en Honduras para justificar la condena por no haber prevenido la muerte del Sr. Pacheco León y así reconocer el menoscabo a sus derechos políticos. De esta decisión, concluimos que la Corte exige un alto nivel de prueba de un contexto de riesgo

30 Ídem, párrs. 92 y 206.

31 Ídem, párr. 123.

32 Ídem, párr. 128.

33 Ídem, párr. 93.

34 Ídem, párr. 159.

35 En el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, la Corte estableció que los hechos se enmarcan en una situación de violencia sistemática contra los miembros del partido político Unión Patriótica (UP).

para imputar la responsabilidad internacional al Estado por no prevenir la violación del derecho a la vida relacionado al ejercicio de los derechos políticos. En esta sentencia, la Corte ignoró el principio de la primacía de la norma más favorable a la persona establecido varias veces en su propia jurisprudencia³⁶ como método de interpretación y de aplicación de los tratados sobre derechos humanos³⁷.

b) Obligación de respetar

En cuanto a la atribución de responsabilidad del Estado por la obligación de respetar el derecho a la vida del Sr. Pacheco León y la vulneración de sus derechos políticos como consecuencia, a pesar de los indicios de la participación de agentes estatales quienes al momento de los hechos eran el alcalde de Amapala, dos diputados, y un agente policial como autores del delito³⁸ y del carácter selectivo de su homicidio, la Corte IDH determinó que no contaba con elementos probatorios suficientes para entender que los autores del homicidio fueran agentes estatales que actuaran bajo el amparo del poder estatal³⁹.

Conformemente a lo establecido por la CIDH en el presente caso, sostenemos que en los casos en los cuales existen indicios de participación directa de agentes estatales, “correspondía a las autoridades a cargo de la investigación desplegar todos los esfuerzos necesarios para esclarecer las posibles responsabilidades o vínculos de autoridades estatales en una violación del derecho a la vida”⁴⁰. De no desestimar los indicios, el Esta-

36 Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjani Vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párrs. 146 a 148 y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*, cit., párr. 117.

37 José Pedro Aguirre Arango, *La interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, Revista de Derechos Humanos, Año 5, No. 8, Guatemala, 2007, pp. 81-82; Gonzalo Aguilar Cavallo, Humberto Nogueira Alcalá, *El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa*, Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Vol. 84, 1° Sem., Chile, 2016, pp. 15-23 y Cecilia Medina Quiroga, *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos un cuarto de siglo después: 1979-2004, 1ª Edición, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 220.

38 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párrs. 131 y 132.

39 Ídem, párr. 152.

40 Ídem, párr. 133.

do compromete su responsabilidad internacional por lo sucedido. Si no se identificó claramente la intervención relevante de agentes estatales en los hechos violatorios como sostiene la Corte⁴¹, la falta de investigación diligente durante el proceso interno debería ser la causa identificada por la Corte y no la fuerza probatoria de los indicios.

Cabe destacar que se debería analizar la ausencia de denuncia de las amenazas de muerte por el señor Pacheco a las autoridades adecuadas como un indicio reforzado de acciones de agentes estatales en su contra. Cuando las amenazas provienen de miembros del aparato gubernamental, no es sorprendente que las “personas amenazadas no parezcan deseosas de recurrir” a las instituciones estatales⁴². Estas amenazas deberían ser interpretadas como una falta de la obligación de respetar el derecho a la vida del señor Pacheco por parte del Estado.

Concluimos que esta sentencia impone un estándar elevado en la prueba de la participación directa de agentes estatales en los hechos y que la omisión o la tolerancia de agentes estatales incluyendo en las carencias de la investigación no son elementos suficientes para impedir la responsabilidad estatal en su deber de garantizar el derecho a la vida.

De hecho, la Corte IDH no reconoció que la dilación en las investigaciones haya obstaculizado la determinación de los autores materiales o intelectuales de los hechos. Según la Corte, había elementos para dudar de la involucración de agentes estatales en el homicidio pero no suficientes para probar que los autores del homicidio fueran agentes estatales que actuaran bajo el amparo del poder estatal⁴³. Así, se apartó de jurisprudencias precedentes, donde la falta de investigación sobre los posibles autores estatales impidió declarar la responsabilidad estatal relativa a la violación del derecho a la vida⁴⁴. Con una debida investigación, los múltiples indicios de participación de agentes estatales en este caso hubieron podido ser desestimados.

41 Ídem, párrs. 148 a 151.

42 Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, cit., párr. 97.

43 Estándar reconocido en el *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*.

44 Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*, cit., párr. 103

c) Obligación de sancionar

La Corte se ha referido expresamente al vínculo existente entre la violación del derecho a la vida y la carencia de una investigación efectiva, ya que una de las condiciones necesarias para garantizar efectivamente el derecho a la vida constituye el deber por parte del Estado de investigar las afectaciones al mismo⁴⁵.

Aparte de la obligación de investigar, recordamos que la impunidad en materia de violaciones al derecho a la vida configura en sí misma una violación a la obligación de prevención por parte del Estado.

El incumplimiento del deber del Estado de luchar contra la impunidad lesiona a la víctima, a sus familiares y al conjunto de la sociedad y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata y la total indefensión de las víctimas y sus familiares⁴⁶.

A pesar de estas consideraciones y de que la Corte ya estableció la conducta negligente en la investigación de la muerte del Sr. Pacheco León, en la presente sentencia no reconoce la falta de respetar la obligación de investigar y sancionar los hechos como una vulneración del derecho a la vida por parte del Estado. Solamente considera que ya se trató del asunto de la investigación negligente de los hechos en relación a la violación de las garantías judiciales y la protección judicial⁴⁷.

Tampoco, la Corte tuvo en cuenta las amenazas contra José Pacheco después del fallecimiento de su hermano, lo cual fortalece la prueba de un crimen selectivo por motivos políticos. Los actos intimidatorios contra quien reemplazó a su hermano fallecido como diputado fueron elementos analizados para establecer si había una violación de su propio derecho a la integridad⁴⁸ pero no para comprobar la violación del derecho a la vida y de los derechos políticos de su hermano que fue asesinado en el mismo contexto de amenazas, inseguridad e indefensión.

45 Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166, párr. 88.

46 Corte IDH, *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*, cit., párr. 170.

47 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párr. 130.

48 Ídem, párrs. 172 a 175. La Corte concluye que las amenazas sufridas por José Pacheco no podrían ser consideradas como "daño" derivados de los hechos considerando que la aceptación del cargo de diputado por su parte fue un acto voluntario.

Desafortunadamente, la Corte IDH se ha alejado de principios establecidos en otras decisiones, que pensamos eran intangibles, que colocan la obligación de sancionar como parte integral de la obligación de garantía de los derechos protegidos por la Convención Americana y particularmente del derecho a la vida que tiene un papel particular como presupuesto para la existencia de los demás derechos.-

4) Integridad de los familiares

Debido a la manera en que se ha conducido la investigación, la Corte determinó en conformidad a la prueba presentada que se afectó la integridad personal de una hermana y un hermano de la víctima, quienes asumieron la búsqueda de justicia. Además, la violación a la integridad personal de Jimmy Pacheco fue reconocida debido a la “revictimización” sufrida por tener que repetir varias veces el relato de los hechos sin que resultara en el enjuiciamiento de los autores del homicidio. Asimismo, por la afectación emocional vinculada a la falta de resultado de la investigación, se reconoció la afectación a la integridad personal de la madre del señor Pacheco León y de su compañera⁴⁹.

5) Reparaciones

La Corte estableció que su sentencia constituye por sí misma una forma de reparación. Adicionalmente, ordenó al Estado que adopte en conformidad con su derecho interno las medidas necesarias para continuar la investigación desarrollándola en un plazo razonable, a fin de individualizar, juzgar y, en su caso, sancionar a todos los responsables de los hechos, permitiendo la participación en la investigación de las personas declaradas víctimas en el presente caso, así como que las mismas, por sí o por sus representantes legales, el acceso a información sobre las actuaciones que se desarrollen. Además, subrayó el interés público en el caso,

49 Ídem, párr. 80.

señalando que el resultado de dichos procedimientos o procesos debe ser difundido públicamente⁵⁰.

Además, la Corte ordenó al Estado que investigue, en un plazo razonable, las causas del retraso procesal y de ser pertinente a los funcionarios involucrados en la investigación, y luego de un debido proceso, aplicar las sanciones correspondientes⁵¹.

El Estado de Honduras debe publicar la Sentencia de la Corte Interamericana y su resumen oficial⁵², así como establecer, en el plazo de un año, un protocolo de investigación diligente conforme a los estándares internacionales, para la investigación de los delitos que se relacionen con muertes violentas, en el cual concretamente se incluyan aspectos relacionados con homicidios cometidos por motivaciones políticas, conforme al Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas⁵³ y otros estándares internacionales. Considerando que el homicidio de Ángel León Pacheco “se puede enmarcar dentro de un “crimen selectivo””⁵⁴, esta medida se ve oportuna.

En el plazo de un año, el Estado debería establecer un programa o curso permanente obligatorio de capacitación y formación en derechos humanos dirigido a funcionarios policiales, fiscales y judiciales que incluya, entre otros temas, estándares sobre una investigación diligente y aspectos técnicos en casos de homicidios por motivaciones políticas, a fin de evitar que hechos como los ocurridos en el presente caso se repitan y constituyan elementos que perpetúen la impunidad⁵⁵. Por último, el Estado de Honduras tiene que pagar las cantidades fijadas por daños materiales e inmateriales y por costas y gastos.

50 Ídem, párr. 195.

51 Ídem, párr. 196.

52 Ídem, párr. 201.

53 Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Protocolo de Minnesota sobre la investigación de Muertes potencialmente Ilicitas*, 2016, Versión revisada del Manual de las Naciones Unidas sobre la Prevención e Investigación Eficaces de las Ejecuciones Extralegales, Arbitrarias o Sumarias.

54 Corte IDH, *Caso Pacheco León vs. Honduras*, cit., párr. 206.

55 Ídem, párr. 207.

6) Conclusión

A través de esta sentencia, se puede comprobar que después de casi dos décadas de espera, los familiares tenían razón de intentar lograr justicia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. De hecho, la sentencia de la Corte IDH permitió reconocer la afectación a la integridad personal de los familiares en su largo combate hasta la justicia.

Aunque la Corte IDH no reconoció en esta sentencia la violación del derecho a la vida y de los derechos políticos, se notó que la no repetición de muertes posiblemente vinculadas a motivos políticos es una preocupación del Tribunal al ordenar las reparaciones.

Nos parece inconsistente la opinión del Tribunal de reconocer la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana debido a la falta de una investigación seria y diligente en el presente caso sin reconocer la violación del derecho a la vida por la falta del Estado de cumplir su responsabilidad de investigar y sancionar la muerte del señor Pacheco León.

Por otra parte, esta sentencia establece estándares elevados de prueba de la actuación directa de agentes estatales bajo el amparo del poder estatal en el homicidio de una persona que estaba ejerciendo sus derechos políticos para reconocerlo como un crimen selectivo, lo cual nos hace concluir que se afectó gravemente la protección otorgada a los ciudadanos americanos. La carga de la prueba de la vinculación de agentes estatales en los hechos no debería ser asumida por los peticionarios y familiares sino más bien por el Estado que tiene la responsabilidad de desvirtuar los indicios sobre participación directa, aquiescencia o colaboración de agentes estatales mediante una investigación diligente⁵⁶.

La victoria de los familiares mediante esta sentencia no implicó el reconocimiento del carácter político del asesinato de Ángel Pacheco León y tampoco la responsabilidad del Estado de Honduras de garantizar un ámbito favorable al ejercicio de los derechos políticos y a la consolidación de la democracia en un país tan afectado por la falta de un Estado de derecho desde hace décadas.

56 Ídem, párr. 13.

MEDIO AMBIENTE.

CORTE IDH, MEDIO AMBIENTE Y DERECHOS HUMANOS

(obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). **Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.**

Por JUAN PABLO VISMARA¹

Introducción

Con el dictado de la Opinión Consultiva N° 23 la Corte Interamericana de Derechos Humanos aborda por primera vez la relación entre las obligaciones de protección de los derechos humanos y las obligaciones de protección del ambiente.

Para ello toma como punto de partida las preguntas que la República de Colombia, preocupada por la amenaza de construcción de megaproyectos de ingeniería en el Gran Caribe, le hace en forma de solicitud de opinión consultiva.

Reformulando las preguntas del Estado y alejándose notablemente de ellas, la Corte IDH realiza algunas afirmaciones que hacen de este pronunciamiento un acto inédito que se planta como antecedente indispensable en la temática.

Analiza con precisión la relación existente entre la preservación del ambiente y el goce y ejercicio de los derechos humanos recorriendo, simultáneamente, las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho ambiental internacional.

1 Abogado *cum laude* (UBA). Profesor de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (UN-DAV). Investigador en Proyectos DECYT y UNPAZCYT.

En ese contexto, describe con profundidad las obligaciones estatales de protección del ambiente que considera derivadas de las obligaciones en materia de derechos humanos, en particular, de las que se corresponden con los derechos a la vida y a la integridad personal.

Asimismo, evalúa si los daños ambientales transfronterizos pueden generar responsabilidad internacional por incumplimiento de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el presente trabajo se seguirá la estructura que la Corte eligió para su pronunciamiento: en primer lugar, se analizarán algunos aspectos generales que el tribunal esboza de modo introductorio y, luego, se comentarán las respuestas a las preguntas de Colombia.

2. La protección del ambiente y los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana

Considerando que la petición colombiana es una de las primeras oportunidades que tiene para pronunciarse sobre las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana, la Corte IDH aprovecha para remarcar una serie de conceptos sobre la relación entre el ejercicio de los derechos humanos y la protección del ambiente². A continuación, se profundizará sobre los mismos.

2.1. La interrelación entre los derechos humanos y el medio ambiente

La Corte IDH remarca la existencia de la “relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental [...] afecta el goce efectivo de los derechos humanos”³.

2 Cf. Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, párr. 46.

3 Ídem, párr. 47.

La base argumentativa de esta relación ya se puede encontrar en la vasta jurisprudencia del tribunal en materia de derechos de pueblos indígenas y tribales. Precisamente en muchos de estos casos se observa con claridad la estrecha relación entre el ambiente y el ejercicio de algunos de los derechos reconocidos en la Convención. A modo de ejemplo puede mencionarse cuando señala que el derecho a la propiedad colectiva indígena está vinculado con la protección y el acceso a los recursos naturales que son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de esos pueblos⁴.

La Corte IDH ahonda en los argumentos que utilizó para aquellos casos y los refuerza con un acabado trabajo de recopilación de pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵ y de la Asamblea General de la OEA⁶ que van en ese mismo camino. También se apoya en la jurisprudencia más importante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que señala que la degradación severa del medio ambiente puede generar violaciones a los derechos de las personas, tales como los derechos a la vida, al respeto a la vida privada y familiar y a la propiedad privada⁷.

-
- 4 Cf. Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 137; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr 118; *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 121 y 122, y *Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, párr. 173.
 - 5 Cf. CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales - Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 30 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 190.
 - 6 Cf. Asamblea General de la OEA, Resolución titulada “*Derechos Humanos y Cambio Climático en las Américas*”, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008, AG/RES. 2429 (XXXVIII/O8).
 - 7 Cf. Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, cit., párr. 50, con citas de TEDH, *Caso Budayeva y otros Vs. Rusia*, Sentencia de 20 de marzo de 2008, párrs. 128 a 130, 133 y 159; *Caso M. Özel y otros Vs. Turquía*, Sentencia de 17 de noviembre de 2015, párrs. 170, 171 y 200; *Caso Papastavrou y otros Vs. Grecia*, Sentencia de 10 de abril de 2003, párrs. 33 y 36 a 39; *Caso Öneriyıldız Vs. Turquía* [GS], Sentencia de 30 de noviembre de 2004, párrs. 124 a 129, 134 a 136 y 138; *Caso Turgut y otros Vs. Turquía*, entencia de 8 de julio de 2008, párrs. 86 y 90 a 93; *Caso Giacomelli Vs. Italia*, Sentencia de 2 de noviembre de 2006, párrs 76 a 82, 97 y 98; *Caso Tătar Vs. Rumania*, Sentencia de 27 de enero de 2009, párrs 85 a 88, 97, 107, 113 y 125, y *Caso Di Sarno y otros Vs. Italia*, Sentencia de 10 de enero de 2012, párrs. 104 a 110 y 113; Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Caso Centro de Acción por los Derechos Sociales*

Esta relación entre los derechos humanos y el ambiente también fue reconocida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el año 2012 cuando nombró un Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, quien en el año 2015 se convirtió en Relator Especial⁸. Naturalmente, los informes emitidos por este experto reafirman que la realización de los derechos humanos depende de un medio ambiente que les permita florecer⁹.

Asimismo, los instrumentos del derecho ambiental internacional señalan la relación existente entre el ambiente y la calidad de vida. Eso surge, por ejemplo, del propio concepto de desarrollo sustentable, acuñado por muchos de estos instrumentos, cuyos tres pilares son el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental¹⁰.

El tribunal afirma, como primera conclusión, que de esta relación de “interdependencia e indivisibilidad entre los derechos humanos, el medio ambiente y el desarrollo sostenible, surgen múltiples puntos de conexión por los cuales todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende un medio propicio”¹¹.

y Económicos y Centro de Derechos Económicos y Sociales Vs. Nigeria. Comunicación 155/96. Decisión de 27 de octubre de 2001, párr. 51.

- 8 Cf. Consejo de Derechos Humanos, Resolución 19/10, titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente”, aprobada el 22 de marzo de 2012, Doc. ONU A/HRC/RES/19/10 y Resolución 28/11 titulada “Los derechos humanos y el medio ambiente”, aprobada el 26 de marzo de 2015, Doc. ONU A/HRC/RES/28/11.
- 9 Cf. Consejo de Derechos Humanos, *Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible*, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 10.
- 10 Cf. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos*, cit., párrs. 52 y 53. Ver Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principios 8 y 13. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), principios 1 y 4; Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, adoptada en la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20, párr. 5 y Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, adoptado durante la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, Johannesburgo, 4 de septiembre de 2002, Doc. ONU A/CONF.199/20, párr. 5.
- 11 Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, cit., párr. 54.

2.2. El derecho humano a un medio ambiente sano

La Corte IDH afirma, por primera vez en su larga jurisprudencia, que el derecho a un medio ambiente sano se encuentra reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Semejante afirmación no es fácil de hacer, ya que el tratado en ningún momento reconoce expresamente ese derecho.

Por esa razón el Tribunal reafirma, como tantas otras veces, que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” y que “tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”¹².

Teniendo en cuenta esto, interpreta la Convención en el contexto que le dan tanto otros instrumentos internacionales como la legislación local de los países de la región, que explícitamente lo reconocen¹³.

De acuerdo a ello, explica que el derecho al ambiente sano ya está reconocido en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues el artículo 1.1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y cul-

12 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114; *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245, y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.

13 Cf. Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos*, párr. 58. Inter alia, Constitución de la Nación Argentina, art. 41; Constitución Política del Estado de Bolivia, art. 33; Constitución de la República Federativa del Brasil, art. 225; Constitución Política de la República de Chile, art. 19; Constitución Política de Colombia, art. 79; Constitución Política de Costa Rica, art. 50; Constitución de la República del Ecuador, art. 14; Constitución de la República de El Salvador, art. 117; Constitución Política de la República de Guatemala, art. 97; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 4; Constitución Política de Nicaragua, art. 60; Constitución Política de la República de Panamá, arts. 118 y 119; Constitución Nacional de la República de Paraguay, art. 7; Constitución Política del Perú, art. 2; Constitución de la República Dominicana, arts. 66 y 67, y Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 127.

turales (“Protocolo de San Salvador”) establece que “toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano”¹⁴.

También se encuentra reconocido en la la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la Carta Social de las Américas, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, en la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste de Asia y en la Carta Árabe de Derechos Humanos¹⁵.

Teniendo en cuenta ese contexto jurídico, la Corte IDH afirma que el derecho al medio sano es un derecho autónomo que debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma¹⁶.

Como conclusión, sostiene que la degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual el derecho al medio ambiente sano no sólo es un derecho reconocido por la Convención Americana, sino que debe ser considerado como un derecho fundamental para la existencia de la humanidad¹⁷.

2.3. Los derechos de la naturaleza

En algunos párrafos de la opinión consultiva la Corte IDH realiza ciertas afirmaciones respecto a la posibilidad de reconocerle derechos a la naturaleza.

El tribunal consideró que “el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componen-

14 Ídem, párr. 56.

15 Ídem, párr. 58.

16 Ídem, párr. 57.

17 Ídem, párr. 59.

tes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales¹⁸.

Para la Corte IDH “se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos¹⁹”.

Finalmente, advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales²⁰ sino incluso en ordenamientos constitucionales²¹.

2.4. Los derechos especialmente susceptibles a la degradación ambiental y las poblaciones especialmente vulnerables

Además del derecho a un medio ambiente sano, los daños ambientales pueden afectar todos los derechos humanos, en el sentido de que el pleno disfrute de ellos depende de un medio propicio. Sin embargo, algunos derechos humanos están especialmente vinculados al medio ambiente y, por ende, son más susceptibles que otros a determinados tipos de daño ambiental.

La Corte IDH los clasifica en dos grupos: a) los derechos cuyo disfrute es particularmente vulnerable a la degradación del medio ambiente, también identificados como derechos sustantivos, y b) los derechos cuyo

18 Ídem, párr. 62.

19 Íbidem. Con cita de la Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza acerca del Estado de Derecho en materia ambiental, adoptada en el **Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, en Río de Janeiro, del 26 al 29 de Abril de 2016, principios 1 y 2.**

20 Cf. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622-16 de 10 de noviembre de 2016, párrs. 9.27 a 9.31; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 218-15-SEP-CC de 9 de julio de 2015, págs. 9 y 10, y Corte Superior de Uttarakhand At Naintal (*High Court of Uttarakhand At Naintal*) de la India. Decisión de 30 de marzo de 2017. Escrito de Petición (PIL) No. 140 de 2015, págs. 61 a 63.

21 Cf. Corte IDH, *Medio ambiente y derechos humanos*, párr. 62. Cf. Preámbulo y artículo 33 de la Constitución Política del Estado de Bolivia y artículo 71 de la Constitución de la República del Ecuador.

ejercicio respalda una mejor formulación de políticas ambientales, también identificados como derechos de procedimiento²².

Dentro del primero de esos grupos se encuentran, entre otros, los derechos a la vida, integridad personal, vida privada, salud, agua, alimentación, vivienda, participación en la vida cultural, propiedad y no ser desplazado forzosamente. Incluso puede afectarse el derecho a la paz, “puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza”²³.

Dentro del segundo grupo se encuentran los derechos a la libertad de expresión y asociación, al acceso a la información, a la participación pública en la toma de decisiones, al acceso a la justicia y al recurso efectivo²⁴.

Por otro lado, explica que la afectación a estos derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos de personas que ya se encuentran en situación de vulnerabilidad. Según el tribunal, se reconocen como grupos especialmente vulnerables a los daños ambientales a los pueblos indígenas, a los niños y niñas, a las personas viviendo en situación de extrema pobreza, a las minorías, a las personas con discapacidad y a las mujeres.

Se destacan particularmente “las comunidades que dependen, económicamente o para su supervivencia, de los recursos ambientales, sea el medio marino, las áreas forestales o los dominios fluviales, o porque debido a su ubicación geográfica corren un peligro especial de afectación en casos de daños ambientales, tales como las comunidades costeñas y de islas pequeñas”²⁵.

3. La solicitud de opinión consultiva de Colombia

En este apartado corresponde abordar las preguntas que dan origen al pronunciamiento en análisis y sus respectivas respuestas.

22 Ídem, párr. 64.

23 Ídem, párr. 66.

24 Ídem, párrs. 211-240.

25 Ídem, párr. 67.

Con la intención de contextualizar el pedido de la opinión consultiva, de forma tal de demostrar de que no se trata de un planteo abstracto, el estado colombiano manifiesta su preocupación por “la grave degradación del entorno marino y humano en la Región del Gran Caribe que puede resultar de las acciones y/o omisiones de los Estados ribereños del Mar Caribe en el marco de la construcción de nuevas grandes obras de infraestructura”²⁶.

Señala el Gobierno de Colombia que “la construcción, mantenimiento y desarrollo de grandes proyectos de infraestructura puede tener graves impactos en el medio ambiente y, por lo tanto, en las poblaciones que habitan en las áreas que puedan resultar afectadas ya sea directa o indirectamente como consecuencia de dichos proyectos”²⁷.

Remarca, también, que “según se encuentra demostrado por experiencias pasadas, el desarrollo de nuevos grandes proyectos de infraestructura en la Región del Gran Caribe, podría tener graves impactos ambientales sobre el entorno marino como consecuencia de las actividades relacionadas con su construcción y mantenimiento, y como consecuencia del tráfico marítimo que dicho proyecto pueda generar o incrementar”²⁸.

Con base en esa preocupación el Estado solicita la interpretación de los artículos 1.1, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien el Estado formuló tres preguntas con distintos ribetes, la Corte IDH, en uso de sus facultades, las reformuló para una respuesta más óptima.

La primera pregunta quedó redactada de la siguiente manera: “¿De acuerdo con lo estipulado en el artículo 1.1 del Pacto de San José, debería considerarse que una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, podría estar sujeta a la jurisdicción de dicho Estado en el marco del cumplimiento de obligaciones en materia ambiental?”²⁹.

26 Documento del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia presentado el 14 de marzo de 2016, p. 7, disponible en http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_14_03_16_esp.pdf.

27 Ídem, párr. 38.

28 Ídem, párr. 41.

29 Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos, cit., párr. 36.

Respecto a la segunda y la tercera preguntas, la Corte IDH entiende que Colombia la está “consultando sobre las obligaciones de los Estados Parte de la Convención en relación con la protección del medio ambiente, a efectos de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, tanto para daños ocurridos dentro de su territorio como para daños que traspasen sus fronteras. En consecuencia, decide agrupar sus consideraciones con respecto a dichas consultas, de forma de responder, de manera conjunta, qué obligaciones tienen los Estados, a partir del deber de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en relación con daños al medio ambiente”³⁰.

Seguidamente se analizarán ambas respuestas por separado.

3.1. Alcance del término “jurisdicción” en el artículo 1.1 de la Convención Americana, a efectos de la determinación de las obligaciones de los Estados por daños ambientales transfronterizos

Teniendo en cuenta que el artículo 1.1 de la Convención establece que los Estados Partes “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”, la Corte IDH entiende importante explicar cómo debe interpretarse el término “jurisdicción”.

En este sentido, recuerda que el uso de ese término “implica que el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos se debe a toda persona que se encuentre en el territorio del Estado o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control”³¹. Es decir, que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio³², pues la “jurisdicción” a la que se refiere el artículo 1.1 de la Convención Americana contempla, también, circunstancias en que conductas extraterritoriales de los

30 Ídem, párr. 38.

31 Ídem, párr. 73 y Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 61.

32 Ídem, párr. 74 y Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, cit., párr. 219.

Estados constituyan un ejercicio de la jurisdicción por parte de dicho Estado³³.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal advierte que “los supuestos en que las conductas extraterritoriales de los Estados constituyen ejercicios de su jurisdicción son excepcionales y, como tal, deben ser interpretados de manera restrictiva”³⁴.

La consulta de Colombia plantea la posibilidad de equiparar las obligaciones ambientales impuestas en el marco de regímenes especiales de protección ambiental, puntualmente el Convenio de Cartagena, a obligaciones de derechos humanos, “de forma que las conductas estatales llevadas a cabo en la zona de aplicación de estos regímenes sean consideradas un ejercicio de la jurisdicción del Estado bajo la Convención Americana”³⁵.

Si bien está claro que estos regímenes generan obligaciones para los Estados por fuera de su territorio -la obligación de tomar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación en su zona de aplicación-, para la Corte IDH “no es posible concluir que los regímenes especiales de protección ambiental [...] extiendan por sí mismos la jurisdicción de los Estados Parte a efectos de sus obligaciones bajo la Convención Americana”³⁶.

Ello es así pues la jurisdicción de un Estado puede extenderse sobre los límites territoriales de otro sólo cuando éste último expresa, a través de un acuerdo, su consentimiento para limitar su propia soberanía y esto no ocurre con estos regímenes³⁷.

Por eso el Tribunal reafirma que “a efecto de determinar si una persona está sujeta a la jurisdicción de un Estado bajo la Convención Americana no bastaría la ubicación de esa persona en una zona geográfica determinada, como la zona de aplicación de un tratado para la protección

33 Ídem, párr. 78-80. La mayoría de estos supuestos involucran una actuación militar o de las fuerzas de seguridad del Estado, que evidencian un “control”, “poder” o “autoridad” en la ejecución de la conducta extraterritorial.

34 Ídem, párr. 81.

35 Ídem, párr. 88.

36 Ídem, párr. 92.

37 Ídem, párr. 89.

ambiental. La determinación de que existen las circunstancias excepcionales que revelan una situación de control efectivo o que las personas se encontraban sometidas a la autoridad de un Estado debe realizarse con base en las circunstancias fácticas y jurídicas particulares de cada caso concreto³⁸.

Con esas palabras la Corte IDH, claramente, da una respuesta negativa a la pregunta colombiana. Sin embargo no deja pasar la oportunidad para establecer una serie de afirmaciones sobre la responsabilidad que puede surgir por hechos de contaminación transfronteriza en el marco de la Convención Americana.

En ocasiones, señala, la contaminación de un país puede convertirse en un problema de derechos ambientales y humanos de otro, en particular, cuando los medios contaminantes, como el aire y el agua, cruzan fácilmente las fronteras³⁹.

La obligación que tienen los Estados de no permitir que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados está fuera de discusión. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que los Estados están obligados a usar todos los medios a su disposición para evitar que actividades que tienen lugar en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un daño significativo al medio ambiente de otro Estado⁴⁰.

Incluso la Declaración de Estocolmo y la Declaración de Río, ambos hitos del derecho ambiental internacional, establecieron que los Estados tienen la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas den-

38 Ídem, párr. 93.

39 Ídem, párr. 96. Con citas de Consejo de Derechos Humanos, Informe preliminar del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, 24 de diciembre de 2012, Doc. ONU A/HRC/22/43, párr. 47 y 48 y Estudio analítico de la relación entre los derechos humanos y el medio ambiente, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 16 de diciembre de 2011, Doc. ONU A/HRC/19/34, párrs. 65, 70 y 72, y Comité DESC, Observación General No. 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Doc. ONU E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003, párr. 31, y Consejo de Derechos Humanos.

40 Ídem, párr. 97 y CIJ, Caso de las plantas de celulosa sobre el Río Uruguay (Argentina Vs. Uruguay). Sentencia de 20 de abril de 2010, párrs. 101 y 204, y Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica Vs. Nicaragua), Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua Vs. Costa Rica). Sentencia de 16 de diciembre de 2015, párrs. 104 y 118.

tro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional⁴¹.

En el marco de la Convención Americana, afirma la Corte IDH, “los Estados tienen la obligación de evitar daños ambientales transfronterizos que pudieran afectar los derechos humanos de personas fuera de su territorio”. Añade que “a efectos de la Convención Americana, cuando ocurre un daño transfronterizo que afecte derechos convencionales, se entiende que las personas cuyos derechos han sido vulnerados se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen si existe una relación de causalidad entre el hecho que se originó en su territorio y la afectación de los derechos humanos de personas fuera de su territorio”⁴².

Para mayor claridad, el Tribunal explica que “el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado de origen frente a daños transfronterizos se basa en el entendimiento de que es el Estado, en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan estas actividades, quien tiene el control efectivo sobre las mismas y está en posición de impedir que se cause un daño transfronterizo que afecte el disfrute de los derechos humanos de individuos fuera de su territorio. Las posibles víctimas de las consecuencias negativas de esas actividades se encuentran bajo la jurisdicción del Estado de origen, a efecto de la posible responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de prevenir daños transfronterizos”⁴³.

Por tanto, concluye que “la obligación de prevenir daños ambientales transfronterizos es una obligación reconocida por el derecho internacional ambiental, por el cual los Estados pueden ser responsables por los daños significativos que se ocasionen a las personas fuera de sus fronteras por actividades originadas en su territorio o bajo su autoridad o control efectivo. Es importante destacar que esta obligación no depende del carácter lícito o ilícito de la conducta que genere el daño, pues los Es-

41 Cf. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, Doc. ONU A/CONF.48/14/Rev.1, principio 21 y Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), principio 2.

42 Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos, cit., párr. 101.

43 Ídem, párr. 102.

tados deben reparar de forma pronta, adecuada y efectiva a las personas y Estados víctimas de un daño transfronterizo resultante de actividades desarrolladas en su territorio o bajo su jurisdicción, independientemente de que la actividad que causó dicho daño no esté prohibida por el derecho internacional⁷⁴⁴.

3.2 Las obligaciones estatales derivadas de los deberes de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal, en el contexto de la protección del medio ambiente

En respuesta a la segunda pregunta del gobierno colombiano, la Corte IDH desarrolla una serie de consideraciones sobre las obligaciones de respetar y garantizar los derechos a la vida y a la integridad personal frente a posibles daños al medio ambiente.

Respecto a la obligación de respeto contenida en el artículo 1.1. de la Convención Americana, señala que “los Estados deben abstenerse de: 1) cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, el agua y la alimentación adecuada, entre otros, y 2) contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas, por ejemplo, mediante el depósito de desechos de empresas estatales en formas que afecten la calidad o el acceso al agua potable y/o a fuentes de alimentación⁷⁴⁵”.

En cuanto a la obligación de garantía, aplica aquí su doctrina que sostiene que esta obligación se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, ya que abarca asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos⁴⁶.

44 Ídem, párr. 103.

45 Ídem, párr. 117.

46 Ídem, párr. 118; Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111, Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, párr. 170 y Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 252.

La Corte IDH aclara que, en el marco de la protección del medio ambiente, la responsabilidad internacional del Estado derivada de la conducta de terceros puede resultar de la falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen un daño al medio ambiente⁴⁷.

Sin perjuicio de ello, “teniendo en cuenta las dificultades que implican la planificación y adopción de políticas públicas y las elecciones de carácter operativo que deben ser tomadas en función de prioridades y recursos, las obligaciones positivas del Estado deben interpretarse de forma que no se imponga a las autoridades una carga imposible o desproporcionada. Para que surja esta obligación positiva, debe establecerse que: a) al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo, y b) que existe una relación de causalidad entre la afectación a la vida o a la integridad y el daño significativo causado al medio ambiente”⁴⁸.

En virtud de esta obligación los Estados deben tomar medidas de regulación, supervisión y fiscalización de las actividades bajo su jurisdicción que puedan causar un daño significativo al ambiente de manera que disminuya cualquier amenaza a los derechos a la vida y a la integridad personal⁴⁹.

Dentro de esas medidas la Corte IDH incluye la obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental para ese tipo de actividades. Considerando su importancia, el Tribunal explica que estos estudios deben realizarse de manera previa, por entidades independientes bajo la supervisión del Estado, abarcar el impacto acumulado, respetar las tradiciones y cultura de pueblos indígenas que podrían verse afectados y su contenido debe ser determinado y precisado mediante legislación o en el marco del proceso de autorización del proyecto, tomando en cuenta la na-

47 Ídem, párr. 119.

48 Ídem, párr. 120.

49 Ídem, párr. 149 y 154.

turalidad y magnitud del proyecto y la posibilidad de impacto que tendría en el medioambiente. Asimismo, debe contener el plan de contingencia y las eventuales medidas de mitigación⁵⁰.

También hace mención a la relevancia del principio precautorio, reconocido en numerosos instrumentos internacionales de derecho ambiental internacional, según el cual, cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente⁵¹.

Palabras finales

La opinión consultiva que aquí se comenta le dio a la Corte IDH la oportunidad de realizar una serie de afirmaciones importantes.

Partiendo de la idea de que la degradación ambiental afecta el goce efectivo de los derechos humanos, el Tribunal recorre paralelamente el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho ambiental internacional trazando vínculos entre ellos. La profundidad con la que efectúa ese desarrollo hace de este pronunciamiento un aporte indispensable para la jurisprudencia de ambas ramas del derecho.

Entre sus afirmaciones más relevantes se encuentra, indudablemente, aquella que sostiene que el derecho al ambiente sano es un derecho autónomo reconocido en el cuerpo de la Convención Americana.

50 Ídem, párrs. 141-172.

51 Ídem, párrs. 175-176. Ver también: Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU NCONP.151/26/Rev.1 (Vol. 1), principio 15; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, art. 3.3; Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, enmendado en 2009, art. 1; Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo; Protocolo relativo al Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (con sus enmiendas de 2006), preámbulo y art. 3.1; Convenio internacional sobre el control de los sistemas anticrustantes perjudiciales en los buques, preámbulo; Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, preámbulo y arts. 1, 10.6 y 11.8; Acuerdo sobre la aplicación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de Diciembre de 1982 relativas a la conservación y ordenación de las poblaciones de peces transzonales y las poblaciones de peces altamente migratorios, art. 6, y Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, preámbulo.

Por otro lado, ha señalado que, si bien todos los derechos humanos requieren un medio apto para ser ejercidos, existen derechos que son especialmente susceptibles a la degradación ambiental, dividiéndolos entre derechos de carácter sustantivos y de procedimiento.

Respecto a las obligaciones estatales relacionadas con la protección del ambiente, explica que, en casos de daño ambiental, puede configurarse responsabilidad internacional del Estado, incluso, por derivación de la conducta de terceros. Ese sería el caso, por ejemplo, de falta regulación, supervisión o fiscalización de las actividades que pueden afectar al ambiente.

Finalmente, si bien rechazó la posibilidad de extender las obligaciones de la Convención Americana a la zona de aplicación de regímenes especiales de protección ambiental, dejó bien claro que la contaminación transfronteriza puede afectar derechos humanos y, de esa forma, activar las responsabilidades de la Convención. Esta afirmación, indudablemente, abre las puertas para que los conflictos interestatales derivados de daños ambientales sean sometidos al Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio de denuncias de particulares.

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO. DERECHO AL TRABAJO.

Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344.*

Por HORACIO RICARDO GONZÁLEZ¹

Antecedentes

En el caso que aquí se analiza² la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) declara por unanimidad la responsabilidad del Estado por la violación de los derechos y garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento³.

La novedad radica, al igual que en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*⁴, en que también declara, por cinco votos contra dos, que el Estado es responsable por la violación, también, del derecho al trabajo consagrado en el art. 26 de la CADH⁵, en relación con el artículo 1.1 del mismo instru-

1 Doctor en Derecho Constitucional (UBA) y en Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Derechos Humanos (Universidad San Carlos de Guatemala).

2 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre 2017. Serie C No. 344.*

3 Se refieren a las obligaciones asumidas por los Estados Partes de la Convención de respetar, garantizar los derechos y libertades reconocidos en ella.

4 Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.*

5 Artículos 26: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"

mento en perjuicio de 85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de ENAPU, los 39 trabajadores de MINEDU y los 15 trabajadores del MEF.

La Corte sostuvo en el caso Petroperú que los trabajadores cesados de las distintas empresas públicas se encontraron en una situación similar a las de las víctimas de los casos de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú⁶ y Canales Huapaya y otros vs. Perú⁷ por lo que consideró pertinente aplicar estos precedentes para analizar los hechos del presente caso.

En el contexto histórico de ruptura del orden democrático constitucional peruano -autogolpe del 5/4/1992- señalaba en el caso de Trabajadores Cesados del Congreso que no estaba garantizada la independencia e imparcialidad del Tribunal Constitucional y se presentaba una ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales. Destaca que el citado Tribunal omitió analizar si en los procesos de cese de los trabajadores se habían vulnerado los derechos laborales. Consideró, en consecuencia, que el Estado era responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención en relación al artículo 1.1 respecto a la totalidad de los trabajadores.

A su vez, en el precedente Canales Huapaya, a pesar de que ni la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ni los intervinientes comunes alegaron la violación del artículo 26 de la Convención Americana, los jueces Caldas y Ferrer en su voto conjunto concurrente habían sostenido que “la vulneración del derecho al trabajo podía ser analizada por la Corte en el marco del principio *iura novit curia*, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional y permite estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados por las partes, siempre y cuando éstas hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan”⁸.

6 Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

7 Corte IDH, *Caso Canales Huapaya y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2015. Serie C No. 296.

8 . Consideraban que en el citado caso, la Corte “podía ofrecer argumentos que permitiesen la evolución de la jurisprudencia hacia la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales a través de un mayor esclarecimiento de las obligaciones estatales respecto a

En lo que se refiere a la violación alegada del derecho del trabajo la Corte IDH reiteró en Petroperú la posición que había adoptado en el caso Lagos del Campo vs. Perú, donde por primera vez había afirmado su competencia para resolver controversias relativas al art. 26 de la CADH.

Señaló que “el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. En consecuencia, dado que los trabajadores cesados de Petroperú, Enapu, Minedu y MEF no gozaron de acceso a un recurso judicial efectivo, lo cual conllevó una violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación del artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en relación con los 85 trabajadores de Petroperú, los 25 -72- trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, los 15 trabajadores del MEF, listados en la tabla de víctimas adjunta a la presente sentencia”.

Nos interesa en este caso analizar la sentencia desde el punto de vista de la violación al art. 26 de la CADH que dio lugar, en los últimos años, a un intenso debate entre los jueces de la Corte. El hecho nuevo radica en que lo que aparecía, en principio, como una posibilidad lejana -la de avanzar en la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)- se convirtió a partir de Lagos del Campo primero y, ahora, en Petroperu en una realidad, favorecido por los cambios producidos en la integración del Tribunal, que permitió transformar una posición minoritaria en mayoritaria.

Hasta el 31 de agosto de 2017 la Corte IDH -fecha en que dictó la sentencia en el caso Lagos del Campo relacionado con el despido de un trabajador por sus declaraciones críticas del directorio de su empresa-, no había invocado el art. 26 de la CADH de manera directa, para condenar a un Estado.

En todos los juicios contenciosos anteriores donde aparecía involucrada la violación de DESC, se había resuelto el caso de manera indirecta

dichos derechos a la luz de la Convención Americana, lo cual puede contribuir hacia un mayor reconocimiento y eficacia normativa de los mismos”.

o por conexidad con la violación de derechos civiles y políticos. En los casos más comunes se establecía, por ejemplo, la vinculación del derecho a la salud y su conexidad con el derecho a la integridad personal, o el derecho a una “vida digna” con la violación del derecho a la vida, integridad personal o propiedad⁹. Existían, entonces, una serie de límites normativos y criterios restrictivos que primaban en los jueces en materia de interpretación de las normas de la CADH que impidieron el desarrollo de una protección amplia de los DESC.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) había tenido más oportunidades de pronunciarse sobre los DESC que la propia Corte IDH. En efecto, a la CIDH le ofrece posibilidades de pronunciarse la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. También ha recurrido al Protocolo de San Salvador.

Así en *Milton García Fajardo y otros vs. Nicaragua (2001)* sostuvo que “el Estado nicaragüense, en vez de adoptar medidas de desarrollo progresivo en beneficio de los trabajadores aduaneros, buscó reducir sus derechos, ocasionándoles perjuicios graves en su derechos económicos y sociales”¹⁰.

En el citado caso se refirió al derecho de huelga afirmando que “...los derechos económicos de los trabajadores aduaneros entran en el marco de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales tutelados por la Convención Americana en su art. 26 (...) Las violaciones por parte del Estado de Nicaragua determinan los perjuicios económicos y postergan los derechos sociales de los peticionarios”¹¹.

En el caso *Contribución a la Seguridad Social de Funcionarios Públicos Jubilados y Pensionistas - Mosap y otros vs. Brasil (2009)*¹² referida a

9 Artículos 4, 5 y 21 de la CADH.

10 CIDH, Informe No. 100/01, caso 11381, Milton García Fajardo y otros, párr. 101.

11 Ídem párr. 95.

12 CIDH, Informe 132/09, PETICIÓN 644-05, CONTRIBUCIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS JUBILADOS Y PENSIONISTAS – MOSAP Y OTROS, Brasil, 12 de noviembre de 2009.

la enmienda constitucional adoptada por el Estado que afectaba el derecho de propiedad sobre la pensión, la CIDH recurre como antecedente al caso Domalewsky ante la Corte Europea de Derechos Humanos, donde el órgano jurisdiccional realizó un examen de razonabilidad y de objetividad y determinó si la medida perseguía un fin legítimo, concluyendo que el peticionario a pesar de perder su estatus de veterano, mantuvo todos sus derechos relativos a su pensión ordinaria.

La CIDH sostuvo que una actuación estatal en materia de pensiones es razonable cuando cumple tres requisitos: 1) asegurar a los actuales jubilados y pensionistas el mantenimiento de las jubilaciones y pensiones en las condiciones en que fueron otorgadas; 2) tomar en cuenta la realidad de los jubilados y pensionistas más vulnerables; 3) tener como objeto garantizar el derecho de todos a recibir una pensión, en el marco de un sistema de solidaridad.

En ese caso recoge el principio de no regresividad derivado del principio de progresividad¹³. Se puede entender, lógicamente, que la CIDH incluía dentro de la protección del art. 26 de la CADH el derecho de huelga o algunos aspectos más de este derecho humano.

En cuanto a la pensión, como parte de la seguridad social en el citado caso la CIDH, a mayor abundamiento, reconoce que el derecho a la pensión se encuentra incluido en el art. 26¹⁴.

3. El tratamiento del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Un nuevo tratamiento de los DESC empieza a desenvolverse, primero, en el plano doctrinario y, luego, cuando algunos jueces de la Corte IDH empiezan a plantear una distinta y más amplia lectura del art. 26 que

13 Ídem: “No se desprende de esta petición que la Enmienda Constitucional NO.41/2003 haya significado una regresión o una restricción a la seguridad social y a la pensión”.

14 “El derecho a la pensión como parte integrante del derecho a la seguridad social, también se encuentra dentro del alcance del art. 26 de la CA que se refiere a las normas... contenidas en la Carta de la OEA. Dicha Carta, en su art. 45, incorpora el derecho a la seguridad social”. CIDH, Informe 30/09. Admisibilidad y Fondo. Caso 12.670. Asociación Nacional de ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú, 27/3/2009, párr. 133

permita superar los límites que el mismo Tribunal había fijado y afrontar una agenda nueva de los DESC, a partir de la posibilidad de extraerlos de la propia lectura e interpretación de la Convención Americana.

Se empieza a abrir camino una línea argumental que aplica criterios de interpretación sistemática y evolutiva de la CADH, dejando atrás una etapa caracterizada por una interpretación literal, o textual de la misma.

Es así que en el 2012, en el caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*¹⁵, empieza a tomar cuerpo una postura minoritaria a través de la jueza Margarette May Macaulay (Jamaica), que en su voto concurrente planteó la posibilidad de resolver el caso desde una perspectiva que contemple la justiciabilidad directa de los DESC, bajo el alcance del artículo 26 de la CADH.

Consideraba que estando de acuerdo con la decisión de la Corte, que había declarado responsable al Estado por la violación de los artículos 8, 25, 5.1 y 19 de la CADH, quería analizar “el tema de la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social, con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema”.

Afirmaba que las violaciones cometidas en relación con el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social permitían declarar la responsabilidad del Estado por la violación el artículo 26, en relación con los artículos 5 y 1.1 de la CADH, en perjuicio de Furlan.

Sus argumentos para sostener la llamada justiciabilidad directa de los DESC van a desarrollarse, en minoría, en los votos del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en los casos *Suarez Peralta*¹⁶ y *Gonzalez Lluy*¹⁷, todos referidos al derecho a la salud; en los de los jueces Caldas y Ferrer en *Canales Huapaya y otros vs. Perú (derecho al trabajo)* y *Yarce y otros vs. Colombia*¹⁸ (vivienda).

15 Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

16 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261.

17 Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2015. Serie C No. 298.

18 Corte IDH. *Caso Yarce y otras Vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325.

4. El caso en análisis

El caso Petroperú fue sometido a la Corte IDH por la CIDH por la presunta responsabilidad del Estado peruano en la violación de los derechos a las garantías judiciales y protección judicial de los trabajadores, como consecuencia de la falta de respuesta judicial adecuada y efectiva frente a los ceses colectivos de trabajadores, ocurridos entre los años 1995 y 1998, en el marco de los procesos de racionalización llevados a cabo por diversas entidades públicas.

En una de las solicitudes, argumentos y pruebas presentados por un representante de los denunciantes, se amplió el contexto de la denuncia, se precisaron los hechos establecidos por la Comisión en su Informe de Fondo y se alegó violaciones adicionales, entre otros al derecho al trabajo, el cual dijo se encuentra subsumido en el art. 26 de la CADH. Se solicitó se haga -por el Tribunal- un examen del contenido de las obligaciones internacionales del Estado respecto del derecho al trabajo y su desarrollo progresivo, en los términos del art. 26 citado Convenio.

Al tratar el tema, la Corte IDH reitera lo establecido en el caso Lagos del Campo, en particular lo dicho en los considerandos 141 a 150 y 154 que se reproducen textualmente en nuestro caso.

Puntualmente, nos interesa analizar el núcleo del debate que se refiere a la posibilidad, o no, de extraer los DESC del art. 26 de la CADH.

Al respecto dijo la Corte, en el considerando 143, de su sentencia que “Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45 b) y c), 46 y 34.g de la Carta establecen que ‘el trabajo es un derecho y un deber social’ y que ese deber debe prestarse con ‘salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos’. Asimismo, señalan el derecho de los trabajadores y trabajadoras a ‘asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses’. Además, indican que los Estados deben ‘armonizar la legislación social’ para la protección de tales derechos”.

Se remite a lo señalado por la propia Corte IDH en la OC-10/89¹⁹, en el sentido que la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración.

Considera que el art. XIV de la Declaración Americana que reconoce que toda persona tiene derecho al trabajo resulta relevante para definir el alcance del artículo 26 dado que “la Declaración Americana constituye en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, invoca el art. 29.d de la CADH en cuanto dice que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de excluir, o limitar el efecto que pueda producir la DADDH y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Agrega, a favor de su postura, que el derecho al trabajo está reconocido en diversas leyes y constituciones internas de los Estados de la región y en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. Es así, que toma en cuenta al analizar el contenido y alcance del art. 26 las reglas de interpretación establecidas en el art. 29 incisos b, c y d de la CADH, en relación con la protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto.

5. Disidencias

El juez Vio Grossi, se remite, en su voto individual, a lo dicho en Lagos del Campo en el que sostuvo que los únicos derechos susceptibles de ser objeto del sistema de protección previsto en la Convención son los “reconocidos” en ella; que el art. 26 de la CADH no se refiere a tales derechos, sino a los que “derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos”; que lo que dispone el citado artículo 26 es la obligación de los Estados de adoptar medidas, en vista de lograr

19 Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10.

progresivamente la plena efectividad de los derechos a que se refiere y ello en la medida de los recursos disponibles y, finalmente, que si bien estos derechos existen, no son susceptibles de ser judicializados ante la Corte IDH, salvo que así lo contemple algún tratado, como acontece con el Protocolo de San Salvador, pero únicamente respecto del derecho a organizar sindicatos y a afiliarse en ellos y al derecho a la educación.

A su vez el juez Sierra Porto manifiesta en su voto que disiente con la interpretación de la mayoría, tanto en sus fundamentos como en sus efectos, y ello lo invita a reflexionar sobre las reglas y principios que la Corte IDH utiliza para interpretar la CADH y otros tratados sobre los que tiene competencia. Sostiene que la interpretación de la Convención debe ser realizada a la luz del sentido corriente de los términos de la CADH, entendidas sus cláusulas dentro del contexto y el objeto y fin del tratado, tal y como lo establece el art. 31 de la Convención de Viena.

De esta manera -dice- los medios complementarios de interpretación, es decir, los trabajos preparatorios de la CADH y las circunstancias de su celebración, tal y como lo prevé el art. 32 de la Convención de Viena sirven para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31.

Este método de interpretación acoge el **principio de primacía del texto**, por lo que privilegia criterios de interpretación objetiva, vinculados a los valores y bienes protegidos por la CADH, frente aquellos criterios -dice- que privilegian elementos subjetivos de interpretación como lo es la intención de las partes.

Basa su argumentación en los métodos tradicionales de interpretación del derecho internacional establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y en las normas específicas de interpretación del art. 29 de la CADH. De ello -señala- se desprende que “la interpretación de la Convención debe ser realizada a la luz del sentido corriente de los términos de la Convención, entendidas sus cláusulas dentro del contexto y el objeto y fin del Tratado, tal y como lo establece el art. 31 de la CVDT”. Sostiene que este método de interpretación acoge el principio de primacía del texto, por lo que privilegia principios de interpretación objetiva frente a los subjetivos.

El debate sobre la justiciabilidad de los DESC en el marco de la Convención Americana

El fallo del caso Lagos del Campo tiene una importancia central en la protección de los derechos laborales y de seguridad social en el sistema interamericano de derechos humanos. Es tan importante como el caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá²⁰ o Cinco Pensionistas y otros vs. Perú²¹, especialmente con la apertura de la tutela judicial directa de los derechos laborales específicos y de la seguridad social recogidos en la Carta de la OEA.

También el fallo retrata que la justicia peruana en materia laboral sigue cuestionada por los órganos de control del sistema interamericano. El significativo número de sentencias que condenan al Estado peruano muestran el reiterado incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia laboral y de seguridad social.

La Corte IDH había tenido dos pronunciamientos importantes sobre el alcance del artículo 26 referido a las pensiones. En el caso Cinco Pensionistas había tomado una postura restrictiva de la cláusula de progresividad limitando su reconocimiento a la existencia de un colectivo representativo de una situación y no a un número pequeño de personas afectadas. Así había dicho que “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaeciente”²².

20 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

21 Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

22 Ídem, párr. 147.

Este fallo fue fuertemente criticado por la doctrina considerando entre otros Courtis que el razonamiento de la Corte era poco consistente: de reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales “tienen una dimensión tanto individual como colectiva” no se sigue en absoluto la conclusión de su no justiciabilidad. Que, por motivos diversos, la adopción de muchas medidas vinculadas con la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales requiera del Estado el diseño e implementación de políticas de alcance colectivo no significa que el contenido del derecho no sea individualizable. Si, además de su dimensión colectiva, los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión individual, no se ve por qué sería imposible tratar casos de violaciones individuales concretas”²³.

A su vez en el caso *Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y jubilados de la Contraloría) vs. Perú²⁴ la Corte IDH produjo un avance respecto de Cinco Pensionistas al precisar que el art. 26 consagraba derechos exigibles a los cuales se les aplica las obligaciones de respeto y garantía del art. 1 de la CADH. A su vez, fijó algunas pautas respecto de la progresividad y la prohibición de retroceso en materia de DESC.

Destacó además que la obligación de adoptar medidas para impulsar la progresividad puede ser objeto de rendición de cuentas y destacó que las medidas regresivas “requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos sociales en el contexto de aprovechamiento pleno del máximo de recursos disponibles”.

Abramovich y Rossi²⁵, en relación con la lectura del artículo 26 de la CADH, resaltaban que el texto de la citada norma alude claramente a la “adopción de medidas” para dar “plena efectividad” a “derechos” por lo que una interpretación literal les permitía afirmar que no enuncia meros objetivos programáticos como sostenía una parte de la doctrina.

23 Courtis, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (compilador), *Ni un paso atrás*, Ed Del Puerto, Bs As, 2006, p. 48.

24 Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros* (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

25 Abramovich, Victor y Rossi, Julieta, “La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, abril, año 9, número especial, Universidad del Rosario, Bogotá, pp.34-53.

En el artículo analizan posturas extremas respecto de su interpretación: la de quienes afirmaban que en el art. 26 de la Convención no había derechos vinculantes, sino simples enunciados, u objetivos programáticos, no se trataría de “derechos en estricto sentido” y la de quienes sostenían la operatividad directa de los DESC, a partir de un uso extensivo del principio *pro homine* y una inferencia de derechos en el texto de la Carta de la OEA.

Ambas posturas las consideraban incorrectas y se ubicaban en una postura intermedia, afirmando que no podían extraerse los DESC a partir de una derivación directa de los derechos de la Declaración Americana, sino que “las mencionadas normas no consagran directamente derechos, sino principios en cuya formulación se refieren derechos o puede inferirse la existencia de un derecho”²⁶.

A partir del citado artículo se derivaban de las normas de la Carta de la OEA y a partir de ello, en forma restrictiva, consideraban que contenían como derecho implícito el art. 45, el derecho de huelga, del art. 46 se podía derivar un “derecho a la seguridad social” y el derecho al trabajo del art. 45 b y c.

Si se acepta como válida la postura que sostiene que la CADH consagra DESC la tarea posterior, del interprete, consiste en determinar, respecto del art. 26 de la Convención, cuáles son los derechos que es posible inferir a la luz de la remisión a la Carta de la OEA; cuáles son los alcances de la cláusula de desarrollo progresivo y cómo operan las obligaciones estatales en relación con estos derechos.

Recuerda Parra²⁷ algunos principios elaborados por la CortelIDH que nos sirven para interpretar el alcance del art. 26. Así ha dicho que al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por ese tratado, según el principio más favorable al ser humano; el principio de considerar a

26 Ídem, p. 46.

27 Ver sobre este tema Parra Vera, Oscar, La protección del derecho a la salud a través de casos contenciosos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, en Laura Clérico, Liliana Ronconi y Martín Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la Salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 761-780.

las convenciones de derechos humanos como “*instrumentos vivos*”²⁸ que deben ser interpretados a la luz de las condiciones actuales y que la interpretación de los derechos debe hacerse “en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”²⁹.

La postura que se impone a través de los jueces de la Corte, en el caso en análisis, es aquella que los autores denominan de la vigencia plena de los DESC en el Sistema Interamericano. El art. 26 permite una doble lectura, por un lado, sostener el carácter operativo y no programático de la llamada cláusula de progresividad y la prohibición de retroceso³⁰ y, por el otro, la posibilidad de extraer derechos que pueden estar vulnerados y establecer estándares que permitan generar pautas interpretativas para la exigibilidad de los DESC y determinar su eventual incumplimiento por los Estados.

Pero el avance decisivo en la valoración de los DESC como derechos humanos de igual jerarquía que los derechos civiles y políticos se produce a partir de los casos Lagos del Campo y la sentencia que comentamos. Este año, continuando ese nuevo desarrollo, se han conocido las sentencias dictadas en los casos San Miguel Sosa y otros vs. Venezuela³¹ y Poblete Vilches y otros vs. Chile³² en donde la Corte IDH declaró responsables a los Estados por la violación del art. 26 de la CADH en relación con los derechos laborales y el derecho a la salud.

28 Sobre este punto recuerda Rolando E. Gialdino en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, Bs. As., 2013, p. 447 que se trata de “Una lograda expresión de la CorteEDH, acuñada hace ya tiempo en el caso ‘Tyrer’, pareciera resumir la esencia que origina la interpretación evolutiva: los tratados de derechos humanos son “instrumentos vivos”.

29 Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y Condición Jurídica y Derechos *De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 120.

30 Cf. Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*, cit.

31 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

32 Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349.

Conclusiones

Una nueva e importante agenda de temas tiene la oportunidad de tratar la Corte IDH a partir de revisar su postura restrictiva respecto del tratamiento, en el marco de la CADH, de los DESC.

Podemos afirmar, en esta nueva lectura realizada por la Corte que dejan de ser derechos de segunda clase, de justiciabilidad indirecta, subordinado su tratamiento a que resulten violados en forma directa derechos civiles y políticos y pasan a ocupar un lugar central con el conjunto de los derechos humanos.

Se materializa el carácter universal, interdependiente e indivisible de los derechos humanos. Todos son derechos humanos: los civiles, los políticos y los económicos, sociales y culturales.

Como ha señalado el juez García Ramírez, la evolución de los tratados internacionales de derechos humanos no implica que la Corte IDH reforme la CADH o altere sus lineamientos, sino que la misma debe desarrollar las decisiones jurídicas respectivas a partir de los valores, principios y normas en vigor para que la Convención mantenga su “capacidad de respuesta” frente a situaciones que los autores del instrumento no previeron pero que son esencialmente iguales a las contempladas en la normativa y que representan problemas específicos que requieren soluciones puntuales³³.

A partir de la consolidación de esta nueva jurisprudencia de la Corte IDH los DESC pasan a ocupar el lugar que les corresponde en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por lo que se trata de un indudable progreso del derecho internacional de los derechos humanos.

33 Cf. Corte IDH, *Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, parr. 3.

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. IDENTIDAD DE GÉNERO. PAREJAS DEL MISMO SEXO.

Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Por PAOLA VICTORIA COLOMBERO¹ y SOFÍA NOVILLO FUNES²

1. Introducción

El 24 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte), adoptó la Opinión Consultiva sobre Identidad de Género e Igualdad y no Discriminación a parejas del mismo sexo (OC-24/17), a partir de la solicitud efectuada por el Estado de Costa Rica.

La Opinión contó con el voto mayoritario de cinco jueces, a lo que se debe agregar el voto individual concurrente del juez Sierra Porto y voto individual parcialmente disidente del juez Vio Grossi, quien aprueba lo interpretado en relación con la identidad de género pero no acompaña a la mayoría en lo relativo sobre matrimonio entre personas del mismo sexo.

La facultad de la Corte IDH de dictar opiniones consultivas se desprende del Artículo 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). En tal sentido, la Corte reconoce que

-
- 1 Abogada (UNR). Maestranda en Filosofía del Derecho (UBA). Profesora adjunta interina (CUD-UBA). Investigadora de apoyo (UBACyT y DeCyT). Integrante de Abogad*s por los Derechos Sexuales (AboSex).
 - 2 Abogada (UNC). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Integrante de Abogad*s por los Derechos Sexuales (AboSex).

esta facultad es un servicio que se encuentra a disposición de los Estados parte de la CADH y que tiene por fin lograr el fortalecimiento del sistema de protección de derechos humanos.

Al respecto, la Corte IDH dice que “a partir de la interpretación de las normas relevantes, su respuesta a la consulta planteada será de gran importancia para los países de la región en la medida en que permitirá precisar las obligaciones estatales en relación con los derechos de las personas LGBTI en el marco de sus obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona bajo su jurisdicción”³.

Resulta pertinente aclarar que la Corte hace extensiva su interpretación de la norma convencional a “todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.I) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9)” y toma a su interpretación como una guía que debe ser empleada para resolver cuestiones vinculadas a los derechos humanos de las personas LGBTI que alcanza a los Estados parte de la CADH, los Estados miembros de la OEA y los órganos miembros de la OEA. Es decir, la Corte establece una base normativa anclada en el sistema de protección de derechos humanos que permite velar por el respecto de los derechos del colectivo LGBTI a lo largo y ancho del sistema interamericano.

La OC-24/17 fue emitida a fin de responder cinco preguntas, que versan sobre dos temas relacionados con los derechos de personas LGTBI: el primero, el reconocimiento del derecho a la identidad de género y, en particular, sobre los procedimientos para tramitar las solicitudes de cambio de nombre en razón de la identidad de género; el segundo, los derechos patrimoniales de las parejas constituidas por personas del mismo sexo.

Como corolario de un largo proceso de estudio y deliberación, que incluyó una multiplicidad de informes técnicos, diversos *amicus curiae* y una nutrida audiencia en mayo del 2017, la Corte IDH dejó claramente es-

3 Corte IDH, *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, párr. 21.

tablecida la línea que deberán seguir las legislaciones en aquellos países que aún no contemplen el matrimonio igualitario y una ley de identidad de género, con base en la despatologización de las identidades trans.

En primer lugar, la Corte IDH incluye un glosario con términos relevantes que recopila a partir del Estudio realizado por la CIDH sobre orientación sexual, identidad de género y expresión de género del año 2012 y el Informe sobre Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América del año 2015.

Resulta innovador que se incluyan términos como “sexo asignado al nacer” en contraposición al “sexo”, ya que esto introduce la posibilidad de reclamar los derechos de las personas travestis, transexuales y transgénero, así como también los derechos de las personas intersex, concepto que también es mencionado como “intersexualidad”. Asimismo, la Corte al referirse a las siglas LGBTI, reconoce que no debe entenderse como una categoría estanca, sino que por el contrario se redefine, contextual e históricamente, e incluye a personas Asexuales, Queers, Travestis, Transexuales, entre otras, como también entiende que es susceptible de que varíen según la cultura y la comunidad los términos con los que se refieren a las parejas del mismo sexo y a las identidades de género no binarias.

La Corte IDH realiza su interpretación en función del artículo 30 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que implica la aplicación simultánea y conjunta de los criterios de buena fe, el examen del sentido corriente de los términos empleados en el tratado de que se trate, leídos en su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin de aquél.

Y destaca el principio *pro persona* receptado en el artículo 29 de la CADH y el criterio de interpretación evolutiva, por el cual se considera a los tratados de derechos humanos como instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁴. Al mismo tiempo, siguiendo una interpretación sistemática, toma en consideración el entramado jurídico internacional vigente referido a los derechos de las personas LGBTI.

4 Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245.

En la OC-24/17 la Corte IDH se detiene a hacer dos referencias de gran valor sobre el contexto relacionado con los derechos de las personas LGBTI, a las que define como minorías que han sido “históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales”⁵. En este sentido, centra su opinión en la noción de igualdad como no subordinación, la que sin contraponerse a la noción de igualdad como no discriminación -circunscripta a la igualdad de trato para quienes estén en iguales circunstancias y la prohibición de todo trato arbitrario- reconoce que las trayectorias de las personas LGBTI no se inscriben en circunstancias neutrales, sino que existe una matriz de relaciones que las han ubicado, a lo largo de la historia, en la posición de grupo subordinado. Como corolario, leer la situación de las personas LGBTI de esta manera se traduce en la obligación de los Estados de aumentar sus esfuerzos para que las personas LGBTI subviertan su posición histórica de desventaja en relación con el acceso y el ejercicio de sus derechos.

Asimismo, echa mano de la categoría de intersección cuando hace notar que la discriminación contra las personas LGBTI a menudo se ve exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socio-económicos. Y expresa que esas múltiples formas de discriminación pueden tener efectos a nivel individual, pero también en el plano social, ya que las personas LGBTI que ven vedado su acceso a derechos básicos como el trabajo, la salud, la educación y la vivienda viven en situaciones de pobreza, privadas de toda oportunidad económica⁶.

2. El Derecho a la Igualdad y a la No Discriminación de Personas LGBTI

La Corte IDH aborda el derecho a la igualdad y a la no discriminación y luego la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de

5 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 33.

6 Ídem, párr. 41.

género, como categorías protegidas por el artículo 1.1 de la CADH. Luego, se expide sobre las diferencias de trato que resultan discriminatorias.

Debe destacarse que en su competencia contenciosa, el Tribunal ya había fallado en contra de Estados que habían vulnerado derechos humanos de sus ciudadanos, vinculados con las categorías de identidad de género, la orientación sexual y la expresión de género. Estos fallos conforman los antecedentes de la presente OC y son de gran trascendencia.

En primer lugar, importa el caso “Atala Riffo”⁷ debido a que marcó el inicio del reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo, en pie de igualdad. Con esta decisión se revirtió el fallo de la Corte Suprema de Chile que violaba los derechos fundamentales de la actora por reconocerse como lesbiana. En su sentencia la Corte IDH reconoció a la orientación sexual como una categoría protegida por la CADH.

Luego, se destaca el caso “Flor Freire”⁸ donde declaró la responsabilidad del Estado de Ecuador por la violación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, en virtud del despido de un funcionario militar, en el año 2001, por la orientación sexual que se la atribuía.

Por último, debemos recordar el Caso “Duque”⁹, en el cual la Corte IDH condenó al Estado colombiano por la negativa de sus autoridades, administrativas y judiciales, a reconocerle los derechos previsionales a una persona con el argumento de que se trataba de una pareja del mismo sexo.

Volviendo a la OC-24/17, la Corte, en su condición de tribunal regional de derechos humanos, siguiendo un criterio sentado tanto por ella¹⁰, como otros órganos internacionales de derechos humanos¹¹, va a consolidar un concepto amplio de discriminación, situación a la que va a definir como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la

7 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

8 Corte IDH, *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.

9 Corte IDH, *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310.

10 Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, cit., párr. 81 y *Caso Duque Vs. Colombia*, cit., párr. 90.

11 Entre ellos Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No discriminación, 37º período de sesiones, 1989, párr. 6.

religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹².

Luego, y en relación con el principio de igualdad, formula que mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. Es decir, el artículo 24 de la CADH prohíbe la discriminación de derecho, no sólo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación¹³. Para completar la protección frente a las prácticas, legislaciones y aplicaciones discriminatorias, la Corte IDH reafirma la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para poner un freno y revertir situaciones discriminatorias.

De una lectura interrelacionada de las anteriores declaraciones de la Corte sobre el concepto de discriminación, el principio de igualdad ante la ley y la obligación de adoptar acciones positivas se puede dar cuenta de la recepción de un enfoque de la desigualdad estructural e interdependiente¹⁴, que se desarrollará avanzado este apartado.

Es central en este título la afirmación de que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención, por lo que está prohibida cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en estas consideraciones¹⁵.

La Corte no omite expresarse sobre los tratados y resoluciones internacionales que abordaron y regularon el problema de la discriminación de las personas LGBTI. Demuestra la intensidad de la protección enumerando, en el ámbito regional, la Convención Interamericana sobre

12 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 62.

13 Ídem, párr. 63.

14 Cf. Clerico, M. Laura, Aldao, Martín y Ronconi Liliana, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Direito GV Law Review*, San Pablo, 2013, pp. 115-170.

15 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 63.

la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia, así como las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

En el marco del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos, la prohibición de discriminación por orientación sexual, identidad de género y expresión de género atraviesa el *corpus* jurídico internacional, ya que ha sido afirmada en la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Declaración conjunta para poner alto a los actos de violencia, y a las violaciones de derechos humanos relacionadas, dirigidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género del Consejo de Derechos Humanos y una multiplicidad de informes de los Relatores Especiales de la ONU.

La identidad y la expresión de género también se muestran como categorías de discriminación prohibidas por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al mismo tiempo, el Comité de los Derechos del Niño, el Comité contra la Tortura y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han realizado importantes referencias en el marco de sus observaciones generales y recomendaciones.

Respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste ha señalado que son categorías protegidas por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que prohíbe los tratos discriminatorios.

En el párrafo 79 de la OC-24/17 el tribunal no omite referirse a la expresión de género y la particular discriminación que se puede vivir en razón de la identidad percibida de forma externa. Por lo tanto, se protege no sólo la identidad autopercebida sino también a la persona frente a la discriminación que pueda sufrir con motivo de la percepción que otras personas tengan respecto de ella.

La Corte, luego, resalta las legislaciones, resoluciones y disposiciones gubernamentales de los Estados parte que reconocen la orientación sexual y la identidad de género como categorías protegidas. Entre ellas,

la legislación argentina, que se ubica a la vanguardia de la legislación mundial.

Por último, cuando se refiere a las diferencias de trato que resultan discriminatorias, somete a los criterios para determinar si se configura una violación al principio de igualdad y no discriminación, al más exigente de los exámenes sobre la razonabilidad de la justificación frente a un trato desigual, que es el escrutinio estricto. Éste parte de la presunción de la falta de justificación de la discriminación, por lo cual la carga de la argumentación se traslada en cabeza de aquéllos que alegan la justificación de la clasificación, por lo general, el Estado.

Implica, además, una exigencia agravada de justificación: la arbitrariedad sólo puede ser revertida si quien tiene la carga de la argumentación logra alegar y justificar razones más que importantes —por ejemplo, un fin estatal imperioso más que urgente— y que no existía ningún otro medio alternativo que pudiera evitar la clasificación¹⁶.

El Tribunal realiza dos declaraciones de importancia fundamental. En primer lugar, que protege el proyecto de vida de las personas, es decir, busca salvaguardar el espacio vital que las personas, familias y comunidades requieren para consolidar un proyecto de vida, conforme a la dignidad humana y al abrigo de los derechos humanos fundamentales. Luego, que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno de los derechos sexuales relacionados con la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género no es un argumento válido para negar o restringir derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que los grupos y personas LGBTI han sufrido.

Siguiendo la tesis de Gianella Malca¹⁷ existe un movimiento conservador transnacional en América Latina -una red de actores organizados que actúan más allá de las fronteras nacionales y tienen capacidad para enfrentarse a sus oponentes tanto a nivel local como regional y global-

16 Cf. Clerico, M. Laura, Aldao, Martín y Ronconi Liliana, ob. cit.

17 Cf. Gianella Malca, Camila, “Movimiento transnacional contra el derecho al aborto en América Latina”, en Bergallo, Paola, Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Vaggione, Juan Marco (comps.), *El aborto en América Latina Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2018.

que no solamente se opone con estrategias legales y constitucionales al derecho al aborto en particular, sino a los derechos sexuales y reproductivos en general.

Detectada esta tendencia a formar opiniones restrictivas de derechos humanos y vulnerar el derecho de personas, grupos y comunidades a desarrollar su plan de vida es importante para denunciar el uso de discursos religiosos, en casos, y científicos, en otros, como parte de las estrategias utilizadas por el activismo católico conservador¹⁸.

Justamente una de las estrategias de este movimiento conservador es argumentar, en última instancia, la falta de consenso interno para el respeto pleno por los derechos sexuales relacionados con la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género. La Corte IDH indica, claramente, que los Estados no pueden valerse de este argumento para negar derechos y libertades.

Por último, parece importante señalar que, como se indicó anteriormente, la Corte establece una fórmula de igualdad como principio de no-dominación o no-sometimiento. Esta fórmula entiende que la desigualdad no es sólo puntual o individual, sino que responde a una práctica sistemática de desigualdad, de dominación de unos grupos sobre otros. Así, Saba afirma que esta se produce “(c)omo resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de estos grupos por otros que, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias, desplazan a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos de personas de ámbitos en los que ellos se desarrollan o controlan”¹⁹.

Sin embargo, siguiendo a Clérico/Ronconi/Aldao²⁰ la inclusión de la perspectiva de igualdad como no-dominación o no-sometimiento es insuficiente si omitimos rastrear las causas que generan esa desigualdad. Su propuesta es ampliar la mirada para comprender que la desigualdad

18 Cf. Morán Faúndes, J. M., “El activismo católico conservador y los discursos científicos sobre sexualidad. Cartografía de una ciencia heterosexual”, *Sociedad y Religión*, 2012, 22(37), pp. 167-205.

19 Saba, Roberto, “(Des)igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.), *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

20 Cf. Clerico, M. Laura, Aldao, Martín y Ronconi Liliana, ob. cit.

no sólo deviene de una distribución injusta de los bienes económicos y sociales sino también del reconocimiento.

La clase de dominación sufrida por los miembros del colectivo LGBTI y la especial situación de vulnerabilidad, exacerbada por otros factores tales como el sexo, el origen étnico, la edad, la religión, así como por factores socioeconómicos como la pobreza y el conflicto armado, requiere de medidas de acción positiva que impliquen el reconocimiento de estas identidades diversas y la redistribución de bienes económicos y sociales.

Finalizamos este apartado con las palabras de Berkins, quien ha diferenciado las luchas del colectivo Trans-Travesti por el reconocimiento, por la participación y la reparación: “nuestra primera lucha era por nuestros derechos, ahora, estamos construyendo la ciudadanía travesti, es una lucha cotidiana”²¹. La práctica social y política de hacer ciudadanía, es más que reivindicarse ciudadanas en el sentido de acceso a derechos políticos y civiles. Es también la lucha por el derecho a la educación, a la salud, al trabajo, a configurar un proyecto de vida, entre otros derechos fundamentales de orden económico, social, cultural y ambiental.

3. El Derecho a la Identidad de Género y los Procedimientos de Cambio de Nombre

Sobre este aspecto la Corte retoma la piedra basal del entramado jurídico de los derechos humanos, que reside en la dignidad humana inherente a cada persona y la necesidad de que ésta sea protegida. En tal sentido, sostiene que “un aspecto central del reconocimiento de la dignidad lo constituye la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones”²².

21 Lohana Berkins fue activista trans y feminista argentina, nacida en Salta. En 1994 fundó la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT). Fue la primera travesti con un empleo en el Estado al ser asesora legislativa. En 2010 conformó el Frente Nacional por la Ley de Identidad de Género, que impulsó la sanción de la Ley de Género en el año 2012. Desde 2013 estuvo al frente de la Oficina de Identidad de Género y Orientación Sexual, que funciona bajo la órbita del Observatorio de Género en la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Falleció a los 50 años, el 5 de febrero de 2016.

22 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-24/17, cit., párr. 88.

Esto se vincula directamente con la interpretación extensa que la Corte IDH hace del derecho de toda persona a gozar de su libertad, pudiendo hacer o no todo aquello que no esté prohibido, lo que supone el derecho de decidir respecto de su vida de manera libre y autodeterminarse en lo que se refiere a su desarrollo personal y de su proyecto de vida como sujeto autónomo.

El derecho a la identidad se desprende de los derechos mencionados y es definido como “el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y que, en tal sentido, comprende varios derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”²³. La identidad de toda persona condensa el lugar desde el cual se posiciona, se expresa, se conforma como ciudadana y ejerce sus derechos. Por eso la importancia fundamental de que este derecho al que se le podría nombrar como primigenio sea protegido, ya que cada persona debe poder construir su identidad sin estar sujeta a tratos arbitrarios y situaciones de violencia que la cercenen y la censuren.

En lo que respecta a la identidad de género, es entendida como “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”²⁴. Esta conceptualización irrumpe en la idea de la identidad como algo estanco y biologicista, para darle una impronta maleable, fluida y construida según la libertad y autonomía de cada persona.

En Argentina, el derecho a la identidad de género está reconocido desde el año 2012 con la sanción de la Ley 26.743, que representó un quiebre en las formas binarias de estructurar el pensamiento, la sociedad y el derecho, ya que las personas travestis, transgéneros y transexuales fueron reconocidas como sujetas de derechos, alejándose de la marginalidad en la que la sociedad y el Estado las había ubicado históricamente por la invisibilización de sus identidades y sus legítimos reclamos.

Sin embargo, las resistencias que trajo aparejada la implementación de la Ley no fueron menores, en particular, en lo referido a niñeces trans, donde no solamente se intersectan los múltiples derechos y condiciones

23 Ídem, párr. 90.

24 Ídem, párr. 94.

de posibilidad de la persona humana para la gesta propia de la identidad, sino también el reconocimiento de la autonomía progresiva en un contexto adultocéntrico y paternalista, al mismo tiempo que cisgénero y patriarcal. Esto se vio reflejado y aún se ve en los procedimientos registrales para reconocer la identidad de género de les niñes, que con su corta edad debían arbitrar los medios para que los registros y sus funcionarios entiendan la ley y procedan conforme a derecho.

De tal manera, la Opinión Consultiva en consideración resulta aclaratoria de muchos obstáculos que deben ser subsanados en el caso argentino y es un faro para los demás países de la región que aún pelean por el reconocimiento de este derecho.

Por ejemplo, la Corte IDH reconoce la protección de la identidad de género y, en particular, su expresión en virtud del artículo 13 de la CADH que reconoce la libertad de expresión, por lo que toda afectación a la misma es un acto de censura indirecta.

Como corolario, el entramado jurídico que protege la identidad sexual y de género es amplio y apunta a garantizar que la persona tenga un disfrute pleno de su identidad como presupuesto necesario para el ejercicio de sus derechos humanos, de los que se mencionan específicamente la protección contra la violencia, tortura, malos tratos, derecho a la salud, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación²⁵. Esto significa que el derecho a la identidad tiene un carácter instrumental, en tanto habilita el ejercicio de los demás derechos y que los Estados tienen la responsabilidad internacional, según los tratados de derechos humanos, de garantizar su efectivo goce.

Luego, la Corte da respuesta a la primera pregunta que formula Costa Rica y reconoce la protección de la identidad de género con arraigo en múltiples artículos de la CADH, tales como el artículo 18 (derecho al nombre), 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 7.1 (derecho a la libertad), 11.2 (derecho a la vida privada), así como en los artículos 1.1 y 24 que receptan la obligación de respetar y garantizar los

25 Ídem, párr. 98.

derechos sin discriminación y el artículo 2 que obliga a adoptar las disposiciones de derecho interno en armonía con la Convención.

Sobre este punto, cita a otros tribunales de derechos humanos y organismos y destaca la importancia de que los rasgos que configuran la identidad de una persona y que tienen un significado jurídico, como lo es el nombre y el género, deben poder ser adecuados y modificados, porque de lo contrario se niega “una dimensión constitutiva de su autonomía personal –del derecho a vivir como uno quiera–, lo que a su vez puede convertirse en objeto de rechazo y discriminación por los demás –derecho a vivir sin humillaciones– y a dificultarle las oportunidades laborales que le permitan acceder a las condiciones materiales necesarias para una existencia digna”²⁶.

En relación con la pregunta vinculada a los procesos que deben garantizar los Estados para que toda persona pueda rectificar los registros donde obren sus datos acordes a su identidad de género, la Corte IDH sostiene que la naturaleza está supeditada al contexto local y el derecho interno, pero señala requisitos que deben observarse, ya sea que se regule un procedimiento de carácter administrativo o jurisdiccional, por lo cual se crean estándares para los Estados. Estos son: a) adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) basados únicamente en el consentimiento libre e informado de la persona solicitante (no se deben exigir requisitos que puedan resultar irrazonables o patologizantes); c) deben ser confidenciales y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, gratuitos; e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.

Por último, se señala la importancia de que sea un procedimiento sencillo que verifique la voluntad de la persona solicitante y proceda conforme a ello, sugiriéndose la conveniencia de un procedimiento de corte administrativo.

26 Ídem, párr. 113.

4. La Protección Internacional de los Vínculos de Parejas del Mismo Sexo

La Opinión Consultiva en análisis aborda también la protección de la orientación sexual y de las parejas del mismo sexo a partir de la pregunta que explícitamente indaga sobre los derechos patrimoniales de las parejas del mismo sexo.

Al respecto, la conclusión a la que arriba la Corte IDH consiste en que “La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo”²⁷.

No obstante, se explicita que la obligación de los Estados no se reduce a la protección de los derechos patrimoniales, sino que también deben velar porque todos los derechos humanos reconocidos en la normativa convencional e interna de cada Estado con sustento en el principio de igualdad y no discriminación se traduzcan en condiciones materiales y en el ejercicio efectivo por las parejas del mismo sexo, de igual manera que las parejas heterosexuales.

En relación con los mecanismos estatales para la protección de las denominadas “familias diversas”, la Corte IDH considera que existe una obligación internacional de los Estados de proteger a todas las familias y, como tal, deben garantizar que todas las personas puedan formalizar sus vínculos a partir de las figuras existentes, sin discriminación por su orientación sexual.

Como corolario, los Estados deben adaptar su normativa vigente de manera que las parejas de personas del mismo sexo no vean vulnerados sus derechos mediante obstáculos que impidan el reconocimiento de su vínculo. Al mismo tiempo se menciona que “Los Estados que tuviesen

27 Ídem, párr. 199.

dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna”²⁸.

Por último, por seis votos a favor y uno en contra, la Corte opinó que “De acuerdo a los artículos 1.1, 2, 11.2, 17 y 24 de la Convención es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”.

5. Reflexiones finales

Luego de que la Corte IDH emitiera esta opinión consultiva, la Sala Constitucional de Costa Rica, Estado que la había solicitado, el 8 de agosto de 2018 emitió un fallo sobre la prohibición que rige para que personas del mismo género puedan celebrar matrimonio o uniones civiles. El resultado de una votación dividida fue la declaración de inconstitucionalidad del inciso 6 del artículo 14 del Código de Familia, el cual establece que “es legalmente imposible el matrimonio entre personas del mismo sexo” y del artículo 242 que indica que las uniones de hecho son entre hombre y mujer.

El tribunal nacional afirmó que ambas normas de momento se mantenían vigentes y le dio a Asamblea Legislativa 18 meses para modificar la legislación discriminatoria. Es una resolución contradictoria porque mientras declara la grave violación derechos humanos que la legislación de familia supone no le quita validez por un año y medio, impidiendo el matrimonio y las uniones civiles entre personas que desean celebrarla. No obstante, aunque pequeño, se atisba como un avance en el difícil camino de ampliación de derechos y libertades en sociedades gobernadas por sectores sumamente conservadores, religiosos y anti-derechos.

28 Ídem, párr. 228.

Sin lugar a dudas, la OC-24/17 se presenta como un notable e innovador pronunciamiento interpretativo de un tribunal internacional de derechos humanos que reconoce de manera explícita los hechos de discriminación que afectan a las personas LGBTI y la interseccionalidad de éstos, que se traducen en situaciones de violencia y en graves violaciones de derechos humanos del colectivo.

Este pronunciamiento interpretativo de la Corte IDH constituye un recurso potente al que echar mano ante el fuero doméstico, nuestra trinchera en la que debemos desplegar diversas lógicas y juegos interpretativos de la normativa convencional y constitucional de derechos humanos, para defender a capa y espada los derechos que nos faltan y para no perder los que ya tenemos. Para que haya una igualdad real y efectiva de todas las personas, y el género, la orientación sexual y la identidad de género no se tornen en obstáculos para el ejercicio pleno de los derechos humanos, sino que estas sean efectivamente receptadas como categorías protegidas del entramado jurídico convencional y traducidas como tales en el derecho interno de cada Estado.

DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS POLÍTICOS.

Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela.
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero
de 2018. Serie C No. 348

Por LIGIA BOLÍVAR OSUNA¹

1. Introducción

El 8 de febrero de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o el Tribunal) dictó sentencia en el caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela², en el cual se avanza en la interpretación del alcance de la discriminación por motivos políticos.

Este artículo explica el contexto en el cual se producen los hechos que dieron origen a la demanda y los antecedentes del caso, seguido por una breve reflexión sobre el tránsito del caso hasta la Corte. Posteriormente, se presenta un análisis del alcance de la sentencia con énfasis en lo que respecta a la discriminación por motivos políticos. Por último, se realizan algunas reflexiones sobre la situación actual de la discriminación por motivos políticos en Venezuela.

2. Antecedentes y contexto

En 2004 se desarrolló en Venezuela un proceso de recolección de firmas para convocar a una consulta sobre la revocatoria del mandato del Presidente de la República, según el mecanismo consagrado en el artículo 72 de la Constitución del país. El Presidente del Consejo Nacional Electoral, siguiendo instrucciones del Presidente de la República, dio copia

1 Licenciada en Sociología (Universidad Católica Andrés Bello). Especialista en Derechos Humanos (Universidad Central de Venezuela). Profesora – Investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello. Fue peticionaria del caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

de la lista de firmantes al entonces Diputado Luis Tascón, quien anunció la utilización de la lista para evidenciar un supuesto fraude, haciéndola pública en un sitio web, por lo que se le conoce como “Lista Tascón”.

Al ingresar el número de cédula de cualquier persona en el sitio web del diputado, se identificaba a la persona con su nombre y se indicaba si había firmado o no para la activación del mecanismo constitucional, señalando incluso con el calificativo de “traidora” a la persona registrada como firmante.

Los creadores de la Lista abrieron un período para un “reparo”, que consistía en brindar la posibilidad a firmantes para expresar la falsedad de la firma consignada como suya y, en consecuencia, eliminarlo de la lista. El reparo, cuyo alegado propósito fue demostrar el fraude, sirvió como elemento de presión contra empleados públicos, algunos de los cuales optaron por el mecanismo de retiro de sus firmas para evitar ser despedidos o asegurar su reincorporación al puesto de trabajo.

Aunque el supuesto fraude nunca se demostró, desde entonces la lista comenzó a usarse como herramienta de discriminación política contra quienes firmaron en 2004 para activar el mecanismo de referéndum revocatorio, mediante acciones que incluyeron despido de sus puestos de trabajo en la administración pública, suspensión de becas y cupos de estudio, cese de contratos con la administración pública, entre otros.

En abril de 2005, el Presidente ordenó “enterrar” la “Lista Tascón”, señalando que “cumplió un papel importante en un momento determinado”³. La afirmación del Presidente constituye una admisión expresa del uso de la lista con el objeto de discriminar políticamente a quienes firmaron para activar el mecanismo revocatorio, sin relación alguna con la demostración de un supuesto fraude. Pese a la orden presidencial, existe abundante evidencia de que la lista permanece activa y sigue siendo utilizada como herramienta de discriminación política, como se podrá ver en la sección V de este texto.

3 Ídem, párr. 68.

3. Trayectoria hasta la corte

El caso de San Miguel, Peña y Chang fue uno de los 15 procesados por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Católica Andrés Bello entre 2004 y 2005 por denuncias recibidas de víctimas de la Lista Tascón. Posteriormente, el Centro y el Programa Venezolano de Educación-Acción en Derechos Humanos (Provea), asumen la representación de las víctimas ante instancias nacionales, con base en la vulneración del principio de no discriminación por motivos políticos que afectó una serie de derechos, efectuándose diversas acciones ante tribunales nacionales.

El 27 de septiembre del 2005 se dio por agotada la vía interna, una vez que el Tribunal Supremo de Justicia decidió desestimar el recurso de casación “por manifiestamente infundado”.

Agotada la vía interna, el caso fue presentado en marzo de 2006 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión o la CIDH), que lo admitió en septiembre de 2013.

No podemos dejar de señalar que siete años y cuatro meses para decidir la admisión de un caso constituye un lapso excesivo que poco contribuye a mantener la confianza de las víctimas, quienes agotaron recursos en la jurisdicción interna en un período de dos años. Si la ausencia de decisión en un plazo razonable es una excepción al agotamiento de recursos internos, resulta difícil de sostener una demora de más de siete años para admitir un caso que, además, cumplía holgadamente con los requisitos de admisibilidad. El rezago procesal en la CIDH sigue siendo un reto pendiente que tiene efectos negativos sobre las víctimas.

El caso fue sometido por la CIDH ante la Corte IDH el 8 de marzo de 2016, por la “terminación arbitraria, en marzo de 2004, de los contratos de servicios profesionales que Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón y Tháís Coromoto Peña (...) tenían con el Consejo Nacional de Fronteras, órgano adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores, tras haber firmado una solicitud de convocatoria a referendo revocatorio del mandato del entonces Presidente de la República Hugo Chávez Frías. La Comisión consideró que la terminación de sus contratos constituyó un acto de desviación de poder, en el cual se habría utilizado una facultad discrecional prevista en los contratos como un velo de legalidad respecto

de la verdadera motivación de sancionarlas por la expresión de su opinión política mediante la firma de dicha solicitud”⁴.

4. Los derechos violados

La CIDH alegó la violación de los derechos a la participación política (artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante, la Convención o la CADH), principio de no discriminación (artículo 1.1 y 2 de la CADH), libertad de expresión (artículo 13 de la CADH), igualdad ante la ley (artículo 24 de la CADH), garantías judiciales (artículo 8 de la CADH) y protección judicial (artículo 25 de la CADH). El representante de las víctimas alegó, además, la violación del derecho a la integridad personal (artículo 5 de la CADH).

Adicionalmente, la Corte IDH, invocando su jurisprudencia en el caso “Lagos del Campo”⁵, decidió aplicar el artículo 29 de la CADH, con el objeto de “estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas en los escritos presentados ante ella”⁶, concretamente, el derecho al trabajo (artículo 26 de la CADH).

La Corte declaró, por unanimidad, que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la participación política, en relación con el principio de no discriminación, acceso a la justicia y recurso efectivo. También declaró por mayoría que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la libertad de expresión y al trabajo⁷.

Sin duda, el punto más relevante de la sentencia es el relativo a la responsabilidad del Estado por violación del derecho a la participación política, en relación con el principio de no discriminación ya que el Tribunal había tenido oportunidad de tratar estos derechos en el caso “López Mendoza”, pero desde un enfoque diferente al del caso que nos ocupa.

En primer término, en aquel caso se desestimaron las alegaciones de los representantes de la víctima sobre la violación del principio de no

4 Ídem, párr. 1.

5 Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr.133.

6 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, cit.*, párr. 219.

7 Ídem, párr. 257.

discriminación, en relación con la vulneración del artículo 24 de la Convención⁸, por lo que no hubo un desarrollo interpretativo del alcance del derecho, en el campo específico de su relación con los derechos políticos.

En segundo lugar, las alegaciones de la CIDH y de los representantes de la víctima sobre la violación del derecho a la participación política (artículo 23 de la CADH), así como el examen de la Corte, estuvieron orientados a determinar si las sanciones que llevaron a la inhabilitación política de la víctima y sus efectos eran o no compatibles con la CADH⁹.

En este punto, si bien la Corte determinó que “el Estado violó los artículos 23.1.b y 23.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Leopoldo López Mendoza”, el tratamiento del derecho a la participación política estuvo centrado en el sufragio pasivo, es decir, en el derecho a ser elegido¹⁰, por lo que no tuvo oportunidad de desarrollar aspectos del derecho a la participación política relacionados con otro tipo de efectos de la acción u omisión del Estado, que eventualmente podrían tenerse como incompatibles con el alcance de la protección reconocida por la CADH al referido derecho, en el caso del ejercicio activo del mismo.

El caso “San Miguel Sosa y otros” es entonces el primero que desarrolla el alcance de la protección reconocida por la CADH al derecho a la participación política en cuanto a aquellos componentes de éste que tienen que ver con el ejercicio activo de este derecho. A continuación, se desagregan los diferentes componentes de este aspecto de la sentencia.

A) Consideraciones generales

En primer lugar, la Corte IDH recuerda que el artículo 23 incluye:

- el derecho de la persona como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos;
- el derecho como elector a través del voto;
- derechos como servidor público;

8 Corte IDH, *Caso López Mendoza Vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C No. 233, párr. 195.

9 Ídem, párr. 100.

10 Ídem, párrs. 108 y 109.

- el derecho a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público; y
- el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente, mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos¹¹.

En segundo lugar, la Corte IDH ratifica que “en los términos del artículo 1.1 de la Convención, en una sociedad democrática una persona nunca podría ser discriminada por sus opiniones políticas o por ejercer legítimamente derechos políticos”¹².

Partiendo de esta afirmación, el Tribunal pasa a desarrollar el alcance de diferentes aspectos del derecho a la participación política.

B) Derecho individual y colectivo

Al afirmar que las víctimas del caso “estaban facultadas a solicitar [la revocatoria del mandato] de manera individual o, como en efecto ocurrió, en el marco de una organización ciudadana”¹³, la Corte deja establecida la doble dimensión del derecho a la participación política, según la cual éste puede ejercerse de manera individual o colectiva.

Si bien son varios los derechos que presentan esta doble dimensión, es la primera vez que se hace una referencia expresa al derecho a la participación política. Cabe destacar que la Observación General N° 25 del Comité de Derechos Humanos no hace tal precisión, limitándose a reconocer “la libertad de participar en actividades políticas individualmente o a través de partidos políticos y otras organizaciones”¹⁴, sin mayores referencias a otras formas de participación que no estén canalizadas mediante organizaciones formalmente constituidas.

11 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, cit., párr. 111.

12 Ídem, párr. 117.

13 Ídem, párr. 113.

14 Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 25. La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto (art. 25), 57° período de sesiones (1996), párr. 25.

C) Obligaciones del Estado

La sentencia se refiere a la obligación del Estado de respetar, la cual se expresa en acciones destinadas a “garantizar con medidas positivas y de generar las condiciones y mecanismos óptimos para que toda persona formalmente titular de esos derechos tenga la oportunidad real para ejercerlos, de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación”¹⁵.

Al referirse al tipo de efectos que deben tenerse por violatorios de las obligaciones del Estado de proteger el derecho a la participación política, la Corte menciona “alguna forma de represalia, persecución o discriminación encubiertas”¹⁶.

Asimismo, se precisa la obligación del Estado de **proteger** este derecho ante posibles acciones de terceros, al señalar que “el ente electoral competente debía analizar si correspondía disponer que la información guardara algún carácter restringido, reservado, confidencial o privilegiado, bajo responsabilidad de quien la recibiera; es decir, si en ese contexto particular debía disponer medidas de salvaguarda para asegurar una protección mínimamente razonable a los firmantes, de modo que tal información no fuese utilizada o instrumentalizada para fines intimidatorios, de persecución o de represalias”¹⁷.

En el desarrollo de este deber, la Corte IDH establece que la protección que el Estado debe brindar a las personas en el ejercicio de su derecho a la participación política, debe incluir “garantías ante posibles y eventuales actos de represalia o amenazas de represalia”¹⁸.

Finalmente, la sentencia establece que, en materia de derecho a la participación política, el Estado tiene una obligación de **satisfacer** el derecho “previniendo o contrarrestando situaciones o prácticas legales o de facto que impliquen formas de estigmatización, discriminación o represalias para quien lo ejerce”¹⁹. La Corte agrega que el Estado debe “establecer

15 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, cit., párr. 111.

16 Ídem, párr. 120.

17 Ídem, párr. 130.

18 Ídem, párr. 133.

19 Ídem, párr. 111.

medidas de salvaguarda o protección contra presiones indebidas y represalias en el marco de procesos electorales o de participación política”²⁰.

D) La motivación de la acción del Estado

Al contextualizar la violación del derecho a la participación política, la Corte IDH consideró que “[e]n la medida en que se alega un acto de persecución, discriminación o represalia encubiertos o una interferencia arbitraria o indirecta en el ejercicio de un derecho, es relevante tomar en cuenta que el motivo o propósito de un determinado acto de las autoridades estatales cobra significación para el análisis jurídico de un caso, por cuanto una motivación o un propósito distinto al de la norma que otorga las potestades a la autoridad estatal para actuar, puede llegar a demostrar si la acción puede ser considerada como actuación arbitraria o una desviación de poder”²¹.

El Tribunal establece la relación entre la motivación de las acciones del Estado y los efectos de sus actos en los siguientes términos: “Dadas las dimensiones y alcances que se dio a dicha Lista Tascón, en una página web bajo la calificación de un ‘megafraude’, es evidente que su creación y publicación **tenía fines ulteriores** a garantizar los derechos del funcionario revocable o de los solicitantes, pues la publicación de la identidad de los firmantes **fue instrumentalizada con fines intimidatorios para desincentivar la participación y la disidencia políticos**. Ello favoreció o propició un ambiente para la materialización de represalias, para la persecución política y la discriminación de quienes fueron entonces percibidos como opositores políticos al gobierno, lo cual fue incompatible con el deber del Estado, bajo el artículo 23.1 de la Convención, de establecer medidas de salvaguarda o protección contra presiones indebidas y represalias en el marco de procesos electorales o de participación política”²².

20 Ídem, párr. 133.

21 Ídem, párr. 121.

22 Ídem, párr. 133, énfasis añadido.

E) Efecto intimidatorio de la acción del Estado

Hay dos partes de la sentencia en especial en las que la Corte IDH desarrolla el análisis de los efectos intimidatorios de la actuación del Estado.

En primer lugar, al analizar el alcance de la responsabilidad del Estado en materia de libertad de expresión, particularmente en lo que respecta a la dimensión colectiva de este derecho, advierte que la investidura y alto rango de los funcionarios que formularon advertencias a los firmantes es un hecho a considerar para entender el efecto de los actos de representantes del Estado.

En este sentido, señala que “en ese contexto y por la alta investidura de quienes los pronunciaron y su reiteración, dichos pronunciamientos de altos funcionarios públicos dirigidas a desincentivar la participación política no contribuyeron a impedir, e incluso pudieron propiciar o exacerbar, situaciones de hostilidad e intolerancia hacia la disidencia política, lo cual es incompatible con la obligación estatal de garantizar el derecho de participación política. En este sentido, otras declaraciones de funcionarios que indicaban que ‘nadie puede ser perseguido’ o una retractación del Ministro de Salud, no contribuyeron a impedir los **efectos intimidatorios, de incertidumbre y de polarización** que pudieron generar las demás manifestaciones en ese contexto”²³.

Agrega la Corte IDH: “las situaciones analizadas pudieron generar impedimentos en el libre debate público sobre temas de interés de la sociedad, lo que es esencial para el sano funcionamiento de una sociedad democrática y, por ende, efectos disuasivos, atemorizadores e inhibidores en la dimensión colectiva de la libertad de expresión”²⁴.

En segundo término, al analizar lo que califica como “terminación arbitraria de la relación laboral”, el Tribunal identifica un efecto de la acción del Estado que se extiende a toda la población, más allá de las víctimas directas: “[e]l despido arbitrario al que fueron sometidas, luego de la publicación de la lista Tascón y en un contexto de denuncias de despidos arbitrarios y de otras formas de represalia para quienes habían firmado por el referendo, tenía la intención encubierta de acallar y desincentivar la di-

23 Ídem, párr. 145, énfasis añadido.

24 Ídem, párr. 159.

sidencia política, pues fue instrumentalizado como **factor ejemplarizante** para que otras personas que ejercieron esa misma libertad se vieran amedrentadas de participar políticamente”²⁵.

5. La discriminación por motivos políticos como política de Estado. A modo de cierre

La Corte IDH constató que las acciones que afectaron los derechos de Rocío San Miguel, Thaís Peña y Magaly Chang no fueron eventos aislados. Al elaborar sus consideraciones sobre la violación del derecho a la participación política y al principio de no discriminación, afirma que “los hechos del presente caso no fueron aislados, pues la materialización de tales amenazas constaría en informes de organizaciones no gubernamentales internacionales y venezolanas, así como en declaraciones o reportajes publicados en medios de comunicación y en testimonios rendidos ante la Corte, que refirieron o documentaron casos de despidos de trabajadores o funcionarios de diversas instituciones públicas que habrían estado motivados por su participación en la solicitud de referendo revocatorio”²⁶.

No solo hubo miles de personas afectadas por la “Lista Tascón”. Esta práctica iniciada en 2004 se consolidó en años posteriores como política de Estado y permanece hasta el presente. Revisiones de sitios web hechas entre 2010 y 2016 por quien escribe, permiten afirmar que la lista Tascón sigue activa, la base de datos de ésta se vende libremente y numerosas personas la siguen consultando y usando para obtener información sobre terceros a fin de establecer si se trata o no de personas “leales” al proyecto político gubernamental.

Después de la “Lista Tascón” se creó un software conocido como “Lista Maisanta” que integraba en una sola base de datos la información de todos los electores, tanto firmantes como no firmantes, asociada a la base de datos de las “misiones sociales” (operativos creados por el gobierno para dar asistencia a la población en áreas como salud, educación, vivienda, etc.). De esta manera, se amplió la posibilidad de ejercer control y disci-

25 Ídem, párr. 158, énfasis añadido.

26 Ídem, párr. 146.

minación con motivaciones políticas con base en el acceso a las “misiones”, consolidando información proveniente de varias fuentes oficiales²⁷.

Es más, en el caso que aquí se comenta la Corte IDH manifestó que varios declarantes refirieron que la lista Tascón y después Maisanta permanecen activas como mecanismos de control político²⁸.

Más allá de los hechos probados en este caso, el dispositivo electrónico creado con el supuesto propósito de canalizar subsidios a la población de bajos recursos -conocido como “Carnet de la patria”- se ha convertido en un mecanismo de control social mediante el cual se condicionan dichos subsidios a la participación política a favor del partido de gobierno. En este sentido, en su más reciente informe sobre Venezuela, la CIDH recogió diferentes modalidades de condicionamiento de acceso a derechos sociales a la tenencia del “carnet de la patria”²⁹.

27 Cf. Chang-Tai Hsieh y otros: “The price of political opposition: Evidences from Venezuela’s Maisanta”, *American Economic Journal: Applied Economics*, Vol. 3, No. 2, April 2011, pp. 196-214.

28 Corte IDH, *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, cit., párr. 70.

29 CIDH, *Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela. Informe de País*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209, 31 de diciembre de 2017.

VIOLENCIA SEXUAL CONTRA NIÑOS. DEBIDA DILIGENCIA. Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.

Por FIDENCIA OROZCO DE LICARDÍ¹

Introducción

Todo tema que se relaciona con la niñez debe ser tratado con especial atención por el mismo hecho de referirse a un grupo vulnerable como lo es el caso de las niñas víctimas de violencia sexual, cuyo bien jurídico tutelado es la indemnidad sexual.

El abuso sexual contra niños y niñas es una de las peores formas de violencia contra la niñez y constituye un problema que crece día a día a nivel mundial, siendo una realidad que la mayoría de casos no son detectados ni denunciados y aquellos pocos que se conocen muchas veces no son investigados con la debida diligencia como sucedió en el caso que nos ocupa.

Hechos

El presente caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua por la falta de respuesta estatal frente a la violación sexual cometida por un actor no estatal contra una niña, quien al momento de los hechos tenía ocho años de edad y afirmó que el responsable era su padre.

Se refiere también a las afectaciones de los derechos a la integridad personal, a la dignidad, vida privada, igualdad y no discriminación y a la protección especial que como niña merece.

1 Magister en Derechos Humanos (Universidad Rafael Landívar) Defensora Pública Interamericana.

Particularmente se alega el incumplimiento del deber de investigar con la debida diligencia, en un plazo razonable y de manera acorde con una perspectiva de género, aunado a los deberes estatales derivados de la condición de niña víctima, toda vez que ella fue gravemente re-victimizada con un gran impacto en su vida, integridad física, psíquica y en la de su madre y hermanos.

Tanto así que la jueza contralora del caso la obligó a que participe de forma directa en la reconstrucción de los hechos violentos, donde la niña fue la víctima principal, intimidándola al decirle que de no participar, su agresor quedaría libre de los cargos. ¿Dónde se ha visto semejante abe-rración procesal?

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 5, 8, 11, 19, 24 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento; y del artículo 7.b) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, en perjuicio de V.R.P., V.P.C. y demás familia

Las representantes de las presuntas víctimas, por su parte, agregaron dentro de su escrito otros derechos afectados, tales como el derecho de residencia y el derecho de familia, que fueron detectados al efectuar la entrevista con las víctimas que al contar su trágica historia, comentaron cómo la familia tuvo que separarse de su tierra natal por circunstancias atribuibles a presiones por parte de agentes estatales, al enterarse éstos que ella había ejercido su derecho de denunciar las anomalías que había encontrado en el proceso.

Aspectos destacados de la sentencia de la Corte Interamericana

1. Se analiza la responsabilidad internacional del Estado con base en sus obligaciones internacionales derivadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Convención de Belém do Pará.

2. Es importante el análisis que hace la Corte IDH sobre la responsabilidad internacional del Estado de Nicaragua, al haber configurado una serie de acciones y omisiones estatales frente a la violación sexual, que no habrían respetado el deber de debida diligencia y protección especial y que provocaron una situación de revictimización con grave afectación a diversos derechos de las víctimas.
3. La prueba que se desarrolló a través de la presentación de los peritos, permitió incorporar el nuevo concepto que quedó plasmado en la jurisprudencia de la Corte, en virtud del cual se indica que se ejerció “violencia institucional” por parte del Estado de Nicaragua en contra de la niña V.R.P., por ser los funcionarios públicos en representación del Estado quienes se negaron a ejercer con la debida diligencia una investigación objetiva con enfoque de género.
4. Se confirmó este concepto cuando se realizó la reconstrucción de los hechos, con la participación de la víctima, como una diligencia probatoria que en general no es recomendada, ya que ha sido eliminada prácticamente de todo el derecho comparado en aquellos casos en los cuales se está en presencia de niñas víctimas de delitos sexuales.
5. Además, las condiciones en que esa reconstrucción de hechos se realizó en el caso en particular denotó una extrema falta de cuidado y de especialización en cuanto se realizó del mismo modo en el que se realizaría se tratara del caso de una víctima adulta.
6. La prueba pericial consideró que el primer examen médico había constituido un hecho grave de violencia institucional en perjuicio de V.R.P. ya que el médico legista “no cuidó en absoluto establecer el mínimo de empatía, de cuidado, una cantidad de personas presentes, de funcionarios judiciales que no iban a aportar absolutamente nada a la evaluación que se tenía que hacer y, sin embar-

go, estaban presentes. Esto es una pérdida de intimidad y es una reactualización del trauma”².

7. Adicionalmente, V.R.P. manifestó ante la Corte IDH que comunicó su negativa de participar en la reconstrucción de los hechos a la psiquiatra que la acompañaba, quien a su vez lo puso en conocimiento de la jueza. Esta última sin embargo decidió continuar con la diligencia e incluso manifestó que, de no realizarse, el padre de la niña -quien era su victimario- tendría que salir de prisión.
8. Debe destacarse que la niña no fue acompañada por un profesional del derecho que evitara su participación en la reconstrucción de los hechos. Por eso la Corte destaca la obligación de que el Estado de Nicaragua cuente con un abogado defensor de los derechos de las niñas.
9. El Tribunal consideró que esta medida de prueba, además de revictimizante, no era relevante, dado que la niña, con su nivel de madurez y de acuerdo a su grado de desarrollo y entendimiento de los hechos, podía consentir u opinar respecto a su deseo de participar en la misma.
10. La referencia de la jueza a la posible libertad del padre obligó a que V.R.P. participara en contra de su voluntad³. Por consiguiente, para la Corte IDH la participación de V.R.P. fue concebida únicamente en términos de objeto de prueba y no como titular de derechos, cuyas opiniones debían ser tomadas en cuenta.
11. La Corte IDH concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar y a la protección judicial,

2 Declaración pericial rendida por Enrique Oscar Stola ante la Corte Interamericana en la audiencia pública celebrada los días 16 y 17 de octubre de 2017.

3 Cf. Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, párr. 178.

tanto por acción como por omisión, en los términos de los artículos 5.1, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, así como por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de V.R.P. y V.P.C.

12. Para el tribunal interamericano, el Estado de Nicaragua no actuó con la debida diligencia reforzada y la protección especial requerida en las investigaciones y proceso penal por la violación sexual de la niña V.R.P., lo cual conllevó a la comisión de actos violatorios de sus derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 5.1, 5.2, 8.1, 11.2 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 del mismo instrumento y las obligaciones contenidas en el artículo 7.b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de V.R.P. y V.P.C. y hermanos, los que provocaron graves efectos de re-victimización.
13. Otro punto relevante de la sentencia es que el Tribunal fijó diferentes criterios que deberán aplicarse a los casos futuros: la asistencia letrada gratuita y proporcionada por el Estado; participación de un abogado especializado en niñez y adolescencia, con facultades de constituirse en calidad de parte procesal, oponerse a medidas judiciales, interponer recursos y realizar todo otro acto procesal tendiente a defender sus derechos en el proceso; el derecho a ser oído, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, que conlleva un criterio reforzado de celeridad; el derecho de la niña, niño o adolescente víctima a participar en el proceso penal, en función de su edad y madurez, y siempre que no implique un perjuicio en su bienestar biopsico-social.
14. En cuanto al proceso, deben realizarse las diligencias estrictamente necesarias y evitarse la presencia e interacción de las niñas, niños y adolescentes con su agresor; generar las condiciones ade-

cuadas para que las niñas, niños y adolescentes puedan participar de forma efectiva en el proceso penal mediante las protecciones especiales y el acompañamiento especializado; la entrevista deberá llevarse a cabo por un psicólogo especializado o un profesional de disciplinas afines debidamente capacitado en la toma de este tipo de declaraciones; las salas de entrevistas otorgarán un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, que les brinde a los niños privacidad y confianza; el personal del servicio de justicia que intervenga deberá estar capacitado en la temática, y deberá brindarse asistencia inmediata y profesional, tanto médica como psicológica y/o psiquiátrica, a cargo de un profesional específicamente capacitado en la atención de víctimas de este tipo de delitos y con perspectiva de género.

15. Este protocolo que debería crearse a nivel interno para este tipo de casos deberá estar dirigido, especialmente, a todo el personal de la administración de justicia que intervenga en la investigación y tramitación de procesos penales en casos de niñas, niños o adolescentes víctimas de violencia sexual, sea que ésta haya ocurrido en la esfera pública o privada.

Conclusiones

1. El abuso sexual es un problema social dramático que tiene consecuencias devastadoras en la dignidad de los niños y niñas, que abarca no solo su persona humana sino a toda la familia, ya que todos se convierten en víctimas de la violencia institucional.
2. La comunidad internacional ha abordado este flagelo, que vulnera gravemente los derechos humanos fundamentales de las niñas, a través de distintas convenciones y los estados, especialmente Nicaragua, se han comprometido a realizar acciones concretas a

nivel interno para el mejoramiento de las condiciones de vida de los afectados.

3. Es un aspecto relevante a tenerse en cuenta que hay grandes dificultades para conocer el número real de casos de violencia y abuso sexual, ya que muchos niños tienden a optar por el silencio y no ejercer los mecanismos de protección.
4. La importancia del pronunciamiento de la Corte IDH recae en el desarrollo de estándares internacionales que han quedado plasmados en el presente caso, que servirán de soporte para otros.
5. Es importante para poder aplicar y desarrollar estos estándares internacionales a todos los ordenamientos jurídicos que se cree una ruta de atención especial a los niños víctimas de la violencia y del abuso sexual.
6. El caso V.R.P. es emblemático puesto que ha dejado huella en la siques de cada uno de los integrantes de la familia, pero algo importante de mencionar es que V.R.P. se está profesionalizando, ya que tiene la firme convicción de poder ayudar a otros jóvenes, víctimas de abuso sexual a tratar de sanar las secuelas de una historia trágica que destruye no solo la vida de la víctima sino de todo su entorno familiar.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DEBIDA DILIGENCIA EN ASESINATO DE PERIODISTAS.

**Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia.*
Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo
de 2018. Serie C No. 352.**

Por ANGELITA BAEYENS¹

Introducción

El 13 de marzo de 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) emitió su Sentencia en el caso Carvajal Carvajal y Otros Vs. Colombia². El caso se refiere al asesinato impune de un periodista de Pitalito, departamento de Huila en el sur de Colombia y representó la primera oportunidad para este tribunal de analizar las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) en materia de debida diligencia en la investigación de crímenes letales contra periodistas y su efecto en la libertad de expresión.

Además, las amenazas sufridas por los familiares del periodista como consecuencia de su búsqueda de verdad y justicia y que terminaron empujando al exilio a la mitad de ellos, representó también una oportunidad para desarrollar con mayor profundidad los estándares relacionados con la protección a víctimas y testigos e ilustrar la estrecha relación entre la investigación efectiva y la eliminación de la fuente del riesgo para estas personas.

-
- 1 Directora del Programa de Incidencia y Litigio Internacional del Robert F. Kennedy Human Rights. Profesora Adjunta de la Escuela de Derecho (Universidad de Georgetown). Fue representante de las víctimas en el presente caso.
 - 2 Corte IDH. Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352.

La Corte IDH condenó al Estado colombiano por violar el derecho a la vida (artículo 4.1 de la CADH) y el derecho a la libertad de expresión (artículo 13.1 de la CADH) todo en relación con los artículos 1.1, 8 y 25 del mismo instrumento, en perjuicio de Nelson Carvajal Carvajal. Asimismo, encontró al Estado responsable por la violación del derecho a las garantías judiciales (artículo 8.1 de la CADH) y a la integridad personal (artículo 5.1 de la CADH) en relación con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de los familiares.

Por último, lo halló responsable por violar el derecho de circulación y residencia (artículo 22 de la CADH) en relación con el 1.1 y 19 de la CADH, así como el derecho de protección a la familia (artículo 17 de la CADH) en relación con el 1.1 y 19 en perjuicio de los familiares que se vieron forzados al exilio.

Pese a atribuir esta larga lista de violaciones al Estado colombiano y reconocer una serie de aspectos importantes en el caso, la Corte IDH se quedó a mitad de camino en el desarrollo de su jurisprudencia sobre debida diligencia en material penal, el impacto de la violencia e impunidad en la libertad de expresión y en las medidas de no repetición ordenadas.

Los hechos del caso

Nelson Carvajal era un educador y periodista, que al momento de los hechos, y con 36 años de edad, dirigía varios programas radiales de la Emisora Radio Sur de Pitalito, afiliada a la cadena nacional RCN Radio. Desde dichos espacios, hablaba sobre asuntos de interés público, incluyendo denuncias sobre corrupción en la gestión pública municipal.

Durante los meses previos a su asesinato, había hecho varias denuncias públicas sobre irregularidades cometidas por un empresario y político local en la construcción de una urbanización de interés social en una zona considerada como de alto riesgo. Asimismo, poco antes de morir manifestó haber descubierto documentos que parecían comprometer al empresario con una red de tráfico de armas y drogas en la zona. También había denunciado irregularidades cometidas por un ex Alcalde en la compra de un predio. Todo esto, sin dudas, le creó muchas enemistades con sectores poderosos en la región y le generaron amenazas y hostiga-

mientos por parte de quienes eran señalados de estar involucrados en los actos de corrupción.

El 16 de abril de 1998, aproximadamente a las 6:15 de la tarde, cuando salía del centro educativo en el que laboraba y se disponía a montarse en su motocicleta, Nelson Carvajal Carvajal fue atacado por un hombre que le propinó varios disparos con arma de fuego. El asesino escapó en una moto conducida por otro individuo que lo estaba esperando. Nadie en la comunidad puso en duda la relación directa entre la labor periodística de Nelson y su homicidio.

Las fallas en la investigación del homicidio de Nelson Carvajal fueron evidentes desde el principio y se han extendido a lo largo de 20 años de impunidad. El abogado Guillermo Puyana, quien actuó como perito ante la Corte IDH señaló, entre otros problemas de la investigación penal: la falta de continuidad en la responsabilidad de la investigación pues hubo cambios sucesivos de fiscales; la inactividad inexplicable en el proceso de investigación por periodos prolongados de tiempo, transcurriendo incluso años entre diligencias de investigación; la ausencia total de dirección de la investigación, reflejada principalmente en la forma apresurada en que se resolvieron las indagaciones preliminares y la inexistencia de órdenes a la policía judicial que el fiscal del caso habría podido girar desde los primeros días, tales como allanamientos e interceptaciones de comunicaciones; y las amenazas sufridas por testigos, víctimas y hasta funcionarios judiciales involucrados en el proceso lo cual influyó en el número y la consistencia de las declaraciones y testimonios que habrían podido contribuir a probar de manera más sólida la responsabilidad material e intelectual en el homicidio de Nelson Carvajal³.

Por su parte, el riesgo para la vida de los miembros de la familia Carvajal Carvajal comenzó desde el mismo día en que mataron a Nelson. Como relató Judith Carvajal en la audiencia pública ante la Corte IDH, al llegar a la escena del crimen y ver a su hermano tendido en el suelo, muerto y rodeado de sangre, le gritó a las personas que allí se encontraban “lo mataron por denunciar la corrupción administrativa” y “yo sí sé

3 Cf. Peritaje rendido por el Abogado Guillermo Alberto Puyana Ramos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Carvajal Carvajal y Otros Vs. Colombia.

quién lo mató”, ante lo cual un conocido la agarró del brazo y le dijo que se calmara y no anduviera haciendo acusaciones que la podrían meter en problemas⁴.

A partir de allí y a lo largo de más de una década, miembros de la familia recibieron amenazas de muerte y sufrieron hostigamientos que se intensificaron en momentos clave de impulso del caso a nivel interno o del proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH). Todo esto empujó a la mitad de la familia Carvajal al exilio.

La impunidad en la que se encontraba el homicidio y la actitud negligente de las autoridades llevaron a la Sociedad Interamericana de Prensa a presentar el caso de Nelson Carvajal Carvajal y su familia ante la CIDH en el 2002. Allí el proceso también avanzó lentamente, incluyendo largos lapsos de tiempo en el que la SIP y el Estado colombiano entablaron negociaciones para solucionar amistosamente el caso. Finalmente, ante el incumplimiento de las recomendaciones hechas por la CIDH, el caso fue remitido a la Corte IDH en el año 2015.

El análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Como se señaló al inicio, la Corte IDH encontró al Estado colombiano responsable internacionalmente por la violación de los artículos 4.1, y 13.1 de la Convención Americana, en relación a los artículos 1.1, 8 y 25 del mismo instrumento en perjuicio de Nelson Carvajal Carvajal y de los artículos 8.1 y 5.1 de la CADH en relación al 1.1, 8 y 19 de la CADH, así como los artículos 22 y 17 de la CADH en relación al 1.1, 8 y 19 de la CADH, respecto a sus familiares.

El núcleo duro del caso era, por supuesto, determinar si pese a ser una obligación de medios y no de resultados, el Estado colombiano había cumplido o no con sus obligaciones de protección y garantías judiciales a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, y el impacto en el derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 13.

4 Ver declaración de Judith Carvajal en audiencia pública ante la Corte IDH, 22 de agosto de 2017.

Si bien por momentos del texto de la Sentencia parece leerse que el Estado pudiera haber cumplido con el estándar mínimo exigible bajo la normativa citada y se invierte totalmente la carga de la prueba dando por ciertas muchas de las afirmaciones del Estado, la Corte IDH condenó al Estado sobre todo por la excesiva duración del proceso de investigación.

En efecto, en su decisión la Corte IDH considera que el caso goza de cierta complejidad, no le da la razón a los representantes de las víctimas en cuanto a los errores en las líneas lógicas de investigación ni otras irregularidades, pero aun así considera que:

“[...] la magnitud relativa de esa complejidad y la conducta de las autoridades encargadas de las investigaciones desde el año 2001, permiten develar que el Estado es, en gran medida, responsable por la dilación extraordinaria de este asunto, y que casi a 20 años desde la ocurrencia del homicidio de Nelson Carvajal, y 16 años desde la sentencia absolutoria del año 2001, aún no se pudo determinar judicialmente la responsabilidades por los hechos del caso, siendo que los mismos permanecen en la impunidad. Por tanto, la Corte encuentra sustento para concluir que existe una vulneración a la garantía judicial de plazo razonable contenida en el artículo 8.1 de la Convención en perjuicio de los familiares de Nelson Carvajal Carvajal, por la excesiva duración de la investigación y del proceso vinculado con su homicidio”⁵.

En relación con el artículo 13 de la Convención, la Corte IDH resalta además que “la combinación de violencia contra los periodistas y la impunidad tienen un impacto altamente negativo, en primer lugar, respecto a los propios periodistas y sus familias, y en segundo lugar, debido a que ha producido que diversas comunidades en Colombia no reciban información sobre temas que les afectan, tales como el conflicto armado, el crimen organizado, el narcotráfico y la corrupción política”⁶. Concluye pues que el Estado ha violado el artículo 13.1 en relación a los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana “dada la íntima relación que se presenta

5 Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*, cit., párr. 115.

6 Ídem, párr. 177.

en este caso, entre, por una parte, las garantías judiciales y protección judicial, y por la otra, el derecho a la vida y la libertad de expresión⁷⁷.

Uno de los aspectos positivos de la Sentencia es el reconocimiento que hace a la existencia de un contexto de violencia contra periodistas en la época de los hechos. En cambio, donde se queda el tribunal corto es en reconocer que el contexto de violencia e impunidad para periodistas persiste en la actualidad, así como las fallas del actual programa de protección para periodistas en Colombia. Es más, la Corte IDH de manera equivocada toma por cierto que existe una política pública de protección a periodistas, cuando lo que presenta el Estado es un borrador de política que ni siquiera hoy, a más de seis meses de emitida la Sentencia, ha sido oficialmente adoptada⁸.

Lo que pudo ser y no fue

Un objetivo clave del litigio del caso Carvajal para las organizaciones representantes de las víctimas fue llevar a la Corte IDH a reconocer explícitamente la existencia de un estándar reforzado de debida diligencia penal en casos de violencia contra periodistas, especialmente en casos de violencia letal.

Este objetivo no resultaba demasiado ambicioso si se tenía en cuenta: i) el rol del periodista, su impacto social y la dimensión colectiva del derecho a la libertad de expresión; ii) la existencia de un contexto conocido de violencia contra periodistas al momento de los hechos del caso Carvajal; y iii) la existencia de un consenso regional sobre la importancia de proteger a periodistas y comunicadores sociales.

Si bien la Corte IDH ha reconocido la importancia de la libertad de expresión para la democracia⁹, así como los efectos debilitadores de la

7 Ídem, párr. 178.

8 Ídem, párr. 217.

9 Cf. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 70; *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr. 105 y *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2016. Serie C No. 317, párr. 165.

impunidad, el “caso Carvajal” era el primero que conocía de violencia letal contra periodistas y, por lo tanto, era su primera oportunidad para afirmar este deber reforzado de debida diligencia en el marco de un procedimiento contencioso. Ello habría significado un reconocimiento al rol fundamental que cumplen los periodistas en la sociedad y su impacto en el goce de la dimensión social del derecho a la libertad de expresión.

Además, como lo reconoció la propia Corte IDH, el caso de Nelson Carvajal Carvajal se enmarca en un contexto de violencia e impunidad que afectaba a periodistas en Colombia desde hacía varios años antes del homicidio de Nelson y que alcanzó cifras altísimas en el año de su muerte y los inmediatamente posteriores¹⁰.

Dicho contexto era conocido por el Estado, a tal punto que había adoptado medidas -hasta ahora ineficaces- para enfrentarlo, que incluyen, entre otras, la creación en el año 2000 del Programa de Protección a Periodistas y Comunicadores Sociales, el aumento del plazo de prescripción penal en caso de homicidio en persona de periodista, la creación del sistema de priorización de situaciones y casos por parte de la Fiscalía General de la Nación -entre los cuales se puede considerar como criterio de selección la calidad de periodista de la víctima¹¹-, y la creación de la Unidad Nacional de Protección¹².

Sobre la existencia de un consenso regional sobre la importancia de prevenir e investigar la violencia contra periodistas, es preciso señalar que en 1998 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos adoptó la Resolución 1550/98 mediante la cual instó a los Estados miembros a fortalecer las medidas necesarias para la investigación y enjuiciamiento por crímenes contra periodistas¹³.

Dicha resolución fue reiterada el siguiente año y la Asamblea General enfatizó el fortalecimiento de las medidas investigativas y de enjui-

10 Cf. Centro Nacional de Memoria Histórica. *La palabra y el silencio. La violencia contra periodistas en Colombia (1977- 2015)*, CNMH, Bogotá, 2015 citado en Corte IDH, *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia*, cit. párrs. 166 y 167.

11 Fiscalía General de la Nación, Directiva 001 de 4 de octubre de 2012.

12 Decreto N° 4065/2011.

13 OEA, Asamblea General, *Atentados contra el ejercicio de la libertad de prensa y crímenes contra periodistas*, AG/RES.1550 (XXVIII-O/98) aprobada el 2 de junio de 1998, párr. operativo 2.

ciamiento¹⁴. Más recientemente, en junio de 2017, la Asamblea General adoptó la Resolución 2908/17 en la que como medida específica en relación con la seguridad de los periodistas y trabajadores de medios de comunicación, instó a la implementación de medidas integrales de prevención, protección, investigación y sanción de los responsables y a poner en práctica estrategias para acabar con la impunidad de los crímenes contra periodistas, compartiendo buenas prácticas¹⁵.

Por último, la otra oportunidad que parece haber desaprovechado la Corte IDH en este caso es la de ordenar medidas de no repetición con vocación transformadora. Si bien las reparaciones ordenadas por el tribunal cumplen con los familiares a nivel individual, es en las medidas de no repetición donde se queda coja la Sentencia y surgen grandes interrogantes sobre el razonamiento de este tribunal al ordenarlas.

El ejemplo más claro se refiere al punto resolutivo No. 14. Allí, la Corte IDH ordena al Estado colombiano: “remitir los informes periódicos que envía a los organismos especializados de la OEA y de las Naciones Unidas, relacionados con las medidas implementadas para la prevención y protección de los periodistas en Colombia, en los términos del párrafo 217 de esta Sentencia”

El referido párrafo 217 expresa lo siguiente:

“La Corte valora los avances alcanzados hasta ahora por el Estado con el fin de adoptar medidas de protección para garantizar la seguridad de las y los periodistas que se encuentran bajo riesgo especial debido al ejercicio de su profesión. En lo que atañe al fortalecimiento de las medidas de prevención y protección a periodistas en Colombia, el Tribunal advierte que fue presentada información relacionada con políticas públicas que fueron adoptadas con posterioridad a los hechos del caso por parte del Estado y que precisamente se refieren a este tipo de acciones. No obstan-

14 OEA, Asamblea General, Declaración Interamericana sobre la Libertad de Expresión, resolución aprobada en la primera sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 1999, párr. operativo 2.

15 OEA, Asamblea General, Promoción y protección de derechos humanos, AG/RES. 2908 (XLVII-O/17) aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 21 de junio de 2017, párr. operativo 2.

te, debido a la naturaleza de las violaciones declaradas en el presente caso, este Tribunal estima necesario ordenar que el Estado remita los informes periódicos que envía a los organismos especializados de la OEA y de las Naciones Unidas, relacionados con las medidas implementadas para la prevención y protección de las y los periodistas en Colombia, con el propósito de evaluar el cumplimiento de las restantes medidas de reparación dispuestas en esta Sentencia” (el destacado no aparece en el texto original).

En realidad, la Sentencia no tiene otros puntos resolutiveos que se refieran a la prevención y protección a periodistas en Colombia, por lo que no queda claro cómo estos informes pudieran ayudar a “evaluar el cumplimiento” de las otras medidas de reparación. Tampoco queda claro a qué informes periódicos y qué organismos especializados de la OEA y Naciones Unidas se refiere la Corte IDH, aunque se puede inferir al menos algunos -el examen periódico universal del Consejo de Derechos Humanos, por ejemplo-.

Por último, como se mencionó anteriormente, la Corte IDH dio por cierta la existencia de una política pública en materia de prevención y protección a periodistas en Colombia que en la práctica, y muy lamentablemente, no existe.

Palabras finales

Pese a algunas de sus limitaciones, la Sentencia en el caso Carvajal Carvajal y Otros Vs. Colombia constituye un precedente importante a nivel interamericano para la lucha contra la impunidad de los crímenes contra periodistas. Desde la representación de las víctimas confiamos en que la implementación de la Sentencia servirá como un espacio importante para abordar desafíos más estructurales en temas de prevención y protección a periodistas en Colombia y en toda la región.

SALUD MENTAL.

TEDH, *Case of Fernandes de Oliveira v. Portugal*,

28 de marzo de 2017

Por MARIANO GUSTAVO REY y LAURA VÁZQUEZ¹

Introducción

En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante TEDH, analiza la denuncia presentada por la madre de un usuario del sistema de salud que se suicida en las inmediaciones de las instalaciones del Hospital monovalente psiquiátrico en el cual se encontraba realizando tratamiento bajo la modalidad de internación. Enmarca de esta manera la denuncia contra la República portuguesa ante la Corte de conformidad con el artículo 34 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH).

En cuanto a la demanda, plantea que en virtud del artículo 2 de la Convención su hijo se suicidó como consecuencia de la negligencia del hospital psiquiátrico en el que se encontraba, enfatizando en el deber de cuidado que debiera proveer la institución y los profesionales que en la misma desempeñan su labor profesional. En virtud del artículo 6 de la Convención también demanda por la excesiva duración del procedimiento interno que había iniciado contra el hospital.

Al momento del suceso, la víctima tenía 36 años de edad y presentaba reiteradas internaciones en el “Hospital Psiquiátrico Sobral Cid” (en adelante, HSC) entre agosto de 1984 y abril del 2000, del cual en varias oportunidades se escapó.

Su último ingreso, de carácter voluntario, se produjo el 2 de abril de 2000 luego de un intento de suicidio, común denominador con motivos de internación previos. En el marco de una salida de fin de semana tres

1 Psicólogos (UBA). Miembros de la Asociación Civil Enclaves Salud Mental y Derechos Humanos.

semanas posteriores al ingreso al hospital, presentó un episodio de intoxicación alcohólica que requirió de internación en la sala de urgencias del Hospital de la Universidad de Coimbra, dentro del cual se resolvió el cuadro y se lo derivó nuevamente al HSC. Dos días después de este episodio, el 27 de abril de 2000, se escapó de la institución y se suicidó saltando en las vías de tren en las inmediaciones del HSC.

Estándares establecidos por el caso y análisis comparado con legislación en materia de salud mental con enfoque de derechos

El TEDH entiende que en el presente caso se debe ponderar la responsabilidad del Estado a la hora de proteger el derecho a la vida, en función de lo plasmado en el artículo 2 de la CEDH. Al respecto, determina que para cumplir con dicha finalidad los Estados deben elaborar la normativa de los hospitales, independientemente de si son de gestión pública o privada, para que adopten las medidas adecuadas para la protección de sus pacientes. Agrega, asimismo, que se debe prestar atención a la especial vulnerabilidad que presentan aquellas personas que presentan un padecimiento mental².

Por otro lado, la Corte ubica en la esencia misma de la Convención el respeto humano a la dignidad y la libertad humana. En este sentido, las autoridades deben desempeñar sus funciones de una manera compatible con los derechos y libertades de la persona de que se trate y de una manera tal como para disminuir las oportunidades de auto-daño, sin infringir la autonomía personal³.

Esto establece una línea de continuidad con lo planteado en la Ley de Salud de Portugal, así como también con los Principios establecidos por Naciones Unidas para la atención de las personas con padecimiento mental y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad en torno a garantizar el disfrute efectivo del derecho a la vida en un piso de igualdad de condiciones con los otros ciudadanos.

2 TEDH, *Case of Fernandes de Olivera v. Portugal*, Request N° 78103/14, Fourth Section, 28 de marzo de 2017, párr. 66.

3 Ídem, párr. 67.

Respecto de los procedimientos llevados a cabo en sede interna en el caso que se comenta, el TEDH toma distancia de la posición planteada por los tribunales nacionales, que en fallo dividido habían fallado en contra de la demandante, alegando que el personal del hospital no podría haber previsto el abandono y posterior suicidio, entendiéndolo que el usuario el día en que se produjo el hecho no había tenido ningún comportamiento distinto a los días previos, que ya se había retirado sin autorización médica en otras oportunidades, y que el HSC contaba con un mecanismo de recuento de pacientes suficiente.

Para la Corte, el usuario en cuestión había abandonado la internación en el HSC en reiteradas oportunidades en tratamientos previos, ponderando también que la última se había dado menos de un mes antes de que se produzca el suicidio y el motivo de la misma había sido precisamente un intento de suicidio.

Al mismo tiempo observa que los médicos habían recomendado que el usuario no abandone la institución y sugirieron una internación de carácter involuntario por la vía judicial, evidenciándose de esta forma que el riesgo para sí debe haber existido, el suicidio era previsible, y posiblemente no se tomaron las medidas suficientes para preservar su vida, todo lo cual lleva a concluir que los mecanismos de supervisión y monitoreo de los pacientes internados en el HSC no habían sido eficaces.

Cabe mencionar que resulta central para este punto la valoración diagnóstica situacional y no basada sólo en los antecedentes, que permita calibrar de alguna forma el riesgo. Para ello es necesario distinguir entre el riesgo potencial que pueden presentar las personas con padecimiento subjetivo y aquel riesgo que se precisa en una situación dada, que puede ser transitoria.

Al respecto, algunas leyes en materia de salud como la Ley de Salud Mental argentina toman el concepto de “riesgo cierto e inminente”, que debe ser fundamentado con objetividad y precisado interdisciplinariamente para definir la indicación de internación involuntaria, la más restrictiva de las opciones terapéuticas disponibles como modalidad de abordaje⁴.

4 En la reglamentación de la Ley de Salud Mental argentina se plantea por “riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros. Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica”.

En relación con los mecanismos de supervisión de los pacientes del HSC, la Corte sostiene que el régimen de “puertas abiertas” que posee el hospital no exime al Estado de su obligación de proteger a los pacientes con padecimiento mental, haciendo particular hincapié en aquellos pacientes que presentan riesgo suicida, independientemente de si se trata de una persona que se encuentra internada voluntaria o involuntariamente, dado que en ambos supuestos se encuentra bajo cuidado y supervisión del hospital⁵.

En muchos casos implica, según la situación lo amerite, que el equipo profesional disponga de medidas restrictivas a fin de garantizar el cuidado de los pacientes bajo su cuidado. Cabe señalar que, salvo que exista criterio de involuntarización, todo paciente voluntario puede abandonar el centro de salud en cualquier momento, derecho del cual debe ser informado⁶. Igualmente debe mediar algún acto terapéutico que dé cuenta de la voluntad de revocar el tratamiento en curso, y este último debe constar en la historia clínica. Esta situación no se da en los casos en donde se produce un abandono de las características que se observan en el caso que se comenta.

Además, es necesario resaltar la importancia que tiene la información que puede desprenderse de lo que se encuentra evolucionado en la historia clínica, ya que permite ubicar los actos profesionales que dan cuenta del tratamiento que reciben los usuarios de los servicios de salud/salud mental. En el presente caso, se evidencian pluralidad de diagnósticos, en los que prevalecen episodios depresivos e intentos de suicidio recurrentes, así como uso excesivo de alcohol. Todo ello, sumado a otros diagnósticos, permite pensar en una estructura psicótica, con una tendencia mayor de llevar a cabo un pasaje al acto. Otra cuestión central para pensar el caso es la ausencia de evolución de los días previos al hecho.

En relación con la asistencia y el deber de cuidado de los profesionales del establecimiento sanitario, en el caso “Renolde v. Francia” el TEDH había encontrado una violación del artículo 2, en tanto las autoridades estaban al tanto a partir de un intento de suicidio previo que el usuario en

5 Ídem, párr. 73.

6 Resolución 46/119 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

cuestión padecía un trastorno psicótico agudo capaz de dar lugar a autolesiones, no habiendo tomado ninguna medida preventiva para proteger su vida. Similar situación se dio en el caso “Reynolds v Reino Unido”, en el cual los profesionales estaban al tanto de las voces que oía y le ordenaban a la usuaria matarse y, si bien no tenía antecedentes de autolesiones, se suicidó arrojándose de un sexto piso⁷.

El TEDH concluye que se ha producido entonces una violación del artículo 2 en tanto no se han extremado todos los cuidados que podrían esperarse razonablemente por parte del equipo profesional y el hospital en su conjunto.

En cuanto a los tiempos que duró el procedimiento contra el hospital, debe señalarse que terminó de resolverse recién 11 años después de realizada la demanda, tras agotar varias instancias. El TEDH recuerda la obligación del Estado de establecer un sistema judicial eficaz para establecer tanto la causa de la muerte de un individuo bajo el cuidado y la responsabilidad de la atención sanitaria profesional como cualquier responsabilidad por parte de esta última.

Para ello, los mecanismos de protección que ofrece el derecho interno no sólo deben existir en teoría. Al respecto, la existencia de largos procesos de este tipo resulta un fuerte indicio de que los procedimientos son defectuosos, constituyéndose en una violación de las obligaciones positivas del Estado demandado en virtud del Convenio⁸. Asimismo, el paso del tiempo prolonga el calvario para los miembros de la familia de la víctima.

En el presente caso, la Corte observa que el Gobierno ha reconocido que los procedimientos internos fueron largos, evidenciándose varios periodos sin actividad, pero no han proporcionado ninguna razón plausible que lo justifique. En estas circunstancias, el Tribunal considera que los mecanismos pertinentes del sistema jurídico interno, visto en su conjunto, no brindaron en la práctica una respuesta eficaz y rápida. Por lo tanto, concluye que ha habido una violación del aspecto procedimental del artículo 2 de la Convención.

7 Ambas sentencias aparecen mencionadas en el párr. 71 del caso que se comenta.

8 Idem, párr 78.

Comentarios finales

Cabe destacar que las personas con discapacidad psicosocial requieren de una protección especial en tanto han sido vulneradas en sus derechos históricamente, y consecuentemente estigmatizadas. En esa dirección, varios han sido los avances que se han dado en materia normativa con la finalidad de promover la atención sanitaria de aquellas con dispositivos de intervención interdisciplinaria que eviten el encierro en instituciones monovalentes que cronifiquen sus cuadros, privilegiando tratamientos con base en la comunidad, y alentando la alternativa menos restrictiva.

Asimismo, se promueve la restitución y el fortalecimiento del lazo social, desde una perspectiva inclusiva que garantice el goce de sus derechos, elaborando de ser necesario como indica la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad un sistema de apoyos y ajustes razonables con el fin de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Esto no significa que, como se evidencia en el caso “Fernandes de Oliveira c. Portugal”, cuando las personas se encuentran realizando tratamiento bajo la modalidad de internación, deje de prevalecer el deber de cuidado que los equipos profesionales tienen para con los usuarios de los servicios de salud mental, mucho más tratándose la internación de una medida de por sí restrictiva.

Resulta central no confundir prácticas e intervenciones asilares, que sin lugar a duda en la gran mayoría de los casos llevan al agravamiento de la sintomatología de la persona, con un saldo de empobrecimiento subjetivo, con intervenciones que al tiempo que alienten la evolución de los usuarios garanticen medidas de cuidado. La ausencia de estas últimas muestra en muchas oportunidades la situación de abandono y deterioro que se ven cotidianamente en las instituciones de encierro.

DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS DE LA EDAD. ADULTOS MAYORES.

TEDH, Case of Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal,
25/07/2017

Por María Isolina Dabove¹ y Eduardo Arrubia²

¿Demasiado vieja para el sexo?

*Goza sin temor del hado,
el curso breve de tu edad lozana,
pues no podrá la muerte de mañana
quitarte lo que hubieres hoy gozado;
y aunque llega la muerte presurosa
Y tu fragante vida se te aleja,
no sientas el morir tan bella y moza:
Mira que la experiencia te aconseja
Que es fortuna morirte siendo hermosa
Y no ver el ultraje de ser vieja.*

SOR JUANA INES DE LA CRUZ, Soneto 148

1) Vejez, género y sexualidad

La condición jurídica de la mujer ha sido objeto de análisis y reflexión de manera muy reciente. En efecto, solo a partir del siglo XIX fue posible el desarrollo de los primeros movimientos políticos para el reconocimiento de sus derechos. Así como también solo desde entonces comenzaron a plantearse teorías feministas y estudios de género y diversidad sexual. Sin embargo, este corto recorrido ha sido tan fructífero y contundente que ahora nos permite abordar cuestiones aún vedadas al imaginario colectivo.

-
- 1 Investigadora del Consejo de Investigaciones Científicas y Técnicas-Universidad de Buenos Aires. Abogada (UNR). Doctora en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid). Directora del Centro de investigaciones en Derecho de la Vejez de la Universidad Nacional de Rosario. Directora del Observatorio de Derechos Humanos de las Personas Mayores de la Universidad de Morón. Directora de la Unidad de Investigación en Derecho de la Vejez de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.
 - 2 Abogado. Profesor Adjunto ordinario de Filosofía del Derecho y Ética de la Abogacía (UNICEN). Doctorando en Derecho (UBA). Miembro del Centro de Estudios en Derechos Humanos (UNICEN).

Una de las nuevas problemáticas abiertas por este proceso es, sin dudas, la comprensión jurídica de la mujer, en cuyo marco, los derechos sexuales y reproductivos han adquirido hoy, un claro protagonismo. Pero de otro también lo es la discusión en torno al estatus jurídica de la mujer anciana, a las particularidades que atraviesan su vida y sus derechos y a las condiciones que le imposibilitan su ejercicio.

Muchos y pesados son los prejuicios y estereotipos que suelen ser atribuidos a las mujeres mayores de hoy en día, tanto como larga y densa es su tradición. Tal como hemos observado en anteriores investigaciones, la desvalorización de las mujeres de edad avanzada estaba presente tanto en la condición de “alieni iuris” que les otorgaba el derecho romano antiguo, como en los bajísimos montos indemnizatorios vigentes en el derecho germano medieval establecidos sobre ellas a causa de la pérdida del poder reproductivo. También quedaba de manifiesto en la asociación acrítica de las mujeres mayores con su condición de brujas, esperpentos, viejas locas, o alcahuetas, eficazmente instalada por filósofos, artistas, literatos y juristas³.

Por fortuna, la cultura actual ha comenzado a poner en entredicho estas significaciones en todos sus campos, permitiendo el desarrollo de instrumentos humanistas de empoderamiento y transformación social. Un logro jurídico representativo de estos nuevos recorridos es el caso que seguidamente analizaremos, protagonizado por una mujer mayor que fue objeto de discriminación múltiple respecto de sus derechos sexuales a causa de su edad y género⁴.

2) Un caso paradigmático

La Sra. Maria Ivone Carvalho Pinto de Sousa Morais, nacida en 1945 en Portugal, padecía una enfermedad ginecológica a causa de la cual tuvo que ser intervenida quirúrgicamente en el año 1995. Como resultado de esta operación, a los 50 años de edad la demandante quedó en una situa-

3 DABOVE, MARÍA ISOLINA; *Los derechos de los ancianos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002; *La condición jurídica de la mujer anciana*, en “Bioética y Bioderecho”, N° 1, 1996, p. 49 a 54.

4 THOMSONS TRADE UNION SOLICITORS, *Too old for sex*, en “Labour & European Law Review”, Weekly issue 535, 30 August 2017. Disponible en; <https://www.thompsonstradeunion.law/news/lelr/weekly-issue-535/too-old-for-sex>

ción de intenso dolor, sumado a la pérdida de sensibilidad vaginal, incontinencia, dificultad de locomoción, e imposibilidad de mantenimiento de relaciones sexuales. Posteriormente, se comprobó que durante la intervención se había afectado el nervio pudiendo lo cual constituía un hecho evidente de mala praxis médica. Esto motivó que la Sra. de Sousa Morais incoara una acción de daños contra el hospital⁵.

En octubre de 2013, la primera instancia judicial falló a su favor y ordenó al hospital a pagarle una indemnización de ochenta mil euros en concepto de daños físicos y mentales originados en el error médico y dieciséis mil euros para afrontar los gastos de una persona que le preste ayuda en el hogar, debido a que la mujer había quedado impedida de realizar tareas domésticas por sí misma.

Sin embargo, un año después, la Suprema Corte Administrativa de Portugal redujo esta compensación a un tercio. Entre otras razones, entendió que a pesar de estar probados los hechos constitutivos de mala praxis médica, las indemnizaciones fijadas por el a quo eran desproporcionadas y excesivas. El Tribunal argumentó que, si bien el sufrimiento de la actora había sido agravado por la intervención quirúrgica, este cuadro era preexistente a dicha operación. Por otro lado, subrayó que al momento de la cirugía la mujer ya tenía 50 años de edad, era madre de dos hijos adultos y sólo debía prestar tareas del hogar a favor de su marido, todo lo cual restaba importancia al ejercicio de su sexualidad.

Frente a esta decisión, la actora llevó su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), alegando que había sido discriminada en razón de su género y de su mayor edad. Luego de un año y medio de tramitación, Estrasburgo se expidió en su favor, pero por mayoría de votos. Señalaron que los jueces portugueses se habían apoyado en prejuicios estereotipados acerca del rol de la mujer en la sociedad. Pero, además, reconocieron que lo reprochable de las anteriores soluciones radicaba en el hecho de haber considerado que la sexualidad no es tan importante para una mujer de 50 años y madre de dos que para alguien más joven. En concreto, expresaron que: “este postulado refleja la idea tradicional de

5 Caso “Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal”, del 27 de julio de 2017. Disponible en: <http://www.humanrightseurope.org/2017/08/portugal-botched-surgery-victim-wins-court-backing-in-gender-and-ageism-human-rights-complaint/>

la sexualidad femenina como algo esencialmente vinculado a propósitos reproductivos y por lo tanto ignora su importancia física y psicológica para la realización de las mujeres como personas⁷⁶.

3) Sobre estereotipos y estragos jurídicos

En el caso bajo análisis puede advertirse como un hecho probado la discriminación negativa que padeció la demandante. Esta situación se comprende mejor si se tiene en cuenta que la edad avanzada se utiliza como un elemento prejuicioso que menoscaba la dignidad de la persona, cuando en rigor debería operar como una coyuntura vital en la que los derechos no se pierden, aunque éstos requieran una tutela especial. En este sentido, es necesario comprender que la vejez es un fenómeno bio-psico-social, es decir, que no existe una edad decisiva para establecer cuándo una persona requiere una protección especial de sus derechos en relación a la vulnerabilidad resultante de su avanzada edad⁷. Por el contrario, la condición de ancianidad de la persona es siempre una construcción social, cultural, histórica y política⁸. Es por ello que desde la gerontología se ha empezado a hablar de envejecimientos en plural para denotar la complejidad y heterogeneidad que caracteriza al último ciclo vital de una persona⁹.

Ante este panorama, el derecho de la vejez emerge en función de que la persona anciana se halla en una triple situación de vulnerabilidad¹⁰ que

6 ODDNÝ MÍJÓLL ARNARDÓTTIR; *Vulnerability under Article 14 of the European Convention on Human Rights Innovation or Business as Usual?*, en “Juridica”, Årgang 4, Nr. 3, 14 de diciembre de 2017, p. 150 a 171. Disponible en: <https://juridika.no/faglitteratur/tidsskrifter/oslo-law-review/2017/3/artikkel/amard%C3%B3ttir>

7 No obstante, corresponde decir que las normas jurídicas establecen una edad límite a partir de la cual el individuo es considerado como adulto mayor. Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores define a la persona mayor como aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna determine una edad base menor o mayor, siempre que ésta no sea superior a los 65 años.

8 DABOVE, MARÍA ISOLINA; PRUNETTO LABORDE, ADOLFO; *Derecho de la Ancianidad. Perspectiva Interdisciplinaria*. Editorial Juris, Rosario, 2006, p. 11

9 DABOVE, MARÍA ISOLINA; “De los derechos humanos al derecho de la vejez”. DABOVE, MARÍA ISOLINA (Dir.), *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, Astrea, Buenos Aires, 2015, p 12.

10 DABOVE, “De los derechos humanos al derecho de la vejez”, p. 14.

claramente puede individualizarse a título ejemplificativo en el caso que aquí se comenta. De esta manera, la demandante fue expuesta a una vulnerabilidad sociológica en el sentido de que los prejuicios y estereotipos imperantes en la sociedad portuguesa determinaron que se entendiera que una mujer de 50 años de edad no necesita de sus funciones biológicas sexuales dado que ya había sido madre y su ciclo reproductivo estaba cumplido.

También aparece una vulnerabilidad normológica ya que no existían normas jurídicas que la ampararan y que constriñeran a los jueces a respetar los derechos humanos de los que son titulares todas las personas en este momento de la vida. Simultáneamente, se da una vulnerabilidad axiológica ya que la persona no es valorada como un fin en sí misma sino que es mediatizada en función de otros. Esto se advierte claramente en el argumento que utilizan los jueces del Superior Tribunal Administrativo de Portugal para reducir la indemnización de cobertura de gastos por tareas domésticas. Esto es, se sostiene la idea de que la mujer, cuyos hijos se encuentran en una edad adulta, debe asistir con servicios domésticos a su marido. La mujer es tomada como un medio para la satisfacción de las necesidades de su marido-hombre.

Ahora bien, aun cuando sobre este punto en particular la disminución del rubro indemnizatorio por gastos de servicio doméstico pueda llegar a justificarse, entendemos que no lo era por vía del argumento utilizado. En efecto, esta reducción podría haberse fundado señalando que el monto pecuniario sólo debería cubrir aquellas tareas domésticas y de cuidado que la demandante estaba imposibilitada de realizar por sí y para ella misma, a causa de la mala praxis médica. De esta manera, no sólo los hijos adultos, sino también su marido podrían haberse hecho cargo de sus necesidades y de las tareas hogareñas vinculadas al mantenimiento de sus vidas cotidianas.

Así, pues, en el caso se registran los prejuicios ancestrales en relación a la sexualidad femenina en la vejez. Desde el propio tribunal portugués de alzada se argumenta que la indemnización por daños físicos y psíquicos debe ser reducida ya que la afectación de su genitalidad a raíz de la mala praxis no es considerada tan significativa debido a la avanzada edad de la mujer. Esto encubre la idea de que la función sexual de la mujer

existe en el cuerpo humano a los efectos de la procreación únicamente, y que su destino biológico es el de ser madre. Claramente se constituye aquí una visión estereotipada de la sexualidad femenina per se y, al mismo tiempo, de la sexualidad en la vejez. Esto es así ya que desde una mirada integral la salud sexual de un individuo no sólo comprende el binomio sexo-reproducción sino que además incluye el de sexo-placer¹¹.

De la misma manera, los prejuicios acechan a la sexualidad en la ancianidad ya que se estigmatiza al adulto mayor por medio del entendimiento de que ya no es apto para mantener relaciones sexuales debido a su avanzada edad. Así, se piensa al viejo a través de una discapacidad fáctica para lo sexual, y este pensamiento es funcional a una lógica que “patologiza” la vejez¹². En contra de semejante visión estereotipada se ha sostenido que *“las distintas transformaciones fisiológicas que la vejez traiga aparejada podrán habilitar un discurso que contemple casos médico-clínicos tendientes a resguardar la salud del anciano, pero de ninguna manera podrán constituir un elemento que legitime un discurso jurídico de negación en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos sexuales de la persona anciana”*¹³.

4) Hacia una justicia restaurativa

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos acogió el reclamo de la demandante por vía del reconocimiento de la existencia de los prejuicios y estereotipos aquí reseñados. De esta manera, el TEDH sentenció que el Estado de Portugal había violado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que la sentencia del tribunal de alzada constituyó una clara intervención ilegítima en la vida privada y familiar de la demandante al intentar determinar las características de su plan de vida sexual.

11 MAFFIA, DIANA; CABRAL, M., “Los sexos, ¿son o se hacen?”, MAFFIA, DIANA (Comp.), *Sexualidades migrantes. Género y transgénero*, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, p. 88.

12 IACUB, RICARDO, *Erótica y vejez. Perspectiva de occidente*, Paidós. Buenos Aires, 2011, p. 132

13 ARRUBIA, EDURADO, *Viejos, Humanos y Sexuales. Una reivindicación jurídico - antropológica de la sexualidad en la vejez*, “Revista Intersecciones en Comunicación”, N° 9, UNCPBA, Olavarría, 2016, p. 78.

Además, es importante destacar que el TEDH entendió que esta trasgresión se dio en conjunto con la violación del art. 14 del mencionado Convenio ya que se trata de un caso de discriminación negativa múltiple al estar implicadas categorías tales como el sexo femenino de la mujer junto con su avanzada edad. De esta manera, la sentencia resulta ejemplar a los efectos de de-construir estereotipos arraigados en las sociedades que causan daño a la persona en tanto limitan la autonomía y la dignidad del ser humano.

Nuestra región, por su parte, también ha sabido avanzar en esta dirección, tal como lo acredita la *Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*. En este sentido, un lugar destacado lo ocupa el deber de trabajar en favor de la igualdad y no discriminación y el especial reconocimiento del derecho a la equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida, entre sus principios rectores¹⁴.

Estamos, pues, a las puertas de un nuevo paradigma. Ha llegado el momento de asumir la diversidad y la vejez a partir de una cultura jurídica basada en el principio de la esperanza. Esperanza que nos sitúa siempre *sobre el miedo, que no es pasiva, como éste, ni, menos aún, está encerrada en un anonadamiento*, en palabras de ERNST BLOCH. Ha llegado, en suma, el momento de salir del encierro de los mitos y prejuicios y de entregarnos activamente al proceso de este devenir al que cada uno de nosotros, pertenece, como logró hacerlo el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a los derechos de una mujer, como el de tantas otras, Maria Ivone Carvalho Pinto de Sousa Morais¹⁵.

14 Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, artículo 3.

15 BLOCH, ERNST; *El Principio Esperanza*, FRANCISCO SERRA (ED.), Madrid, Trotta, 2004, Vol. I, p. 25.

SALUD MENTAL.

PROPORCIONALIDAD DEL USO DE LA FUERZA. Comentario al fallo TEDH, *Affaire Tekin et Arslan c. Belgique*, Deuxième Section, 05/09/17.

Por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY¹

1) Introducción

Ilhami Tekin y Döne Arslan, ambos de nacionalidad turca, denunciaron al Reino de Bélgica por la muerte de su hijo, Michael Tekinau, mientras se encontraba detenido en el pabellón psiquiátrico de la prisión de Jamioulx.

El nombrado, que tenía una discapacidad mental, había sido detenido en tres oportunidades por aplicación de la Ley de Defensa Social de 1930 y le habían aplicado varias medidas disciplinarias en función de su comportamiento agresivo hacia el personal y otros detenidos. En todas las oportunidades había sido puesto en libertad al poco tiempo.

En el año 2009 como no cumplió las condiciones que le habían impuesto para liberarlo fue nuevamente detenido y lo enviaron a una celda individual en un sector común de la prisión. Dado que se encontraba nervioso y agitado porque consideraba que su detención era arbitraria se decidió aplicarle ciertas medidas de seguridad por el plazo de siete días. Luego de un conflicto con los guardias cuando fueron a notificarle dicha decisión, éstos lo redujeron violentamente, con un mecanismo similar al estrangulamiento clásico (una llave con el brazo) y le apoyaron el pie en su tórax. Mientras lo llevaban a su celda, el Sr. Tekinau se orinó y cuando arribaron lo notaron cianótico e inconsciente. Finalmente falleció pese a que los enfermeros intentaron reanimarlo. La autopsia dio como resultado que murió por asfixia a raíz de lesiones profundas en el cartílago tiroideo.

1 Profesor Adjunto de Derechos Humanos (UNPAZ, UNDAV, UBA). Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”.

La investigación penal concluyó con la absolución de los acusados en virtud de que los jueces consideraron que actuaron justificados por la “legítima defensa” en virtud de la inminencia de un ataque grave por parte del Sr. Tekinau y que no eran conscientes del riesgo que la maniobra de reducción que practicaron podía generar en el difunto.

En el año 2016 la denuncia de reparación civil iniciada por los padres de la víctima fue declarada prescripta.

2) La decisión de la Sala Segunda del TEDH

El Tribunal al momento de resolver tuvo en cuenta el déficit en materia de formación del personal penitenciario que diferentes organismos internacionales habían advertido en relación con el Reino de Bélgica. En particular, el CPT destacó el riesgo de asfixia que implicaban ciertos métodos de inmovilización que se utilizaban en dicho país.

Al referirse a la violación del derecho a la vida reconocido en el artículo 2 del CEDH, se discutía principalmente si el uso de la fuerza empleado por los guardias para reducir al Sr. Tekinau era absolutamente necesario y proporcional.

El TEDH destacó que la referencia a que el uso de la fuerza “sea absolutamente necesario” implica que se debe aplicar un criterio de necesidad más estricto que el que normalmente se utiliza para analizar la necesidad de la restricción de un derecho en una sociedad democrática de conformidad con los restantes artículos del tratado².

Es claro que en el caso el Sr. Tekinau se encontraba privado de la libertad por lo que se encontraba en una situación de mayor vulnerabilidad que generaba un deber del estado de garantía de sus derechos, en particular, a la vida y la salud³. Ello no implica que toda violación de un derecho que ocurra en dicho lugar sea inmediatamente atribuible al estado, toda vez que eso implicaría una carga excesiva, por lo que deberá aplicarse en cada caso un criterio de razonabilidad en cuanto a qué conducta se esperaba del Estado.

2 TEDH, *Affaire Tekin et Arslan c. Belgique*, Deuxième Section, 05/09/17, párr. 82.

3 Ídem, párrs. 83 y 85.

En el caso que aquí se comenta, la investigación penal se inició de oficio y se llevó adelante de manera seria y diligente, lo cual permitió que un tribunal interno establezca cómo ocurrieron los hechos e identifique a los agentes penitenciarios que intervinieron en aquellos⁴.

Al momento de analizar las absoluciones de los imputados, el TEDH consideró que no debe sustituir a los jueces nacionales en la apreciación y la calificación jurídica de los hechos del caso, en la medida que actuaron de modo razonable⁵. Empero puede determinar si el análisis realizados por los jueces nacionales permitió establecer si la intervención de los agentes penitenciarios era absolutamente necesaria, si se aseguraron en reducir al mínimo el riesgo de que se viole la vida de la víctima y si no fueron negligentes en la elección de los medios utilizados.

Si bien en el caso el uso de la fuerza por parte de los agentes penitenciarios se encontraba autorizado por el CEDH, en tanto repelían una agresión ilegítima, al momento de analizar la proporcionalidad de la reacción de los agentes, el TEDH consideró que al momento de los hechos no existían instrucciones claras y adecuadas respecto a las técnicas para reducir a los detenidos. En particular, no se prohibían las técnicas de estrangulación y el uso de la fuerza que pudiesen obstaculizar las vías respiratorias⁶.

Por otra parte, el Estado había incumplido su obligación de capacitar a sus fuerzas de seguridad, y específicamente, al personal penitenciario, para prevenir hechos como el que se investigaba, toda vez que su formación había sido bastante reducida -3 jornadas donde se enseñó sobre gestión de conflictos, pero sin ninguna mención a cómo abordar los casos de detenidos con discapacidades mentales, lo cual requería una formación específica⁷. Con posterioridad, el Estado comenzó a brindar una capacitación específica de 6 días sobre cómo manejarse en casos de detenidos con problemas psiquiátricos.

4 Ídem, párr. 87.

5 Ídem, párr. 89.

6 Ídem, párrs. 92 y 93.

7 Ídem, párr. 97.

Al momento de analizar la necesidad del uso de la fuerza, el Tribunal destaca que la intervención de los agentes no era necesaria toda vez que habían dio a notificarle las medidas de seguridad que le iban a aplicar. Además, las autoridades de la prisión conocían el estado de salud mental del Sr. Tekin, pese a lo cual éste no se encontraba alojado en el sector psiquiátrico donde trabaja personal mejor capacitado para interactuar con personas con problemas psiquiátricos.

En cuanto a la maniobra utilizada para reducirlo, para la Corte no hay duda de que podía provocar la asfixia de la persona y era potencialmente mortal. Pese a ello, los agentes no practicaron ningún examen, aunque sea superficial, para controlar el estado de salud del Sr. Tekin⁸, cuestión que podría haberse evitado de haber sido correctamente capacitados.

En virtud de lo expuesto, para el Tribunal, la fuerza utilizada para inmovilizar a la víctima no era absolutamente necesaria para defenderse de una potencial agresión de parte de aquella. Por ende, concluye que el estado es responsable de violar el CEDH pero decide no emitir una opinión sobre la absolución de los agentes dictada por el tribunal interno.

3) Palabras finales

La sentencia que brevemente se comenta recoge un interesante análisis sobre los estándares en materia de uso de la fuerza por parte del estado y hace un llamado de atención sobre la responsabilidad del estado por la deficiente capacitación de sus agentes.

Si bien no existen dudas de que los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines⁹.

Por ende, en casos como el del Sr. Tekin cobran relevancia no solo la proporcionalidad de la medida adoptada sino también su necesidad.

8 Ídem, párrs. 105 y 106.

9 Cf. Corte IDH, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 262.

MALA PRAXIS. DEBER DE INVESTIGAR.

TEDH, *Case of Rõigas v. Estonia*, 12 de septiembre de 2017

Por ANNABELLA SANDRI FUENTES¹

Hechos del caso

El caso refiere al análisis sobre el derecho a la salud en la República de Estonia, siendo las presuntas víctimas la Sra. Anneli Rõigas y su hijo.

Así, los derechos humanos reclamados en esta oportunidad son los enunciados en los artículos 2, 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, la Convención Europea), esto es, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, respectivamente².

El hijo de la Sra. Rõigas, nacido en 1983, ha estado en tratamiento médico contra un melanoma desde el año 2006. Sin embargo, los hechos que promueven el caso tienen lugar desde el 19 de septiembre de 2009, como consecuencia de una recaída en sus condiciones de salud y la respuesta brindada por “the North Estonia Medical Centre” -institución pública del estado involucrado- hasta el 15 de octubre del mismo año cuándo falleció como consecuencia de una muerte cerebral.

Por esta razón, la tensión del caso versa sobre el análisis del derecho a la vida en relación con el tratamiento paliativo brindado a la presunta víctima por la institución pública de salud. En otras palabras, se analiza si existió mala praxis médica.

Adicionalmente, la Sra. Rõigas indicó que se habría violado el derecho a la vida privada y familiar dado que tanto ella como su hijo no

1 Abogada (UBA), Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe (Universidad Nacional de San Martín). Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Internacional Público (UBA). Asesora Legal del Ministerio de Defensa de la Nación. Ha representado al Estado argentino ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

2 TEDH, *Case of Rõigas v. Estonia*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 12 de septiembre de 2017.

habrían tenido la oportunidad de aceptar la decisión médica del tratamiento a seguir.

En consecuencia, ante el deceso de su hijo, la Sra. Rõigas denunció a la institución de salud por la comisión de un crimen basado penalmente en la figura de la negligencia, iniciando un proceso penal. A su vez, requirió la intervención de instituciones del derecho interno de Estonia, “the Health Board (Terviseamet)”, cuya comisión de expertos sobre la salud resolvió el 25 de marzo de 2010 que no existió una mala práctica médica.

El juicio penal se sustanció, y la prueba pericial arrojó el 30 de agosto de 2012 que el tratamiento recibido por el paciente fue acorde a su condición, no siendo la causal de su fallecimiento. En consecuencia, sobre esta evidencia, el 25 de octubre del mismo año el proceso criminal concluyó no encontrando responsabilidad en el accionar médico. El recurso de apelación contra esta decisión fue rechazado, junto a otras denuncias penales que la Sra. Rõigas interpuso.

Al resolver, la Segunda Sección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo en consideración las normas aplicables en el derecho interno, la jurisprudencia civil y penal existente en Estonia así como su relación con la Convención Europea.

La Sentencia del TEDH

El deber de Protección de la Vida

En primer lugar, el Tribunal sostiene que el derecho en análisis versa sobre el enunciado incipiente del artículo 2 de la Convención Europea: el deber de Estonia de proteger el derecho a la vida, con su alcance amplio, esto es, tomar acciones positivas. Incluso, indica que este deber recae sobre las instituciones públicas de salud.

Al respecto, el Estado de Estonia interpone la *excepción preliminar* de falta de agotamiento de los recursos internos, indicando que la presunta víctima no habría iniciado un proceso civil, medida presuntamente eficiente para su reclamo. Al respecto, el Tribunal indica que no es razonable exigirle a la presunta víctima que agote esta vía cuándo las agota-

das hasta el momento -penal y administrativa- han sido suficientes para habilitar la vía internacional.

Luego, el TEDH analiza cuál es el estándar de protección exigible. Así, resuelve que cuándo un Estado contratante cuenta con un sistema de salud que cumple con estándares profesionales, previamente establecidos y que incluyan la protección de la vida de los pacientes, entonces no podrá aceptar que un error en el juzgamiento del tratamiento a aplicar por el cuerpo profesional a un paciente, o una negligencia en su actuar, se convierta en una violación del artículo 2 de referencia por parte del Estado involucrado.

En otras palabras, el deber de protección del derecho a la vida por parte de las instituciones públicas de salud es cumplido por el Estado parte de la Convención Europea si demuestra la existencia de *un sistema de salud profesional*. Sin embargo, el Tribunal omite indicar *cómo* debería ser este sistema de profesionales eficiente o deseado para cumplir con tales exigencias; porque de lo expuesto parecería que su mera existencia es suficiente para cumplir con el estándar.

Para ello, el Tribunal refuerza su argumento indicando que el análisis del actuar de los profesionales de la salud deben recaer en el sistema judicial interno de los Estados, quiénes tienen el deber de investigar, incluso si se tratara de instituciones privadas de la salud, como parte de las obligaciones que surgen del artículo 2 de la Convención Europea.

En consecuencia, determina que si se tratara de responsabilidad por dolo, entonces iniciar un proceso penal es parte del alcance de este deber; no así si se tratara de culpa, en dónde el deber del Estado podría cumplirse si ofreciera un remedio en los tribunales civiles, junto a un sistema de indemnizaciones y, como opción, un sistema disciplinario. Sin embargo, si el Estado ofreciera un proceso penal para estos últimos, estaría dando satisfactorio cumplimiento del artículo 2 en análisis.

De allí que, sobre los hechos del presente caso, el Tribunal analizó los procesos internos desarrollados de forma minuciosa, junto con diversa jurisprudencia existente en Estonia, y determinó que el Estado había dado un efectivo cumplimiento al deber de investigar, no existiendo violación del artículo 2 de la Convención Europea.

El derecho al respeto de la vida privada y familiar

La presunta víctima denuncia que el haberle administrado un tratamiento médico paliativo a su hijo sin el consentimiento de ambos implica una violación a su vida privada, contemplada en el artículo 8 de la Convención Europea. Asimismo, indica que ciertos tratamientos dados a su hijo (como atarles las manos, entubarlo, entre otros) han sido contrarios al deber que surge del artículo 3 de la Convención Europea, que prohíbe la tortura. Así, el no haberle solicitado el consentimiento a la Sra. Anneli Rõigas la convertiría incluso en una presunta víctima, indirecta.

En consecuencia, el Tribunal efectúa el análisis de ambos artículos a la luz del derecho a la vida privada.

Así, determina que el derecho a prestar el consentimiento de un tratamiento médico es un derecho inalienable de la persona, intransferible, que está comprendido dentro del deber de respeto de su derecho a la vida privada.

Por lo tanto, sostiene que la Sra. Anneli Rõigas no tiene competencia en razón de la persona para exigirle al Estado el cumplimiento de este derecho humano, declarando inadmisibile el tratamiento del artículo 8 de la Convención Europea.

Llama la atención que la denunciante solicitó que se declare la responsabilidad de Estonia por violar el deber de respeto de la vida privada de su hijo y de ella, en ambos casos por falta del consentimiento del tratamiento médico y, no obstante, el Tribunal únicamente analizó el alcance de este derecho sobre la Sra. Rõigas, omitiendo emitir opinión sobre el alcance del derecho del paciente fallecido.

Conclusión

En el presente caso, relativo al alcance del derecho a la salud, el Tribunal delega en el derecho interno el análisis del actuar de los profesionales de la salud para con los pacientes. Por lo tanto, son los tribunales internos los que deberán investigar si el actuar de los profesionales de salud se ajustó al deber de proteger la vida.

En otras palabras, el actuar del personal de salud no generará directamente responsabilidad internacional del Estado, así se trate de instituciones públicas -como el presente- o privadas.

No obstante, la responsabilidad internacional del Estado recaerá sobre el análisis del deber de investigar, extraíble también del artículo 2 de la Convención Europea. Esto implica que será internacionalmente revisable el actuar de los jueces, junto a las instituciones legales internas existentes, cuándo se trate de temas de salud.

Para ello, determina un *estándar*: en caso de tratarse de dolo, es exigible la realización de un proceso penal; de investigarse la culpa, el proceso penal es optativo, siendo suficientes el proceso civil indemnizatorio o disciplinario.

Asimismo, determina que el derecho a la vida privada es intransferible, por lo que el consentimiento para la realización de un tratamiento médico solo es un derecho exigible por el paciente, siempre que tenga todas las facultades legales.

En consecuencia, esta resolución implica un desdoblamiento de las instituciones del Estado y de las personas que trabajan en su nombre, aplicando un estándar exigible diferente; junto a una interpretación cerrada del alcance del derecho a la vida privada ante un elemento tan invasivo como lo es un tratamiento médico.

Sin embargo, y a diferencia de esta resolución del Tribunal Europeo, el Estado ha sido declarado responsable internacionalmente por el proceder de las personas que actúan en su nombre, incluso por quiénes lo han hecho bajo su control o aquiescencia.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde sus primeras sentencias contra Honduras (1988) ha sostenido que “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicial-

mente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención³³.

Luego, en el caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* la Corte IDH determinó la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y maltratos a los que fue sometido Ximenes Lopes en una institución mental, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables⁴. En este sentido, la falta al deber de prevención así como la precariedad del sistema de atención mental –una clínica privada contratada por el Estado– generó la violación del derecho a la vida como la integridad personal de la víctima, reconocidos en los artículos 4 y 5 respectivamente de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, se ha pronunciado la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicando que existe responsabilidad internacional del Estado cuándo una medida judicial que recaía bajo la competencia de un gobernador es incumplida⁵. En este sentido, la medida judicial había sido dictada por la misma CIJ y consistía en la adopción de todas las medidas a su alcance para evitar la ejecución de Walter La Grand mientras dicho tribunal se encontrara resolviendo sobre el fondo del asunto.

Inclusive, en el caso *Nicaragua vs. EEUU* la CIJ analiza si el actuar de los “contras”, esto es paramilitares de Nicaragua que cometieron crímenes internacionales, puede ser atribuible a los Estados Unidos. Al respecto, utiliza la doctrina del “control efectivo”, esto es que el estándar de atribución en el que se debe constatar que el Estado haya ejercido un grado de control en todos los ámbitos para justificar que los particulares actuaron por cuenta de este o en su nombre⁶.

3 Cfr. Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4., párrafo 72.

4 Cfr. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

5 Cfr. Caso La Grand (Alemania vs. EEUU), CIJ, Fallo, 27/06/2011, párrafo 81.

6 Cfr. CIJ. Caso relativo a la actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua vs. EEUU). Fondo del Asunto. Fallo de 27 de junio 1986. En el mismo sentido, CIJ, Aplicación de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia-Herzegovina vs. Serbia y Montenegro) Fallo, 26 de febrero de 2007, párrafos 396-415.

Al mismo tiempo, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de las Organizaciones Internacionales de la Comisión de Derecho Internacional (2011)⁷ reconoce el elemento subjetivo como atribución de responsabilidad internacional del Estado. El artículo 4 refiere al comportamiento de los órganos del Estado como elemento atribución de responsabilidad, indicando que “1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. 2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado”.

En consecuencia, el actuar de funcionarios que integran los órganos del Estado ha sido elemento de atribución de responsabilidad internacional del Estado, analizado a la luz del deber de respeto y garantía de los derechos humanos. Principalmente, el actuar de funcionarios judiciales⁸, militares⁹ y policiales¹⁰.

Sin embargo, en este caso relativo al personal de salud de una institución pública, aun tratándose de profesionales que obran dentro del órgano ejecutivo del gobierno, el tratamiento jurídico aplicado ha sido divergente, cuándo al igual que el personal judicial o de seguridad desarrollan tareas propias del servicio público.

Entonces, de aquí en adelante cabría al menos preguntarnos ¿Cuál es la causa por la que el tratamiento jurídico internacional ofrecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es diferente? ¿Acaso los centros

7 Aprobada en el 63º período de sesiones, Ginebra, 26 de abril al 3 de junio, 4 de julio a 12 de agosto de 2011 (Doc. A/CN.4/L.778). Igualmente, bajo el Capítulo II de Atribución de un comportamiento al Estado se encuentran el artículo 5 que refiere al “Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público”, artículo 8 sobre el “Comportamiento bajo la dirección o control del Estado y el artículo 9 relativo al “Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales”.

8 Cfr. Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

9 Cfr. Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.

10 Cfr. Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

públicos de salud no están disponiendo del cuerpo de las personas, tal como lo hacen las instituciones de seguridad?

Más aún, ¿Por qué a los funcionarios de seguridad el Derecho Internacional de los Derechos Humanos les exige, como medidas reparatorias al Estado, la formación en la materia, mientras que estos extremos son omitidos para los profesionales de la salud? ¿Será que el Tribunal Europeo ha efectuado una diferencia en el elemento de atribución por tratarse el caso del análisis de un Derecho Económico Social y Cultural?

En conclusión, el caso en análisis *Rõigas v. Estonia* (2017) nos ha dejado un gran interrogante sin resolver, esto es, por qué solo el actuar de algunos sujetos, en representación de los Poderes de un Estado democrático -Judicial, Legislativo y Ejecutivo-, es directamente atribuible e identificable con la actuación en nombre del Estado, y no otros. Justamente, en el presente caso únicamente los actos desarrollados por el poder judicial, dentro del deber de investigar, son los que podrían generar responsabilidad internacional del Estado.

Quizás la lectura del antecedente aquí comentado no contribuya a encontrar una respuesta acabada, principalmente por su escases de argumentos jurídicos, pero al menos estos cuestionamientos podrán permitirnos imaginar respuestas alternativas ante necesidades crecientes.

CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS.

MARGEN DE APRECIACIÓN.

TEDH, *Case of Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2)*,
11 de julio de 2017 y TEDH, *Case of Burmych and others v. Ukraine*, 12 de octubre de 2017

por MARINA CHERTCOFF ¹

¿Hasta dónde debe el TEDH intervenir en la ejecución de sus sentencias? ¿Sentencias meramente declarativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos? Otra vez el margen de apreciación de los Estados y la falta de acceso a las víctimas en la etapa de reparaciones

En el presente artículo analizaré dos fallos recientes de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Moreira Ferreira Vs. Portugal* y *Burmych y otros Vs. Ucrania*, donde se decidió, en ambos casos, por una votación muy ajustada, delegar en el Comité de Ministros del Consejo de Europa el análisis de las reparaciones debidas en ambos casos.

Si bien el Convenio Europeo establece en su artículo 46 que el órgano que supervisará el cumplimiento de las sentencias es el citado Comité de Ministros, la falta de acceso de la víctima a esa instancia y las auto limitaciones de los jueces del Tribunal son asunto de una feroz discordia en estos dos casos en análisis.

No estamos en presencia de dos ejemplos de discusión de estándares internacionales de derechos humanos sino más bien de decisiones de política judicial que cambian el equilibrio institucional del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

1 Abogada (UBA). Investigadora de apoyo en Proyecto de Investigación en Derecho (Decyt) de la Universidad de Buenos Aires.

I. Cuestiones previas sobre el caso *Moreira Ferreira Vs. Portugal (No.2)*

El debate central en *Moreira Ferreira Vs. Portugal (No.2)* son las facultades para ordenar reparaciones que tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “El Tribunal” o “TEDH”). Históricamente, el TEDH se ha caracterizado por sus sentencias, en general, declarativas, es decir, que simplemente se limitan a declarar si se ha violado o no un derecho reconocido en el Convenio, sin especificar cómo el Estado debería repararlo. Esto responde a su tradicional doctrina del margen de apreciación de los Estados.

Por otra parte, en cuanto a la ejecución de las sentencias, debe prestarse especial atención a los arts. 46, 54 y 56 del Convenio Europeo: una vez declarada la violación de derechos humanos, el caso pasa para su supervisión al Comité de Ministros –principal órgano político del Consejo de Europa– donde ya las víctimas carecen de legitimación para actuar. En tal sentido, en la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo se ha sostenido que debe inhibirse en la ejecución de la sentencia.

No obstante, la jurisprudencia del Tribunal ha ido evolucionando de forma tal que en secciones operativas de sus sentencias ha ordenado reparaciones específicas como en los casos *Maksimán v. Azerbaijan*² y *Lungoci v. Rumania*³, donde se determinó que los Estados deberían reabrir casos cuyas sentencias ya habían quedado firmes, a fin de efectuar una revisión⁴.

Más aún, en el Reporte Anual del Comité de Ministros del año 2012 se ha reconocido que “la interacción del TEDH con el Comité de Ministros en la implementación del art.46 ha evolucionado: el TEDH contribuye con el proceso de ejecución más frecuentemente, por ejemplo al proveer

2 TEDH, *Maksimán v. Azerbaijan*, no. 38228/05, Sentencia del 8 de octubre de 2009.

3 TEDH, *Lungoci v. Romania*, no. 62710/00, Sentencia del 26 de enero de 2006.

4 Para un análisis más pormenorizado en cuanto a la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ver Rey, Sebastian Alejandro (dir.), *Los Desafíos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en el Siglo XXI, Una mirada crítica para (re)pensar su funcionamiento*, Ed. Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2015. capítulo 8, pp. 214-218 y Morenilla Rodríguez, José María, “Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, N.º 15, Madrid, 1989.

recomendaciones sobre medidas de ejecución (llamados casos piloto o del art.46) o, más recientemente, proveyendo información relevante al Comité de Ministros. Es decir que, de alguna manera, el TEDH ha ido tomando un mayor protagonismo en cuanto a la ejecución de sus sentencias al dar indicaciones específicas sobre cómo los Estados deben reparar una violación de derechos humanos.

II. El caso *Moreira Ferreira v. Portugal*: un paso atrás en cuanto a las facultades remediales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El caso *Moreira Ferreira* despertó entre los jueces de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos un gran debate (aparentemente, como expresé en el acápite anterior, ya superado) en cuanto hasta dónde debe el Tribunal sugerir reparaciones a las violaciones de derechos humanos en sus sentencias. En una muy reñida votación -9 votos a favor y 8 en contra-, la Gran Sala decidió inhibirse de entender en la ejecución de la sentencia, a la vez que entendió que la Corte Suprema portuguesa no incurrió en un ejercicio arbitrario al decidir no ejecutar una reparación ordenada por una de las Salas del Tribunal.

La discusión que se genera en este fallo no es ajena a las tendencias actuales en el mundo que ponen en duda la obligatoriedad de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos. En efecto, cada vez más los Estados son renuentes a cumplir las sentencias impuestas por tribunales internacionales, sobre todo cuando se trata de reabrir procedimientos y revisar una sentencia que ha quedado firme en sede interna.

La Gran Sala del Tribunal Europeo se adentra en este debate a partir de su fallo de julio de 2017, *Moreira Ferreira Vs. Portugal (No.2)*. El caso trata sobre la falta de cumplimiento por parte de Portugal de lo ordenado por el mismo TEDH en el año 2011, particularmente, la revisión de un fallo que había quedado firme.

En aquella oportunidad, el TEDH había condenado a Portugal por la violación del art. 6, inc.1 (derecho a un proceso equitativo) dado que, durante un proceso penal, la imputada no había podido comparecer

personalmente ante la Corte de Apelaciones que luego la condenó por amenazas.

La Sala había recordado que, en virtud de su jurisprudencia constante, con mención al emblemático caso *Öcalan*, cuando un individuo ha sido condenado en violación del art. 6 del Convenio Europeo “un nuevo juicio o la reapertura del proceso resulta ser una forma apropiada de reparar la violación”⁵.

No obstante, la Corte Suprema portuguesa, en una resolución, consideró que el fallo del TEDH no era irreconciliable con el que había condenado a la peticionaria, toda vez que no ponía en duda los hechos por los que se la había condenado, tal como lo requiere el código de procedimientos penales portugués para reabrir un caso.

Por ello, ante la negativa del Estado portugués de cumplir con lo ordenado por el Tribunal, la peticionaria realizó una nueva denuncia ante el mismo órgano alegando que se había violado, por un lado, el art. 46 del Convenio (obligatoriedad de las sentencias) y sostuvo nuevamente la violación del art. 6.

En una muy reñida votación –que sin dudas logra conjugar ideales, hipocresía y política, como se ve reflejado en los cuatro votos en disidencia– la Gran Sala se declaró incompetente para entender el caso a la luz del art. 46, ya que la ejecución de sus sentencias quedaría fuera de su jurisdicción. En efecto, la mayoría reafirmó que es el Comité de Ministros el órgano apropiado para tratar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal e interpretó que el TEDH no puede ordenar medidas específicas sobre cómo un Estado debe reparar a las víctimas.

Las partes más destacables de esta sentencia pueden encontrarse entre los párrafos 88 a 102, donde no sólo el Tribunal rompió de forma absoluta con la jurisprudencia constante derivada del caso *Öcalan*, sino que también afirmó que no posee jurisdicción para ordenar reparaciones específicas, de forma tal que únicamente puede realizar sugerencias.

En primer término, la mayoría sostuvo “No reabrir el caso conforme leyes internas no es arbitrario. El Convenio Europeo no garantiza el derecho a la reapertura del procedimiento o cualquier otro tipo de remedio

5 TEDH, *Öcalan v. Turkey [GC]*, no. 46221/99, Sentencia del 12 de junio de 2005, párr. 210.

según el cual una decisión firme puede ser revocada o revisada. La violación del art. 6 del CEDH no crea obligaciones procedimentales⁶.

En consecuencia, el Tribunal dio la razón a Portugal, quien había aducido que no reabrió el caso dadas las exigencias de su Código de Procedimientos Penales que requiere que existan hechos nuevos para la revisión de una sentencia firme⁷.

Luego, de forma por demás contradictoria afirmó ‘que “las consideraciones anteriores no tienen la intención de restar importancia a la garantía de que existan procedimientos internos que permitan reexaminar un caso a la luz de la constatación de que se ha violado el art. 6 del Convenio (...) Por el contrario, estos procedimientos pueden considerarse un aspecto importante de la ejecución de sus fallos y su disponibilidad demuestra el compromiso de una Parte Contratante con el Convenio y la jurisprudencia de la Corte”⁸.

Un error evidente, pero a medida de los deseos de los Estados, es la consideración del voto de la mayoría sobre la obligatoriedad de su propia sentencia: “[El Tribunal Europeo de Derechos Humanos] reitera que no tiene jurisdicción para ordenar, en particular, la reapertura de los procedimientos”.

De cualquier forma, y más allá del comportamiento de Portugal, es la falta de reacción de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo que llama la atención. Lo único adecuado del fallo parecería ser las reacciones subidas de tono de los cuatro votos disidentes.

El voto más destacable lo constituye el del juez Pintos de Albuquerque, que señala varios puntos interesantes: “el Tribunal yerra al afirmar que no posee jurisdicción para ordenar la apertura de los procedimientos⁹, y omite mencionar los casos en los que ha hecho exactamente eso”¹⁰. Luego, afirmó que la doctrina del caso Öcalan resulta de aplicación obligatoria: “Las sentencias del Tribunal no son meramente declaratorias. La

6 TEDH, *Moreira Ferreira v. Portugal*, Application no.19867/12, Sentencia del 11 de julio de 2017, párr. 91.

7 Ídem, párr. 88.

8 Ídem, párr. 99.

9 Ídem, párr. 48.

10 Ídem, voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque, párr. 11.

jurisprudencia sobre el artículo 46 de la Convención no se mantuvo fosilizada en el pasado, proporcionando hoy, según corresponda, los efectos jurídicos individuales e imperativos de las sentencias de la Corte en el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado, incluida una orden de re-examen, nuevo juicio o reapertura de un caso criminal. La cláusula de Öçalan debe leerse a la luz de esta jurisprudencia en evolución”¹¹.

Donald señala que el juez “va todavía más lejos al afirmar que las sentencias del TEDH son obligatorias en su totalidad, sin importar el lugar que tengan en la sentencia donde se encuentran las indicaciones remediales”¹². En efecto, el magistrado sostuvo que “es innegable que, en la jurisprudencia constante de la Corte, las obligaciones impuestas en la parte operativa y esas concluidas solo en la parte del razonamiento de la sentencia tienen la misma validez legal, sin importar la distinta formulación hecha”¹³.

Esto, nos señala la investigadora británica, está en claro desacuerdo con las posturas de otros jueces *senior* del Tribunal que sostuvieron que solo las indicaciones dadas en la parte operativa son obligatorias; y resalta que este es un aspecto donde el TEDH debería ser contundente, no sólo por las implicancias que las presentes incoherencias tienen para la respuesta en el ámbito doméstico ante las sentencias, sino también para la supervisión que luego realice el Comité de Ministros.

En definitiva, el panorama se presenta de la siguiente manera: una mayoría de 9 jueces ha votado por la autolimitación de sus facultades remediales, mientras que otros 8 consideran que lo ordenado por el Tribunal resulta ser obligatorio. Esto producirá, inevitablemente, efectos sobre cómo los Estados leerán en adelante las sentencias del Tribunal, en un margen de apreciación aún más amplio y en el también inevitable razonamiento deductivo de que, entonces, las sentencias del TEDH no son íntegramente obligatorias.

11 Ídem, párr. 57.

12 Donald, Alice, Judges at odds over Court’s authority to order remedies, publicado en <https://strasbourgothers.com/2017/07/28/judges-at-odds-over-courts-authority-to-order-remedies/#more-3854> [consultado el 2/2/2018].

13 Voto en disidencia del Juez Pinto de Albuquerque, párr.17.

¿Es que la Corte no debe abogar por su propia supervivencia? ¿Qué sería ya del sistema europeo de derechos humanos si el mismo afirma que lo ordenado en sus sentencias no es obligatorio, sino meramente declarativo? ¿A qué se debe su aparente propia desautorización?

El razonamiento lógico que uno tiende a realizar es que para su supervivencia, el tribunal debe instar y compeler a los Estados a cumplir con sus sentencias; pero el Tribunal hace otra lectura, quizá más astuta, quizá más peligrosa: en los albores del S. XXI, ya alejado de los horrores de la segunda mitad del S. XX, los Estados -sus principales clientes- van perdiendo su interés en proteger los derechos humanos y desean conservar su soberanía sin que tribunales internacionales los declaren culpables y les ordenen medidas específicas. En este contexto, el Tribunal Europeo cede y no condena el comportamiento Estados que no cumplen con sus sentencias, afirmando incluso, que al final de cuentas sus sentencias y lo ordenado son de carácter declarativo.

No debería hacer falta recordar que los Estados se han obligado voluntariamente cuando ratificaron el Convenio Europeo de Derechos Humanos y deberían, sin más, cumplir con lo que el Tribunal les ordena.

En tal sentido, resulta al menos enervante que el Tribunal aclare en el párrafo 96 de la sentencia que la interpretación de la Corte suprema portuguesa no fue arbitraria y que no “malinterpretó” la sentencia del TEDH.

En definitiva, luego de este análisis, contra las palabras del juez Raimondi, que en su voto sostiene que el Comité de Ministros es un “órgano político” –como el mismo Convenio afirma–, un lector no demasiado avisado puede concluir que el Tribunal también es un órgano que inevitablemente se encuentra atravesado por la política post Brighton y Bruselas, como lo hace notar en su artículo Donald.

III. *Burmych y otros Vs. Ucrania*

Este fallo piloto del 12 de octubre de 2017 trata más de 12 mil denuncias de falta de cumplimiento de sentencias nacionales –pagos de indemnizaciones– por parte del Estado ucraniano, un problema estructural de aquel Estado que ya había merecido sentencias como *Kaysin y otros vs.*

*Ucrania*¹⁴ y la sentencia piloto *Yuriy Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*¹⁵ –ambas aún pendientes de cumplimiento–.

Lo llamativo de la sentencia es que el Tribunal de Estrasburgo afirmó que debía aplicar un nuevo enfoque, dado el fracaso de los dos casos similares anteriores, de forma tal que decidió no analizar las más de 12 mil denuncias realizadas, sino declinar el caso al Comité de Ministros, acumulándolo al caso *Yuriy Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*.

En particular, el voto de la mayoría abordó la pregunta de si debería actuar como un mecanismo para otorgar compensación a cada uno de los peticionarios de las solicitudes repetitivas de los casos pilotos: explicó que el doble propósito del procedimiento de evaluación piloto es reducir, por una parte, la amenaza de sobrecarga para el funcionamiento efectivo del sistema del Convenio y, por otra, resolver la cuestión subyacente en el ámbito nacional, incluida la reparación a todas las víctimas reales y potenciales.

Así afirma que “el papel del Tribunal está aquí para identificar el problema sistemático e indicar las medidas generales requeridas (...) El Comité de Ministros, por otra parte, supervisa la observancia de estas medidas generales por parte del Estado. Como la obligación de otorgar reparación a las víctimas en los casos de seguimiento está comprendida en estas medidas generales, el Tribunal argumentó que esto debe abordarse en el marco del procedimiento de ejecución”¹⁶.

Este último punto es utilizado por el Tribunal para argumentar que la falta de ejecución del caso de juicio piloto de *Ivanov* ya no debería ser su responsabilidad. El Tribunal concluyó, teniendo en cuenta que ha estado tratando con estos casos durante dieciséis años, que “no hay nada que ganar ni se hará justicia si continúa encontrando violación tras violación en una serie de casos comparables”¹⁷.

Seguidamente, el TEDH -al igual que en el caso *Moreira Ferreira Vs. Portugal*- examinó su función en virtud del artículo 46 del Convenio y

14 TEDH, *Kaysin y otros vs. Ucrania*, No.46144/99, Sentencia del 27 de enero de 2000.

15 TEDH, *Yuriy Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*, No. 40450/04, Sentencia del 15 de octubre de 2009.

16 TEDH, *Burmynch y otros Vs. Ucrania*, No. 46852/13, 47786/13, 54125/13..., Sentencia del 12 de octubre de 2017, párrs. 157-161.

17 Ídem, párr. 174.

decidió que no se extendía a garantizar la aplicación de sus propios fallos, sino que ello era una responsabilidad de origen convencional del Comité de Ministros de Europa.

Como la ejecución de sentencias constituía el punto central y los problemas eran esencialmente de naturaleza financiera y política, el Tribunal decidió que la no ejecución del caso piloto de *Ivanov* era responsabilidad del Comité de Ministros.

Por ello, todas las denuncias pendientes similares fueron eliminadas de la lista del Tribunal y absorbidas en el proceso de ejecución del caso *Ivanov* del Comité de Ministros, sin mayor análisis. Sin embargo, el Tribunal se reservó el derecho de volver a abrir los casos si las circunstancias lo justificasen. Con este fin, la Corte se propuso volver a evaluar la situación dentro de dos años.

Las disidencias en este caso son igual de acaloradas y enérgicas que en *Moreira Ferreira (No.2)*: los siete jueces se expidieron remarcando que ninguna víctima es una “carga” y que el Convenio Europeo exige que cada solicitud reciba una evaluación judicial individual: “de lo contrario, el derecho a la solicitud individual, la piedra angular del Sistema Europeo de Derechos Humanos, enfrentará un gran desafío”.

Asimismo, resaltan que el TEDH simplemente acepta que no existe una solución al problema estructural ucraniano y le pasa el “paquete” al Comité de Ministros que, subrayan, es un órgano político y, por lo tanto, los casos de las víctimas no serán tratados en un ámbito judicial sino en uno político.

Finalmente, la disidencia advierte que la presente sentencia tiene un resultado perverso, que alienta a los Estados miembros a no tomar medidas para cambiar con situaciones estructurales violatorias de derechos humanos.

IV. Observaciones Finales

Las sentencias aquí analizadas son distintas, en tanto, la primera, *Moreira Ferreira Vs. Portugal (No.2)*, trata sobre la falta de ejecución de una sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que la segunda aborda —o no aborda, más bien— las 12.143 denuncias por falta de cumplimiento por parte de Ucrania de sentencias de

sus tribunales nacionales. Allí la Gran Sala, evadiendo su responsabilidad, en una decisión que no posee antecedentes, suma estas denuncias a un anterior fallo piloto *Ivanov*, negándose a analizar caso por caso.

Sin embargo, ambas tienen en común que ponen en tela de juicio la ejecución de las sentencias del Tribunal. Una primera objeción nos ordena y establece que el art. 46 del Convenio delega esta facultad en el Comité de Ministros del Consejo de Europa. Ahora bien, la discusión que se da en el seno del Tribunal cuestiona, precisamente, la delegación de facultades y falta de acceso a las víctimas en el procedimiento de ejecución de las sentencias.

El momento político no podría ser más adverso para estos jueces disidentes: como expresé más arriba, asistimos a un momento global donde los Estados desean mayor independencia en sus decisiones y cuestionan la legitimidad de los tribunales internacionales de derechos humanos.

No obstante, la discusión y las observaciones de los jueces que votaron en contra son válidas y les asiste razón: la falta de acceso de las víctimas a la ejecución es un punto que debe ser abordado con urgencia. Sin ir más lejos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos las víctimas son consultadas sobre las reparaciones que el Estado debe cumplir y participan activamente del proceso.

A pesar de no estar hoy en un terreno fértil, la contundencia de los votos, especialmente de Pintos de Albuquerque, resuena y es tomada por académicos que estudian el sistema europeo y sin dudas incomoda a sus pares, que eventualmente, ante los reclamos de las víctimas, no podrán ignorar.

**DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.
REDUCCIÓN SUBSIDIO POR INCAPACIDAD LABORAL.
TEDH, *Case of Krajnc v. Slovenia*, 31 de octubre de 2017.**

Por NADIA PIECZANSKI¹

Introducción. Hechos del caso

El Sr. Slavko Krajnc, nacido en 1952, trabajaba como conductor de camiones en Celje, Eslovenia, hasta que, debido a padecer epilepsia, se vio incapacitado para continuar trabajando. Por esta situación fue calificado con una incapacidad laboral desde el 14 de agosto de 2002, lo cual le otorgó el derecho a percibir un “subsidio por el período de espera” conforme la Ley 1992, hasta que fuera reasignado a un puesto apropiado donde su condición de salud no lo pusiera en riesgo a él ni a terceros, o hasta su retiro definitivo.

El 21 de febrero de 2005 la Unidad Regional de Celje del Instituto de Seguros de Pensiones e Incapacidades de Eslovenia le otorgó el citado subsidio por un monto aproximado de 390 euros mensuales, el cual percibió durante seis años hasta el 2011. En ese momento, debido a un daño en un hombro, fue reevaluado y la Unidad Regional determinó que su capacidad laboral se había reducido aún más.

Por ese motivo, con fundamento en la nueva Ley 1999 -que se aplicaba a aquellas personas que se incapacitaran a partir del 1° de enero del 2003 o empeoraran su condición- se canceló el subsidio que solía percibir y le fue otorgado un nuevo “subsidio por incapacidad” de 190 euros por mes, que percibiría por 27 meses hasta su retiro.

El Sr. Krajnc apeló aquella decisión, en tanto sostuvo que el monto de su beneficio por incapacidad debía respetar la doctrina de los derechos adquiridos. En este sentido, destacó que debía tenerse en cuenta que

1. Abogada con Diploma de honor (UBA). Especialización en Magistratura (Escuela del Servicio de Justicia). Se desempeña profesionalmente en la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

mientras que su incapacidad se agravó, el monto del subsidio se redujo a punto tal que se encontraba en peligro su subsistencia, vulnerando su derecho a la seguridad social.

La Central del Instituto de Seguros de Pensiones e Incapacidades de Eslovenia confirmó lo actuado por la Unidad Regional en torno al monto del nuevo subsidio. También confirmaron aquella decisión el Tribunal de Trabajo y Previsión Social de Celje y el Tribunal Superior de Apelaciones. Finalmente, la Corte Suprema rechazó su recurso y más adelante hizo lo mismo con un nuevo planteo constitucional, motivo por el cual el Sr. Krajnc efectuó una petición ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”).

Argumentos de las partes

El Sr. Krajnc invocó que el Estado había violado el artículo 1 (protección de la propiedad) del Protocolo N° 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Argumentó que la reducción de su beneficio por incapacidad había sido desproporcionada y arbitraria. Subrayó que el “subsidio por el período de espera” luego reemplazado por el “subsidio por incapacidad” era el único ingreso que tenía y debía permitirle sobrevivir hasta su retiro. Sin embargo, el monto percibido no alcanzaba el del salario mínimo en Eslovenia.

Además, indicó que el agravamiento en su salud y la consecuente nueva evaluación lo habían perjudicado frente a aquellos que habían obtenido el “subsidio por el período de espera” en las mismas condiciones, pero no habían empeorado con posterioridad al 1° de enero del 2003.

Por último, destacó que los ajustes en las finanzas públicas no podían ser soportados sólo por algunos beneficiarios y debían ser graduales.

Por su parte, el Estado argumentó que, si bien la legislación podía llegar a generar un interés patrimonial, de seguro el subsidio no otorgaba derecho a un monto determinado.

Además, recalcó que la Legislatura tenía que estar autorizada a reaccionar y dar respuesta a cambios demográficos y a reducciones en el presupuesto. En este sentido, explicó que mientras la Ley 1992 disuadía a los

trabajadores con incapacidad a buscar otro trabajo dado el alto monto del “subsidio por el período de espera” que otorgaba, la nueva Ley 1999 tenía como objetivo incentivar la búsqueda de trabajo y reducir el gasto público.

Por último, destacó que la aplicación de la norma no tuvo efecto retroactivo, sino que se aplicó a los casos nuevos de incapacidad laboral o a aquéllos que vieron modificada su situación de salud luego de su entrada en vigor.

Consideraciones del TEDH sobre el Derecho a la Seguridad Social y el Derecho a la Propiedad

En su decisión, el TEDH destacó que el artículo 1 del Protocolo N° 1 no imponía ninguna restricción a la libertad de los Estados a decidir sobre sus planes de seguridad social, ni sobre la modalidad que estos adoptaran, ni sobre el monto del beneficio.

No obstante lo expuesto, aclaró que si un Estado contratante poseía legislación vigente que contemplaba el pago de un beneficio previsional o prestación social, sujeta o no al previo pago de contribución, ha de interpretarse que dicha legislación genera un interés patrimonial que ingresa dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo N° 1 en el caso de aquellas personas que satisfagan los requisitos.

Por lo expuesto, indicó que la reducción o interrupción de un beneficio de la seguridad social debía estar justificada, en tanto podría constituir una interferencia en el derecho de propiedad.

Para que aquella interferencia fuera compatible con el Protocolo N° 1 era necesario que sea legal, que tuviera como fin un interés público legítimo, y debía ser razonablemente proporcional con el fin buscado. No se cumplía este último requisito, explicó el Tribunal, si la persona en cuestión se había visto obligada a soportar una carga excesiva. Por ende, el Tribunal debía evaluar el contexto particular de los planes de seguridad social, la naturaleza discriminatoria de la reducción, la ausencia de medidas de transición, la arbitrariedad de la decisión y la buena fe del solicitante, y no concentrarse solamente en el monto que había sido reducido de las pensiones u otros beneficios.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal entendió que la medida adoptada en torno al Sr. Kranjc cumplió con el requisito de legalidad en tanto la

nueva Ley 1999 establecía que aquellas personas que se incapacitaran o empeoraran a partir del 1° de enero del 2003 tendrían derecho al “subsidio por incapacidad” en aquellos términos y no al “subsidio por el período de espera” conforme disponía la ley anterior.

Asimismo, reconoció como objetivos legítimos proteger el gasto público e incentivar a los adultos con discapacidad a buscar empleo. El Tribunal recordó el amplio margen de apreciación que tienen los Estados al implementar políticas sociales y económicas.

Sin embargo, el TEDH reconoció la legítima expectativa del Sr. Krajnc a continuar percibiendo el mismo subsidio que solía percibir, dado que la propia Ley 1999 disponía que aquellos que adquirieron derechos bajo la ley anterior continuaran disfrutándolos una vez que la nueva Ley entrara en vigor.

A su vez, observó que lo que causó que el subsidio por el período de espera que recibía el Sr. Krajnc se haya reducido a la mitad, no se relacionaba con el hecho de que no cumpliera algún requisito legal para acceder al subsidio, sino que era consecuencia de un cambio en la legislación.

El TEDH indicó que la diferencia en el trato que se generó entre los trabajadores incapacitados que percibían el “subsidio por el período de espera” -aquellos que vieron su incapacidad laboral deteriorada con posterioridad al 1° de enero de 2003 y aquellos que no- generó una gran carga para el solicitante, toda vez que se veía más limitado en su capacidad, pero al mismo tiempo desprovisto de la mitad de su subsidio.

Además, destacó la naturaleza de los subsidios, que no dependían de aportes realizados, sino que en base al principio de la solidaridad pretendían abordar justamente la vulnerabilidad de aquellas personas desempleadas con dificultades debido a su incapacidad para conseguir empleo. Por ello, reconoció la dependencia del solicitante del subsidio, y que la reducción del monto afectó seriamente sus medios de subsistencia, lo cual no fue mitigado por ningún tipo de medida de transición que le permitiera adaptarse a la nueva situación.

Por lo expuesto, concluyó el Tribunal que aquellos trabajadores con incapacidad laboral cuya salud empeoró con posterioridad al 1° de enero de 2003 y no encontraron trabajo, tuvieron que soportar una carga exce-

siva y desproporcionada frente al justo equilibrio que debe existir entre la protección de la propiedad y el interés general.

El TEDH concluyó entonces que, pese al amplio margen de apreciación estatal en torno a las políticas de seguridad social, la medida adoptada violó el derecho del Sr. Krajnc a obtener beneficios derivados de la seguridad social, reconocido en el artículo 1 del Protocolo N° 1.

Palabras finales

Resulta interesante tener en cuenta que en el presente caso el TEDH indicó que los subsidios que se analizaban no parecían estar relacionados con contribuciones efectuadas por las personas que los solicitaban, sino que eran otorgados sobre la base del principio de solidaridad.

En este sentido, resulta clave el reconocimiento del carácter patrimonial de un beneficio no contributivo como aquel que solicitó el Sr. Krajnc, permitiéndole que ingrese en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo N° 1 que garantiza el derecho a la propiedad.

Como consecuencia de ello, pese a que el Sr. Krajnc ya no se encontraba percibiendo subsidio alguno debido a que se había jubilado en el año 2013, el Tribunal Europeo dispuso que debía ser compensado en virtud del daño patrimonial sufrido como resultado de la violación al artículo 1 y la pérdida de valor del dinero por el paso del tiempo. A su vez, y en compensación por la ansiedad y el sufrimiento que le causó esta situación al solicitante, el TEDH otorgó también una indemnización por el perjuicio extra patrimonial.

REPARACIONES LUEGO DE CONFLICTO ARMADO EN NAGORNO-KARABAKH.

TEDH, *Case of Sargsyan v. Azerbaijan* y *Case of Chiragov and others v. Armenia*, 12/12/17

Por Juan Manuel Bradi¹

Introducción

El 12 de diciembre de 2017 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) tuvo oportunidad de fallar sobre la cuestión de la reparación en el marco del conflicto suscitado en Nagorno-Karabaj en el caso de “*Sargsyan vs. Azerbaijan*” y “*Chiragov vs. Armenia*”².

En el presente trabajo intentaré explicar los alcances de los mencionados fallos, sus circunstancias e implicancias. Iniciaré con una breve reseña de los antecedentes del conflicto por Nagorno-Karabaj entre Armenia y la República de Azerbaijan, la normativa aplicable al supuesto de referencia y las reparaciones ordenadas en el marco del litigio ante el TEDH, para luego adentrarnos en el estudio de los casos planteados.

Finalmente, concluiré con un breve epílogo sobre las consideraciones generales respecto a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos y las consecuencias del incumplimiento de normas secundarias en el marco del Derecho Internacional Público.

Los antecedentes del conflicto por Nagorno-Karabaj

El Oblast Autónomo de Nagorno Karabaj (en adelante, “NKAO”) se constituyó, luego de su anexión a la ex URSS en 1923, como una provin-

1 Abogado (UBA). Profesor Adjunto de Derecho Internacional Público (UBA y UNPAZ). Maestrando en Relaciones Internacionales (UBA). Director e Investigador de Proyectos de Investigación en Derecho DECyT (UBA).

2 TEDH, “*Caso de Sargsyan vs. Azerbaijan*” y “*Caso de Chiragov vs. Armenia*”, Justa Satisfacción, Gran Sala, sentencias del 12/12/2017.

cia autónoma de la República Socialista Soviética de Azerbaiyán. Según el censo de la URSS de 1989, la NKAO tenía una población de alrededor de 189.000 habitantes, compuesta por el 77% de los armenios étnicos y el 22% de los azeríes étnicos con minorías rusas y kurdas³.

A principios de 1988 se celebraron manifestaciones en NKAO, así como en la capital armenia de Ereván, exigiendo la incorporación de Nagorno-Karabaj a Armenia. El 20 de febrero de 1988, el Soviet de la NKAO hizo un llamamiento a los Soviets Supremos de la RSS de Armenia, la RSS de Azerbaiyán y la URSS para que se permitiera a la NKAO separarse de Azerbaiyán y unirse a Armenia. La solicitud fue rechazada por el Soviet Supremo de la URSS el 23 de marzo de dicho año. En junio también fue rechazado por el Soviet Supremo de Azerbaiyán, mientras que su contraparte en Armenia votó a favor de la unificación.

Durante todo el año 1988 continuaron las manifestaciones en favor de la unificación provocando enfrentamientos con víctimas y refugiados que fluyeron entre Armenia y Azerbaiyán. El 1º de diciembre, el Soviet Supremo de la República Socialista Soviética de Armenia y el Consejo Regional de Nagorno-Karabaj adoptaron una resolución conjunta “Sobre la reunificación de Nagorno-Karabaj con Armenia”.

El 30 de agosto de 1991 Azerbaiyán declaró su independencia de la Unión Soviética, que se formalizó el 18 de octubre de 1991⁴. El 2 de septiembre de 1991, el Soviet de la NKAO anunció el establecimiento de la República de Nagorno-Karabaj (en adelante, “NKR”) y declaró que ya no estaba bajo la jurisdicción de Azerbaiyán. En un referéndum organizado en Nagorno-Karabaj el 10 de diciembre de 1991, el 99,9% de los participantes votaron a favor de la secesión. El 6 de enero de 1992 la “NKR”, teniendo en cuenta los resultados del referéndum, reafirmó su independencia de Azerbaiyán.

A principios de 1992, el conflicto gradualmente se convirtió en una guerra a gran escala. A fines de 1993, las fuerzas armenias habían logrado controlar casi todo el territorio de la antigua NKAO, así como siete regiones azerbaiyanas adyacentes. El 5 de mayo de 1994, Armenia, Azer-

3 TEDH, “*Caso de Sargsyan vs. Azerbaijan*”, Fondo, sentencia del 16/06/2015.

4 Ley constitucional sobre la independencia estatal de la República de Azerbaiyán.

baiyán y la “NKR” firmaron un acuerdo de alto el fuego (el Protocolo de Bishkek) tras la mediación rusa.

Varias propuestas para una solución pacífica del conflicto han fracasado. Las negociaciones se han llevado a cabo bajo los auspicios de la OSCE (Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa) y el llamado “Grupo de Minsk”. En la ciudad de Madrid, en noviembre de 2007, los tres Copresidentes del Grupo -Francia, Rusia y Estados Unidos- presentaron a Armenia y Azerbaiyán un conjunto de Principios Básicos para un acuerdo. Hasta ahora, las partes en el conflicto no han firmado un acuerdo formal sobre estos principios.

Las reparaciones en el marco del TEDH

En el marco de la jurisprudencia reiterada del TEDH, la configuración jurídica de una violación a la Convención impone al Estado demandado la obligación legal de ponerle fin y reparar sus consecuencias de forma tal que pueda restablecerse tanto como sea posible la situación existente antes de la violación⁵.

En principio, los Estados partes en un caso poseen libertad de elegir los medios por los que cumplirán una sentencia en la que el TEDH ha encontrado una violación del derecho internacional. La discreción en cuanto a la forma de ejecución de una sentencia refleja, así, la libertad de elección asociada a la obligación principal de los Estados de garantizar los derechos y libertades convencionales (artículo 1 de la Convención).

Ahora bien, si la naturaleza de la violación permite la *restitutio in integrum* corresponde al Estado demandado efectuarla. Para el supuesto que la legislación nacional del Estado no lo permita, o lo permita pero en forma parcial, el artículo 41 de la Convención faculta al TEDH a proporcionar a la parte perjudicada la satisfacción que le parezca apropiada⁶. Además, debe destacarse el papel del Comité de Ministros de la Unión

5 TEDH, “*Caso de Kurić vs. Eslovenia*”, Justa Satisfacción, sentencia del 12/03/2014.

6 TEDH, “*Caso de Papamichalopoulos vs. Grecia*”, Artículo 50, sentencia del 31/10/1995.

Europea, en virtud del artículo 46.2 de la Convención, para supervisar la ejecución de las sentencias del TEDH⁷.

En lo que respecta a las reclamaciones por pérdidas pecuniarias, se estableció que debe existir una conexión causal clara entre el daño reclamado por el demandante y la violación del Convenio. En los casos apropiados, esto puede incluir una compensación con respecto a la pérdida de ingresos⁸. En cuanto a las pérdidas relacionadas con bienes inmuebles, cuando no ha habido privación de propiedad pero se ha denegado el acceso a ella, su uso y goce, el enfoque general del TEDH ha sido el de evaluar la pérdida sufrida con referencia a la renta anual que podría haberse obtenido durante el período pertinente, calculada como un porcentaje del valor de mercado de la propiedad⁹.

El TEDH desarrolló, en varios casos, los principios de reparación para el daño moral o no pecuniario al no existir una disposición expresa al respecto en el tratado¹⁰. Las situaciones en que el solicitante ha sufrido un trauma evidente, ya sea físico o psicológico, dolor y sufrimiento, angustia, ansiedad, frustración, sentimientos de injusticia o humillación, incertidumbre prolongada, interrupción de la vida o pérdida real de la oportunidad pueden distinguirse de aquellas situaciones en las que la reivindicación pública de la injusticia sufrida por el solicitante, en una sentencia vinculante para el Estado contratante, es una forma adecuada de reparación en sí misma. En estos supuestos el principio rector del Tribunal es la equidad, que implica sobre todo flexibilidad y una ponderación objetiva de lo que es justo y razonable en consideración de todas las circunstancias del caso, que incluye no solo la posición del solicitante sino también el contexto general en el que ocurrió la violación.

7 TEDH, “*Caso de Verein Gegen Tierfabriken Schweiz vs. Suiza*”, Fondo y Justa Satisfacción, sentencia del 30/06/2009.

8 TEDH, “*Caso de Kurić vs. Eslovenia*”, caso citado, considerando 8.

9 TEDH, “*Caso de Loizidou vs. Turquía*”, Artículo 50, sentencia del 28/07/1998.

10 TEDH, “*Caso de Varnava vs. Turquía*”, Fondo y Justa Satisfacción, sentencia del 18/09/2009; y “*Caso de Chipre vs. Turquía*”, Justa Satisfacción, sentencia del 12/05/2014.

Finalmente, el TEDH ha observado también que puede ser apropiado otorgar una indemnización global por daños materiales e inmateriales, dependiendo de las circunstancias específicas del caso¹¹.

El caso de Sargsyan vs. Azerbaijan

El caso se refiere a la denuncia de un refugiado armenio que, después de haber sido obligado a huir de su casa en la región de Shahumyan de Azerbaiyán en 1992 durante el conflicto por Nagorno-Karabaj, desde entonces se le ha negado el derecho de regresar a su aldea y tener acceso a su propiedad.

En la sentencia ya citada dictada el 16 de junio de 2015, la Gran Sala del TEDH desestimó las objeciones preliminares del gobierno demandado sobre el no agotamiento de los recursos internos, la falta de jurisdicción y responsabilidad, la falta de competencia del tribunal *ratione temporis* y la falta de la condición de víctima del solicitante con respecto a sus quejas relacionadas con las tumbas de sus familiares. La Gran Sala sostuvo que había habido una continua violación del artículo 1 del Protocolo 1º, constató que continuaban las violaciones de los artículos 8 y 13 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y sostuvo que no surgía ninguna cuestión separada en virtud del artículo 14 de la Convención.

En la sentencia en análisis, el TEDH se pronunció sobre la cuestión de la justa satisfacción. Mantuvo, por unanimidad, que el Gobierno de Azerbaiyán tiene que pagar al solicitante 5.000 euros respecto del daño pecuniario e inmaterial y 30.000 euros en concepto de costas y gastos.

El TEDH observó que el principio de subsidiariedad que emana de la Convención apuntala todo el sistema de la Unión Europea¹². Por lo tanto, Armenia y Azerbaiyán habían asumido compromisos antes de su adhesión al Consejo de Europa, comprometiéndose con la solución pacífica del Conflicto de Nagorno-Karabaj. El TEDH solo pudo subrayar que era responsabilidad de los Estados encontrar un solución a nivel político para el

11 TEDH, “Caso de Centro Europa 7 SRL y Di Stefano vs. Italia”, Fondo y Justa Satisfacción, sentencia del 07/06/2012.

12 TEDH, “Caso de Kurić vs. Eslovenia”, caso citado.

conflicto¹³. Sin perjuicio de cualquier compensación que se otorgue al solicitante como justa satisfacción, la ejecución efectiva de la sentencia principal exigía la creación de medidas generales a nivel nacional¹⁴. A la espera de una solución en el plano político, el TEDH consideró apropiado otorgar al solicitante una suma global para efectos pecuniarios y no pecuniarios.

Sin embargo, el TEDH se refirió a la naturaleza excepcional del caso: una situación de conflicto en curso sin acuerdo de paz definitivo entre los Estados y la existencia de un perjuicio continuo que tiene sus raíces en el conflicto no resuelto que afectó a un gran número de individuos (más de 1000 solicitudes individuales presentadas por personas desplazadas se encuentran aún pendientes ante el TEDH).

El caso de Chiragov vs. Armenia

El caso se refiere a las denuncias formuladas por seis refugiados azerbaiyanos que no podían regresar a sus hogares y propiedades en el distrito de Lachin, en Azerbaiyán, desde donde fueron forzados a huir en 1992 durante el conflicto de Nagorno-Karabaj.

En la sentencia del 16 de junio de 2015, el TEDH sostuvo que se habían producido continuas violaciones al artículo 8 (derecho al respeto de la vida familiar, privada y familiar) y al artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio y al artículo 1 del Protocolo 1º (protección de propiedad). Respecto al artículo 1 del Protocolo 1º concluyó que, a partir de 26 de abril de 2002, fecha en que Armenia ratificó el Convenio, no se indicó ningún objetivo que podría justificar la denegación de acceso de los solicitantes a sus bienes y la falta de compensación por esa interferencia. El Tribunal consideró que la República de Armenia era responsable de las violaciones de los derechos de los solicitantes¹⁵.

En la sentencia de la Gran Sala en análisis, el TEDH se pronunció sobre la cuestión de la reparación en tanto justa satisfacción. Mantuvo, por

13 TEDH, “*Caso de Ališić vs. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*”, Fondo y Justa Satisfacción, sentencia del 16/07/2014.

14 TEDH, “*Caso de Kovačić vs. Eslovenia*”, Fondo, sentencia del 3/10/2008; y “*Caso de Demopoulos vs. Turquía*”, Inadmisibilidad, sentencia del 01/03/2010.

15 TEDH, “*Caso de Chiragov vs. Armenia*”, Justa Satisfacción, sentencia del 12/12/2017.

unanimidad, la responsabilidad de la República Armenia que conlleva su obligación de pagar 5.000 euros en concepto de bienes pecuniarios y daño no pecuniario a cada uno de los solicitantes y un monto total de 28.642,87 libras esterlinas por costas y gastos.

El Tribunal concluyó que los demandantes tenían derecho a una indemnización por determinados bienes pecuniarios, pérdidas y por daños inmateriales. Sin embargo, el daño sufrido no se prestaba para un cálculo preciso debido a ciertas dificultades derivadas del paso del tiempo. El elemento “tiempo” hizo que el vínculo entre una violación de la Convención y el daño fuera menos cierto: la jurisdicción del TEDH había comenzado recién en abril de 2002, diez años después del ataque militar y la huida de los solicitantes en mayo de 1992.

Por último, y en forma coincidente al comentado “*Caso de Sargsyan vs. Azerbaijan*”, el Tribunal ponderó el principio de subsidiariedad que emana de la Convención y reiteró que era responsabilidad de los dos Estados interesados encontrar una resolución al conflicto de Nagorno-Karabaj.

Epílogo

En el derecho internacional la generación de responsabilidad conlleva su consecuente obligación de reparar. Esto es, la obligación que recae sobre todo sujeto imputado de una transgresión a un deber jurídico-internacional a su cargo de reparar el hecho ilícito cometido y, si existen, los consecuentes perjuicios causados¹⁶. La obligación de reparar representa la consecuencia lógica ante la violación de los derechos consagrados en los diferentes instrumentos internacionales y cobra mayor relevancia jurídica cuando dichos instrumentos buscan proteger derechos humanos.

Las reparaciones pueden ser calificadas como el norte necesario y esperado en el proceso internacional y dicha premisa surge de la naturaleza jurídica de la responsabilidad internacional. En palabras clásicas y aún vigentes de la Corte Permanente de Justicia Internacional “es un princi-

16 Artículo 28° del “Proyecto de artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos” (A/RES/56/83, 28 de enero de 2002).

pio general del derecho internacional, reconocido desde larga data, que toda violación a una obligación internacional entraña la obligación de proveer reparación¹⁷.

La consecuencia de un acto contrario al derecho internacional conlleva responsabilidad internacional y genera una nueva obligación¹⁸. Nace una relación jurídica nueva entre el sujeto al cual se le imputa el acto, que será quien que debe responder mediante una reparación por su acción u omisión, y el sujeto que tiene derecho a reclamar la reparación por el incumplimiento de la obligación.

A lo largo del presente comentario he intentado demostrar las distintas variantes que ha desarrollado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para lograr el cumplimiento efectivo de las obligaciones secundarias que emanan de sus decisiones jurisdiccionales. La voluntad soberana de los Estados partes en su libertad para la elección del medio reparador emerge como un claro mecanismo a su favor. A su vez, llegado el supuesto de incumplimiento, la imposición de sanciones que no se tornen abusivas facilitan su observancia en tiempo y forma coadyuvando al normal desarrollo del sistema jurídico internacional.

Comparto, con criterio amplio, la clara afirmación que realiza el Tribunal respecto a la subsidiariedad del sistema internacional de protección de los derechos humanos y su necesaria complementariedad con la solución pacífica de controversias y la búsqueda de resoluciones a nivel local y político. No frustramos la naturaleza de todo el sistema jurídico internacional exigiéndole soluciones y respuestas que no le corresponden.

17 CPJI, 26 de julio de 1927. CIJ, Recueil 1980.

18 Cf. Jiménez de Aréchaga, Eduardo, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p.310.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DESPIDO DE UN EMPLEADO PÚBLICO. TEDH, *Case of Güç v. Turkey*, 23 de enero de 2018

Por Gabriela Alejandra Vázquez¹

1) Hechos desencadenantes del conflicto

Los hechos que dieron origen al caso sucedieron en una escuela pública de la ciudad de Giresun, República de Turquía. La mañana del 8 de febrero de 2006 una maestra (E.U) entró a un aula de una escuela pública -cuya puerta se encontraba cerrada y con la luz apagada- y dijo haber encontrado al vigilante Yasar Güç sentado sobre un escritorio con las piernas abiertas, con una niña de 9 años apoyada sobre su regazo, a quien abrazaba con fuerza alrededor de la cintura y había estado acariciando su cuerpo; que ello la hizo concluir que estaba intentando acosar a la menor y que no parecía una muestra regular de afecto.

La docente declaró que el señor Güç, al advertir su presencia, arrojó a la niña en situación de pánico, escena que le pareció sospechosa, a pesar de no haber presenciado nunca antes un comportamiento similar por parte de aquél.

2) El proceso penal

El 8 de marzo de 2006, a raíz de lo acontecido, un Fiscal acusó a Güç de haber cometido los delitos de abuso sexual, asalto sexual y detención ilegal de una menor, conforme al Código Penal de Turquía. La versión del acusado fue que la mañana en cuestión, él había entrado al aula con el propósito de limpiar; que allí se encontraban la niña y otro alumno; que mientras estaba ocupado limpiando, la niña le pidió un simit –un tipo de

1 Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora Adjunta Regular de Derechos Reales (UBA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

roll de pan- y que intentó abrazarlo; que como consecuencia de ese gesto perdió el equilibrio y cayó sobre un escritorio con la niña y que había sido justo en ese momento que la maestra había ingresado al aula.

El 18 de diciembre de 2008 un tribunal nacional absolvió al acusado, sosteniendo que, a pesar de todas las razonables dudas, no era posible establecer que Güç hubiese cometido el acto sexual base de los cargos; que los dichos de la única testigo visual de los hechos eran en parte contradictorios y que incluían una interpretación personal de lo que efectivamente había acontecido esa mañana. Si bien la maestra había dicho que Güç había arrojado a la niña cuando ella había entrado al aula, la niña no presentaba heridas ni moretones en su cuerpo.

En el proceso penal también se descartaron los dichos de otro testigo -tío de la madre de la niña supuestamente abusada y que había trabajado también en la escuela-, quien había manifestado haber escuchado de boca de un colega que Güç había sido vinculado a comportamientos indecentes en el colegio en el que había trabajado con anterioridad. Tal testimonio se descartó porque, el referido colega, subdirector de aquel colegio, negó ante el juicio haberle proporcionado esa información o haber escuchado rumores adversos o quejas sobre ese asunto. Testimonios similares de otros testigos -relativos a supuestos comportamientos indebidos del acusado que habrían motivado que fuera echado de un trabajo previo- fueron descartados por el tribunal penal por no haber sido confirmados. Tampoco se hizo mérito de la declaración de otro testigo, quien dijo que Güç se había disculpado con él luego del incidente, no habiendo información en el expediente sobre el exacto contenido de tales disculpas.

En el proceso penal tampoco fue interrogada la niña supuestamente abusada -quien portaba diagnóstico de autismo-, porque el psiquiatra que la entrevistó después del incidente dictaminó que carecía de capacidad mental para comprender y poder contar qué sucedió ese día y que posiblemente sería dañino para su bienestar que fuese interrogada por el tribunal.

3) La investigación disciplinaria, la cesantía y los recursos ante las cortes administrativas.

De modo paralelo a la actuación penal, las autoridades competentes promovieron una investigación disciplinaria en relación con las alegaciones de acoso. Éstas fueron instruidas por dos inspectores, quienes recibieron las declaraciones del padre de la niña, del jefe del Centro Educativo Público, de un maestro de la escuela primaria, del director de la escuela primaria y del propio Güç quien a ese tiempo estaba detenido en relación con el proceso penal.

Los inspectores, a su vez, tomaron dos declaraciones por separado a la única testigo visual, la maestra EU, quien lo hizo “bajo juramento”, e hicieron mérito de un reporte del consejero guía de la escuela primaria del año 2003, en el que se describía a la niña involucrada, en cuanto a su desarrollo psíquico y social, como una alumna débil y muy tímida, con diagnóstico médico de autismo.

El informe final de ese sumario, emitido en abril de 2006, encontró suficientemente fundadas las alegaciones de acoso y recomendó el despido de Güç, sobre la base de considerar que lo sucedido constituía una “vergonzosa e impropia conducta incompatible con el servicio civil” según la sección 125 § E (g) de la Ley No. 657. Los sumariantes hicieron mérito de las diferentes declaraciones y concluyeron que lo expresado por Güç en cuanto a que había perdido el equilibrio como resultado de que la niña había intentado abrazarlo, no era verosímil por ser inusual, dadas las características físicas de la niña.

Hicieron además alusión a los dichos consistentes de la maestra EU, expresados bajo juramento de decir verdad, quien “como madre y educadora parece haber sufrido una gran angustia emocional debido a estos eventos, lo que da la impresión de que la acusación...está bien fundada”.

El trabajador sumariado presentó su descargo y solicitó que la investigación fuera pospuesta hasta que finalizara el proceso penal que, en su tesitura, se sustanciaba por las mismas alegaciones. Por otra parte, negó las imputaciones en términos idénticos a los que había expresado en la causa penal.

El 5 de julio de 2006 el Consejo Supremo Disciplinario del Ministerio de Educación decidió el despido del Sr. Güç. En la parte relevante

de la resolución, tenida en cuenta por el TEDH, el Consejo dijo: “Tras examinar el expediente...y de la defensa debidamente tomada...se decidió lo siguiente: “Sobre la base de la información y las constancias del expediente, la veracidad del acto [acoso de X]...ha sido acreditada de manera concluyente...Por esa razón, se decide por unanimidad aceptar la propuesta de despido...del servicio civil”.

El Sr. Güç recurrió la decisión ante la Corte Administrativa de Ordu argumentando que se violaba su derecho a la presunción de inocencia porque estaba pendiente el proceso penal. Sin embargo, el tribunal rechazó el recurso, aduciendo que “[l]a Sección 13 de la Ley 657 también establece que el inicio de un proceso criminal contra un empleado público no suspenderá el procedimiento disciplinario instado por los mismos hechos y la absolución o condena en las actuaciones penales no impedirá la ejecución de sanciones disciplinarias”.

El 28 de julio de 2007 el Sr. Güç recurrió esa decisión ante la Corte Suprema Administrativa. Además de insistir con los argumentos referidos al análisis a su juicio errado de los hechos, aseveró que cuando el acto que es la base de la investigación de los procedimientos penales y disciplinarios es el mismo, el proceso penal es el más indicado para iluminar las circunstancias en orden a llegar a una conclusión precisa y no el disciplinario cuyos hallazgos serían, en el mejor de los casos, solamente hipotéticos.

El 17 de noviembre de 2009, la Corte rechazó la apelación sin hacer alusión a la sentencia penal absolutoria que había sido dictada un año antes y se encontraba firme desde enero de 2009.

El 27 de mayo de 2013, el Sr. Güç inició un proceso contra el Ministerio de Educación ante la Corte de Ordu a fin de que reabriera el expediente referido a su despido en base a que había sido absuelto en sede penal de los cargos de abuso sexual, asalto sexual y detención ilegal de una menor. El tribunal rechazó el caso porque entendió que su reclamo no estaba incluido en los casos taxativos que autorizaban ese remedio extraordinario².

2 En oportunidad de dictarse la sentencia del TEDH se puntualiza en los considerandos que el Gobierno de Turquía había informado que estaba pendiente un recurso de apelación ante la Corte Suprema Administrativa.

Me interesó reparar en el derrotero del proceso disciplinario y de los recursos ante las cortes administrativas ya que los razonamientos y el lenguaje que utilizaron los diferentes actores fueron decisivos para orientar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH).

4) La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Admisibilidad formal de la petición y rechazo sustancial de la demanda

El 21 de diciembre de 2010 el señor Güç demandó a la República de Turquía ante el TEDH, en virtud de que consideró que su despido del servicio civil y los razonamientos empleados por las cortes administrativas de revisión habían sido incompatibles con la garantía del artículo 6.2 del Convenio Europeo, que establece que “[t]oda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

El TEDH declaró formalmente admisible la petición³. Para así decidir, observó que el proceso disciplinario y el penal habían sido simultáneos y seguidos por las alegaciones de que el trabajador había sido visto en una posición inapropiada con una menor y que la cesantía, fundada en que el comportamiento entrañaba una conducta vergonzosa, se había producido en julio de 2006, es decir, en momentos en que estaba pendiente el proceso penal, basado sobre los mismos hechos y referido a las imputaciones de abuso sexual, asalto sexual y detención ilegal de una menor.

De ese modo, admitió evaluar **si el razonamiento empleado en el proceso disciplinario**, respaldado por la Corte Administrativa de Ordu con anterioridad a la decisión definitiva en sede penal, había o no violado la garantía de presunción de inocencia.

Por su parte, el Gobierno de Turquía negó que hubiese habido una transgresión convencional y entre otras argumentaciones destacó que la conducta del trabajador había sido incompatible con la esperable de un servidor civil; que el estándar de evidencia y prueba en los procesos dis-

3 TEDH, *Case of Güç v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 23/01/2018.

disciplinarios eran diferentes a los aplicables en los procesos penales y que los órganos disciplinarios no habían planteado ninguna conclusión en relación con la conducta del empleado desde el punto de vista del derecho criminal.

Luego de analizar pormenorizadamente el desarrollo del procedimiento disciplinario y de los recursos administrativos, el TEDH concluyó que en el caso no se había afectado la garantía de presunción de inocencia. En el apartado siguiente señalaré los argumentos centrales del fallo.

5) Fundamentos del TEDH. Comparación con la sentencia en el Caso Seven v. Turquía.

La doctrina del Caso Güç, ratificatoria de pronunciamientos anteriores, puede sintetizarse a través de las siguientes nociones:

a) La presunción de inocencia que resguarda el artículo 6. 2 del CEDH reconoce dos aspectos: i) un primer aspecto procesal, relativo a las conductas adoptadas en el marco del proceso penal y; ii) un segundo aspecto dirigido a garantizar el respeto de la inocencia declarada en relación con una persona, en el contexto de procedimientos posteriores en los que existe una vinculación con los procedimientos penales que ya han finalizado con un resultado distinto al de la condena.

b) El primer aspecto de la garantía prohíbe a los funcionarios estatales realizar declaraciones prematuras sobre la culpabilidad de un acusado y funciona como una garantía procesal que resguarda la imparcialidad del juicio penal. Esta protección tiene un alcance amplio y no se limita a los asuntos penales. De este modo, ningún representante del Estado podría decir que una persona es culpable de una infracción antes que esa culpabilidad haya sido establecida por un tribunal.

A este respecto, la presunción de inocencia puede llegar a ser infringida no solamente en el contexto del juicio penal, sino también en procesos civiles, disciplinarios u otros procesos separados que se sustancien simultáneamente con el proceso penal. Esta primera faceta de la garantía se extiende desde la fecha en que una persona es acusada de un delito criminal hasta que la sentencia dictada en el proceso penal es definitiva.

c) El segundo plano de la garantía entra a jugar cuando el juicio penal termina con un resultado distinto al de la condena y requiere que la inocencia de la persona, en relación con el delito, no sea puesta en duda en procedimientos posteriores.

d) En lo concerniente al primer aspecto de la garantía -nodal para la decisión del Caso Güç- el TEDH enfatiza que la presunción de inocencia se infringe si una decisión judicial o lo que consigna un funcionario estatal respecto de una persona acusada de un delito criminal, trasunta la idea o transmite la opinión de que ésta es culpable antes de sea declarada su culpabilidad según la ley.

En este orden, el TEDH distingue conceptualmente entre aquellas declaraciones acerca de que alguien resulta **simplemente sospechoso** de haber cometido un crimen, de aquellas otras que **claramente transmiten certeza** de que lo ha cometido, puntualizando que las primeras no son objetables, mientras que sí lo son las segundas.

e) En conexión directa con el tenor de las decisiones o declaraciones que pueden afectar la presunción de inocencia, el TEDH recalca la **importancia en la elección de las palabras y el uso del lenguaje** por parte de los funcionarios estatales y añade que, por otro lado, todo ello debe ser evaluado en el **contexto de las circunstancias** particulares en que fueron realizadas.

f) El TEDH reafirma que el Convenio Europeo no impide que un acto pueda dar lugar a procedimientos penales y disciplinarios, o que éstos puedan ser sustanciados en paralelo. Incluso ratifica su posición en cuanto a que la exoneración de responsabilidad penal no impide que se concluya en la existencia de responsabilidad civil o de otro tipo que surja de los mismos hechos, a tenor de estándares probatorios menos estrictos.

Solamente recalca la noción de que, en ausencia de condena penal definitiva, se violenta la presunción de inocencia si la decisión disciplinaria adoptada para sancionar una conducta, contiene declaraciones que impliquen la imputación de la persona como penalmente responsable de un crimen.

Sobre la base de estas ideas fuerza, el TEDH concluye que, en el *Caso Güç*, el lenguaje utilizado en el procedimiento disciplinario y en los tribunales administrativos fue compatible con la garantía de presunción de

inocencia. Dijo, al respecto, que la base legal del despido fue una conducta vergonzosa o impropia, incompatible con la reputación de un servidor público, es decir, una infracción disciplinaria distinta que no conlleva ningún tipo de connotación criminal.

El TEDH hizo un recorrido sobre los términos empleados por los instructores en el expediente disciplinario y subrayó que no había nada que sugiriese que los inspectores hubiesen hecho referencias prematuras sobre el proceso penal pendiente contra el trabajador; incluso recaló que los inspectores se refirieron al acto reprochado con el término acoso (harassment) y no como “abuso sexual” (sexual abuse) o “asalto sexual” (sexual assault), realzando que el empleo del término “acoso” (harassment) no presentaba problemas, porque la palabra no es utilizada solamente para vincular un hecho con la legislación penal, sino también en contextos en que es lesionada la esfera privada de una persona y aún su integridad corporal, a través de contactos verbales o físicos no consentidos.

Desde esa perspectiva, el TEDH estimó que las autoridades disciplinarias habían encuadrado el contacto físico del trabajador con la menor como acoso, sin efectuar ningún comentario en el sentido que la conducta reprochada pudiese ser conceptuada como acoso sexual en el sentido de la ley criminal. Por otro lado, destacó, como un elemento relevante para confirmar su tesis, que las autoridades disciplinarias habían tenido en cuenta la necesidad de mantener la confianza pública en el sistema de educación y disipar cualquier idea de tolerancia en relación a actos sospechosos contra menores.

A la misma conclusión llegó el TEDH luego de indagar en el razonamiento y en el lenguaje utilizado por el tribunal administrativo. Si bien en un fragmento de la sentencia el TEDH observa y reprocha que la Corte de Ordu, en contraste con el informe de la investigación disciplinaria, había hecho un comentario sobre el proceso penal -al referirse a una declaración supuestamente hecha por el director de la escuela vecina, en el sentido que había escuchado rumores sobre el comportamiento indecente del vigilador en otras escuelas donde había trabajado anteriormente-, lo cierto es que a renglón seguido le resta relevancia.

Así, el TEDH dice que si bien la referencia a esa declaración en particular, que supuestamente se dio en el proceso penal, podía no estar justificada en el procedimiento disciplinario, el Tribunal tenía ya dicho que, aún “el uso de algún lenguaje desafortunado puede ser tolerado, teniendo en cuenta las circunstancias del caso” y la naturaleza de las tareas que tienen a cargo los tribunales domésticos.

Por otra parte, añadió que el hecho de que un tribunal civil tenga en cuenta una declaración o una prueba producida en el proceso penal, por sí solo no es lesivo de la presunción de inocencia, en la medida que ese mérito no conlleve considerar responsable penalmente al acusado o realizar conclusiones inapropiadas al respecto.

En ese marco conceptual, de análisis contextual, el TEDH restó relevancia a la mención realizada por la corte local y puso el acento en que ésta había realizado previamente una remisión a las pruebas producidas en el sumario disciplinario y a las conclusiones a las que allí se había arribado.

En síntesis, lo que gravitó para que la solución del Caso Güç resultara adversa al reclamo del solicitante fue la indagación exhaustiva que efectuó el TEDH respecto al proceso de razonamiento, de las palabras y, en general, del lenguaje que habían empleado los funcionarios estatales en las instancias domésticas, tanto en el proceso disciplinario como en las instancias administrativas, que, analizados contextualmente, lo persuadieron de que el despido del trabajador no se había fundado en el reproche penal por abuso sexual, asalto sexual y detención ilegal de una menor –responsabilidad que estaba siendo analizada en una causa penal-, sino en infracciones distintas de estricta naturaleza disciplinaria.

Es interesante destacar que el mismo día en que se resolvió este caso, el TEDH dictó sentencia en el Caso Seven v. Turquía⁴, donde siguiendo la misma línea argumental se pronunció de manera contraria y consideró que en las actuaciones disciplinarias y administrativas se había lesionado la garantía de presunción de inocencia.

4 TEDH, *Case of Seven v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction), Court (Second Section), 23/01/2018.

En efecto, se trataba de un oficial de policía de Ankara, quien fue acusado por una mujer de haberla violado y detenido de manera ilegal en el año 2002, resultando absuelto en sede penal en el año 2005 y despedido por asalto sexual luego de una investigación disciplinaria.

El Tribunal entendió que en la investigación disciplinaria se había partido de la idea de que el Sr. Seven había cometido el crimen cuya investigación en sede penal estaba pendiente y por ello se lo sancionó con el despido.

6) La cuestión en Argentina desde el plano del derecho del trabajo

La doctrina del TEDH es sin duda de utilidad para el intérprete del derecho argentino. En el sistema interamericano también se cuenta con el resguardo de la presunción de inocencia. La Convención Americana sobre Derechos Humanos -que tiene rango constitucional (Art. 75, inc. 22 CN)- establece en su artículo 8º, ap. 2, que “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Los distintos planos advertidos por el TEDH, concernientes a cómo juega la garantía de presunción de inocencia –delineados en el apartado 5) de este aporte-, tienen una resonancia en el Código Civil y Comercial de la Nación que reglamenta las relaciones entre las acciones civiles y las penales en sus artículos 1774 a 1780.

La situación también estaba prevista, aunque con algunos matices diferentes, en el Código Civil de 1869⁵, que rigió hasta el 1º de agosto de 2015. Una de las previsiones que refuerza la garantía y apunta a evitar el dictado de sentencias contradictorias, viene de la mano del instituto de la “prejudicialidad”.

El CCyC sienta como regla que: “[s]i la acción penal precede a la acción civil, o es intentada durante su curso, el dictado de la sentencia definitiva debe suspenderse en el proceso civil hasta la conclusión del proceso penal” (art. 1775).

5 La relación entre la acción civil y la penal estaba prevista en los artículos 1101 a 1106.

Este impedimento -y aquí se emplaza el provecho de la sentencia del TEDH- no se activa en todos los casos, ni es automático, sino que depende de las circunstancias del caso, ya que un mismo hecho o una misma conducta puede ser evaluada desde distintos planos de responsabilidad: penal, civil, laboral, disciplinaria, etcétera y ésto motiva que no siempre los procesos paralelos que se sustancian con base en la misma plataforma fáctica que se investiga en un expediente penal, puedan implicar el avasallamiento de la garantía constitucional de presunción de inocencia o bien la afectación de la regla general del Art. 1775 del CCyC.

En la disciplina del derecho del trabajo no son infrecuentes las controversias que se suscitan a propósito de despidos interrelacionados con investigaciones penales tanto pendientes como concluidas. Para tomar decisiones en ese tipo de procesos resulta de suma relevancia analizar el contenido y los términos utilizados en la comunicación rescisoria por medio de la cual se hace saber el despido, según el artículo 243 de la Ley de Contrato de Trabajo 20.744⁶.

Si la empleadora despidе a la persona trabajadora e invoca como causa justificativa de la ruptura de la relación laboral que esta última cometió un delito de naturaleza criminal, la Judicatura deberá declarar la prejudicialidad y suspender el dictado de la sentencia definitiva hasta que concluya el proceso penal, como lo establece el art. 1775 CCyC, salvo que se trate de alguna de las excepciones previstas en esa norma.

Así se ha señalado en la jurisprudencia que “resulta de aplicación el principio de prejudicialidad, por cuanto el hecho sobre el cual debía expedirse el juez penal, es exactamente el mismo invocado como injuriente en sede laboral para justificar la voluntad del empleador de disolver el contrato con justa causa”⁷.

Es decir, lo medular es determinar si el hecho que se invoca como injurioso en la causa laboral es el mismo sobre el cual debe decidir el tribunal penal ya que, si es así, se lesionaría la presunción de inocencia. Y

6 El art.243 de la LCT dispone que “El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas”.

7 SCJ Mendoza, sala II, “La Colina S.A. c. Campos, Julio S.”, 23/12/2004, AR/JUR/5889/2004.

si la sentencia que se dicta en sede penal resulta absolutoria, la sentencia en sede laboral no podría considerar legítimo el despido que se ha fundado en la comisión del delito, pues el art. 1777 del CCyC regla que “[s]i la sentencia penal decide que el hecho no existió o que el sindicado como responsable no participó, estas circunstancias no pueden ser discutidas en el proceso civil”.

En otros términos, sólo se impone aguardar, con carácter imperativo, el pronunciamiento penal y luego aceptar su conclusión material con carácter de cosa juzgada si en la comunicación de la extinción se invoca, como motivación esencial, el delito.

Es muy distinta la situación cuando, al comunicarse el despido, el reproche sobre el que se asienta la causa de **la desvinculación no se identifica con la comisión de un injusto criminal**. En estos casos, la jurisprudencia de los tribunales locales es pacífica en el sentido de que no corresponde declarar la prejudicialidad y en consecuencia, que el tribunal laboral está habilitado para valorar si la causa invocada para poner fin a la relación ha sido o no legítima.

En esa línea argumental se ha puntualizado que “[e]s improcedente el planteo de prejudicialidad basado en que la trabajadora fue procesada y llevada a juicio oral y público por el delito de defraudación en concurso ideal con el de falsificación de documento público, dado que no existe identidad entre la imputación penal y la invocación epistolar de injuria laboral que provocó la ruptura del vínculo”⁸.

En sentido idéntico se resaltó, para descartar la prejudicialidad, que “[l]a rescisión y el actual pedido de exclusión de tutela, no se identifican con el delito específico, sino con una conducta de antijuridicidad en la relación de empleo público, con prescindencia de su posible ilicitud en el marco del derecho penal (...) Por lo tanto, la solución debe ser diferente en los supuestos en los cuales *lo que se resalta es el incumplimiento de obligaciones contractuales o de deberes de conducta*, y la tesis

8 CNAT, sala X, “Castro, María del Carmen c. Roffe, Mario Adrián”, 12-9-2007, AR/JUR/5802/2007.

esbozada nos lleva a la necesidad de *discernir los disímiles campos de antijuridicidad*”⁹.

No es inusual que la patronal invoque la “pérdida de confianza” fundada en hechos cuya existencia no está en discusión, que imputa a la persona trabajadora como determinantes de la injuria, aunque no como configurativos de un delito. Y suele suceder que estos hechos forman parte de una investigación criminal paralela dirigida a determinar las responsabilidades penales.

Tampoco en esos supuestos debe esperarse la sentencia penal ya que, salvo los casos en que está puesta en discusión la existencia misma del hecho y/o la determinación de su autoría, rige el principio general de la independencia de juzgamiento de los hechos por el/la juez/a laboral y por el/la juez/a penal.

Es que resulta perfectamente posible que no exista responsabilidad penal de un/a trabajador/a y no obstante ello que su comportamiento entrañe una lesión a los intereses de la empleadora o el incumplimiento de los deberes que le impone la Ley de Contrato de Trabajo y, consecuentemente, que el motivo de despido sea razonable y justificado.

Como se ha especificado: “[l]a tipicidad de conductas para el derecho penal es un concepto más restringido que la tipicidad de conductas exigidas para dar continuidad o no a la relación laboral. Es decir, no es necesario que un acto sea penalmente punible para estimar justificado un despido. Basta para ello una razonable pérdida de confianza del empleador con el trabajador”¹⁰.

Este precedente guarda cierto paralelismo con el Caso Güç que he comentado en estas líneas, ya que allí un tribunal de trabajo rechazó la demanda de un trabajador que había reclamado las indemnizaciones derivadas del despido decidido por el empleador por la causal de pérdida de confianza, en virtud de las denuncias de acoso realizadas por dos compañeras de trabajo, por las cuales resultó absuelto en sede penal.

9 CNAT, sala III, “Casculo, Carlos María c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 30-11-2010, AR/JUR/79201/2010, el destacado me pertenece.

10 SCJ Mendoza, sala II, “L., J. C. c. Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda.”, 18-3-2002, AR/JUR/8665/2002.

Es que no son infrecuentes los casos en que la persona trabajadora invoca una sentencia que la libera de responsabilidad penal -ya sea en la etapa de instrucción o en la de juicio- como fundamento de la ilegitimidad de la desvinculación y el pago de las indemnizaciones derivadas de un despido injustificado.

Esto se vincula con esa segunda faceta de la garantía, es decir, que la inocencia de la persona, en relación con el delito, no sea puesta en duda en procedimientos posteriores al penal. Ya se dijo que, salvo que el despido se haya basado en la comisión del delito, impera la directriz de la independencia entre la responsabilidad penal y la laboral y, en sintonía con este principio, se postuló que “[l]a absolució[n] del trabajador en juicio penal no impide apreciar en sede laboral si el mismo acto configura injuria al empleador y es motivo legítim[o] de resolución del contrato de trabajo, habida cuenta de que la culpa laboral se informa de principios diferentes a los que constituyen la penal, por lo que no tiene por qué guardar siempre y necesariamente obligada correspondencia”¹¹.

7) Palabras finales

A pesar de la independencia entre la responsabilidad penal y la laboral, los jueces y las juezas tenemos el deber de ajustar las sentencias que dictamos a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal. De igual manera están llamados a esa custodia todos los operadores estatales en sus distintas áreas de competencia funcional.

De allí el valor que suministra el fallo emitido por el TEDH en el Caso *Güc v. Turquía*, que alcanza especial trascendencia en aquellos asuntos en los que un proceso criminal se está sustanciando en paralelo con el proceso laboral que debemos decidir, por ausencia de prejudicialidad; o bien en los que se está tramitando una investigación disciplinaria en concomitancia con una causa penal.

11 CNAT, sala VII, “Contino, Christian Adrián c. Orion Aceros Industriales SA s/ despido”, 31-5-2017, AR/JUR/29623/2017. En el mismo sentido, CNAT, sala I, “Romero, Antonio A., c. Robert Bosch Argentina SA s/despido”, 30-4-2013.

El lenguaje y los razonamientos empleados para valorar el comportamiento de la persona trabajadora y, en su caso, la conclusión de que esa conducta configura injuria suficiente para legitimar un despido (cesantía o exoneración, en el empleo público), pueden ser los que tracen la línea divisoria entre lo que puede o no constituir una lesión a la presunción de inocencia resguardada como garantía judicial por el Art. 8, ap.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA EDUCACIÓN UNIVERSITARIA. AJUSTES RAZONABLES EN TIEMPO OPORTUNO. TEDH, *Affaire Enver Sahin c. Turquía*, 30/01/18.

Por Daniela L. Yankielewicz¹

Introducción

Los/las jueces/juezas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el caso “Enver Sahin c. Turquía” basaron su decisión en el derecho a la educación y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad².

En sus fundamentos, sostuvieron que los artículos del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) deben interpretarse, en la medida que sea posible, de una manera compatible con las demás normas de derecho internacional ratificadas por el Estado, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD). Efectuada esa aclaración, se remitieron constantemente

-
- 1 Abogada (UBA). Se desempeña profesionalmente en la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
 - 2 El modelo social que recepta la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad parte de la idea de que las causas que originan la discapacidad son preponderantemente sociales. De este modo, se realiza una distinción entre lo que comúnmente se denomina “deficiencia” (o diversidad funcional) y lo que se entiende por discapacidad (las restricciones sociales que la persona experimenta). Cf. Palacios, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, 1ª edición, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 103-201. Específicamente, el art. 1 de la CDPD prevé que “[l]as personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Igualmente, el inc. e) del Preámbulo de este tratado establece que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

al mencionado tratado de derechos humanos para arribar a la solución definitiva.

En Argentina, la CDPD³ tiene actualmente jerarquía constitucional en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional⁴, por lo que los argumentos del fallo en comentario que se remiten a dicha normativa podrían ser replicados si se plantea aquí un caso similar.

Por otra parte, en los últimos años el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, el Comité) emitió las Observaciones Generales N° 4⁵ y 6⁶ que se refieren, por un lado, al derecho a la educación inclusiva (art. 24, CDPD) y, por el otro, al derecho a la igualdad y no discriminación (art. 5, CDPD).

Toda vez que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional rigen “en las condiciones de su vigencia” -de acuerdo a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Giroidi”⁷ y “Bramajo”⁸-, puede afirmarse que es relevante tener en consideración al momento de emplear esos instrumentos internacionales las interpretaciones que realizaron a su respecto los organismos de control que supervisan su aplicación. Tal es el rol que tiene el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con relación a la CDPD.

En virtud de ello, el objetivo principal del presente trabajo será analizar las pautas fijadas por el Comité en las mencionadas Observaciones Generales y examinar si los argumentos brindados por la mayoría del Tribunal Europeo se adecúan o no a los estándares de derechos humanos allí desarrollados.

3 Aprobada mediante la Ley 26.378 (sancionada el 21/5/2008, promulgada el 6/6/2008 y publicada en el B.O. el 9/6/2008).

4 Cf. Ley 27.044, publicada en el B.O. el 22/12/2014.

5 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva, 25 de noviembre de 2016, CRPD/C/GC/4.

6 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación, 26 de abril de 2018, CRPD/C/GC/6.

7 Fallos 318:514.

8 Fallos 319:1840.

II. Hechos del caso Sahin

El Sr. Enver Sahin era un estudiante del Profesorado de Mecánica de la Facultad de Educación Técnica de la Universidad de Firat y en el año 2005 -cuando tenía 17 años- sufrió un accidente que le generó la imposibilidad de movilizar sus miembros inferiores.

Por su estado de salud tuvo que suspender sus estudios por un tiempo y en el mes de marzo del año 2007, para poder reanudarlos, solicitó a las autoridades de la universidad ciertas modificaciones en el edificio de la Facultad y adaptaciones de carácter administrativo.

Puntualmente, requirió la construcción de una rampa que facilite el acceso a la planta baja del edificio, la instalación de sanitarios aptos para personas con discapacidad física, y que se adopten las medidas necesarias para que los cursos a los que debía asistir se brinden en la planta baja o, si ello no era posible, se disponga la habilitación de un ascensor⁹.

Luego de dos meses, la Universidad le contestó que solicitó autorización para realizar ciertas modificaciones en las entradas y salidas del edificio pero que no se concretarían en el corto plazo, y que si quería continuar sus estudios le brindarían asistencia en la medida de sus posibilidades. Al mismo tiempo, le respondió que su participación en los talleres prácticos de la carrera era “problemática”.

Pasados tres meses de la contestación recibida, el Sr. Sahin reiteró su solicitud, fundando su pedido en la Constitución Nacional de Turquía, en el art. 15 de la ley local 5378¹⁰ -que prevé el derecho a la educación de las personas con discapacidad- y en el artículo 2 del Protocolo N°1 del CEDH -que garantiza que “a nadie se le puede negar el derecho a la educación”-. A la vez, en esa oportunidad, argumentó que era responsabilidad del Estado garantizar a los ciudadanos el derecho a la educación respetando el derecho a la igualdad de oportunidades.

Aproximadamente un mes más tarde la Universidad le respondió que la realización de las modificaciones requeridas estaba sujeta a restricciones presupuestarias, que le brindarían la ayuda de un acompañante para resolver los problemas que podría encontrar para asistir a las clases teóri-

9 Cf. TEDH, *Affaire Enver Sahin c. Turquie*, Deuxième Section, 30/01/18, párr. 48.

10 Publicada oficialmente el 07/07/2005.

cas en los distintos pisos del edificio, y que los talleres prácticos se realizarían en la planta baja. La Universidad aclaró que si bien antes describió su participación en esos talleres como “problemática”, era únicamente por la exigencia física que ellos requerirían.

Disconforme con la respuesta, el Sr. Sahin presentó su reclamo en los tribunales locales en virtud de que no se habían eliminado hasta ese momento los obstáculos que impedían el ejercicio de su derecho a la educación en igualdad de oportunidades.

En esa instancia judicial, mencionó que las modificaciones buscadas ya deberían haber sido realizadas en atención a lo dispuesto en el artículo adicional 1° de la Ley de Planificación Urbana 3194¹¹, que prevé estándares para que el entorno físico sea accesible para las personas con discapacidad.

Asimismo, con relación a la propuesta de la ayuda de un acompañante, detalló que esa oferta demostraba la falta de conocimiento de su situación particular y que el ser llevado por otra persona en las escaleras implicaba un riesgo de caída. También recalcó que le resultaba degradante y violatorio de su privacidad depender constantemente de un tercero.

El tribunal local desestimó la demanda. En sus argumentos, las autoridades judiciales sostuvieron que el edificio de la Universidad se construyó de acuerdo a la normativa vigente en el año 1988 y que no se la puede culpar de no seguir las pautas establecidas en leyes sancionadas posteriormente. En su decisión, el tribunal doméstico también tomó en cuenta que la Universidad informó que se adoptarían medidas arquitectónicas de conformidad con las posibilidades presupuestarias y que, además, dicha institución se comprometió a designar una persona para que ayude al Sr. Sahin.

El Sr. Sahin recurrió ante el Conseil d'État. Se rechazó su recurso, por lo que planteó un pedido de rectificación, que, finalmente, fue denegado.

En ese contexto, en el mes de marzo del año 2012, presentó su denuncia contra el Estado de Turquía ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Allí sostuvo que no se tuvo debidamente en cuenta su discapacidad física para poder continuar sus estudios desde el año académi-

11 Aprobada el 30/05/1997.

co 2007-2008 hasta el 2010-2011, lo cual constituyó una violación a su derecho a la educación -cf. artículo 2 del Protocolo N° 1 del CEDH que, a su entender, comprendería el derecho a la educación superior- y a la prohibición de discriminación -artículo 14 del CEDH.

El Sr. Sahin resaltó que lo peticionado no podría afectar en forma significativa el presupuesto de la universidad y afirmó que el margen de apreciación que los Estados tienen para la adaptación del entorno físico, en materia de educación, no puede considerarse tan amplio como ocurrió en el caso.

Asimismo, señaló que más allá de que tuvo la oportunidad de retomar sus clases en el año académico 2010-2011 –por las modificaciones edilicias realizadas–, el tiempo que se vio privado del ejercicio de su derecho a la educación no fue reparado y que el rechazo de su demanda por parte de las autoridades judiciales locales es una realidad que no puede ser ignorada.

Por último, manifestó que el hecho de contar con la asistencia de un tercero habría tenido el efecto de hacer que dependiera de esa persona, por lo que denunció que fue víctima de una injerencia discriminatoria en su derecho a la autonomía y a la realización personal, que describió como elementos de su vida privada -cf. artículos 8 y 14 del CEDH.

Sentencia del TEDH

La mayoría de los/las jueces/juezas del TEDH consideraron que el Estado de Turquía no demostró que las autoridades nacionales (universitarias y judiciales) hayan reaccionado con debida diligencia para garantizar que el Sr. Sahin pudiera continuar disfrutando de su derecho a la educación en igualdad de condiciones con otros estudiantes durante el período académico 2007-2008 / 2010-2011. En consecuencia, y por los fundamentos que detallaré en el próximo punto, decidió que se vulneraron en el caso los derechos a la educación y a la vida privada del Sr. Sahin con relación a su derecho a la no discriminación.

En cambio, el Juez Lemmens, en su voto disidente, interpretó que no se tuvo suficiente evidencia para concluir que las autoridades incumplieron la obligación positiva que impone el artículo 2 del Protocolo N° 1 del

CEDH¹² y que, por la oferta de un acompañante que hizo la Universidad y la actitud que adoptó el denunciante, tampoco se habría violado el artículo 14 del CEDH¹³. Finalmente, afirmó que en atención a que se denunció una intención de la Universidad de implementar un acompañante, que no fue seguida de efectos concretos, no se violó en el caso el artículo 8 del CEDH¹⁴.

Análisis de los fundamentos del voto mayoritario a la luz de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto al derecho a la educación inclusiva y a la igualdad y no discriminación

Al fundar su decisión, los/as Jueces/as del Tribunal Europeo que participaron en el voto mayoritario tuvieron en consideración diversos argumentos. A continuación, mencionaré los que considero más relevantes.

A) En primer término, sostuvieron que es importante el principio de no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación y que la educación inclusiva, que tiene como objetivo promover la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, lo garantiza. A la vez, remarcaron que el acceso efectivo a las instituciones de educación superior existentes es una parte integral del derecho en cuestión.

Del mismo modo, afirmaron que no se puede aceptar que la cuestión de la accesibilidad a la Universidad del Sr. Sahin permaneciera suspendida hasta que se hubieran obtenido todos los fondos económicos necesarios para completar la totalidad de los proyectos impuestos por ley y que la preocupación de la Universidad con respecto a la exigencia física y la naturaleza de las pruebas de los talleres prácticos no era una cuestión que se debía prestar a evaluación.

Los fundamentos descriptos precedentemente, coinciden con la interpretación que realizó el Comité en la Observación General N° 4, al

12 Cf. TEDH, *Affaire Enver Sahin c. Turquie*, cit., voto disidente del Juez Lemmens, párr. 9.

13 Ídem, párr. 13.

14 Ídem, párr. 15.

expedirse sobre los alcances del derecho a la educación inclusiva previsto en el art. 24 de la CDPD¹⁵.

Sostengo lo anterior porque, en esa oportunidad, el Comité destacó que “los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior (...) A fin de asegurar el acceso en condiciones de igualdad, se han de determinar y eliminar las barreras a la educación debidas a la actitud, así como las barreras físicas (...) Para garantizar que las personas con discapacidad no sean objeto de discriminación, deben realizarse los ajustes que sean razonables”¹⁶.

A la vez, recalcó que “[l]a educación inclusiva ofrece planes de estudio flexibles (...) adaptados a las diferentes (...) necesidades (...) El sistema educativo debe ofrecer una respuesta educativa personalizada, en lugar de esperar que los alumnos encajen en el sistema (...) [los alumnos] reciben los ajustes razonables (...) y se certifican sus capacidades y logros en igualdad de condiciones con los demás”¹⁷.

Como resaltó la mayoría del TEDH, la Universidad no realizó ninguna propuesta concreta que refleje su intención de implementar un sistema educativo inclusivo. Es más, se limitó a mencionar que la participación del Sr. Sahin en los talleres prácticos de la carrera era “problemática” por la exigencia física que ellos requerirían, sin proponer ninguna adaptación del programa de esos talleres prácticos para que el denunciante pueda

15 Destaco que previo a la regulación del art. 24 de la CDPD, existieron otros instrumentos que promovieron la educación inclusiva de las personas con discapacidad que estimo provechoso describir en este punto para poder valorar con mayores elementos la regulación actual. Entre ellos, aprecio de utilidad mencionar: i) la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, adoptada en el año 1960 en el ámbito de la UNESCO, que establece en su art. 1 que “se entiende por ‘discriminación’ (...) a. Excluir a una persona (...) del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza”, ii) las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad aprobadas por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas en el año 1993, cuya Norma N° 6 dispone que “[l]os Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad (...) los Estados deben: (...) b) Permitir que los planes de estudio sean flexibles y adaptables (...) según sea necesario”, y iii) la Declaración de Salamanca de Principios, Política y Práctica para las Necesidades Educativas Especiales adoptada en el año 1994, promovida por la UNESCO, documento que está inspirado por el reconocimiento de la necesidad de actuar con miras a conseguir instituciones que incluyan a todo el mundo y respondan a las necesidades de cada cual.

16 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4, cit., párr. 38.

17 Ídem, párr. 12, puntos c) y g).

cursar en igualdad de condiciones que sus otros/as compañeros/as sin discapacidad.

Al respecto, estimo interesante mencionar que en la Argentina la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, en el año 2014, confirmó una sentencia en la que se había hecho lugar al amparo promovido por una persona con discapacidad física a fin de que se ordene a la Universidad, entre otras cuestiones, que lo eximiera de cumplir con los requerimientos físicos previstos para el ingreso o que se realicen los ajustes razonables en programa educativo de acuerdo a sus posibilidades¹⁸.

Finalmente, en la Observación General N° 6 sobre la igualdad y la no discriminación¹⁹ el Comité puntualizó que “[l]a igualdad de oportunidades, como principio general de la Convención en virtud del artículo 3, constituye un paso importante en la transición de un modelo de igualdad formal a un modelo de igualdad sustantiva”²⁰. En este sentido, estimo que la mayoría del TEDH con sus fundamentos realizó un avance para la concientización sobre la brecha que aún existe entre ambos modelos.

B) En segundo lugar, la mayoría resolvió que el artículo 14 del CEDH, que prevé que el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, debe interpretarse a la luz del artículo 2 de la CDPD, que conceptualiza los ajustes razonables y establece que la discriminación por motivos de discapacidad incluye la denegación de ajustes razonables.

Asimismo, resaltó que los ajustes razonables –que pueden adoptar diferentes formas (materiales e inmateriales) para aplicarse en el ámbito de la educación a fin de satisfacer las necesidades educativas de las personas con discapacidad– tienen por objeto corregir desigualdades de hecho.

18 Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II, “E. P. N. c. Universidad Nacional de La Matanza - UNLAM s/ amparo ley 16.986”, 17/03/2014.

19 Prevista en el preámbulo (inc. h) y en otros artículos de la CDPD (art. 3 incs. b y e; art. 4, inc. 1. a, art. 5 y art. 24, entre otros). Asimismo, el art. 2 brinda una definición de qué se entiende por “discriminación por motivos de discapacidad”.

20 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 6, cit., párr. 10.

Para profundizar sobre los fundamentos brindados por la mayoría del TEDH, recuerdo que la CDPD, en su artículo 2º establece que “[p] or ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Para precisar el concepto de “ajuste razonable” que emplea el art. 2, CDPD en el ámbito educativo, el Comité determinó que “se considera ‘razonable’ el resultado de una prueba contextual que entrañe un análisis de la relevancia y la eficacia del ajuste y el objetivo esperado de combatir la discriminación” y remarcó que “no existe un enfoque único para los ajustes razonables, ya que diferentes alumnos con la misma deficiencia pueden requerir ajustes diferentes”²¹.

Con criterio similar, en la Observación General N° 6 el Comité aseveró que “la razonabilidad de un ajuste hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad. Por tanto, un ajuste es razonable si logra el objetivo (o los objetivos) para el que se realiza y si está diseñado para satisfacer los requerimientos de la persona con discapacidad”²².

De igual modo, para precisar el término “carga desproporcionada o indebida” que utiliza el art. 2 de la CDPD, el Comité mencionó que “[l]a ‘carga desproporcionada o indebida’ debe entenderse como un concepto único (...) se refieren a la misma idea: que la solicitud de ajustes razonables tendrá como límite una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla”²³ y que “para determinar si un ajuste razonable supone una carga desproporcionada o indebida, hay que evaluar la pro-

21 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4, cit., párrs. 28-30.

22 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 6, cit., párr. 25.a).

23 Ídem, párr. 25.b).

porcionalidad que existe entre los medios empleados y la finalidad, que es el disfrute del derecho en cuestión”²⁴.

A modo enunciativo, el Comité subrayó que “[e]ntre los posibles factores que deben tenerse en cuenta figuran los costos financieros, los recursos disponibles (...), el tamaño de la parte que ha de realizar los ajustes (...), los efectos de la modificación para la institución o empresa, las ventajas para terceros (...) En lo que respecta al Estado parte en su conjunto y a las entidades del sector privado, se han de considerar los activos globales, y no solo los recursos de una determinada unidad o dependencia de una estructura orgánica”²⁵, y que se debe “[v]elar por que la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada o indebida”²⁶.

Con relación al carácter inmediato con que se puede exigir la implementación de los ajustes razonables, el Comité asentó que “los Estados partes deben hacer efectivos los siguientes derechos básicos con efecto inmediato: (...) b) Los ajustes razonables para asegurar que las personas con discapacidad no queden excluidas de la educación”²⁷.

Igualmente, señaló que “[e]l hecho de denegar un ajuste razonable es constitutivo de discriminación y la obligación de realizar dicho ajuste es de aplicación inmediata y no está sujeta a la progresiva efectividad”²⁸.

Para brindar mayor claridad, entiendo que es importante transcribir ciertas distinciones que plantea el Comité entre los ‘ajustes razonables’ y la ‘accesibilidad general’. Destaco que estas distinciones también las efectuó el Juez Lemmens en su voto disidente:

24 Ídem, párr. 26.d).

25 Ídem, párr. 26.e).

26 Ídem, párr. 26.g).

27 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4, cit., párr. 41.

28 Ídem, párr. 31.

Deber	Tiempo en que se genera la obligación	Destinatario/as del derecho	Implementación	Límites
Realización de ajustes razonables	La obligación de realizar ajustes razonables es una obligación “ ex nunc , los ajustes razonables, deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos” (1)	“Los ajustes razonables se refieren a una persona y son complementarios a la obligación relativa a la accesibilidad. Una persona está legitimada para solicitar medidas de ajuste razonable, incluso si el Estado parte ha cumplido su obligación de garantizar la accesibilidad” (2)	“Las obligaciones relacionadas con los ajustes razonables (...) se aplican de forma inmediata a todos los derechos (...) Dado que la realización gradual de la accesibilidad en el entorno construido (...) puede llevar tiempo, cabe utilizar ajustes razonables entre tanto como medio para facilitar el acceso a una persona, por ser una obligación inmediata ” (3)	La solicitud de ajustes razonables tiene como límite “ una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla ” (4)
Asegurar la accesibilidad general	“La obligación de proporcionar accesibilidad mediante el diseño universal o tecnologías de apoyo es una obligación ex ante ” (5)	“La accesibilidad beneficia a grupos de la población” (6)	La accesibilidad se basa en un conjunto de normas que se aplican gradualmente (7)	No puede invocarse la desproporcionalidad o la carga indebida para defender la falta de accesibilidad.

(1). Ídem, párr. 24.b).

(2). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4, cit., párr. 29.

(3). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 6, cit., párrs. 41 y 42.

(4). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 6, cit., párr. 25.b).

(5). Ídem, párr. 24.

(6). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4, cit., párr. 29.

(7). Ibidem.

Aclarados estos términos que utiliza la CDPD, remarco que, en mi opinión, la mayoría del TEDH destacó adecuadamente la relevancia que tenía para el denunciante la implementación en tiempo oportuno de los ajustes razonables requeridos a la Universidad, en función de sus necesidades individuales, para sortear las barreras arquitectónicas (ej. falta de rampas que permitan el acceso y de baños aptos para personas con discapacidad física) y actitudinales (ej. no asignar para los cursos aulas de la planta baja) que le impedían ejercer su derecho a la educación superior –en igualdad de condiciones que sus compañeros– en la misma casa de estudios a la que concurría con anterioridad al accidente sufrido en el año 2005.

Igualmente, estimo que la mayoría del TEDH respetó el carácter inmediato y no progresivo con que se deben hacer efectivos los ajustes razonables, justamente “para asegurar que las personas con discapacidad no queden excluidas de la educación”²⁹, remarcando que cuando el cumplimiento de un compromiso asumido en virtud del CEDH –interpretado a la luz de la CDPD– exige medidas positivas por parte del Estado, éste no puede permanecer pasivo³⁰.

C) Finalmente, la mayoría del TEDH resaltó que el respeto de la vida independiente de las personas con discapacidad y el pleno desarrollo de su sentido de dignidad y autoestima es uno de los elementos centrales de la CDPD (cf. artículos 3.a, 9.1, 20 y 24.1.a).

En ese marco, también señaló que las autoridades universitarias debieron tener en cuenta al momento de hacer una propuesta alternativa

29 Ídem, párr. 41.

30 Sobre este tema, recalco que en una acción de amparo planteada contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, se resolvió ordenar a la parte demandada “implementar con carácter urgente las medidas inmediatas para garantizar la accesibilidad adecuada de las personas con discapacidad motriz o capacidad motriz reducida, al establecimiento educativo de Gestión Estatal CENS N° 69 D.E. 01 Argentina Televisora Color”. En los fundamentos, el Juez remarcó que las aulas se ubicaban en un primer piso y que sólo contaban con un acceso por escalera, que para acceder a las aulas el actor era llevado “en andas” por sus compañeros lo que implicaba un grave riesgo para la integridad física de él y de sus pares, y que no había baños adecuados para personas con discapacidad física. Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 8, “M., F. c. GCBA y otros”, 16/03/2010.

(como la de un acompañante) a los ajustes que solicitó el denunciante, sus necesidades reales y deseos, para no afectar su dignidad y su proyecto de vida independiente. Y que si bien la CDPD prevé en los artículos 9.2.e y 20.b la “asistencia humana” entre las medidas para garantizar la movilidad personal de las personas con discapacidad y facilitar su acceso a los edificios, en el caso, al no haberse hecho una evaluación real e individualizada de las necesidades del denunciante y una consideración sincera de los posibles efectos sobre su seguridad, dignidad y autonomía personal, la propuesta de la Universidad no había sido razonable ni acorde a lo establecido en el artículo 8 del CEDH.

Reflexión final

El Comité en la nombrada Observación General N° 4 destacó que “[e]ntre las medidas necesarias para hacer frente a todas las formas de discriminación figuran la identificación y eliminación de las barreras físicas (...) financieras y actitudinales en las instituciones educativas y la comunidad”³¹.

Esto es justamente lo que considero que pretendieron demostrar los jueces/juezas del TEDH en el voto mayoritario, en una valorable sentencia cuyos fundamentos se adecúan a los estándares fijados por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad sobre la materia.

31 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación general núm. 4, cit., párr. 13.

EXPLOTACIÓN SEXUAL DE NIÑOS Y NIÑAS. PROHIBICIÓN DE TRATOS INHUMANOS.

TEDH, *Affaire V.C. c. Italie*, 1º de febrero de 2018

Por MARCELO LUIS COLOMBO¹ y MARÍA BARRACO²

1. Introducción

El 1º de febrero de 2018, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) dictó el Caso V.C. vs. Italia³, en el cual encontró responsable al Estado por violar los derechos de una niña de 15 años contemplados en los artículos 3 (Prohibición de tratos inhumanos o degradantes) y 8 (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Entendió que el Estado italiano había incumplido su obligación de debida diligencia y de adoptar medidas razonables para prevenir los abusos sufridos por V.C., quien tenía una adicción a las drogas y al alcohol, y había sido víctima de una red de prostitución de menores de edad y de una violación. Asimismo, consideró que dadas las particulares circunstancias del caso, los sufrimientos de la víctima implicaron un trato inhumano y degradante.

A la evidente importancia que guarda el estudio de fallos dictados en la materia por dicho Tribunal, se agrega que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “Corte IDH”) suele citar y remitirse a los precedentes dictados por el TEDH para la solución de casos propios.

Así, por ejemplo, en el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*⁴, del 20 de octubre de 2016, relativo a la trata de personas

1 Fiscal General de la Procuraduría de Trata y Explotación de Personas (PROTEX).

2 Abogada (UBA).

3 TEDH, *Caso V.C. vs. Italia*, Aplicación N° 54227/14, Sentencia del 01 de febrero de 2018.

4 Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

con fines de esclavitud y servidumbre, la Corte IDH consideró los precedentes *Rantsev Vs. Chipre y Rusia*⁵ y *Siliadin vs. Francia*⁶ para analizar los conceptos de Trata de Personas y Explotación y para determinar las obligaciones estatales al respecto.

Se agrega a esto, que los puntos novedosos del Caso V.C. vs. Italia, merecen especial atención por la posibilidad de que sus argumentos y conclusiones puedan irradiar enfoques ignorados o no suficientemente explorados respecto de casos propios. Nos referimos a la obligación de debida diligencia estatal respecto de los derechos involucrados y considerados afectados y al hecho de que, ser víctima de explotación sexual, también puede llevar implícito ser tratada de modo inhumano y degradante.

2. La debida diligencia estatal

El deber estatal de debida diligencia implica atribuir responsabilidad estatal frente a las violaciones de los derechos humanos cometidas por particulares cuando el Estado conocía o debía conocer una situación de riesgo real e inminente para un individuo o grupo determinados, y cuando existía la posibilidad de prevenir o evitar ese riesgo mediante medidas razonables⁷.

Dicho criterio es utilizado por el TEDH en el Caso V.C. vs. Italia para analizar las violaciones del Estado a los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En abril de 2013 V.C., de 15 años de edad, se encontraba en una fiesta donde había drogas y alcohol, cuando irrumpió la Policía. A raíz de ello, se inició una causa penal con intervención de un Procurador ante el Tribunal de Menores.

En junio de ese año, los padres de V.C. dieron aviso a dicha autoridad de que su hija, quien sufría de adicciones y de trastornos psicológi-

5 TEDH, Caso *Rantsev vs. Chipre y Rusia*, Aplicación No. 25965/04, Sentencia del 7 de enero de 2010.

6 TEDH, Caso *Siliadin Vs. Francia*, Aplicación No. 73316/01, Sentencia del 26 de julio de 2005.

7 Cf. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 123 y 124.

cos, había sido contactada en dos oportunidades mediante su cuenta de Facebook por un fotógrafo para realizar fotos pornográficas.

En julio el Procurador le señaló al Tribunal de Menores que V.C. se encontraba en una situación de riesgo ya que podría haber sido captada por una red de prostitución para realizar fotos pornográficas. Además, le solicitó que dispusiera la internación de la niña en un establecimiento especial y que le otorgara su guarda a Servicios Sociales. En paralelo, se formó una causa penal para investigar la posible explotación sexual en perjuicio de ella cometida por dos individuos.

Recién cuatro meses después el Tribunal dispuso finalmente la internación de la adolescente y otorgó su guarda a Servicios Sociales. Durante ese lapso, entre octubre y diciembre de 2013, ella fue sometida a explotación sexual en manos de dos individuos que fueron posteriormente condenados a 5 y 4 años de prisión por proxenetismo.

Las medidas dictadas tardíamente por el Tribunal tampoco fueron llevadas a cabo de manera inmediata por Servicios Sociales, ya que la niña fue internada recién en abril de 2014, es decir, cuatro meses después de la disposición del Tribunal. En ese lapso, a fines de enero de 2014, ella sufrió además un (otro, y puntual) abuso sexual.

Al analizar si el Estado cumplió con su obligación de debida diligencia, el TEDH entendió que existe una obligación de tomar medidas para impedir que las personas sean sometidas a malos tratos, sobretudo en el caso de los niños y niñas, quienes son particularmente vulnerables. Para que exista dicha obligación, las autoridades debían conocer o haber tenido conocimiento de que existía un riesgo real e inminente para el individuo identificado de sufrir dichos tratos de parte de un tercero, y abstenerse de tomar las medidas razonables para evitar ese riesgo.

El TEDH entendió que las autoridades conocían el riesgo ya que en junio de 2013 los padres de la adolescente avisaron dos veces a las autoridades que ella tenía problemas psicológicos y que existía un riesgo de que fuera víctima de una red de prostitución. Asimismo, si bien reconoce que el Estado inició una causa penal y condenó a los dos proxenetas, no tomó ninguna medida razonable para protegerla. De hecho, justamente durante el proceso penal en curso, ella fue víctima de explotación sexual.

Por otra parte, el TEDH entendió que también se demoró su internación en un establecimiento, período en el cual ella sufrió un abuso sexual. Es decir, el Estado conocía la situación de vulnerabilidad y riesgo de la víctima y no tomó las medidas de protección adecuadas e inmediatas que el caso requería.

Por ello, determinó la violación al artículo 3 del tratado, ya que fue víctima de tratos inhumanos y degradantes (lo cual analizaremos luego) y del artículo 8, ya que la situación perturbó el desarrollo de la vida cotidiana y privada de la niña.

En este caso en particular, el TEDH analizó la obligación de debida diligencia respecto de los derechos de prohibición de tratos inhumanos o degradantes y del respeto a la vida privada y familiar. Pero es menester resaltar que este deber también existe respecto de otras obligaciones en materia de derechos humanos, tales como evitar la trata de personas y la violencia de género, ambos relacionados con la explotación de la sexualidad ajena.

Respecto a la debida diligencia para evitar situaciones compatibles con la trata de personas, la Corte IDH explicitó en el mencionado caso *Trabajadores de la Hacienda Verde del Brasil* que existe tal obligación de debida diligencia de evitar y perseguir la trata de personas y la esclavitud. En efecto, consideró que Brasil había violado dicha obligación ya que era consciente del riesgo que corrían los trabajadores mediante una denuncia realizada por ellos ante las autoridades estatales y no tomó ninguna medida al respecto. La obligación de debida diligencia, respecto de casos de trata de personas, fue también resaltada por María Grazia Giammarinaro, actual Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños⁸.

Ya en en el plano interno, de nuestra jurisprudencia nacional, tal obligación fue abordada por la Cámara Federal de Casación Penal en el caso *“Montoya, Pedro Eduardo y otras s/ recurso de casación”*, en donde entendió que “todos los órganos estatales tienen a su cargo actuar con la debida diligencia para prevenir la trata de personas, por lo que la respon-

8 Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. María Grazia Giammarinaro, 3 de agosto de 2015 (A/70/260), párr. 11.

sabilidad del ente estatal deviene innegable, a la luz de los incumplimientos evidenciados”⁹.

Utilizando dicha imputación consideró responsable a la Municipalidad de Ushuaia, condenándola a indemnizar a la víctima de trata de personas con fines de explotación sexual. Específicamente, Casación entendió que la Municipalidad conocía la situación de las mujeres en el prostíbulo ya que realizaba periódicamente controles de las “libretas sanitarias”, con prevenciones de salud dirigidas que incluían exudados vaginales y control de enfermedades venéreas y de otra índole, propias de la actividad sexual a la que eran sometidas¹⁰.

Es también importante remarcar aquí una doble dimensión de esta misma obligación de debida diligencia que presentan casos como el presente (explotación de la sexualidad ajena de las mujeres) en los cuales la necesidad de impedir la trata de personas convive con la de evitar formas agudas de violencia de género. Ello, conforme el artículo 2.b de la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (“Convención de Belem Do Para”) y el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El caso paradigmático al respecto es Campo Algodonero¹¹, en el cual la Corte IDH de manera genérica estableció que “los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres”¹².

9 CFCP, “Montoya, Pedro Eduardo y otras s/ recurso de casación”, Sala II, Causa Nro. 52019312/2012/TO1, 12/04/2018.

10 La Cámara incluso entendió que la Municipalidad de Ushuaia conocía el riesgo de las mujeres que estaban siendo explotadas en el Prostíbulo “Sheik”, ya que las penalizaba en caso de no poseer las libretas sanitarias. Así, el estado actuó como un “estado proxeneta”, incumpliendo con sus obligaciones internacionales.

11 Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 258.

12 Recomendamos profundizar la cuestión en Abramovich, Víctor, *Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en: <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/27.pdf>

3. La explotación sexual como un trato cruel, inhumano y degradante

En primer lugar, debemos destacar que si bien existe una definición del término tortura, sobre la cual coinciden diversos instrumentos internacionales¹³, no sucede lo mismo con el término “trato cruel, inhumano y degradante”. Si bien este último no se encuentra definido conceptualmente de manera explícita, lo que emerge de los precedentes en los que ha sido aplicada la figura, es que pareciera estar destinada a constelaciones de casos de menor gravedad que la tortura en sí¹⁴ y se debe establecer su aplicación caso a caso¹⁵.

En el Caso V.C. vs. Italia, previo a determinar la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TEDH analizó si efectivamente la situación sufrida por V.C. alcanzaba el estándar necesario para ser considerado un trato inhumano y degradante. Para ello, tuvo en cuenta algunas particularidades. Se fijó en la (extensa) duración de la explotación sexual padecida, el trato sufrido, los efectos producidos (secuelas físicas y mentales), la edad, sexo y salud mental de la víctima, el contexto en el cual el trato fue infligido, y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba la víctima.

Al analizar el caso de V.C., el TEDH consideró que efectivamente era una persona en situación de vulnerabilidad, teniendo en cuenta para ello que había sido víctima de explotación sexual y que las consecuencias sufridas eran lo suficientemente graves para considerarse aplicable el artículo, es decir, para hablar de “trato inhumano o degradante”.

Como anticipamos, un aporte importante respecto de este precedente lo constituyó el hecho de calificar como trato inhumano o degradante a la explotación sexual de una adolescente, por cuanto dispara la obligación, o al menos la posibilidad, de concebir bajo este mismo cristal de análisis

13 Entre ellos, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

14 Ver TEDH, Selmouni vs. Francia, Aplicación Nro. 25803/94, Sentencia del 28 de julio de 1999, párr. 96 y Ireland vs. The United Kingdom, Aplicación Nro. 5310/71, Sentencia del 18 de enero de 1978, párr. 167

15 Para profundizar en la definición de estos conceptos, ver Bueno, Gonzalo, “El Concepto de Tortura y de otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, Nueva Doctrina Penal, 2003/B, Delpuerto, pp. 603/628.

su posible aplicación respecto de casos locales de trata con fines de explotación sexual.

Casos en los cuales, dada sus características, su calificación como trato inhumano y degradante podría ser así declarada judicialmente; circunstancia que ha sido muy poco explorada por la jurisprudencia o doctrina nacional, si acaso lo fue.

Los circuitos prostibularios *per se* generan un trato y unas consecuencias gravosas, humillantes e indignas para las mujeres que los soportan; características que muchísimas veces aplican y se corresponden respecto de los parámetros establecidos por el fallo que comentamos.

Marcela Rodríguez, titular del Programa de Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas del Delito de Trata de Personas del Ministerio Público de la Defensa, explica detalladamente los padecimientos sufridos por dichas mujeres. Así detalla que “Dentro de la prostitución, las mujeres llegan a tener sexo con cientos de hombres por mes, miles de hombres por año, desconociendo las condiciones a las que estarán sometidas, y sin posibilidad de controlar tales condiciones. Mientras son prostituidas, son sometidas a nuevos abusos, violaciones, golpizas. Están sujetas a la infección de enfermedades de transmisión sexual, en especial VIH-SIDA por haber tenido que ceder al uso sexual sin preservativo, sea por coerción o, paradójicamente, por necesidades económicas de subsistencia. Pueden ser convertidas en adictas a las drogas o al alcohol con la finalidad de mantener el control y su situación de dependencia. Llegan a sufrir procesos de disociación por los cuales se desconectan de su realidad emocional y consiguen que su cuerpo se aleje, desvinculándose de la realidad a la que están sometidas”¹⁶.

En similar línea, el anterior Relator sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, explicó que la trata puede ser asimismo una tortura o trato cruel, inhumano y degradante, si “...las víctimas se ven obligadas a menudo a trabajar de 18 a 24 horas al día y sometidas a diversas formas de violencia física y mental, como palizas, el abuso sexual, humillaciones y amenazas que pueden

16 Rodríguez, Marcela V., *Tramas de la prostitución y la trata con fines de explotación sexual*, Documentos de Trabajo CIEPP n°84, diciembre 2012.

constituir tortura, o al menos trato cruel, inhumano o degradante. Los problemas psicológicos que se advierten en las víctimas de trata son estrés postraumático, depresión, un sentimiento abrumador de vergüenza, la pérdida de autoestima, la pérdida del sentimiento de seguridad, disociación, ansiedad y fobia¹⁷.

Por otra parte, y específicamente respecto de lo que puede considerarse una violación en contextos de explotación sexual, debemos tener en cuenta que la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia entendió en el *caso Kunarac* que la violación implica un dolor o sufrimiento que puede consistir en tortura¹⁸. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda entendió en el *caso Akayesu* que la violación es utilizada para intimidar, humillar, degradar, discriminar, controlar mediante el castigo o destruir a una persona, y que constituye tortura cuando es realizada mediante la instigación o con el consentimiento o aquiescencia de un funcionario público¹⁹.

En síntesis, la primera conclusión derivada de cuanto venimos diciendo sería la siguiente: los casos de explotación sexual o trata con fines de explotación sexual de mujeres **deben** transitar un filtro de estudio y análisis jurídico adicional al propio de su adecuación jurídica al del tipo penal de la trata de personas, cual será el de verificar si es factible estimar tales hechos como asimilables a la “tortura” o “trato inhumano y cruel”.

Ahora, ¿esa declaración tendría efectos y consecuencias concretas respecto de un proceso penal? El Código Penal Argentino, tipifica a la tortura en el artículo 144 ter²⁰. Según la doctrina, el bien jurídico prote-

17 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, A/HRC/7/3, 15 de enero de 2008, párr. 56-58.

18 TPIY, Caso Kunarac, Caso IT-96-23/1-A, Sentencia del 12 de Julio de 2002, párr. 151.

19 TPIR, Caso Akayesu, Caso ICTR-94-4-T, sentencia del 02 de septiembre de 1998, párr. 597.

20 ARTICULO 144 ter - 1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

2. Si con motivo u ocasión de la tortura resultare la muerte de la víctima, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión perpetua. Si se causare alguna de las lesiones previstas en el artículo 91, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

gido es la dignidad fundamental de la persona²¹, igual interés social que, junto a la libertad en su sentido amplio, sostiene a la figura penal de la trata de personas. Por otra parte, el sujeto activo debe ser un funcionario, mientras que el sujeto pasivo debe ser una persona privada de su libertad. Respecto de la acción típica, es “cualquier clase de tortura”, lo que incluye los tormentos físicos y la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente.

De lo dicho precedentemente se desprende que, desde un plano estrictamente jurídico penal, para que un caso de trata sexual tuviera posibilidad de encuadre adicional, por las reglas de un concurso ideal, ante la eventual comprobación de “tortura” o “trato inhumano y cruel” que pudiera asimilarsele, precisa además de un funcionario público como autor, coautor o partícipe de la explotación y que ese funcionario tuviera respecto de la víctima poder de hecho.

Más allá de ello, creemos que una declaración como la expresada en el fallo internacional que comentamos permitiría ser tenida en cuenta como circunstancia agravante en la aplicación de un castigo penal de acuerdo a las pautas de graduación de la pena establecida en el artículo 41, inciso primero del CP. Más precisamente aquella que obliga a tener en cuenta “La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados” como pauta agravante de la conducta imputada.

Además, se proyectan otros efectos prácticos al calificar a un hecho de trata de personas y/o explotación de la sexualidad ajena como tortura y/o tratos inhumanos y degradantes. Nowak enseña que la determinación de un acto como tortura o trato inhumano y degradante puede llegar a tener fuerza a nivel “individual”, actuando así como una suerte de reparación y promoviendo, además, la garantía de no repetición de estos hechos²².

Por otra parte, esta doble calificación descargaría consecuencias directas a la hora de cuantificar la eventual reparación económica que deba

21 Delgado-Seco Pon-Lanusse Noguera, en Baigún David, y Zaffaroni Eugenio R. (dirs), *Código Penal y normas complementarias*, tomo 5, Ed. Hammurabi, 2008, p. 371; y D’Alessio, Andrés y Divito, Mauro, *Código Penal Comentado y Anotado*, tomo II, Ed. La Ley, 2004, p. 308.

22 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, cit., párr. 66.

serle concedida a la víctima de trata sexual y trato inhumano y cruel. Incluso en el marco de un proceso penal por el efectivo ejercicio de sus acciones civiles conforme las pautas de los artículos 16 y 87/96 del Código Procesal Penal de la Nación.

Finalmente, resta recordar que los parámetros objetivos utilizados en el fallo del TEDH para calificar un caso de trata sexual como trato inhumano y cruel resultan ser la duración, el trato sufrido, los efectos físicos y mentales, la edad, sexo y salud mental de la víctima, el contexto en el cual el trato fue infligido, y la situación de vulnerabilidad.

Este análisis cabría complementarlo con el Protocolo de Estambul, elaborado por Naciones Unidas, que brinda una guía con parámetros a tener en cuenta para investigar y analizar en un caso concreto si existió tortura y/o tratos inhumanos y degradantes.

Así, entendemos que deberían analizarse:

1) Características de la víctima: edad, condición de vulnerabilidad, salud física y mental, presencia de adicciones, etc.

2) Forma en la que se llevó a cabo la explotación: duración de la explotación, si la misma fue continua, si la víctima tenía o no alguna posibilidad de controlar o decidir la forma en la que se llevaba a cabo, si existió además privación de la libertad (que entendemos debe ser una de las condiciones necesarias para poder aplicar el artículo 144 ter.), la gravedad de trato recibido, la gravedad de las condiciones a las que era sometida, etc.

3) Consecuencias físicas y mentales de la explotación: contracción de enfermedades de transmisión sexual, embarazos no deseados, abortos forzosos, secuelas psicológicas, etc.

Asimismo, esta aproximación resalta la importancia de realizar estudios psicológicos detallados a las víctimas del delito a los fines de acreditar los extremos de las secuelas. Ello no solo como una necesidad procesal o a los fines de graduar la pena (Artículo 41 del Código Penal) y las eventuales reparaciones, sino también para corroborar en el caso concreto si, además de estar frente a un caso de trata y/o explotación sexual, también se está frente a un caso de tortura o trato inhumano y cruel.

4. Conclusiones

Tras analizar las distintas obligaciones estatales en materia de derechos humanos, y su implicancia en los casos concretos de trata y/o violencia de género, consideramos relevante remarcar la importancia de que los y las operadoras judiciales las tengan en cuenta al llevar adelante casos de estas características. Ello, no solo a los fines de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, sino también para garantizar a las víctimas una reparación económica acorde a las violaciones sufridas.

Asimismo, debemos remarcar la necesidad de llevar a cabo los distintos estudios psicológicos sobre las posibles víctimas. Si bien ello implicará un esfuerzo adicional por parte de quienes administran la justicia, creemos que se encuentra justificado ya que permitirá una tipificación correcta de los hechos, lo que se traducirá eventualmente en una pena acorde y en una reparación adecuada.

Restitución internacional de un niño.

TEDH, *Affaire M.K. c. Grèce*, 1º de febrero de 2018,

por INES ALDANONDO¹

Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en oportunidad de expedirse sobre el reclamo de una ciudadana rumana contra el Estado de Grecia por las demoras y la imposibilidad de dar cumplimiento a una sentencia que ordenaba la restitución de su hijo a Francia -donde ella vivía-, vierte una serie de consideraciones sobre estos casos que merecen destacarse e invitan a la reflexión sobre la importancia que tiene la celeridad en el trámite de este tipo de proceso.

Antecedentes de hecho

La demandante se queja principalmente porque las autoridades helénicas no respetaron las sentencias griegas y francesas dictadas a su favor en relación con la custodia de su hijo A., por la negativa a facilitar su retorno a Francia y por la falta de seguimiento de sus quejas contra su ex esposo por secuestrar al niño.

Todo comenzó después que la demandante y su cónguye obtuvieron sentencia de divorcio (Nº 101/2008) dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Ioannina (Grecia), el cual mediante una sentencia posterior (Nº 330/2008) otorgó la custodia final de los dos hijos del matrimonio –I., nacido el 27 de julio de 2000, y A., nacido el 14 de febrero de 2003- a la demandante y fijó un derecho de visitas para el padre.

Al año siguiente, el 12 de octubre de 2011, la demandante viajó a Francia, ya que había encontrado un trabajo en un hospital, y confió provisoriamente

¹ Abogada (UBA). Secretaria Letrada de la Defensoría General de la Nación a cargo del Equipo de trabajo para casos de restitución internacional de menores y del Programa para la asistencia jurídica a mujeres privadas de libertad.

el cuidado de sus hijos menores a su madre -abuela materna de los niños- en Grecia; pero el primer fin de semana en que el padre ejerció el derecho de visitas retuvo a los menores consigo, no reintegrándolos al domicilio materno.

El padre entonces promovió una acción por la cual solicitó trasladar el hogar de sus hijos menores al suyo, pero el Tribunal que anteriormente había intervenido rechazó su petición mediante sentencia N° 1829/2011, disponiendo que los menores debían seguir a su madre a Francia.

El 20 de enero de 2012 la demandante logró llevar a su hijo menor A. a Francia, pero su hijo mayor I. continuó viviendo con su padre en Grecia. Luego de diversas presentaciones judiciales el Tribunal de Primera Instancia de Ioannina, en septiembre de 2012, le otorgó la custodia provisional al padre respecto de su hijo mayor I., ya que éste se había negado a seguir a su madre a Francia (sentencia N° 836/2012).

Luego el 4 de julio de 2013 el Tribunal de Familia de Charleville-Mézières (Francia) estableció la residencia del menor A. en Francia y concedió al padre un derecho de visita que debía efectuarse en Grecia.

Así las cosas, en mayo de 2015, luego de ejercer el derecho de visitas respecto de A. en Grecia, el padre se negó a devolver a A. a Francia. Ante ello la madre presentó una denuncia por secuestro del niño ante el Tribunal competente en Charleville-Mézières.

Entre tanto, el 2 de julio de 2015 el Tribunal de Distrito de Ioannina otorgó provisoriamente la custodia de A. a su padre, ya que centralmente consideró que sistemáticamente en cada visita a Grecia el menor se negaba a volver a Francia, pues tenía dificultades para separarse de su hermano I., y concluyó, entre otras cosas, que su regreso a Francia agravaría el estado psicológico del niño.

A los pocos días, el 10 de julio de 2015 el padre inició una acción para que se revisara la sentencia N° 330/2008 que había concedido la custodia de A. a su madre.

Por su parte, el 19 de septiembre de 2015 la madre solicitó al Tribunal de Primera Instancia de Ioannina la devolución de su hijo A. invocando lo establecido en el Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y mediante sentencia N° 404/2015 dictada el 30 de septiembre de 2015 ese Tribunal ordenó al padre devolver a A. a su madre en Francia.

La sentencia mencionada sostuvo, entre otros fundamentos, que debido a la solicitud oficial de las autoridades francesas para iniciar el procedimiento previsto en el Convenio de La Haya, estaba prohibido que las autoridades judiciales griegas juzgaran la cuestión de la custodia de A., señalando además que A. no se había pronunciado negativamente sobre su estancia en Francia, sino que sólo había dicho que se sentía un poco solo. Este pronunciamiento quedó firme, por lo cual la madre requirió la restitución de su hijo A.

A su vez, el Juez de la Corte de Familia de Charleville Mézières emitió el 2 de octubre de 2015 una decisión afirmando que los padres ejercerían conjuntamente la autoridad parental sobre A. y que era su responsabilidad tomar conjuntamente las decisiones importantes de la vida de la familia, destacando que la residencia de A. se había fijado en el hogar de la madre en Francia y se le había otorgado al padre el derecho de visitas y alojamiento con respecto a A.

Sobre la base del Reglamento europeo n° 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, señaló que el juez francés -juez de la residencia habitual del niño- seguía teniendo jurisdicción. La sentencia en cuestión, sin embargo, no mencionó que A. tenía un hermano que tenía su residencia habitual en Grecia. Esta decisión no fue apelada por el padre, quedando entonces firme.

En consecuencia, el 17 de octubre de 2015 la madre fue a Ioannina para recuperar a su hijo A., pero una denuncia en su contra presentada por el padre provocó su arresto.

El 15 de noviembre de 2015 la progenitora solicitó al Tribunal de Primera Instancia de Ioannina -que había dictado la sentencia 404/2015 por la cual se le había otorgado provisionalmente el cuidado de A. a su padre- que revocara tal medida, recibiendo favorable acogida. Así, el Tribunal revocó esa decisión provisional y le confirió la custodia de A. a la madre.

Sin embargo, por sentencia del 24 de marzo de 2016 (45/2016) ese mismo Tribunal prohibió provisionalmente que A. viaje a Francia hasta finalizar el año escolar que había comenzado en Ioannina en septiembre de 2015, por considerar que lo mejor para el joven era terminar el año escolar allí y luego continuar sus estudios en Francia.

Tras efectuar un primer pedido para recuperar a su hijo A. en junio de 2016, que fue rechazado, la madre volvió a insistir en julio de ese mismo año. Con motivo de ello, en distintos días de agosto de 2016 trabajadores sociales se presentaron en la casa del padre para buscar a A. pero no lo encontraron.

Recién el 26 de agosto de 2016 un trabajador social se pudo reunir con el niño, quien refirió que se quería quedar con su padre, donde vivía con su hermano y su abuela paterna, y continuar allí sus estudios. Declaró, además, que quería que su madre dejara de ir a los tribunales, expresando una fuerte ira contra ella, repitiendo que no quería volver a Francia.

El trabajador social consideró indispensable que los padres encontraran una solución y dejaran de perturbar el estado psicológico de los niños, especialmente de A., recomendando asistencia de un psiquiatra infantil.

En igual sentido, A. se expresó en el marco de una causa penal iniciada por su madre ante el incumplimiento de la sentencia restitutoria, declarando que quería quedarse con su hermano y su padre porque se sentía mas seguro con ellos y no lo presionaban psicológicamente, añadiendo que amaba a su madre pero no podía perdonarle lo que le había hecho.

Volvió a repetir su postura ante un psicólogo de una clínica con motivo de un informe pedido por el fiscal de Ioannina. El psicólogo señaló que A. había reiterado sistemática y claramente su deseo de permanecer en Grecia, donde estaba cerca de su hermano y había logrado continuar sus actividades. Expresó además su sentimiento de cansancio y tristeza por el conflicto entre su madre y su padre, y el enojo contra ella por insistir en que regrese a Francia contra su voluntad. Ante ello, el psicólogo abogó por no separar a los hermanos por la relación de fuerte apoyo y asistencia mutua.

Frente a estas conclusiones, el fiscal informó que no había motivos legales para poner a A. en custodia provisional de los servicios sociales para su regreso a Francia -ya que su madre había regresado a ese país- ni alejarlo del entorno en el que vivía, instando a restablecer la legalidad exhortando a ambos padres a actuar con moderación y crear un clima de confianza y respeto por A.

Entre tanto, el padre solicitó como medida provisional la custodia de A. mientras la madre se encontraba en el extranjero pero el Tribunal de Ioannina, aunque en un principio autorizó a A. a continuar sus estudios

allí hasta que se decidiera sobre lo pedido, luego desestimó la demanda el 16 de diciembre de 2016, pues no podía pronunciarse sobre la custodia del niño hasta que ello fuera establecido por el tribunal del lugar de residencia habitual, es decir, el de Francia.

Interín, el 1º de septiembre de ese año la madre había presentado ante el TEDH su solicitud en los términos del artículo 34 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que motiva la resolución que aquí se analizará.

La decisión del TEDH

Ante la alegación de la reclamante respecto a la violación por parte del Estado griego del artículo 8 del Convenio debido a que no se le permitió ejercer la custodia de su hijo A. -pese a que había sido atribuida definitivamente mediante una decisión judicial-, y porque no se cumplió con la restitución de su hijo a Francia, el TEDH concluye que no ha existido tal falta, por considerar que las autoridades griegas tomaron las medidas que razonablemente se les podía exigir en el cumplimiento de dicha norma.

Para así decidir, el Tribunal parte de una serie de principios que, a los fines del análisis posterior, a continuación se sintetizan:

- En las decisiones relativas a los niños debe prevalecer su interés, que tiene un doble aspecto: por un lado, los vínculos entre él y su familia deben mantenerse y sólo en circunstancias muy excepcionales las decisiones que se tomen sobre ellos pueden conducir a la ruptura del vínculo familiar, debiendo reconstituir la familia cuando sea apropiado; por otro, ese interés implica garantizar la evolución del niño en un ambiente saludable, y el art.8 del Convenio no puede autorizar a un padre a tomar medidas perjudiciales para la salud y desarrollo de su hijo.
- Esa misma filosofía comparte el Convenio de La Haya, que establece como principio el inmediato retorno del niño secuestrado, a menos que exista un riesgo grave de que el retorno lo exponga a un peligro físico o mental, o que lo coloque en una situación intolerable (art.13, párrafo 1, letra b). Es decir, el concepto de interés superior del niño también está en la base del Convenio de La Haya.

- El derecho a la autonomía personal del que gozan los adultos tiene un alcance diferente en el caso de los niños: éstos, a diferencia de aquéllos, no tienen una autonomía completa, pero son -sin embargo- sujetos de derecho. Los niños ejercen su limitada autonomía, que aumenta gradualmente a medida que maduran, a través del derecho a ser consultados y escuchados. Como establece el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, un niño que sea capaz de discernir tiene el derecho de expresar libremente sus opiniones y el derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, y se le debe brindar la oportunidad de ser escuchado en cualquier procedimiento judicial o administrativo de su interés.
- El interés superior del niño depende de hecho de varias circunstancias individuales, particularmente su edad y madurez, la presencia o ausencia de sus padres, el entorno en el que vive y su historia personal. Por esta razón, debe evaluarse caso por caso, tarea que es principalmente responsabilidad de las autoridades nacionales que, a menudo, tienen el beneficio del contacto directo con los interesados, por lo que deben realizar un examen exhaustivo de toda la situación familiar y de todos los factores.
- El interés superior del niño a veces puede requerir que el niño no esté separado del padre que no lo ha regresado al reclamante.
- Para el TEDH, cuando se trata de ejecución de decisiones de derecho de familia, el punto decisivo es si las autoridades nacionales han tomado, para facilitar la ejecución, todas las medidas necesarias que razonablemente podían exigirse de ellas en las circunstancias del caso.
- Para determinar si las autoridades nacionales han cumplido con sus obligaciones en virtud del artículo 8, la situación de todos los miembros de la familia debe ser debidamente considerada, ya que la protección garantizada por esta disposición se extiende a toda la familia.
- La adecuación de las medidas adoptadas por las autoridades se juzga, en particular, por la rapidez de su aplicación, ya que el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los niños y los padres que no viven con ellos. En ese sentido,

el Convenio de La Haya establece una serie de medidas para garantizar el retorno inmediato de los niños que han sido retirados o detenidos injustamente en un Estado contratante, y el artículo 11 establece que las autoridades judiciales o administrativas deben proceder urgentemente con este regreso.

Siguiendo tales principios, el TEDH concluye, en primer lugar, que los hechos del caso constituyen una injerencia en el ejercicio del derecho al respeto de la vida familiar de la demandante, por cuanto no se cumplió con el laudo que le otorgaba la custodia de su hijo A., remarcando que había dos sentencias definitivas en tal sentido –la del 30 de septiembre de 2015 y la del 2 de octubre de 2015–.

Sin embargo, al analizar si las autoridades nacionales del estado griego tomaron “todas las medidas que razonablemente podían exigirse”, es decir, si tomaron todas las medidas necesarias y adecuadas para garantizar el retorno de A. a Francia, tras un análisis de los hechos determina que sí lo hicieron, por lo que considera que no ha habido violación al art.8 del Convenio.

Es que, tras señalar que les correspondía a las autoridades judiciales, administrativas y a los trabajadores sociales del estado helénico adoptar medidas para promover la ejecución de la Sentencia 404/2015, y recordar que la demandante presentó una solicitud en el marco del Convenio de La Haya, el fallo del TEDH recuerda las acciones realizadas a tal fin: la intervención del fiscal que remitió la solicitud de la madre a los servicios pertinentes, que se movilizaron rápidamente intentando localizar a A. durante el mes de agosto de 2016, logrando finalmente dar con él el día 26 de ese mes.

Se destacan entonces las expresiones vertidas por A. tanto frente al trabajador social, como frente al Tribunal Penal y también ante el psicólogo de la Clínica Psiquiátrica de Ioannina.

Ello así, se resalta que A. había alcanzado la edad de discernimiento y su deseo claramente expresado de permanecer en Grecia debía influir en las decisiones de las autoridades, señalando que el interés superior del niño generalmente excluye las medidas coercitivas contra él. Se recuerda que el artículo 13 del Convenio de La Haya dispone que la autoridad

judicial o administrativa también puede negarse a ordenar la devolución del menor si considera que se opone a su voluntad y éste ha alcanzado una edad y madurez en la que es apropiado tener en cuenta esa opinión.

Así, la conclusión es que las autoridades griegas parecen haber actuado en el espíritu del Convenio de La Haya. Al respecto, se tiene en cuenta que la sentencia del 2 de octubre de 2015 del juez de familia de Charleville-Mézières se basó en elementos que databan de 2013, cuando el mismo juez había fijado que A. debía vivir en Francia.

Pero esa sentencia no tomó en consideración el hecho de que A. tenía un hermano que había permanecido en Grecia y la conexión estrecha entre ambos. En otras palabras, la sentencia no tuvo en cuenta la situación familiar en conjunto, y tampoco que la situación durante todos esos años había cambiado radicalmente, hasta el punto en que A. ya no quería ir a vivir con su madre a Francia y había expresado su deseo de quedarse con su hermano y su padre.

Esta voluntad que fue expuesta por A. frente a los trabajadores sociales y ante la corte criminal de Ioannina es un elemento que no podía ser ignorado en la evaluación de la actitud de las autoridades griegas, que tomaron en cuenta la situación familiar general, la evolución de la situación familiar a lo largo del tiempo y el interés superior de los dos hermanos y, en particular, de A. que ya había alcanzado la edad de 13 años en ese momento.

Una vez más, se enfatiza que la voluntad expresada por un niño con suficiente discernimiento es un elemento clave que debe tomarse en consideración en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo concierne, pues el derecho de un niño a ser escuchado y participar en la toma de decisiones en los procedimientos familiares que lo afectan está garantizado por varios instrumentos legales internacionales².

En consonancia, el art. 13 del Convenio de La Haya establece que las autoridades pueden negarse a ordenar el regreso del niño si encuentran que el niño se opone a su regreso, y que teniendo en cuenta su edad y madurez, es apropiado tener en cuenta ese punto de vista.

2 Art.12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Arts. 3 y 6 del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño del Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec (2012) 2 del Comité de Ministros del Consejo de Europa y Art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En vista de todo ello, el TEDH concluye que las autoridades griegas tomaron todas las medidas que razonablemente se les podía exigir para cumplir sus obligaciones.

Análisis del fallo

El pronunciamiento del TEDH contiene razonamientos que resultan de interés resaltar por su adecuada apreciación sobre los principios aplicables en los procesos de restitución internacional de menores.

Así, en primer término, es necesario subrayar la valoración que se realiza sobre el interés superior del niño, en particular en procesos de restitución internacional de menores donde aquél consiste en el regreso inmediato del niño secuestrado, salvo que se demuestre alguna de las excepciones expresamente contempladas en el Convenio de La Haya.

En el presente caso se menciona el riesgo grave de que el retorno lo exponga a un peligro físico o mental, o lo coloque en una situación intolerable, aunque la causal que finalmente se aplica es la de la oposición del niño, cuando tiene edad y grado de madurez suficiente para que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Esto resulta importante porque el interés superior del niño no conlleva en estos supuestos de restitución internacional de un menor un análisis independiente, separado de la situación de retención ilícita, basado en las condiciones de vida del niño en el estado de refugio, como suele –erradamente- realizarse en muchos de estos procesos.

Aquí el interés superior del niño se garantiza con el inmediato retorno cuando no se presenta ninguna de las excepciones contempladas por el Convenio. Y cuando sí se presentan, como fue el caso en análisis, el interés superior se protege denegando la restitución pretendida.

Si bien el pronunciamiento del TEDH considera también que ese interés superior depende de hecho de varias circunstancias individuales, particularmente la edad y madurez, la presencia o ausencia de su padres, el entorno en el que vive y su historia personal, lo interesante es que –tratándose de un caso de retención ilícita- armoniza todo esto partiendo desde la mirada (opinión) del niño.

De esta manera, el motivo principal por el que se considera adecuada la actuación de las autoridades griegas es por el respeto a esa opinión dada por A., teniendo en cuenta su edad y grado de madurez, y es desde su opinión que se evalúa el contexto en que el joven se encuentra.

Es decir, lo principal aquí es la opinión de A., a la cual arriba por una serie de circunstancias de hecho que tienen que ver con el estrecho vínculo con su hermano y sus ganas de mantenerse unidos, el paso del tiempo que le provocó cansancio y tristeza por el conflicto suscitado entre sus padres y el enojo contra su madre por su insistencia en un retorno que él no quería.

Estas circunstancias de hecho -que por sí mismas no autorizarían una denegatoria del regreso- juegan aquí como fundamentos de una causal que sí constituye una verdadera excepción en los términos del Convenio de La Haya, cuando son los motivos por los que A. se opone a regresar a Francia al momento de ejecutar la sentencia que así lo ordena.

Es destacable, además, que se entienda que el interés de un niño generalmente excluye las medidas coercitivas contra él, sobre todo cuando tiene un grado de edad y madurez suficiente como para que su opinión sea tenida en cuenta. Porque una medida forzosa implicaría, en definitiva, una violación al derecho a la autonomía personal que los niños y adolescentes tienen en la medida justamente en que su madurez les permita tener discernimiento sobre los aspectos de su vida que se deciden.

En este punto, el principio sentado por fallo del TEDH guarda relación con lo que nuestro Código Civil y Comercial contempla en materia de capacidad progresiva y las situaciones que requieren de la participación o incluso conformidad del adolescente (arts. 26, 30, 613, 617, inc. d), 626, inc. D) y 645, entre otros).

Siguiendo este razonamiento, entonces, se puede dar la situación en la cual el interés superior del niño justifica la decisión de no separarlo del padre sustractor para reintegrarlo al que lo reclama, tal como sucedió en el caso.

Merece destacarse aquí que esa opinión del niño fue recabada por las autoridades griegas con profesionales especializados y no sólo una vez, sino en sucesivas oportunidades en las que A. mantuvo su voluntad.

No es éste un punto menor, porque uno de los problemas más frecuentes en nuestros Tribunales es la falta de una escucha profesional, interdisciplinaria, que permita no sólo captar las palabras que expresamente

pronuncia un niño, sino también el lenguaje tácito subyacente y lo que puede estar en su inconsciente.

Este punto es especialmente relevante en esta coyuntura porque se recaba la opinión de un niño en una situación particular: alejado hace ya mucho tiempo de uno de sus progenitores -porque cuando llega el momento de su escucha han pasado varios meses de su traslado o retención por el tiempo que conllevan los trámites administrativos y judiciales-, residiendo en un país ajeno a su lugar de residencia habitual, con un padre o madre que lo ha trasladado y/o sustraído ilícitamente y que muchas veces impide o dificulta el contacto con el otro, y será con ese adulto que luego el niño se retirará tras la audiencia donde se lo escuche. Es indudable que todas estas circunstancias influyen directa o indirectamente en el niño, sujeto de por sí vulnerable, con lo cual su opinión se verá indefectiblemente influenciada. Esto podrá, en la medida en que corresponda según el caso, relativizar su valor.

Volviendo al caso aquí comentado, el paso del tiempo ha jugado también como un elemento determinante y ha logrado que la evaluación realizada en nombre del interés superior de A. varíe, puesto que si bien en un principio se le había otorgado a la madre su custodia, primero por decisión de un Tribunal de Ioannina y luego por uno francés (aunque éste no tuvo en cuenta la situación de disgregación familiar) y se había ordenado su regreso a Francia con ella, sin que hasta allí mediara oposición alguna de A., la posterior inexecución de la sentencia restitutoria por parte de las autoridades griegas, sobre la base de la opinión expresada por aquél cuando se intentaba cumplir el retorno, marcó de alguna manera un cambio de criterio al respecto.

Es interesante entonces señalar que cuando transcurre tanto tiempo lo que se interpreta como interés superior del niño puede mutar, pues también lo hacen las circunstancias de hecho que se evalúan para concluir cuál es ese interés.

La noción de que el transcurso del tiempo tiene efectos en el interés superior del niño porque se van produciendo modificaciones en su vida o consolidando situaciones, y ello inevitablemente lo afecta, es muchas veces percibida pero no siempre valorada como elemento para adoptar una decisión distinta a otra anterior, como lo hicieron las autoridades griegas.

Esta y otras conclusiones sobre las que se asienta el fallo que se comenta recuerdan un caso tramitado en nuestro país ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 4, en el que la magistrada suspendió el cumplimiento de una sentencia que se encontraba firme y ordenaba la restitución de dos hermanos a España valorando su oposición al regreso al momento de la ejecución del fallo³.

Se pudo ver allí también cómo el paso del tiempo cambió la evaluación de lo que era el interés superior del niño al modificarse la opinión de los propios involucrados respecto de su regreso. Y frente a esa oposición, entonces, la imposibilidad de ordenar un regreso por la fuerza, porque ello no se podría compatibilizar con ese interés superior, además de contradecir, en nuestro caso, lo dispuesto por el art.645, inc. c), y último párrafo, del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto requiere el consentimiento expreso del adolescente para autorizar su salida del país o para el cambio de residencia permanente en el extranjero.

Resulta destacable el desarrollo que realiza la jueza argentina sobre los efectos de la cosa juzgada, que podrían aplicarse al caso griego en la medida en que existiendo una sentencia firme que ordenaba la restitución de A. a Francia, luego no se cumple este regreso dejando de hecho sin efecto el fallo anterior.

En la resolución argentina se explica que “...frente a las nuevas circunstancias antes anunciadas, en este caso excepcionalísimo, la sentencia puede mudar”, sin afectar los presupuestos referidos a la cosa juzgada. Ello porque “cuando de una cuestión de familia se trata, se ha resuelto que el principio rector es el impostergable y primordial interés de los hijos, por lo que las resoluciones que sobre este aspecto se tomen se caracterizan por la mutabilidad, en la medida en que las circunstancias así lo aconsejen, no produciéndose el efecto normado de la cosa juzgada. La tutela de los intereses superiores de la familia y de cada uno de sus integrantes es vista en su dinámico desplazamiento, y pretende bregarse por su efectiva protección (...). Así, la cosa juzgada no es ni puede ser absoluta. Si bien tiene por fin garantizar la seguridad jurídica, que no es el único valor superior que gobierna el ordenamiento, debe compatibilizarse con

3 “D., H. A. c/ L., E. M. s/ restitución internacional de menores”, 10/07/2017.

los ideales de equidad y de justicia para cuya vigencia y afianzamiento se han instituido las leyes que nos gobiernan”.

De igual forma, el TEDH valora que la sentencia del año 2015 que ordenó el regreso de A. junto a su madre a Francia, además de no haber tomado en consideración hechos relevantes, como que A. tenía un hermano en Grecia, con quien tenía una conexión muy estrecha, se basó en una situación que luego cambió radicalmente, hasta llegar al punto en que A. ya no quería regresar a Francia con su madre, si no que había expresado su deseo de quedarse con su hermano y su padre, mostrando una determinación muy fuerte y consistente en tal sentido.

Esta “nueva” voluntad expresada por un niño con suficiente discernimiento se considera un elemento clave en ambos casos y determina la decisión judicial de no ejecutar una sentencia que resulta contraria a la opinión del niño, considerando que forzarlo a un regreso no deseado sería contrario a su interés superior.

Claramente, los casos señalados -en especial, el que motiva el fallo del TEDH- son excepcionales, pero no por ello debe dejar de destacarse el valor que se le otorga a la opinión del niño, cuando ésta es expresada con suficiente edad y grado de madurez, resulta coherente en relación con la situación familiar y las circunstancias acontecidas, y se mantiene en distintas oportunidades frente a la escucha de diferentes profesionales. Merece resaltarse, además, la adecuación de la noción de interés superior del niño teniendo en cuenta el transcurso del tiempo y sus efectos.

Por último, los casos reseñados y tantos otros en los que tras años de litigio se ha ordenado y cumplido la restitución de los niños involucrados invitan a la reflexión, y sobre todo a la acción, respecto a la especial celeridad que todos los operadores judiciales deben darle a este tipo de procesos, para que el paso del tiempo no obstaculice el regreso que corresponde frente a un traslado o retención ilícita o para que, en caso de cumplirse el retorno, el niño se vea afectado de la menor manera posible. Porque definir rápidamente la situación de un niño que se encuentra ilícitamente en un país es el mejor modo de resguardar su mejor interés, restituyéndolo si corresponde o denegando el pedido si procede alguna de las excepciones admisibles.

Prohibición de castigos corporales. Derecho de los niños, niñas y adolescentes. Libertad de religión.

TEDH, *Case of Tlapak and others v. Germany* y *Case of Wetjen and others v. Germany*, 22 de marzo de 2018

Por Natalia de la Torre¹

1. Introducción

El 22 de marzo de 2018 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha tenido oportunidad de resolver dos casos que comparten la misma génesis y que son hábiles para repensar, una vez más, los límites de la responsabilidad parental -vida privada y familiar- en función del interés superior del niño/a y su derecho a la dignidad e integridad personal.

En particular, la imposibilidad de alegar razones religiosas para convalidar o justificar el castigo corporal como método de disciplina y corrección a disposición de los progenitores y el deber del Estado de velar por la integralidad de las personas menores de edad, justificando la limitación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental siempre y cuando no haya otra medida disponible que asegure la protección de los niños/as y adolescentes.

En consonancia con lo afirmado por el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 8 del año 2006, si bien hay quienes -como la Iglesia de las Doce Tribus a la que pertenecen las familias de los fallos bajo examen- aducen justificaciones de inspiración religiosa para el castigo corporal, sugiriendo que determinadas interpretaciones de los textos religiosos no sólo justifican su uso, sino que lo consideran un deber, la práctica de una religión o creencia debe ser compatible con

¹ Abogada (UBA). Profesora de Filosofía (UBA). Docente de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA, UNDAV y UNLPAM). Coordinadora de la Maestría de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA).

el respeto a la dignidad humana y a la integridad física de los demás, en especial si se trata de niños/as y adolescentes.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 19, regula el derecho de todo niño y niña a la no violencia, estableciendo la obligación de los Estados de proteger a los niños de todas las formas de malos tratos perpetradas por padres, madres o cualquier otra persona responsable de su cuidado².

La interpretación de lo que se entiende por el interés superior del niño debe ser compatible con toda la Convención de los Derechos del Niño, lo cual incluye la obligación de proteger a los niños/as y adolescentes contra toda forma de violencia; ese principio no puede aducirse para justificar prácticas, como los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes, que están reñidas con la dignidad humana y el derecho a la integridad física del niño³.

Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consagra en su artículo 3 la prohibición de tortura, afirmando que nadie puede ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes; mientras que, en su artículo 8, reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar.

En este marco normativo, sucintamente descripto⁴, ¿qué medidas debe tomar el Estado cuando los malos tratos y/o castigos corporales se adoptan como técnica disciplinaria habitual en el interior de una familia y/o

2 Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, “Norma Modelo para prohibir el castigo corporal contra todo niño, niña y adolescente en todos los ámbitos de su vida”, OEA, edición revisada, 2017.

3 Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8, “El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)”, CRC/C/GC/8, 21 de agosto de 2006. Ver también, Observación General No.13, “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”, CRC/C/GC/13, 18 de abril de 2011.

4 Para profundizar el estudio sobre la protección internacional y regional del derecho a la dignidad e integridad de niños, niñas y adolescentes se recomienda compulsar, entre otros, Lamm, Eleonora, “Derecho a la dignidad e integridad personal de niños, niñas y adolescentes. Hacia la eliminación del castigo corporal y humillante”, en Fernández, Silvia E. (directora), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes*, Tomo II, Abeledo Perrot, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 2283-2308 y Calderón Gamboa, Jorge F., “El castigo corporal como método de disciplina contra niños, niñas y adolescentes frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un desafío internacional”, *Isonomía*, No. 31 México, octubre de 2009.

comunidad? Más aún, ¿cómo resolver estos conflictos si los castigos corporales se justifican alegando razones de origen religioso?

Estos interrogantes son los que intentó resolver el TEDH a partir de las denuncias de cuatro parejas de progenitores a los que el Estado alemán le había limitado parte de su responsabilidad parental -elección de residencia de sus hijos, educación y salud- debido a la constatación de tratos degradantes y humillantes para con los niños/as como la práctica del azote como castigo y “corrección” habitual justificada en los textos bíblicos.

En particular, los padres/madres de las Doce Tribus denunciaron al Estado alemán por impedirles criar a sus hijos/as de conformidad con sus creencias religiosas, alegando que el retiro de parte de su responsabilidad parental y la colocación de los niños/as en hogares o familias de acogidas no se condice con el artículo 8 del Convenio Europeo, es decir, con el respeto a su vida privada y familiar.

En suma, alegaron que el retiro de parte de su autoridad parental y la posterior separación de los padres/madres y sus hijos/as había sido desproporcionado y que las decisiones no se habían basado en hechos suficientes, sino en consideraciones generales sobre su comunidad religiosa, agregando que los procedimientos judiciales habían llevado a la estigmatización de las “Doce Tribus”.

Por lo tanto, el TEDH debía resolver si la práctica parental de azotes constituye una razón suficientemente importante para justificar el retiro de parte de la responsabilidad parental de los progenitores.

2. Antecedentes de los casos

2.1. El caso “Wetjen y otros”: procedimientos provisionales

En el año 2012, la prensa informó sobre la postura de la Iglesia de las Doce Tribus sobre el derecho de los padres a aplicar el castigo corporal, especialmente el azote. Además, se publicaron declaraciones de un ex miembro de la comunidad, confirmando que los niños/as habían sido castigados con barras.

En aquel entonces la oficina local de juventud visitó la comunidad y sus portavoces fueron invitados a una reunión en el Ministerio de Educa-

ción bávaro. El castigo corporal y la cuestión de la escolaridad obligatoria se discutieron en la reunión.

El 16 de agosto de 2013, la oficina local de la juventud y el Tribunal de Familia recibieron imágenes de un periodista de televisión que mostraban diez casos diferentes de castigo corporal dentro de la comunidad. La grabación, filmada con una cámara oculta, mostraba el azote de varios niños de entre tres y doce años.

Después de recibir el video, el Tribunal de Familia inició una investigación preliminar y el 21 de agosto de 2013 escuchó a seis testigos, todos ex miembros de la comunidad de las Doce Tribus. Los testigos confirmaron que se utilizaron diversas formas de castigo corporal en la crianza de los niños. Estos incluyeron, hasta los tres años, el uso de pañales muy apretados que reprimen cualquier impulso de movimiento. A partir de los tres años y hasta los doce años, los/as niños/as serían disciplinados por azotes.

Los testigos declararon además que los niños/as eran castigados por cualquier adulto que estuviera supervisándolos en ese momento y que los padres eran presionados por la comunidad para cumplir con las reglas de crianza.

El 1º de septiembre de 2013, el Tribunal de Familia, previa solicitud de la oficina de la juventud competente, dictó una orden interlocutoria respecto de todos los niños/as de la comunidad de las Doce Tribus, incluidos los niños de las cuatro familias denunciadas.

El tribunal retiró los derechos de los progenitores para decidir dónde vivirían sus hijos y para tomar decisiones sobre su salud y educación, transfiriendo esos derechos a la oficina de la juventud. Basó su decisión en su conclusión de que existía una probabilidad razonable de que los niños fueran sometidos a castigos corporales.

El 5 de marzo de 2014, el Tribunal de Apelación de Munich confirmó en esencia la decisión del Tribunal de familia. El 5 de mayo del mismo año el Tribunal Constitucional Federal se negó a aceptar una demanda constitucional, sin explicar los motivos.

2.2. El caso “Tlapak y otros”: procedimientos principales de custodia

Tras una solicitud presentada por los demandantes el 9 de septiembre de 2013, el Tribunal de familia inició el procedimiento principal y, el 24 de septiembre de 2013, encomendó un dictamen pericial.

El Tribunal de Familia decidió el 22 de octubre de 2014 retirar el derecho de los solicitantes a decidir dónde deberían vivir sus hijos y tomar decisiones con respecto a su salud y escolaridad, y transfirió esos derechos a la oficina de la juventud, que había sido designada como tutora suplementaria.

El Tribunal de Familia afirmó que sería muy perjudicial para el interés superior del niño que los hijos continuaran viviendo con los solicitantes debido a sus métodos de crianza. Sobre la base, en particular, de la opinión pericial encargada por el tribunal y de las declaraciones de los solicitantes durante los procedimientos judiciales, concluyó que existía una alta probabilidad concreta de que los hijos fueran sometidos a castigos corporales utilizando objetos físicos.

Los demandantes apelaron la decisión del Tribunal de familia. El Tribunal de alzada desestimó la apelación el 26 de mayo de 2015. El 16 de agosto del mismo año el Tribunal Constitucional Federal se negó a admitir una queja constitucional presentada por los solicitantes también respecto al proceso principal, sin explicar los motivos.

3. Principales fundamento de las sentencias del TEDH

3.1. El no daño como límite al respeto de la vida familiar y la libertad religiosa

El Tribunal afirma que el derecho al respeto a la vida familiar y a la libertad religiosa, consagrado en los artículos 8 y 9 del Convenio, permite a los padres el derecho a comunicar y promover sus convicciones religiosas al educar a sus hijos/as. No obstante, este derecho a comunicar y promover no puede exponer a los niños/as y adolescentes a prácticas peligrosas ni a daños físicos o psicológicos⁵.

El TEDH observa que, aunque las decisiones de la corte doméstica discutieron la membresía de la iglesia de los solicitantes y sus puntos de vista religiosos, basaron sus decisiones en el riesgo cierto de que los niños/as podían ser azotados.

5 Cf. TEDH, *Wetjen and others v. Germany*, Applications nos. 68125/14 and 72204/14, Fifth Section, 22/03/2018, párr. 66.

Por otra parte, se destaca en la sentencia que la conexión entre los puntos de vista religiosos y los azotes fue establecida por los propios solicitantes justificando el castigo corporal de los niños/as con citas de la Biblia y las opiniones religiosas de los padres/madres.

Por este motivo, el Tribunal concluye que las decisiones tomadas por el estado alemán –tanto por los sistemas de protección como por los tribunales- tuvieron por objeto proteger la salud y los derechos y libertades de los niños/as y, en consecuencia, persiguen objetivos legítimos en el sentido del párrafo 2 del artículo 8 del Convenio⁶.

3.2. Prohibición de malos tratos y la necesidad de adecuar las legislaciones internas y hacer efectivo su cumplimiento

El TEDH observa que los Estados miembros deben hacer cumplir las disposiciones legales que prohíben el castigo corporal de las personas menores de edad mediante medidas proporcionadas a fin de que dichas prohibiciones sean prácticas y efectivas y no sigan siendo teóricas⁷.

Por lo tanto, considera que el riesgo de azotes sistemáticos y regulares constituye una razón importante para retirar parte de la autoridad de los padres/madres, colocando a los niños/as bajo resguardo⁸.

El Convenio Europeo prohíbe en términos absolutos la tortura y los tratos o penas inhumanos o degradantes, independientemente de la conducta de la persona interesada.

En función de ello, el Tribunal destacó que los tribunales nacionales no evaluaron el riesgo para los niños en abstracto, basándose en la opinión de los solicitantes sobre la crianza de los hijos/as, sino que siguieron un enfoque diferenciado. El Tribunal de Familia y el Tribunal de Apelación limitaron el retiro de la responsabilidad parental a aquellas áreas estrictamente necesarias respecto de aquellos niños/as que tenían una edad en la que podían esperarse castigos corporales y que, por lo tanto, corrían un riesgo real e inminente de penas degradantes⁹.

6 Ídem, párr. 67.

7 Cf. TEDH, *Tlapak and others v. Germany*, Applications nos. 11308/16 and 11344/16, Fifth Section, 22/03/2018, párr. 90.

8 Ídem, párr. 91.

9 Ídem, párr. 97.

3.3. La medida más protectora y más equilibrada: retirarlos de la comunidad y asignarlos a hogares y familias de acogida

Además, los tribunales nacionales explicaron detalladamente por qué no había otra opción disponible para proteger a los niños/as que significara una violación menos restrictiva de los derechos de cada familia. Los tribunales concluyeron que los padres/madres no habían mostrado ninguna disposición para abstenerse de disciplinar a los niños/as y que una mayor asistencia de la oficina de la juventud no garantizaría la seguridad de los niños en todo momento.

Además, encontraron que incluso si los padres estaban dispuestos a abstenerse de castigos corporales y poder resistir la presión de la comunidad, no podrían garantizar que otros miembros de la comunidad no castigaran a los niños cuando los supervisan.

En las circunstancias del presente caso, el TEDH estuvo de acuerdo con estas conclusiones, señalando que los procedimientos se referían a una forma de violencia institucionalizada contra personas menores de edad que los padres no veían como tal porque lo consideraban como un elemento habitual de la educación de los hijos. En consecuencia, cualquier ayuda de la oficina de la juventud, como la capacitación de los padres y madres, no podría haber protegido efectivamente a los niños/as, ya que la disciplina corporal se basaba en un dogma inquebrantable.¹⁰

En suma, hubo razones “pertinentes y suficientes” para el retiro de algunas partes de la autoridad de los progenitores por lo que no hubo violación al artículo 8 de la Convención.

4. Breves palabras de cierre

En palabras de Pellegrini¹¹, dada la dimensión e intensidad de relaciones familiares marcadas por la violencia familiar, es sumamente auspicioso que, al regular las relaciones entre progenitores e hijos/as, se destierre en forma definitiva la idea o noción del “castigo correctivo”, o

10 Ibidem.

11 Cf. Pellegrini, María Victoria, Comentario al Artículo 647, en Caramelo, Gustavo, Herrera, Marisa y Picasso, Sebastián (directores), *Código Civil Comercial Comentado*, Tomo II, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 496.

“corrección moderada”, tal como lo ha hecho Alemania y tal como sucedió en nuestro país con la derogación del art. 278 del Código Civil y la incorporación expresa de la prohibición de malos tratos en el ejercicio de la función parental que recepta el art. 647 del Código Civil y Comercial vigente.

El reconocimiento de los niños/as y adolescentes como sujetos de derechos, inhabilita cualquier discurso o práctica parental que restrinja o vulnere sus derechos.

Por último, si bien es de destacar el alto valor pedagógico de la ley y la importancia de la introducción en los ordenamientos jurídicos nacionales de normas que prohíban en forma expresa toda forma de castigo a niños/as y adolescentes, también es importante, de conformidad con la última Recomendación del Comité de los Derechos del Niño sobre la situación de la niñez en la Argentina, que los Estados Partes de la CDN velen por que la prohibición de los castigos corporales sea supervisada y aplicada adecuadamente en todos los entornos, asegurando medidas para que los infractores sean llevados ante las autoridades administrativas y judiciales competentes¹².

12 Comité de los Derechos del Niño, *Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Argentina*, CRC/C/ARG/CO/5-6, 1º junio de 2018.

Cooperación Judicial. Derecho de la Integración.

TEDH, *Case of Baydar v. The Netherlands*,

24 de abril de 2018

por Walter F. Carnota¹

Introducción

La sentencia bajo comentario, dictada por la Sala Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), contiene varias aristas de significativo interés para la relación en el continente europeo entre su sistema de protección de los derechos humanos y su sistema de integración comunitaria.

Se habla frecuentemente del “diálogo” ente tribunales supranacionales, Cortes constitucionales y Cortes supremas, como un paraguas conceptual de análisis para abordar una serie de cuestiones que se suscitan entre los diversos ordenamientos existentes y la interpretación respectiva. En el caso específicamente europeo, debe existir una necesaria coordinación jurisdiccional, fruto de una “sincera cooperación internacional”.

Es que tal como se sabe, Europa revela una dualidad jurisdiccional, dada por la actuación de dos tribunales supranacionales muy relevantes. Por un lado, el Tribunal Europeo de Justicia, con asiento en Luxemburgo; por el otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

Los dos ámbitos de actuación frecuentemente se solapan y se superponen. El fallo en glosa es una prueba acabada de ello. El Tribunal de Luxemburgo cita y acata al de Estrasburgo, y a la inversa, como se ve en este supuesto. Es que “en definitiva se está acuñando en la relación entre ambas cortes un nuevo principio, esencial para los nuevos escenarios de

1 Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho de la Integración (UBA). Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la Sociedad Internacional de Derecho Público, del Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional y del Comité de Estudios Judiciales Comparados de la Asociación Mundial de Ciencia Política.

pluralismo constitucional que podríamos denominar como el principio de *deferencia*.

Principio en virtud del cual las más altas instancias jurisdiccionales de los diferentes órdenes constitucionales concurrentes en un determinado espacio y tiempo (en el caso el comunitario y el derivado del CEDH, pero podría sumarse el orden constitucional nacional de los Estados miembros) tienen particularmente en cuenta el efecto que sus decisiones (en ejercicio de competencias propias) puede tener en el resto de los órdenes afectados”².

O sea, que el seguimiento de la jurisprudencia de un tribunal por el otro no se limita a la cita erudita o a la referencia *obiter*, sino que **implica un compromiso de cooperación con la misión que la otra corte desempeña y desarrolla en la arquitectura europea**, evitando lo que suele llamarse, cuando hay escenarios de dualidad jurisdiccional, como “choques de cortes”.

Hechos del caso

La plataforma fáctica del caso a estudio está dada por la condena dirigida contra una persona con doble ciudadanía holandesa y turca, inculpada de haber dado “residencia” a inmigrantes ilegales. Tanto la justicia de primera instancia como la Alzada de los Países Bajos entendieron que el reo se hallaba incurso en la tipificación de la respectiva figura penal relativa al tráfico de personas, sin perjuicio de que, a la postre, la Cámara de Apelaciones rebajó la condena por la excesiva duración del proceso.

Disconforme con este resultado, el accionante recurrió este último decisorio a la Suprema Corte de Holanda, solicitando con posterioridad se girasen las actuaciones -merced al procedimiento de la cuestión prejudicial- a la Corte Europea de Justicia (en adelante, CEJ), a fin de que se determinase si la interpretación suministrada por los jueces nacionales o domésticos holandeses devenía congruente con el Derecho Comunitario.

2 Bustos Gisbert, Rafael, “Tribunal Europeo de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en García Roca, Javier y Fernández Sánchez, Pablo A. (coordinadores), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 165, énfasis en el original.

Para hacer actuar éste último con toda intensidad, era menester -a su juicio- referir el tema al examen de la Corte Europea de Luxemburgo.

El más Alto Tribunal holandés entendió, sobre la base de los artículos 80 y 81 de su normativa de organización judicial, que no era necesario este reenvío. Esa negativa es la que se impugna ante el TEDH.

La sentencia del TEDH

Ocurre que en la ardua y trabajosa misión de conciliar los órdenes internacionales e internos, “algunos tratados se plantean el problema de la compatibilización de la actuación recíproca de las jurisdicciones convencionales y estatales previendo mecanismos de “reenvío prejudicial” del juez estatal al convencional de manera que se reduzcan las hipótesis de eventual fricción.

El caso más conocido es el previsto en el ordenamiento de la Unión Europea, en el que el ex art. 234 TCE (actual art. 267 TUE, redacción del Tratado de Lisboa) se considera uno de los instrumentos a través de los que tiene lugar la colaboración entre Tribunales estatales y Tribunal de la Unión”³.

Queda claro, pues, que “la Unión Europea es, así, una entidad con competencias enumeradas o tasadas, *en el sentido de que no tiene más competencias o ámbitos posibles de actuación que aquéllos fijados por los Tratados constitutivos*”⁴.

El art. 267 TFUE detalla las diversas hipótesis en las cuales, a fin de interpretar los Tratados o determinar la validez e interpretación de los actos de los órganos comunitarios (párrafo primero), interviene el Tribunal de Justicia, ya sea de modo facultativo (párrafo segundo) u obligatorio (párr. tercero).

Empero, existe un “cono de vaguedad” en dicha norma cuando en sendos párrafos se refiere a que “se plantee una cuestión” de esta índole. ¿El planteamiento es a pedido de parte, como lo hizo aquí el apelante al replicar a la abogacía estatal ante la Corte? ¿O bien se trata de una

3 De Vergottini, Guiseppe, *Más allá del diálogo entre tribunales (Comparación y relación entre jurisdicciones)*, Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2010, p. 106.

4 Díez-Picazo, Luis María, *La naturaleza de la Unión Europea*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 51, énfasis agregado.

potestad totalmente discrecional del Tribunal que eventualmente deba reenviar la causa a la Corte Europea?

Téngase en cuenta que: “la decisión prejudicial es uno de los mecanismos más exitosos del sistema legal de la UE, y ha contribuido generosamente a la fuerza de la integración jurídica en Europa. Los jueces nacionales de las instancias inferiores han siempre usado este procedimiento de modo entusiasta. Sin embargo, por mucho tiempo las cortes constitucionales y las cortes supremas fueron menos abiertas a aceptarlo.

Pese a la letra del artículo 267, que usa un lenguaje compulsivo para los tribunales y cortes cuyas decisiones no sean apelables, las altas cortes han sido muy renuentes a solicitar a la CJE cuestiones acerca de la interpretación o validez del Derecho Europeo. Con las notables excepciones de las Cortes constitucionales austríaca y belga, evitaron involucrarse en contactos formales con su contraparte europea.

En los últimos años, empero, ello ha cambiado. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, un número de casos relevantes han sido traídos a la Corte en Luxemburgo por los tribunales constitucionales nacionales de España, Francia y Alemania. La actitud de la Corte Constitucional italiana también refleja esta tendencia, habiendo sido reacia por un largo período y resultando más abierta en los últimos tiempos”⁵.

El precedente de la propia Corte Europea que controla esta litis es el famoso caso “*CILFIT y Lanificio di Gavardo SpA c. Ministero de Salud*”⁶, más allá de que los tribunales nacionales ya venían empleando la práctica de no reenviar a la Corte Europea casos que se creían “claros”⁷.

En la causa citada, frente a un pedido de la Corte de Casación italiana, el Tribunal europeo sostuvo que hay situaciones en las que la aplicación del Derecho comunitario es tan obvia que deviene innecesaria la remisión -la llamada “doctrina del acto claro”⁸-; todo ello, en la medida de que la corte o tribunal doméstico se convenza de que ello es igualmente

5 Barsotti, Vittoria; Carozza, Paolo G.; Cartabia, Marta y Simoncini, Andrea, *Italian Constitutional Justice in Global Context*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 218.

6 [1982] ECR 3415

7 Cf. Craig, Paul, y De Búrca, Gráine, *EU Law (Text, Cases and Materials)*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 474.

8 En especial, considerando décimosexto.

diáfano en las jurisdicciones de los demás Estados miembros. Es decir, calificó la aplicación de la doctrina del “acto claro”, o sea, la admitió con esas reservas, con lo cual, para algunos, se “mitigó”⁹ la obligación de reenvío a la CEJ por parte de las altas cortes.

Pero la pregunta vuelve a surgir: ¿es una decisión discrecional del tribunal interno? Las Recomendaciones aprobadas y actualizadas por la propia UE para que actúe la CEJ en estos casos del 25 de noviembre de 2016 parecen encaminarse firmemente en ese sentido, y así se colacionan en la decisión que ahora comentamos del TEDH. No es algo que quede diferido a las partes que litigan en la contienda. Agréguese que el inculpado recién introdujo la cuestión prejudicial al contestar al Abogado General, ya en instancia interna máxima.

El ejemplo holandés no es el único de una alta corte que disponga de “filtros” para que sólo llegue a ese nivel jurisdiccional pleitos de cierta entidad cuya evaluación entraña un considerable ejercicio de discrecionalidad judicial. Recuérdese, en esa misma línea, la “objetivación” del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español¹⁰. Las motivaciones que inspiraron al legislador español en su momento son análogas a las que vertió el Parlamento holandés, a la luz de lo que reproduce en la sentencia bajo análisis.

El TEDH se va a sintonizar con la jurisprudencia de la Corte de Luxemburgo para dictar su propio pronunciamiento a la luz del art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Va a sustentar la discrecionalidad de una alta corte nacional de no reenviar un asunto a consideración de la Corte Europea de Justicia, estimando que esta conducta no es violatoria del derecho a ser oído por un tribunal.

Vemos como hay una efectiva “triangulación” entre el TEDH, la CEJ y la Suprema Corte de Holanda. Es que “la Corte de Estrasburgo y la de Luxemburgo, más allá de sus diferencias fundamentales, no deben juzgar en aislamiento una de otra y definitivamente no deben hacerlo separada-

9 Cf. Marinai, Simone, *La funzione giurisdizionale nelle organizzazioni di integrazione regionale*, Giappichelli, Turin, 2012m p. 71.

10 Cf. Balaguer Callejón, Francisco, *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.

mente de las jurisdicciones nacionales, que forman un epicentro de esta interacción europea”¹¹.

Sucede que “los órdenes constitucionales de la UE y de los Estados miembros se encuentran recíprocamente encadenados. Para algunos es el ‘constitucionalismo multi-nivel’: un intento por entender cómo y por qué la elaboración de normas se desliza para arriba y para abajo del Estado”¹².

Para esta óptica del problema, las facultades contenidas en el mentado art. 6.1 no implican “un derecho absoluto sino que se encuentra sujeto a las condiciones de ejercicio establecidas en las diversas legislaciones internas, reconociéndose un amplio margen de apreciación y actuación a tal fin por los Estados. *Es un derecho de configuración legal que debe ejercitarse a través de los cauces legalmente establecidos ajustándose al cumplimiento de los requisitos que a tal efecto se hayan fijado*”¹³.

Recordemos, desde el punto de vista comparado, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cambio, falló contra la Argentina en el caso “Mohamed” (sentencia del 23 de noviembre de 2012), por entender que el allí inculcado no había tenido oportunidad de recurrir el fallo de la Cámara de Apelaciones, en concordancia con lo establecido por el art. 8.2 de la CADH.

Cabe apuntar, sobre el particular, que la previsión del art. 6.1 del CEDH es de textura más abierta que las previsiones específicas consagradas por el susodicho art. 8 de la Convención Americana¹⁴.

Y, como diferencial, que lo aquí se debate no es la revisión de lo fallado por un órgano superior -aunque el marco procesal empleado es un recurso de casación-, sino la eventual remisión al TEJ como “cuestión

11 Laffranque, Julia, “(Just) Give Me a Reason...”, 27 JURIDICA INTERNATIONAL 14 (2018).

12 Weatherill, Stephen, *Law and Values in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 250.

13 Arangüena Fanego, Coral, “Primera aproximación al derecho a un proceso equitativo y las exigencias contenidas en el artículo 6.1 CEDH; en particular, el derecho de acceso a un tribunal”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (Coordinadores), *La Europa de los Derechos (El Convenio Europeo de Derechos Humanos)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 274. Énfasis agregado.

14 Como es obvio, en estas atribuciones “el nivel de detalle varía de tratado a tratado”. Antkowiak, Thomas M. y Gonza, Alejandra, *The American Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Nueva York, 2017, p. 174, en donde luce vasta información comparativa de las garantías judiciales en los sistemas universales y regionales de protección.

prejudicial” a fin de que éste fijara la interpretación del Derecho Comunitario, existiendo una decisión y una directiva de la UE del año 2002 sobre la figura penal en discusión.

Se reedita así ante un tribunal supranacional la problemática de potestades discrecionales de cortes superiores nacionales relativas a la desestimación de recursos con una sumaria fundamentación, tal como en el ámbito argentino realiza la Corte Suprema cuando niega la vía extraordinaria mediante el uso del artículo 280 del Código Civil y Comercial de la Nación o de la Acordada 4 del año 2007.

Siempre se encontrará la tensión entre una nueva revisión del tema y la eficacia del sistema judicial en cuanto logra denegar apelaciones que no considera de calidad o envergadura suficientes. En el caso que comentamos, habían intervenido dos instancias plenas y la cuestión prejudicial fue traída por la parte acusada al final del derrotero procesal, como ya fue dicho.

¿Cuán suprema es hoy una corte frente a un horizonte en donde intervienen tribunales supranacionales, ya sean de derecho de la integración o del sistema internacional de derechos humanos en su versión regional?

A la par del transitado dispositivo del art. 267 del TFUE está previsto ahora la vía de las opiniones consultivas ante el TEDH por parte de las más altas cortes domésticas en virtud del Protocolo número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículos 1 y 10). Habrá que observar cómo se desanda este remedio, ya existente pero ahora remozado con esta variante, en el ámbito del Consejo de Europa.

Por ahora, las instancias supranacionales, tanto de la UE como del aludido Consejo de Europa, no le han llegado a delimitar del todo el terreno a las cortes supremas y constitucionales, en aras a una cooperación judicial eficaz y que contemple los diversos ámbitos de actuación. En términos más generales, coincidimos en que “los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en especial la jurisprudencia del TEDH o de la Corte IDH han forzado un diálogo entre todos los tribunales y propiciado un entendimiento común de los derechos que se salda las más de las veces con la supremacía de quien dice la última palabra”¹⁵.

15 Landa Arroyo, César; Arangüena Fanego, Coral y Ferrer Mc-Gregor, Eduardo, “El derecho al debido proceso”, en García Roca, Javier, Fernández, Pablo Antonio; Santolaya, Pablo y Canosa, Raúl (Editores), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 346.

*“Más allá de la igualdad formal ante la ley.
¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?,*

de Roberto Saba, Siglo XXI Editores,

Buenos Aires, 2016, 304 páginas.

Por MELISA MURUA¹ y CLAUDIA ROCCA²

Roberto Saba, autor de la obra que aquí se reseña, es Abogado (UBA) y se ha recibido de Doctor en Leyes en la Universidad de Yale, bajo la tutoría de Owen Fiss. Es profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de la Universidad de Buenos Aires, de Palermo y del Litoral. Fue perito experto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos de libertad de expresión y de igualdad, y consultor de organismos nacionales e internacionales en temas de derechos humanos, participación ciudadana, transparencia y reforma de justicia.

Fruto de una compilación de trabajos que se inician en el marco de la profunda crisis económico-social del 2001 que azotó a la Argentina, mediante este libro, el autor nos convoca a repensar el criterio clásico de igualdad, desde la teoría estructural, haciendo foco en las generaciones de argentinos que, sumidos en la pobreza, no podían acceder al desarrollo como consecuencia de la situación de subordinación que padecían. Su exploración del alcance y contenido del principio de igualdad constitucional, persigue establecer qué obligaciones y deberes les debe el Estado a los grupos desaventajados de América Latina.

Trazando la diferencia entre la concepción de igualdad como “no discriminación” y la que supone políticas de trato preferencial para aquellos que se encuentran subordinados en razón de su etnia, sexo, clase social o discapacidad, pone de resalto que un distingo en el trato, lejos de discrimi-

1 Abogada (UBA). Docente de Derecho Internacional Público (IUNMA). Actualmente se desempeña en el Ministerio Público Tutelar del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2 Abogada. Docente de la Universidad Nacional de Moreno. Coordinadora Legal y Técnica del Ente Público Espacio para la Memoria Promoción y Defensa de los Derechos Humanos.

minar, puede “incluir” a los desaventajados. Reconfigurando la dogmática jurídica a través de un desarrollo jurisprudencial, muestra al lector cómo “más allá de la igualdad ante la ley” están aquellos sojuzgados a quienes el Estado les debe brindar mayor protección.

El autor nos conduce más allá de la interpretación tradicional de igualdad constitucional, para indagar la relación entre dicho principio y la situación de desventaja estructural en que se encuentran grupos de personas que comparten alguna condición o cualidad. Propone ideas que resultan superadoras de una posición individualista en la interpretación del art. 16 de la Constitución Nacional argentina, pasando a una visión estructural de desigualdad, al mostrar estos grupos como un emergente de la sistemática exclusión y el sojuzgamiento social. Expone la noción de igualdad vinculada al “principio de no sometimiento” que se articula como defensa constitucional frente a situaciones de desigualdad estructural. Luego de un encuadre histórico y filosófico de la problemática de la idea de la igualdad y partiendo de un supuesto inicial en el cual las personas no se excluyen en forma voluntaria o autónoma, revela cuál es el objeto de su tesis estructural: reconfigurar la dogmática jurídica de la igualdad, para generar una profunda transformación en las estrategias procesales, que se plasme en acciones positivas para enfrentar a la desigualdad y las violaciones al derecho al desarrollo.

Saba recomienda analizar la validez constitucional del criterio escogido para sostener un trato diferente, como así también su razonabilidad, es decir, la relación entre el criterio escogido y el fin buscado. Sostiene que la irrazonabilidad de los criterios por no ser funcionales (“categorías sospechosas”) acarrea la presunción de inconstitucionalidad de la regulación y sólo es superable si el Estado logra demostrar un interés estatal urgente o insoslayable. Además de la funcionalidad, propone la prueba del encaje del indicador escogido, para corroborar que se cumplan los criterios exigidos, debiendo verificarse, por último, la legitimidad del fin buscado por la regulación.

En el capítulo 2, Saba aborda las denominadas “categorías sospechosas” como circunstancias que pesan sobre ciertos criterios preestablecidos o cuya aplicación contribuye a perpetuar situaciones de subordinación. Bajo la influencia de Owen Fiss, incluye en su análisis el test

de escrutinio estricto, desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el que logra derrotar la concepción de dicha presunción ligada al principio de no discriminación.

En este recorrido, el autor despliega un magistral análisis de las constituciones de América Latina, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la doctrina de las Cortes Supremas estadounidense y argentina, para proponer una concepción inédita en el campo del derecho, en cuanto considera la igualdad como no subordinación de grupos. Desde esta perspectiva, los órganos de justicia deben involucrarse en la exigencia de espacios fundamentales para la vida de la comunidad: sus decisiones tienen que tomar en consideración al conjunto de ciudadanos cuyos derechos se ven afectados, en vez de limitarse a casos individuales.

Desarrolla aquí un criterio claro para reconocer a una categoría como “sospechosa” esto es: ser contraria a la Carta Magna; ser irrazonable; y (o) que sea utilizada por el Estado para justificar un trato que perjudique a grupos vulnerados o discriminados. Propone entonces dos opciones interpretativas mejoradas.

La primera postula considerarlas como expresión del principio de igualdad como no sometimiento y, por lo tanto, no vinculadas a la razonabilidad (concordancia) de medio a fin. La segunda consiste en que dichas categorías serán permitidas cuando exista un interés estatal urgente en dismantelar una práctica de exclusión y sometimiento estructural de una clase. El Estado es quien debe evitar los tratos desiguales, irrazonables y las situaciones de hecho que perpetúan la exclusión y el sometimiento de clases de personas, mediante la implementación de acciones positivas. Considera que los jueces, siguiendo cierto método, pueden determinar cuándo la distinción es arbitraria, para lo cual deberán identificar la discriminación según el criterio en el cuál se funda y, luego, considerar que la discriminación es arbitraria si el criterio sobre el cual se basa no se relaciona con el fin o propósito que persigue el Estado.

En el capítulo 3, “Igualdad de trato entre particulares”, indaga la relación entre el ideal de igualdad y el trato que los particulares deben darse unos a otros. Analiza la tensión que se produce entre el principio de autonomía personal y el de igualdad. Saba centra su atención en determinar si los derechos constitucionales como los de libertad de expresión y libre

asociación y contratación, pueden limitarse y, en ese caso, cuál sería el alcance de esta limitación, de modo de evitar tratos discriminatorios o desiguales en un sentido estructural.

El autor considera que la Constitución es un límite a la democracia, ya sea en su faceta negativa -restricción al accionar estatal- o como límite positivo -deber de hacer-, según el tipo de decisiones fundacionales que el pueblo ha tomado al sancionar la Carta Magna cuando se la interpreta en el presente.

En el capítulo “Control de Constitucionalidad y desigualdad estructural” convoca a replantear el rol de los jueces en el efectivo control constitucional, su aplicación, y el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en casos que involucren afectaciones estructurales de derechos en general y de desigualdad estructural en especial. Sostiene que el respeto del principio constitucional de igualdad ante la ley, entendida como no sometimiento, resulta exigible tanto al Estado como a los particulares involucrados en la afectación.

Saba confronta el modelo de control judicial de constitucionalidad desarrollado en América Latina con la noción de desigualdad estructural que desarrolla en la presente obra, sosteniendo que los jueces deben visualizar la afectación del derecho en términos colectivos y luego proponer los remedios en términos estructurales.

Delinea entonces un nuevo método de control de constitucionalidad, integrando toda su tesis. El método propuesto está compuesto por las siguientes fases: la conceptualización de derechos y libertades para que su ejercicio sea concebible a partir de acciones estatales; las reglas de los procesos judiciales que deben ser apropiadas para reclamos colectivos -estructurales o no-; los remedios judiciales que deben considerar los reclamos estructurales, implicando -casi siempre- órdenes de hacer; los jueces deben ejercer el rol de “guardianes” de los límites establecidos en la norma fundamental y, por último, el remedio deberá contemplar la reparación y la solución estructural.

El libro concluye con un Epílogo en el que se realiza un análisis histórico y comparado de la evolución del derecho como herramienta para el logro de cambios profundos a nivel social, frente a la desigualdad estructural y la pobreza.

En síntesis, con la presentación de Roberto Gargarella y Paola Bergallo, y prólogo de Owen Fiss, el autor, a partir de un sólido y claro desarrollo conceptual, analiza el modo en que ese nuevo paradigma de igualdad puede regular no sólo la acción del Estado, sino también las relaciones entre particulares (como sucede con los contratos o el derecho de asociación) y los estándares para la decisión judicial.

A la vez, propone que los operadores judiciales se involucren en el reclamo de políticas públicas que dismantelen las situaciones en que normas y prácticas del Estado –y de los particulares– someten a ciertos grupos.

Si bien estos conceptos han tenido un importante impacto, esta obra cobra una especial actualidad en medio de un acelerado proceso de concentración de riqueza que recrudece los fenómenos de exclusión y sojuzgamiento de los sectores más vulnerables. En Latinoamérica se percibe claramente un retroceso en las políticas de inclusión y ampliación de derechos, del que no es ajeno el Poder judicial. La reflexión ineludible que estas páginas proponen se torna más vigente y necesaria que nunca, para promover una actividad judicial que efectivice una auténtica igualdad ante la ley, en garantía del derecho universal al desarrollo autónomo, progresivo y sustentable de los pueblos.

Reseña de la obra de PABLO L. MANILI:

*Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema.
Comentario de sus fallos más trascendentes desde 1863.*

Astrea, Buenos Aires, 2017, 480 páginas

Por MARTÍN CORMICK¹

El libro del Dr. Manili debe ser, seguramente, el estudio más acabado y completo sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se haya editado en nuestro país. Cuenta con un vasto desarrollo de los fallos del máximo Tribunal federal, desde sus inicios hasta mediados de 2017, lo que implica un estudio de cientos cincuenta y cinco años de jurisprudencia, nada menos.

La obra está dividida en capítulos que desarrollan, cada uno, una etapa de la Corte, división que se concentra principalmente en los Presidentes (o partidos políticos) que ejercieron el Poder, y/o en los miembros de la Corte que desarrollaron su rol en esos periodos.

Por su parte, el libro, sin quizás buscarlo como objetivo principal, es un texto de historia argentina, en tanto repasa distintos momentos de nuestra vida institucional, pero desde la mirada de los fallos que se fueron dictando.

Con respecto a la calidad y extensión de su investigación, es inmejorable. Como bien señala el autor, hay pocos libros que analizan el andar de la Corte en estos más de ciento cincuenta años de existencia. Así, si bien existen otros estudios de recortes de tiempo u objeto, no existe, hasta la aparición del presente, un libro que describa –aún en forma sucinta– tantos fallos del Tribunal.

El análisis de una decena de programas de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Profundizado, tanto de Universidades Públicas

1 Abogado (UBA). Profesor de Derecho Constitucional (UNDAV) y de Derecho Administrativo (UNPAZ).

como Privadas, permite afirmar que la gran mayoría de los fallos propuestos en la jurisprudencia obligatoria y opcional de la Corte Suprema se encuentran aquí analizados. Podríamos entusiasmarnos en el ejercicio de encontrar los fallos que no se analizan, pero sería en algún punto un ejercicio injusto, porque siempre existirá un fallo que podamos sugerir para incorporar. Si bien el autor pide disculpas de antemano al advertir que toda selección implica “una materia opinable y subjetiva” (p. 12), no encontramos fallos relevantes ausentes. Ahora bien, quizás hubiera sido de gran utilidad -dada la enorme cantidad de fallos analizados- elaborar un Anexo que los contenga a todos.

Como fue dicho, el libro está dividido en capítulos que desarrollan diversas etapas de nuestra Corte Suprema.

Esta división es muy interesante y nos permite señalar que en los fallos de la Corte -y aunque no es materia del presente libro, todos los fallos-, la personalidad de los jueces, el contexto político, y otras cuestiones, influyen en la toma de decisiones.

En suma, entendemos como positiva la división en etapas. Podrá discutirse, por caso, los nombres elegidos. No lo entiende así Belluscio, quien en el prólogo sostiene que la corrección de la enunciación es indiscutible. No se comparte acabadamente lo expuesto por el jurista. A modo de ejemplo, llama a la Corte de 1929 a 1947 la “presidida por Repetto”, cuando bien le podría caer el nombre que le asigna a la Corte de la 5ª etapa, a quien denomina la Primer Corte de Facto (1955-1958). Aunque se entiende que dicho nombre refiere a que la Corte fue renovada íntegramente en el año 1955, situación inédita hasta entonces y recurrente con posterioridad.

Otro nombre que puede merecer cierto reparo es el de la Corte que asume en 1983 -etapa 10-, a la cual se la denomina “La Corte Garantista”. Si bien el autor puede tener un valor positivo de ese período del máximo Tribunal, el término “garantista”- puede hacer creer al lector que otros períodos democráticos no merecieron resguardo por las garantías constitucionales.

Un último nombre controversial es el elegido para la etapa 2003-2015, denominada la “Corte Mediática de los Kirchner”. Dicha calificación no aparece debidamente explicada con posterioridad y el autor pierde la

oportunidad de denominar este período de otra manera, dado que varios de los integrantes –como bien sostiene en dicho capítulo– tienen probada calidad jurídica.

En otro orden de ideas, merecen destacarse los cuadros que muestran las renovaciones parciales de la Corte (incluso *intra*-etapa), que permiten asociar directamente un fallo a la composición del tribunal de entonces. Este dato, sumado al *curriculum vitae* que acompaña cada inicio de capítulo, nos muestra con qué formación determinada de la Corte y qué integrantes fue dictado determinado fallo.

En ese apartado del libro se puede observar que no se puede advertir la especialidad de cada uno de los miembros de la Corte. Ello, en tanto en algunos sólo podemos conocer algunos de sus cargos anteriores destacados, sin poder advertir su conocimiento específico. Ello hubiera permitido corroborar lo señalado por el autor en la presentación sobre la falta de especialistas en Derecho Constitucional.

Si bien es un cuadro que desde ya no puede abordar todas las temáticas, es más que interesante el análisis efectuado en las páginas 442 y 443, donde encontramos el desarrollo por temas y su evolución de acuerdo a los fallos dictados en cada período. Es cierto que este análisis será siempre arbitrario puesto que no todas las etapas de la Corte tuvieron fallos trascendentales sobre los mismos temas, pero así y todo es un esfuerzo metódico importante que sintetiza en un cuadro sinóptico los avances –o retrocesos– en materia de derechos civiles y políticos, federalismo, entre otros, que resultan de gran utilidad para analizar mejor cada etapa de la Corte.

La utilización de cuadros en la sucesión de miembros, como ya fue dicho, es otro de los hallazgos. Podría haberse repetido para analizar avances y retrocesos en materias de derechos. Claro que no es sencillo en todos los fallos analizar si existió o no retroceso en materia de garantía de derechos, pero no es un ejercicio desdeñable.

Otra cuestión interesante que pudo desarrollarse más es el grado de cercanía de la Corte respecto de los poderes políticos en cada etapa. Al respecto, la “independencia del Poder Judicial”, tan declamada en los propios fallos de la Corte Suprema, tuvo etapas de mayor y menor extensión y el tema se sobrevuela como un apartado más.

Finalmente, una cuestión que merece ser destacada es que si bien no se debaten en los fallos únicamente derechos constitucionales, toda la obra se encuentra analizada bajo el prisma del derecho constitucional, que le da un sentido y unidad que, justamente, y como es marcado por el propio autor, puede faltar en el desarrollo histórico jurisprudencial de la Corte Suprema.

En definitiva, un libro sumamente recomendable por contar con un completo listado de fallos de la Corte, no exentos de su contextualización, que permite repensar el rol institucional–político de nuestro máximo Tribunal.

Reseña de la obra de ANA MARÍA FIGUEROA:
“*El derecho de género*”

Ediar, Buenos Aires, 2017, 250 páginas

por Rocío Solernó¹

Uno de los cometidos fundamentales de reseñar un libro es indicar al público cuál es el aporte concreto que hace esa obra. En el caso del libro publicado por Ana María Figueroa, con apenas comenzar su lectura, el aporte resulta indudable: en esta obra se explica en profundidad, con claridad y con honestidad intelectual la perspectiva de género en el derecho argentino e internacional, sus proyecciones en la Constitución, las leyes y la jurisprudencia locales.

Luego, la autora va un paso más allá y aborda de manera pormenorizada la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en temas de género y la Cámara Federal de Casación Penal –máximo tribunal en materia penal del país– referida al delito de trata de personas y otros delitos relacionados.

Como podemos apreciar a partir de esa prietísima síntesis del contenido de la publicación, en este libro se materializan décadas de desarrollo académico, de estudio y trabajo sobre la problemática de la cuestión de género, tanto en el orden del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del derecho constitucional y de lo que denominamos el derecho *doméstico*.

Para referirnos brevemente a su autora, Ana María Figueroa ha ingresado al mundo judicial luego de muchos años de ejercicio de la profesión, particularmente abocada a casos vinculados con la protección de los derechos humanos. Fue incluso representante de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. A eso se suma su actividad docente y como participante y expositora en múltiples seminarios y congresos.

1 Abogada (UBA). Cursó la Especialización y Maestría en Derecho Penal (Universidad Di Tella). Se desempeña en el ámbito del Poder Judicial de la Nación desde el año 2002.

En el libro que aquí se reseña, Figueroa nos brinda un trabajo completo, con un desarrollo profundo y reflexivo sobre la violencia, la discriminación y los delitos en general de que son víctimas las mujeres, e ingresa de modo particularmente minucioso en el ámbito de la trata de personas –tanto con fines de explotación sexual como laboral–.

Una de las primeras tareas que emprende la autora en el comienzo del libro –particularmente en la Introducción- consiste en una reseña de la evolución histórica de la temática de género y la discriminación contra las mujeres como colectivo. En ese marco, identifica tres etapas de desarrollo desde la instauración del Estado de Derecho: “la primera, donde la discriminación era considerada natural porque se entendía que no eran sujeto de derecho; la segunda, de la igualdad formal o ante la ley y sus avances por medio de acciones positivas para alcanzar la paridad y, finalmente, la tercera etapa en desarrollo, que más tarde o más temprano se alcanzará, desde la igualdad sustancial, el sistema de cuotas y cupos, la paridad, hasta la autodeterminación de las mujeres”.

Resulta indudable que el libro de Figueroa constituye una herramienta clave para el afianzamiento de lo que ella denomina la segunda etapa de desarrollo y la profundización hacia la tercera etapa. Es que solo el estudio concienzudo y pormenorizado de la violencia contra las mujeres y la discriminación del colectivo pueden conducir a la sociedad –y por cierto, a la comunidad jurídica– a realizar un cambio de paradigma, en especial en torno a una cuestión tan profundamente arraigada (estructural, como la denomina la autora) como la desigualdad de género y la concepción de superioridad del hombre.

El libro empieza por abordar un interrogante fundamental: ¿podemos prevenir la violencia contra las mujeres desde el Derecho Penal? Lo cierto es que como bien se señala en el libro –y allí se desarrolla y analiza-, la realidad de los delitos de género y la trata de personas demuestra que si bien el dictado de nuevas legislaciones y la suscripción de normas convencionales constituyen un avance notable, la prevención de las conductas requiere de mayores esfuerzos y compromisos.

Así, Figueroa sostiene que “...solo de esta manera con políticas públicas, información, educación y participación ciudadana podremos tener posibilidades de éxito” y convoca tanto a mujeres como a hombres a invo-

lucrarse en la cuestión, pues se trata de un colectivo que conforma nada menos que más de la mitad de la población.

La autora realiza una observación que resulta medular para entender la violencia contra las mujeres, una “minoría” tan poco minoritaria: “... la violencia no es un comportamiento que nace aislado de los varones contra las mujeres, es el resultado de una sociedad en donde las acciones violentas y discriminatorias se han naturalizado, donde valores como el Estado de Derecho, la democracia, la prioridad de los Derechos Humanos, la tolerancia en la convivencia de una sociedad plural, el arreglo pacífico de las controversias, de acuerdo con los principios de abstención a las amenazas o el uso de la fuerza en desmedro de las integridades territoriales, la independencia política y el respeto a la soberanía de los Estados, ha dejado de ser una de las condiciones esenciales para el adelanto de las mujeres, como del resto de la humanidad”.

En la órbita del desarrollo del aspecto normativo, en este trabajo se analizan de forma muy completa los marcos jurídicos de la trata de personas y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de género. Además, se explica la evolución del paradigma de Derechos Humanos, particularmente el neo constitucionalismo y la injerencia que tuvieron en la suscripción de los tratados internacionales sobre derechos humanos y jerarquización como normas constitucionales con la reforma constitucional de 1994.

De este modo, encontramos en esta obra un tratamiento muy preciso sobre los avances legislativos y políticos que se dieron a partir de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el “Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños” (“Protocolo de Palermo”), así como las modificaciones operadas en la legislación en materia penal, civil, electoral, entre muchas otras.

También aborda y logra precisar conceptos como igualdad y discriminación contra la mujer (tanto en los ámbitos públicos como en los privados) y violencia o practicas violentas.

Luego efectúa un aporte de gran valor para la literatura jurídica, que convierte el libro en una herramienta de gran utilidad para todos aquellos profesionales que nos desarrollamos en el ámbito del Derecho Penal y del derecho de los Derechos Humanos, tanto desde el Estado en sus distintas dependencias (particularmente la Administración de Justicia) como para los abogados litigantes, como lugar de consulta, cita y referencia.

En dos de los capítulos del libro, Figueroa reúne, estudia y sistematiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de género y violencia y la jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal en temas de trata de personas, desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 26.364 (promulgada el 09/04/2008 y publicada en el Boletín Oficial el 29/04/2008).

Mediante el análisis pormenorizado que se realiza respecto del delito de trata de personas como delito complejo, y al que explica como “la específica manifestación de la esclavitud moderna”, la autora logra demostrar la importancia de la suscripción de herramientas normativas supranacionales.

Enseña también que “cuando las víctimas lo son de redes de trata internacionales se ejecuta el delito por verdaderas mafias de crimen organizado, solo se podrá llevar adelante investigaciones con eficacia y terminando con el rescate de las víctimas si existen entre los países convenios de cooperación judicial y acuerdos consulares”.

Para concluir, podemos decir que se trata de una obra indispensable para los estudiantes de Derecho y sumamente recomendable para todos los profesionales, los abogados y abogadas que desde sus diferentes roles, tengan la tarea de intervenir en causas penales en las que mujeres sean víctimas (o incluso imputadas) de delitos, particularmente en casos de trata de persona con fines de explotación sexual o laboral.

Sin embargo, su aporte -o incluso si se quiere, su público- no tiene por qué limitarse a los profesionales del Derecho. Es que si bien el desarrollo de los aspectos normativos y jurisprudenciales de las cuestiones que aborda es muy profundo y minucioso, lo cierto es que en esta obra, la

autora nos acerca y explica conceptos cuya comprensión es fundamental para que operen los cambios de paradigma que se necesitan para que podamos vivir en una sociedad más justa e igualitaria, donde la dignidad humana un valor inalienable y las mujeres puedan desarrollar sus planes de vida con libertad, respeto y pleno ejercicio de todos sus derechos.

Este es sin dudas el llamado que la autora nos hace con su trabajo.

Reseña de las obras de ANÍBAL FILIPPINI

“Jueces y medios”,

Ad-Hoc, Bs. As., 2017, 106 págs., y

“¿Hay un derecho a la mentira?”,

Ad-Hoc, Bs. As., 2016, 96 págs.

Por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY¹

Las dos obras que aquí se reseñan son, en realidad, dos monografías sumamente interesantes. La aclaración es importante dado que ambos trabajos por su extensión -96 y 106 páginas respectivamente- son meros disparadores de preguntas que el autor se hace sobre el periodismo, los jueces, la libertad de expresión, la democracia y el honor de las personas, en el marco de una sociedad que se complejiza cada día más y donde la verdad al momento de informar importa cada día menos.

En numerosas oportunidades hemos señalado la relevancia de la libertad de expresión en las sociedades democráticas tanto en su aspecto individual como colectivo. Además, hemos advertido de la necesidad de que los seres humanos tengamos la suficiente información para poder tomar decisiones, entre las que se destaca la elección de autoridades y representantes, lo cual vuelve esenciales a los comunicadores.

Pero la realidad nos muestra que lo que se informa no siempre es lo que realmente ocurre. Por eso Filippini se pregunta si existe un derecho a la mentira y cuál es la responsabilidad que los medios tienen, principalmente en el ámbito civil, cuando violan derechos de los individuos, en particular, el derecho al honor.

En los trabajos que aquí se reseñan también se reflexiona muy críticamente sobre una práctica extendida en la actualidad que es la “filtración” de información que solo quienes dirigen un proceso pueden tener.

1. Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor adjunto de Derechos Humanos (UNPAZ, UNDAV, UBA). Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” y Director de Proyectos de Investigación en Derecho.

El autor acertadamente cuestiona el rol de los jueces y la mediatización del Poder Judicial.

Esto resulta interesante en momentos donde impera la “posverdad” y ya no importa tanto lo que finalmente se decida en un juicio acerca de la responsabilidad o no de un individuo sino la impresión que se le genera a la opinión pública sobre lo ocurrido en los primeros momentos posteriores a la noticia. De ahí que en la actualidad se busca instalar que la prisión preventiva es más relevante que la condena y los medios sugieren que las personas son culpables sin importar si años después resultan inocentes. Solo a modo de ejemplo, recuérdese cómo los medios insinuaban la responsabilidad de la pareja de la madre de una mujer que finalmente había sido asesinada por el portero del edificio donde vivía solo porque no les agradaba su cara, es decir, les parecía sospechoso a partir de teorías lombrosianas. Algo debe esconderse decía y con eso mancillaron la reputación de una persona que era claramente inocente.

El autor analiza algunos códigos de ética periodísticos y manuales de estilo, que cada día son menos respetados por quienes ejercen la profesión. Ello se debe fundamentalmente a que los medios ya no reflejan la realidad sino que actúan sobre ella, adaptándola a sus propias necesidades. Teniendo esto en consideración, resulta razonable que los periodistas, que son empleados de estos medios, tengan su capacidad restringida a los intereses de quien los contrata. De allí que la “objetividad” e “independencia” absoluta que parte del periodismo se adjudica resulta ilusoria, puesto que la información se ve atravesada por varias subjetividades: la del periodista, por un lado, y la de la empresa que le paga su sueldo y no está dispuesta a publicar cualquier cosa que afecte sus intereses, por el otro.

Filippini también reflexiona sobre la mentira y sus diferentes formas, cuestión que día a día experimentamos en la Argentina: el ocultamiento de datos, la adición de testimonios inexistentes, la deformación de las fuentes, ya sea exagerando o minimizando lo ocurrido. En la actualidad los medios practican una perversa forma de control social a través de la distracción del público a partir de inundarlo con información insignificante para que no se interese sobre lo realmente relevante. El autor señala además que frecuentemente se inventan noticias y se prolongan la

vigencia de un tema o persona, al solo efecto de desprestigiarla aunque la noticia carezca de actualidad.

Por otra parte, el autor señala que no es posible seguir abordando el quid de la responsabilidad civil de los medios con herramientas del siglo pasado. Esta cuestión que remarcamos frecuentemente en los cursos de grado y posgrado se vuelve imperativa toda vez que la velocidad con la que se propaga hoy en día una información falsa, produce una afectación a los derechos de la persona involucrada que se prolonga en el tiempo y, en determinadas ocasiones, va mucho más allá de lo que pretende quien la difunde. Las noticias no solo se replican en radio, televisión y la prensa gráfica sino que el surgimiento de Internet y las redes sociales hacen que el flujo de la información sea incontrolable. Entonces hay que preguntarse si la responsabilidad civil ulterior basta en la actualidad a los fines de proteger el honor de las personas. En tiempos donde hay ejércitos de trolls replicando la misma información para instalar una noticia falsa, ¿a quien se lo debe responsabilizar por su difusión? Además, aun si se condena a quien publicó la información, con solo escribir el nombre de la persona aludida en los buscadores de internet la noticia vuelve a aparecer una y otra vez en blogs y el afectado se “revictimiza”. ¿Cómo hace un juez para mensurar este daño futuro?

En este sentido, el autor sostiene que la responsabilidad de las megaeempresas de medios debe ser agravada y no podrían invocar plácidamente la denominada “doctrina de la real malicia” a diferencia de los periodistas. Filippini entiende que esta doctrina se ha convertido en un arma letal en manos del empresariado mediático por la dificultad de los individuos de demostrar el dolo o la inexcusable negligencia de los medios. Coincidimos en este aspecto que deberían aplicarse las cargas dinámicas de la prueba.

El autor concluye que en la práctica la doctrina “Campillay” sumada a la doctrina de la real malicia han consagrado la impunidad de los gigantes de la industria de la información. En este sentido, utiliza el ejemplo de la consagración de la mentira y la impunidad a partir del tándem que se produce entre. 1) la prensa que publica cientos de falsedades atribuidas a 2) legisladores que tienen inmunidad parlamentaria que puede extenderse a las reclamaciones civiles. ¿Quién no ha leído las permanentes

denuncias que realizan los miembros del Congreso sin ningún tipo de miramientos? De este modo, frente a la concentración empresaria, no solo el individuo queda desprotegido, sino que en muchos casos ello también se aplica a funcionarios públicos que son víctimas de operaciones en sus contras sobre temas que no se relacionan con sus ministerios.

Por último, compartimos con Filippini su crítica a utilización del potencial como modo verbal o la atribución de una frase a una fuente que no se identifica como formas de afirmar lo que se quiere insinuar pero sin generar responsabilidad a los medios. En los pasillos de tribunales se comentan que tal persona sería condenada porque hay suficiente prueba de que robó tanto dinero. Frases como ésta son de uso permanente por los formadores de opinión que tratan de incidir permanentemente en la vida política del país. Pero en la práctica se advierte que el discurso utilizado al dar esas noticias no es conjetural sino asertivo y bajo el ropaje de la duda se está afirmando que algo ocurrió.

En síntesis, Filippini pone sobre la mesa una serie de cuestiones que merecen ser discutidas en profundidad para lo cual las dos obras que se reseñan sirven como punto de partida.

Revista

Debates sobre Derechos Humanos

Número 2 • Año 2018

Director:

Sebastián Alejandro Rey

Equipo de redacción:

Gabriel Fernando Bicinskas

Marisol Dorrego

Edición gráfica:

mónadanomada

ediciones@monadanomada.com.ar

Gándara 2599 (1431) CABA, Argentina.

Para comunicarse con nosotros o enviarnos artículos,
por favor remitir a: **debatesddhh@gmail.com**

ISSN: 2591-670X

Los artículos representan la opinión de sus autores.

© 2018, de los autores

Editado en Buenos Aires, Argentina.