

Derechos Humanos

AÑO III NÚMERO 6-B

Director: Sebastián Alejandro Rey



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

 Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO III - NÚMERO 6-B

Derechos Humanos

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

Lic. María Florencia Carignano

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

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN: 2314-1603

Derechos Humanos

Año III - N° 6 B - Edición: junio 2014.

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

Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras

Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin

Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

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

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

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

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

Sebastián Alejandro Rey

Director

Ana Oberlin

Fernando Valsangiacomo Blanco

Juan Pablo Vismara

Secretarios de Redacción

Ariel Bernal - María Laura Iseas

Jorge Murillo - Iñaki Regueiro de Giacomini

Colaboradores

Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

Juliana Bravo Valencia

Pablo Ceriani Cernadas

Luciana Díaz Ávila

Guillermo Díaz Martínez

Marcos Ezequiel Filardi

Leonardo Franco

Lila Emilce García

Alan Iud

Nicolás Laino

† Rodolfo Mattarollo

Silvina González Napolitano

María José Lubertino

Stella Maris Martínez

Diego Morales

Pedro Mouratian

Alejo Ramos Padilla

Marcelo Raffin

José Ernesto Rey Cantor

Fabián Salvioli

Liliana Tojo

Juan Antonio Travieso

Carolina Varsky

José Luis Zerillo

Silvina Zimmerman

Índice

Volumen 6-A

Doctrina p. I

La marcación de la víctima en el genocidio.

Algunos aspectos relativos a la construcción del otro como enemigo

por PEDRO MOURATIAN p. 3

Sentimientos y derecho. Un enfoque corpóreo de la justicia

durante los juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina

por EVA VAN ROEKEL p. 17

Los inicios del Plan Clandestino de Represión en el período 1966-1973 en Argentina

por DAIANA FUSCA p. 51

Jurisprudencia anotada p. 79

Recusación por falta de imparcialidad del juzgador.

CSJN, “Patti, Luis Abelardo y otros s/ causa n° 15.438”, 10 de julio de 2013

por DAVID MIELNIK p. 81

Derecho a la vivienda adecuada.

CSJN, “Escobar, Silvina y otros s/ inf. art. 181, inc. 1 CP”, 1 de agosto de 2013

por PATRICIA LÓPEZ VERGARA p. 95

Libertad de expresión. Doctrina de la real malicia.

CSJN, “Barrantes, Juan Martín; Molinas de Barrantes, Teresa -

TEA SRL c/ Arte Radiotelevisivo Argentino SA”, 1 de agosto de 2013

por MARINA CHERTCOFF p. 119

Obligatoriedad de los informes de la CIDH.

CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut”, 6 de agosto de 2013

por JAMES ERNESTO VÉRTIZ MEDINA p. 127

ÍNDICE

Derecho a la salud.

CSJN, “Tolosa, Nora Elida y otro c/ Swiss Medical SA s/ cobro de sumas de dinero”,
27 de agosto de 2013

por RODRIGO ROBLES TRISTÁN p. 147

Derecho a la libertad de expresión. Plazo razonable del proceso.

Corte IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C N° 265

por SECRETARÍA DE DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN p. 155

Garantías en procesos de cesación de magistrados.

Corte IDH, “Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros)
vs. Ecuador” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas),
sentencia de 23 de agosto de 2013, Serie C N° 266 y “Caso del Tribunal
Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador” (Excepciones Preliminares, Fondo,
Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C N° 268

por DIRECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS y CULTOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, DERECHOS HUMANOS y
CULTOS DE ECUADOR..... p. 173

Obligación de investigar casos de tortura.

Derecho de circulación y de residencia en casos de exilio.

Corte IDH, “Caso García Lucero y otras vs. Chile” (Excepción Preliminar,
Fondo y Reparaciones), sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C N° 267

por CLARA SANDOVAL, MARÍA VALLES y JOSEPHINE WRAGGE p. 193

Personas defensoras del medio ambiente.

Obligación de investigar violaciones de derechos humanos.

Corte IDH, “Caso Luna López vs. Honduras”
(Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C N° 269

por ALEJANDRA NUÑO..... p. 215

Derechos de las personas privadas de la libertad.

CIDH, Informe sobre la situación de las personas privadas de la libertad en Honduras,
18 de marzo de 2013

por EDY TÁBORA p. 235

Pena de muerte. Discapacidad mental. Trato inhumano.

CIDH, Informe 52/13, Clarence Allen Lackey y otros; Miguel Ángel Flores
y James Wilson Chambers (Fondo), Estados Unidos, 15 de julio de 2013

por MARK WARREN p. 259

ÍNDICE

Derecho del imputado a la asistencia letrada. TEDH, <i>Martin v. Estonia</i> , 30 de mayo de 2013 por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ	p. 275
Derecho a enterrar familiares fallecidos. Terrorismo. TEDH, <i>Sabanchiyeva y otros c. Rusia</i> , 6 de septiembre de 2013 por AGUSTÍN MOGNI	p. 283
Convencionalidad de la pena de prisión perpetua. TEDH, <i>Vinter y otros c. Reino Unido</i> , 9 de julio de 2013 por GUSTAVO MARTÍN IGLESIAS.....	p. 291
Derecho a la educación universitaria. Restricciones. TEDH, <i>Altinay c. Turquía</i> , 9 de julio de 2013 por MARISOL DORREGO	p. 313
Violencia de género. Derecho a la vida privada. TEDH, <i>B. c. Moldavia</i> , 16 de julio de 2013 por SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ	p. 319
Principio de legalidad. Irretroactividad de la ley penal. TEDH, <i>Maktouf y Damjanović c. Bosnia y Herzegovina</i> , 18 de julio de 2013 por LAURA BELLOQUI	p. 329

Volumen 6-B

Debido proceso. Presunción de inocencia. TEDH, <i>Ürfi Çetinkaya c. Turquía</i> , 23 de julio de 2013 por KATIA ROSENBLAT.....	p. 361
Salud mental. Derecho a la vida familiar. TEDH, <i>Dmitriy Ryabov c. Rusia</i> , 1 de agosto de 2013 por MARIANO LAUFER CABRERA y FACUNDO CAPURRO ROBLES.....	p. 369
Cuestiones procedimentales del derecho a la vida privada y familiar. Interés superior del niño. TEDH, <i>Antonyuk c. Rusia</i> , 1 de agosto 2013 por MARISOL DORREGO	p. 387

ÍNDICE

Desaparición forzada de personas. Deber de investigar. TEDH, <i>Saidova c. Rusia</i> , 1 de agosto de 2013 por KATIA ROSENBLAT	p. 391
Derecho al voto de los condenados. TEDH, <i>Söyler c. Turquía</i> , 17 de septiembre de 2013 por AGUSTÍN MOGNI	p. 395
Prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes. Violencia policial. TEDH, <i>Dembele c. Suiza</i> , 24 de septiembre de 2013 por KATIA ROSENBLAT	p. 399
Derecho a la libertad de expresión. Funcionarios públicos. TEDH, <i>Belpietro c. Italia</i> , 24 de septiembre de 2013 por MARISOL DORREGO	p. 405
Derecho a la educación en contextos carcelarios. TEDH, <i>Epistatu c. Rumania</i> , 24 de septiembre de 2013 por RODRIGO ROBLES TRISTÁN	p. 409
Derecho a la privacidad. Prohibición de discriminación. TEDH, <i>I. B. c. Grecia</i> , 3 de octubre de 2013 por HORACIO RICARDO GONZÁLEZ	p. 417
Derecho a la libertad de expresión en Internet. TEDH, <i>Delfi AS c. Estonia</i> , 10 de octubre de 2013 por MARISOL DORREGO	p. 431
Uso de la fuerza en allanamientos. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. TEDH, <i>Gutsanovi c. Bulgaria</i> , 15 de octubre de 2013 por ADRIÁN MARTÍN y GONZALO FREJEDO	p. 437
Derecho a la vivienda. TEDH, <i>Winterstein et autres c. Francia</i> , 17 de octubre de 2013 por KATIA ROSENBLAT	p. 453
Derecho a la integridad personal de las personas privadas de la libertad. Traslados de detenidos. TEDH, <i>D. F. c. Letonia</i> , 29 de octubre de 2013 por NICOLÁS LAINO	p. 461

ÍNDICE

Plazos de detención.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1787/2008,
Zhanna Kovsh (Abramova) v. Bielorrusia, 5 de julio de 2013
por JULIA BEN ISHAI p. 477

Desaparición forzada de personas. Derecho al recurso efectivo frente a normas de perdón.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicaciones 1807/2008 y 1791/2008
por RODRIGO ROBLES TRISTÁN p. 481

Derecho de reunión pacífica.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1948/2010,
Denis Turchenyak y otros c. Estado de Bielorrusia
por JULIA BEN ISHAI p. 491

Derecho a la libertad de religión. Prohibición de discriminación.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 1928/2010,
Mann Singh c. Francia, 26 de septiembre de 2013
por MARINA CHERTCOFF p. 497

Detención de solicitantes de refugio por tiempo indeterminado.

ONU, Comité de Derechos Humanos, Comunicación 2094/2011, 28 de octubre de 2013
por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ p. 503

Discriminación racial y libertad de expresión.

ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación 48/2010,
10 de mayo de 2013
por GIULIANA MUCCI MIGLIANO p. 511

Inadmisibilidad por litispendencia.

Comité contra la Tortura, Comunicación 479/2011, 19 de julio de 2013
por MARINA CHERTCOFF p. 517

Entrevistas

p. 521

Entrevista a E. Raúl Zaffaroni (Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
de la República Argentina. Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires)..... p. 522

Entrevista a Martín Fresneda

(Secretario de Derechos Humanos de la Nación) p. 529

ÍNDICE

Reseñas bibliográficas p. 54I

Tratado de los Tratados Internacionales Comentados
por VICTORINO F. SOLÁ.....p. 543

Los derechos humanos en la justicia del trabajo. Nuevas perspectivas interdisciplinarias
por R. FEDERICO SILGUERO CORREA.....p. 569

Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos
por ANA OBERLIN.....p. 575

Construcción de la Memoria. Conversaciones sobre dictadura y genocidio
por MARTÍN AVILA.....p. 587

Violencia familiar. Aspectos prácticos
por FLORENCIA LOSIO.....p. 595

Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional
por RAÚL OSVALDO ARRIETA.....p. 599

Novedades p. 603

Fuentes citadas p. 623

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gob.ar

Debido proceso

Presunción de inocencia

TEDH, *ÜRFI ÇETINKAYA c. TURQUÍA*,
23 de JULIO de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En 2003, el demandante fue detenido provisoriamente por tráfico de estupefacientes, más precisamente, por su supuesta relación con el tráfico internacional de heroína. Durante la investigación se hallaron cantidades considerables de la misma.⁽²⁾ Dos testigos anónimos fueron oídos por la policía, transmitiéndose sus deposiciones a la *Cour d'Assises*. Su contenido exacto no fue puesto a disposición de la defensa. El 19 de abril de 2007 el peticionario fue condenado a veinticuatro años de prisión por tráfico de heroína en banda organizada. El 27 de marzo de 2008, la Corte de Casación indicó que los testimonios indicados no pueden servir de fundamento a la condena y que el caso debía resolverse a la luz de otros elementos de prueba.

.....

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

(2) TEDH, *Ürfi Çetinkaya c. Turquía*, demanda n° 19866/04, sentencia de 23 de julio de 2013, párrs. 8/10. El 5 de noviembre de 2003 se halló media tonelada de heroína en paquetes de un kilo dentro de una camioneta en Estambul. El mismo día se encontraron dos kilos de heroína en el domicilio de uno de los sospechosos. Al día siguiente se descubrieron importantes cantidades de sustancias químicas (morfina-base, pasta de opio y carbonato de sodio) en un laboratorio en Rize.

El 20 de marzo de 2004, en otra investigación iniciada por la policía de Estambul, un confidente afirmó que el demandante continuaba dirigiendo sus negocios desde la prisión. A partir de la información brindada por aquel, se encontraron 4410 kilos de morfina-base en un hangar. El peticionario fue absuelto en la audiencia. La Corte de Casación revocó parcialmente el fallo.

La Décima Cámara de la *Cour d'Assises* de Estambul unió los dos casos. Mientras se sustanciaba el proceso, los abogados defensores presentaron numerosas demandas de puesta en libertad de su cliente, sosteniendo que su estado de salud no era compatible con la detención. La *Cour d'Assises* ordenó mantener la detención, dadas las fuertes sospechas de culpabilidad contra el peticionario y la naturaleza y gravedad de la infracción, rechazando las demandas de puesta en libertad. Además, afirmó que otras medidas de control judicial no permitirían el mismo resultado.

El 5 de diciembre de 2003, en el marco de nuevos hallazgos,⁽³⁾ el comando general de la gendarmería publicó un comunicado de prensa que indicaba que se había descubierto un sitio de producción de heroína. Asimismo, relataba que parecía estar vinculado con lo confiscado el 6 de noviembre de 2003 y con "el traficante internacional de droga Ürfi Çetinkaya".⁽⁴⁾ Se abrió una nueva instrucción contra varios individuos, entre ellos el demandante.

El peticionario también fue condenado, el 25 de febrero de 2007, a quince años de prisión, tras la confiscación de veintidós toneladas de estupefacientes en el año 2000. La *Cour d'Assises* de Adana decidió que el interesado disponía de la posibilidad de beneficiarse con una libertad condicional por buen comportamiento, pero no pudo efectuarse por órdenes de la *Cour d'Assises* de Estambul.

Según un informe del 27 de febrero de 2001, confirmado por otro del 9 de mayo del mismo año, el peticionario padecía una parálisis de sus miembros inferiores causada por una herida de arma de fuego, así como una paraplejía espástica y una "anestesia bilateral T5". Es por ello que necesitaba de la asistencia de un tercero. También sufría de incontinencia

(3) *Ibid.*, párr. 27. La policía secuestró 2.5 toneladas de anhídrido acético y 3 toneladas de carbonato de sodio, dos sustancias utilizadas en la síntesis de la heroína.

(4) *Ibid.*, párr. 29, "le trafiquant international de drogue Ürfi Çetinkaya".

urinaria, lo cual lo obligaba a utilizar una sonda y un contenedor de manera permanente. Padece, asimismo, de retención fecal. Por todo ello, los médicos recomendaron la suspensión indeterminada de su detención.

De acuerdo con los dichos y con las pruebas aportadas por el gobierno, el interesado era examinado regularmente por el personal médico de la prisión, además de los servicios especializados del hospital público de Kocaeli, tanto para exámenes como para cuidados que no podía proveer la prisión, a la vez que afirmaron que le suministraban los medicamentos necesarios. También se adecuó su celda a las demandas de los médicos con el fin de facilitar su estadía en la cárcel.

Un informe realizado en 2010 no se refirió a la incompatibilidad del estado de salud del demandante con las condiciones de detención, sino que se limitó a enumerar sus síntomas.⁽⁵⁾

El peticionario inició diversas acciones judiciales contra numerosos diarios en razón de su derecho de respuesta ante imputaciones difamatorias y por presentarlo como traficante de drogas cuando nunca había sido condenado por tráfico de estupefacientes ni había pruebas concluyentes en su contra. El Tribunal de Instancia de Şişli hizo lugar a sus pedidos. Los diarios apelaron las decisiones mencionadas y el Tribunal Correccional de Şişli decidió conforme a las oposiciones. El fundamento utilizado consistió en que los diarios habían relatado los hechos tal como aparecían y que la búsqueda de la verdad no correspondía a los periodistas.

2 | Análisis

El demandante sostiene que su detención constituye malos tratos, incompatibles con el art. 3º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio o CEDH).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) recuerda como principio general en la materia que, para que un

.....

(5) *Ibid.*, párr. 47. Paraplejia con hipostesia distal (disminución de la sensibilidad en las extremidades de sus miembros), incontinencia neurológica, desviación del tabique nasal y secuelas traumáticas de las vértebras dorsales.

trato pueda ser calificado de inhumano o degradante, el sufrimiento y la humillación infringidos a la víctima deben ser mayores que los inherentes a la pena legítima,⁽⁶⁾ sin olvidar que el Estado tiene la obligación de que su sistema penitenciario respete la dignidad humana.⁽⁷⁾ Esto implica, entre otras cosas, la administración de los cuidados médicos requeridos.⁽⁸⁾

Es por todo lo anterior que el Tribunal cree que, en primer lugar, en casos en que la salud del detenido es absolutamente incompatible con su detención, puede exigirse su liberación en virtud del art. 3° ya mencionado.⁽⁹⁾ En segundo lugar, puede violarse este artículo a través de la falta de cuidados médicos apropiados.⁽¹⁰⁾ Por último, el ambiente carcelario debe adaptarse, de ser necesario, a las necesidades especiales del detenido para que las condiciones de detención no atenten contra su integridad moral.⁽¹¹⁾

Respecto del primer punto, la Corte informa que, desde el encarcelamiento del peticionario en 2003, ningún médico aseguró que los cuidados requeridos por aquel necesitaran de hospitalización ni que fueran incompatibles con la detención.⁽¹²⁾

En cuanto a la segunda cuestión, consta que el interesado recibe cuidados tanto dentro de la unidad médica de la prisión como en los servicios competentes de los hospitales públicos. Estos no solo se refieren a atenciones dirigidas a su discapacidad, sino también a otros aspectos de la salud, tales como problemas dentarios u otorrinolaringológicos. Además, se le brindan los medicamentos que le prescriben los médicos.⁽¹³⁾

.....

(6) *Ibid.*, párr. 87. Ver *Jalloh c. Alemania* [GC], demanda n° 54.810/00, CEDH 2006-IX, párr. 68.

(7) *Ibid.*, párr. 88. Ver *Choukhovoi c. Rusia*, 27 de marzo de 2008, demanda n° 63955/00, párr. 31 y *Benediktov c. Rusia*, 10 de mayo de 2007, demanda n° 106/02, párr. 37.

(8) *Ibid.*, párr. 89. Ver *Mouisel c. Francia*, demanda n° 67263/01, CEDH 2002-IX, párr. 40.

(9) *Ibid.*, párr. 90.

(10) *Ibid.*, párr. 91.

(11) *Ibid.*, párr. 92.

(12) *Ibid.*, párr. 96.

(13) *Ibid.*, párrs. 102/203.

Finalmente, las condiciones de detención se adecúan cada vez más a la situación del demandante,⁽¹⁴⁾ facilitándole su vida cotidiana. La asistencia precisada por el peticionario no fue cuestionada por él, aunque pareciera ser que usualmente recibe ayuda de sus compañeros de prisión.

En razón de los argumentos presentados, el Tribunal concluye que existen numerosos recursos internos disponibles para el caso en que las condiciones de detención agraven el estado de salud del interesado, por lo cual no existe violación del art. 3°.a del Convenio.

El demandante protesta por la duración excesiva de su detención, basándose en el art. 5°.3 del Convenio. El TEDH recuerda que los períodos de prisión preventiva que coinciden con los de cumplimiento de una pena de prisión no deben tenerse en cuenta a los fines del art. 5°.3.⁽¹⁵⁾ Dicho esto, la duración total de la detención en cuestión abarca más de 7 años y 9 meses. Según el Tribunal, los motivos esbozados por los jueces de fondo —la existencia de indicios graves de culpabilidad— no pueden considerarse pertinentes y suficientes. Es por ello que hubo violación del art. 5°.3 del Convenio.⁽¹⁶⁾

El peticionario sostiene, a su vez, que las autoridades atentaron contra su derecho a la presunción de inocencia. Para ello invoca los arts. 6°.2 y 13 del Convenio. El TEDH decide considerar solo al primero.

El demandante funda su petición en que ciertos diarios lo presentaron como culpable de hechos reprochables, usando información brindada por los responsables de la investigación en su contra. Reprocha a las autoridades que no hayan desmentido dicha información, así como el hecho de que no hayan hecho lugar a sus demandas de publicación de su derecho de respuesta.

El TEDH entiende que, si la presunción de inocencia del art. 6°.2 figura entre los elementos del debido proceso exigido por el art. 6°.1, entonces no se limita a una garantía procesal en materia penal, sino que se extiende

.....

(14) *Ibid.*, párr. 109. Se instalaron barras metálicas para que hiciera ejercicio, reemplazaron su colchón, agrandaron todas las puertas para que pudiera pasar cómodamente, instalaron baños “a la occidental”, etcétera.

(15) *Ibid.*, párr. 124.

(16) *Ibid.*, párrs. 129/131.

al punto de exigir que un representante del Estado no declare que una persona es culpable de una infracción antes de que ello sea establecido por un tribunal.⁽¹⁷⁾

La presunción de inocencia se ve vulnerada por declaraciones o actos que reflejen la idea de que la persona es culpable y que inciten al público a creerlo o prejuzguen sobre la apreciación de los hechos por un juez competente.⁽¹⁸⁾

De esta manera, el art. 6°.2 requiere que las autoridades, si informan al público sobre investigaciones penales, lo hagan con la mayor discreción y de manera reservada. Si las autoridades no pueden considerarse responsables de los actos de la prensa, sí responden por sus propias declaraciones.⁽¹⁹⁾

El Tribunal recuerda que la libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede afectar los derechos a la reputación de las personas.⁽²⁰⁾

Es por todo lo anterior que el TEDH considera que la utilización del término “traficante internacional de estupefacientes” respecto del demandante incita al público a creer que aquel es culpable y prejuzga sobre la apreciación de los hechos por un juez competente,⁽²¹⁾ lo cual vulnera la presunción de inocencia (art. 6°.2 del Convenio).

3 | Consideraciones finales

En el caso en cuestión, el Tribunal resuelve sobre tres cuestiones, a saber: la presunta violación a la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 3°), el supuesto exceso en el plazo de duración de la prisión preventiva (art. 5°) y la vulneración del principio de inocencia (art. 6°), todos en perjuicio de Ürfi Çetinkaya.

.....

(17) *Ibid.*, párr. 138. Ver *Karadağ c. Turquía*, demanda n° 12976/05, 29 de junio de 2010, párr. 60.

(18) *Ibid.*, párr. 139. Ver *Y.B. et autres c. Turquía*, demandas n° 48173/99 y 48319/99, 28 de octubre de 2004, párr. 50.

(19) *Ibid.*, párr. 141.

(20) *Ibid.*, párr. 143. Ver *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega* [GC], demanda n° 21980/93, CEDH 1999III, párr. 59.

(21) *Ibid.*, párr. 148.

En cuanto a la última cuestión, la mayoría del Tribunal adopta un criterio que parece novedoso. El hecho de responsabilizar a las autoridades por lo que se exprese en los medios cuando esto vulnere la presunción de inocencia no siempre se realiza y su difusión podría ayudar a ampliar dicho principio fundamental en el derecho penal. El rol de la prensa en la opinión pública es incuestionable, es por ello que lo que difunda puede afectar enormemente la vida de los involucrados, sobre todo cuando estén siendo sometidos a un proceso penal. De esta manera, la protección de las personas que contiene la presunción de inocencia no debe ceder ante las declaraciones de las autoridades en los medios. Como dice el Tribunal, estas deben guardar discreción y reserva a la hora de informar sobre un proceso en curso.

Salud mental

Derecho a la vida familiar⁽¹⁾

TEDH, *DMITRIY RYABOV c. RUSIA*,
1 de AGOSTO de 2013

por **MARIANO LAUFER CABRERA** y **FACUNDO CAPURRO ROBLES**⁽²⁾

I | Introducción

En el presente artículo aprovecharemos el reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Dmitriy Ryabov c. Rusia*⁽³⁾ para realizar algunos comentarios respecto del estado de la cuestión legal y jurisprudencial en que nos encontramos, luego de la vigencia de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Analizaremos ciertos obstáculos y desafíos pendientes en los diversos sistemas normativos nacionales con el objetivo de reducir o eliminar la brecha entre lo que exige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en cuanto a la protección legal que debe otorgarse a las personas con discapacidad y lo que sucede en la realidad y práctica cotidiana de los países.

En este sentido, cabe aclarar que el objeto de este texto no es analizar exhaustivamente todos los aspectos tratados en el fallo aludido ni hacer especial hincapié en el tema de la patria potestad —uno de los temas de derecho civil local atravesado por el caso—; sino aportar una mirada

(1) Le agradecemos a Lautaro Gabriel Silva la esencial colaboración en la traducción de la sentencia.

(2) Abogados (UBA). Docentes en las áreas de los derechos humanos, la salud mental y la discapacidad.

(3) TEDH, *Dmitriy Ryabov c. Rusia* (n° 33774/08), 1 de agosto de 2013.

crítica sobre algunos de los aspectos decididos por el TEDH que, a nuestro juicio, merecen una mayor reflexión.

En particular, nos interesa marcar la relación del fallo con la idea aún subyacente del derecho occidental, vinculada al viejo estigma de la “peligrosidad”, la “enfermedad mental”, y la aparentemente inevitable “incapacidad” para ejercer ciertos derechos civiles (dentro de los cuales se encuentra la patria potestad). En última instancia, aportar ejes críticos para pensar cómo el principio universal de *ius cogens* —no discriminación— podría operar plenamente en el campo de la salud mental y la discapacidad psicosocial, a partir de los notables avances normativos a nivel de tratados de derechos humanos experimentados en la primera década del siglo XXI.

Empezaremos por el análisis del uso de la doctrina del **margen de apreciación** y del **interés superior del niño**; la adecuación del Código Civil de Rusia al modelo social de la discapacidad planteado por la CDPD; y respecto del concepto de “peligrosidad” como fundamento para restringir derechos a la luz de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Posteriormente, reseñaremos algunos estándares respecto de medidas favorables, que deben adoptarse para garantizar los derechos de las personas con discapacidad. En particular, el derecho a la protección integral de la familia. Finalmente, realizaremos un test de compatibilidad del decisorio del TEDH en relación con los mandatos de la normativa argentina sobre salud mental —en especial, la Ley Nacional de Salud Mental (26.657)—.⁽⁴⁾

2 | El caso *Dmitriy Ryabov c. Rusia*⁽⁵⁾

2.1 | Los hechos

A Dmitriy Ryabov le diagnosticaron un trastorno mental: esquizofrenia paranoide. Él y su esposa, quien tenía el mismo diagnóstico, tuvieron un hijo. Poco después de que naciera, el niño fue puesto temporalmente al cuidado de sus abuelos. Según Dmitriy Ryabov, a causa de que tanto él como su

(4) La Ley Nacional de Salud Mental (26.657) fue sancionada por el Congreso Nacional el 25 de Noviembre de 2010, promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional el 2 de diciembre de 2010 a través del decreto 1855/2010 y publicada en el Boletín Oficial el 3 de diciembre de 2010.

(5) TEDH, fallo cit.

esposa se encontraban imposibilitados —en tal oportunidad— de cuidarlo, debido al empeoramiento de la salud mental de su esposa. Sin embargo, después de que el niño se fuera a vivir con sus abuelos, Dmitriy Ryabov mantuvo relación con su hijo; pues lo visitaba regularmente, pasaba tiempo con él, lo llevaba a eventos sociales y culturales y le llevaba libros, juguetes y ropa.

Ante el pedido de la abuela, la autoridad local de custodia le asignó la guardia del niño; puesto que consideró motivo particularmente de peso que la madre del niño haya estado bajo tratamiento en un hospital psiquiátrico y que Ryabov no haya estado viviendo con su hijo.

La abuela, posteriormente, inició procedimientos para restringir la patria potestad de los progenitores.

En ese contexto, el psiquiatra de Dmitriy Ryabov dictaminó que era cierto que sufría de un desorden mental y que tenía cambios de estado periódicos, pero que en remisión estaba equilibrado y podía trabajar. No presentaba síntomas psicóticos, delirios, o cambios intelectuales ni de personalidad. Nunca había tendido a comportarse agresivamente con él mismo o con otros. Por ello, su estado de salud mental no afectaba su habilidad para cuidar de su hijo ni para criarlo. Tampoco planteaba ningún peligro para la vida o salud del niño. Estas conclusiones resultaron confirmadas por una evaluación psiquiátrica posterior, que reafirmó que Dmitriy Ryabov no presentaba ninguna tendencia socialmente peligrosa y que su condición mental no perjudicaba su habilidad de cumplimentar sus deberes parentales.

Sin embargo, la autoridad de custodia y guardia alegó ante el tribunal que, en pos del interés del niño, sería mejor que la patria potestad de los padres fuera restringida.

2.2 | La decisión de la Justicia de Rusia

El juzgado de primera instancia determinó que los padres del niño no se habían ocupado de su cuidado debido a su estado de salud mental. Por ello, hizo lugar a la demanda articulada por la abuela.

El tribunal consideró que el desorden mental de Dmitriy Ryabov podía ser peligroso para que el niño viviera con él. Resolvió entonces que era necesario restringir su patria potestad, con base en el Código de Familia ruso.

Por otro lado, el tribunal notó que la salud mental de Ryabov no volvía imposible la relación entre él y su hijo, por lo que el contacto entre ambos debería permitirse; siempre que se contase con el consentimiento de la abuela, quien ejercía la guardia.

Dmitriy Ryabov apeló a la sentencia, pero el tribunal de segunda instancia confirmó el fallo.⁽⁶⁾

2.3 | El procedimiento ante el TEDH y su sentencia

Dmitriy Ryabov presentó el caso ante el TEDH. Alegó que sus derechos parentales habían sido restringidos de una manera incompatible con los artículos 8° y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH).⁽⁷⁾

Su derecho a la vida familiar había sido lesionado. La restricción impuesta por los tribunales domésticos sobre su patria potestad no fue acorde a la ley ni proporcional, ya que no se había demostrado que él representara un peligro para su hijo. Además alegó que dicha restricción era discriminatoria, por cuanto se basaba en su discapacidad mental.

El TEDH se basó en el Código de Familia ruso —según el cual un tribunal puede restringir la patria potestad de los padres cuando no hacerlo pone en peligro al niño— para considerar que, efectivamente, sería peligroso para el niño vivir con Dmitriy Ryabov, entre otros motivos, por su desorden psiquiátrico y porque éste no había cumplimentado sus deberes parentales. Además, observó que, si la legislación local permitía supeditar el

(6) Para más información sobre el caso, ver: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122970>

(7) El art. 8° de la Convención Europea sobre Derechos Humanos establece: "**Derecho al respeto a la vida privada y familiar.** 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás". Por su parte, el artículo 14 dispone: "**Prohibición de discriminación.** El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

contacto de los padres con el niño al consentimiento del guardián en pos de la protección del menor, no resultaba irracional su aplicación a este caso.

Entonces el Tribunal Europeo concluyó que dicha decisión fue acorde a la ley, que no hubo trato discriminatorio y que la interferencia en la vida familiar fue con el ánimo de protección de la “salud o moral” y los “derechos y libertades” del niño. Por tanto persiguió objetivos legítimos “necesari[os] en una sociedad democrática”. En definitiva, no encontró violación de los artículos 8° y 14 CEDH.

3 | Una mirada crítica sobre la sentencia

3.1 | Restricciones, margen de apreciación y legislación interna

En *Ryabov*⁽⁸⁾ debe analizarse con detenimiento el abordaje que el TEDH ha hecho de la legislación interna; en este caso, del Código de Familia de Rusia. En este sentido, por un lado se observa una aplicación casi mecánica de las reglas utilizadas por ese tribunal respecto de cómo se aproximó al análisis de determinados actos internos en casos de restricciones, lo que se conoce como la doctrina del **margen de apreciación**. Por otro, también se observa que la prudencia primó en los tribunales internacionales al encontrarse en juego el principio del **interés superior del niño**; y, por último, la falta de mención a los pilares del nuevo paradigma de respeto a los derechos de las personas con discapacidad —recuérdese que el actor es una persona con discapacidad psicosocial—, en particular a la CDPD.

Pareciera que la articulación de estos factores se ha resuelto en una sentencia conservadora, que ha otorgado prioridad al mantenimiento de un *statu quo* en lugar de profundizar sobre las obligaciones positivas de los estados en materia de familia. Especialmente en estos casos, donde una oportuna y bien direccionada presencia estatal para que las personas con discapacidad psicosocial gocen de sus derechos, revertiría aquellas situaciones en las que surgen estos obstáculos.

(8) TEDH, *ibid*.

La sentencia del TEDH se inscribe dentro de aquellos casos en los que se ha recurrido a la teoría del margen de apreciación para analizar restricciones a los derechos contenidos en el Convenio Europeo.

Las restricciones son aquellas limitaciones al ejercicio de los derechos humanos realizadas en pos de la salvaguarda de un interés colectivo. Son llevadas adelante de acuerdo con determinados medios y en relación con determinados fines, de forma tal que resulten coherentes.⁽⁹⁾ Han sido plasmadas en normas convencionales generales y específicas, tanto del sistema universal de Derechos Humanos, como de los sistemas regionales en el ámbito europeo y americano.⁽¹⁰⁾ Estas cláusulas, al delinear los parámetros bajo los cuales los estados pueden legítimamente limitar determinados derechos individuales —sin por ello incurrir en responsabilidad internacional—; traducen el difícil equilibrio entre la imposición de obligaciones a los países signatarios y la tendencia hacia la efectividad de los instrumentos internacionales.

En el ámbito regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las restricciones “deben estar justificadas por objetivos colectivos de tanta importancia que claramente pesen más que la necesidad de garantizar el pleno ejercicio de los derechos (...) y que no sean más limitantes que lo estrictamente necesario”.⁽¹¹⁾ De forma complementaria a esta doctrina y con una fuerte tendencia a la protección de la persona; la Corte IDH sostuvo que, de las posibilidades que posea un estado para alcanzar el legítimo objetivo de la restricción, debe optar por aquella que restrinja en menor medida posible el derecho. La restricción “debe ser

.....

(9) PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Del Puerto, 1997, p. 90 y ss. Los medios se refieren principalmente a la garantía de que una ley formal sea la que establezca la restricción. Ver en este sentido, CORTE IDH, “La Expresión ‘Leyes’ en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86, 09/05/1986, Serie A N° 6.

(10) El sistema de las restricciones ha sido calificado como dual. Así, algunos tratados de alcance general han establecidos normas generales sobre restricciones (art. 4° PIDESC, art. 29.2. DUDH, arts. 30 y 32.2. CADH), mientras que también se prevén restricciones específicas en relación a algunos derechos (Ej. art. 12.3 CADH, art. 9.2. Convenio Europeo, art. 19.3. PIDCP).

(11) VALIÑA, LILIANA, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Abregú-Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., CELS-Del Puerto, 1997, p. 189.

proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.⁽¹²⁾

El TEDH, a partir del caso *Handyside*⁽¹³⁾ en 1976, estableció su célebre doctrina —replicada luego por los órganos del Sistema Interamericano— según la cual las limitaciones y restricciones a los derechos, para ser consideradas legítimas, deben estar justificadas por los principios de una sociedad democrática como una “necesidad social imperiosa”.

Al mismo tiempo que lo anterior —concebido para imponer límites al Estado—, el TEDH ha desarrollado la teoría del margen de apreciación. Según ésta, en ocasiones, las autoridades de los Estados se encuentran en mejor posición para determinar las necesidades y riesgos existentes. Por lo tanto, gozan de mayor amplitud para determinar cuáles son las medidas oportunas para cumplir en forma eficaz con sus obligaciones internacionales.⁽¹⁴⁾ Este margen de apreciación no se encuentra predeterminado, sino que resulta variable según las circunstancias, las áreas y el contexto del caso.⁽¹⁵⁾ En reiteradas ocasiones, el TEDH sostuvo que dicho margen no implica la posibilidad de desvirtuar ni privar de efectividad al derecho en cuestión.⁽¹⁶⁾ Tampoco es de su incumbencia establecer si el estado ha elegido la mejor forma de lidiar con los problemas; siempre que el legislador no sobrepase los límites del margen de apreciación.⁽¹⁷⁾ Por lo que resulta difícil establecer *a priori* cuáles son los márgenes de los estados. Si bien la Corte Interamericana había evitado adscribir a esta doctrina, en algunas recientes decisiones puede advertirse un tratamiento similar al realizado por el TEDH al momento de analizar la valoración de la prueba que han efectuado los tribunales internos.⁽¹⁸⁾

(12) CORTE IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, Serie A N° 5.

(13) TEDH, *Handyside c. Reino Unido*, 7 de diciembre de 1976.

(14) VALIÑA, LILIANA, *op. cit.*, p. 175.

(15) TEDH, *Rasmussen c. Dinamarca*, sentencia de 28 de noviembre de 1984.

(16) TEDH, *Mathieu-Mohin y Clerfayt c. Bélgica*, sentencia de 2 de marzo de 1987.

(17) TEDH, *Mellacher y otros c. Austria*, sentencia de 19 de diciembre de 1989.

(18) CORTE IDH, “Caso Mémoli vs. Argentina”, sentencia de 22 de agosto de 2013, párr. 143.

3.2 | Aplicación al caso de la doctrina del margen de apreciación

Como adelantamos, en *Ryabov*⁽¹⁹⁾ el TEDH utilizó el margen de apreciación para convalidar la resolución tomada por los organismos administrativos y tribunales internos, cuya norma interna —Código de Familia de Rusia— habilita la restricción de la patria potestad por la “peligrosidad” de una persona debido a un “desorden psiquiátrico”, por ejemplo.

Los tribunales internos tuvieron en cuenta que Ryabov padecía un desorden crónico con períodos de agravamiento y remisión que, si bien no le había impedido desentenderse por completo de la crianza y cuidado de su hijo, hacía peligroso para el niño vivir con él; razón por la cual —por aplicación del artículo 73 del Código Civil— resultaba necesario restringir su patria potestad. Ello, a pesar de que en el caso, dicha “peligrosidad” no habría sido acreditada en forma suficiente, dado que nunca había tenido conductas agresivas ni ocasionado ningún peligro para la vida o salud del niño. Frente al planteo de Ryabov, el tribunal doméstico sostuvo que el pedido de la abuela de restringir la patria potestad del solicitante estaba basado no sólo en la condición psiquiátrica de éste sino también en su conducta, ya que, según ella, había evitado formar parte en la crianza del niño.

Al analizar la alegada violación al derecho a la protección de la vida privada y familiar, el TEDH se concentró en la **necesidad de la restricción a la patria potestad**. Pues consideró que se había probado que dicha medida cumplía con el requisito de legalidad (art. 73 del Código de Familia), y perseguía objetivos legítimos: la **salud o moral** y los derechos y **libertades del niño**.

Sostuvo, en primer lugar, que las autoridades nacionales gozaban de un margen de apreciación al decidir en cuestiones que involucraban la custodia, y que no debía obviarse que ellos eran quienes tenían el beneficio de contacto directo con todas las personas involucradas. También enfatizó que la consideración de lo que era mejor en el interés del niño era de crucial importancia en estos casos, y que ello debía ser tenido en cuenta por dichas autoridades.⁽²⁰⁾

.....

(19) TEDH, *Dmitriy Ryabov...*, cit.

(20) También remarcó que no es el rol del Tribunal substituir a las autoridades domésticas en el ejercicio de sus responsabilidades respecto de los asuntos de custodia y contacto, pero tampoco revisar, a la luz del Convenio, las decisiones tomadas por esas autoridades en el ejercicio de sus facultades discrecionales.

Sin embargo, remarcó que debía hacerse un escrutinio estricto cuando las limitaciones examinadas fueran grandes —como lo son las restricciones dispuestas por las autoridades a los derechos de contacto de los padres— y cuando se refirieran a cualquier amparo legal diseñado para asegurar la efectiva protección del derecho de los padres e hijos a que respeten su vida familiar; ya que acarrear el peligro de afectar las relaciones familiares entre padres e hijos.

Así, sostuvo que la protección del art. 8° del Convenio requería que las autoridades domésticas lograran un “balance” entre los intereses del niño y el de los padres; y que, durante este proceso, debía dársele particular importancia a los mejores intereses del niño que, dependiendo de su naturaleza y gravedad, podían anteponerse a los de los padres. Por ejemplo, un padre no podría invocar la protección del artículo 8° para evitar que se tomen este tipo de medidas si se produjera un daño a la salud y desarrollo del niño.

Sostuvo el TEDH que los tribunales domésticos adujeron “relevantes motivos” para justificar su decisión —restringir la patria potestad del solicitante en el caso—. Además señaló que aquélla se basó en abundante evidencia y tuvo en cuenta que los procedimientos hayan garantizado el debido proceso de *Ryabov*;⁽²¹⁾ situación que no había sido controvertida por el propio actor.

Por lo tanto, habiendo considerado el precedente y al margen de apreciación del Estado demandado, se encontraba satisfecho con el acercamiento procesal de los tribunales domésticos; pues entendió como razonable la decisión de la restricción de la patria potestad, como una interferencia necesaria en una sociedad democrática; de acuerdo con el art. 8° del Convenio.

En segundo lugar, ante el cuestionamiento de Ryabov sobre las disposiciones del Código de Familia que sujetan la posibilidad de que el padre se contacte con su hijo al consentimiento de la abuela —guardiana del niño—,⁽²²⁾ el Tribunal sostuvo que dicha disposición tenía el propósito

(21) Además el TEDH destacó que el art. 76 del Código de Familia de Rusia estipula que la restricción de la patria potestad puede ser levantada por el pedido de un padre, si las bases para tal circunstancias dejan de existir, y que el actor nunca solicitó levantar esa restricción.

(22) Art. 75 del Código Civil ruso.

de asegurar el efectivo cumplimiento de las responsabilidades de los padres con respecto a la tutela. Por lo que no encontraba irrazonable que el guardián tuviera la oportunidad de denegar tal contacto parental con el niño en una situación particular, donde circunstancias específicas pudieran dar motivos para creer que tal contacto pudiera ser en detrimento del niño. No obstante, sostuvo que el poder del guardián de retener su consentimiento debía estar sujeto a amparos contra el abuso de este derecho.⁽²³⁾

Por último, Ryabov alegó una violación al “principio de no discriminación” (art. 14 del Convenio Europeo), por entender que la decisión de los tribunales internos se había basado en su padecimiento de salud mental. El TEDH entendió que dicho supuesto no se configuraba, ya que los tribunales domésticos habían basado sus decisiones en un número de elementos que incluyeron —pero no se limitaron— a la salud mental del solicitante.

3.3 | Claroscuros de la decisión

Entendemos que el análisis del TEDH ha sido excesivamente deferente con las decisiones de las autoridades nacionales, lo que lleva a preguntarnos si ello evitó profundizar aspectos claves respecto de la situación de salud actual de Ryabov, el grado de cumplimiento por parte del Estado a las obligaciones positivas en materia de discapacidad, y aquellas derivadas de la protección familiar con relación a este grupo. Pareciera que se podría haber desarrollado con mayor exhaustividad el análisis de los elementos que deben tener en cuenta los tribunales domésticos al momento de efectuar el “balance” entre los derechos e intereses en juego en este tipo de casos, a la luz de las obligaciones internacionales aplicables. Porque quedan pendiente respuestas a preguntas fundamentales: ¿puede la “peligrosidad” ser evaluada exclusivamente en base a la existencia de un diagnóstico en el campo de la salud mental?, ¿puede sobre esta base, desvinculada de la situación actual de una persona, adoptarse una decisión que implique restringir la patria potestad?, ¿cuál es el valor que debe otorgarse en estos casos al derecho a la protección familiar de cualquier persona —entre ellas las personas con discapacidad—, al

(23) Ver: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-122970>

derecho del niño a vivir con sus padres, y su interpretación a la luz del interés superior del niño?⁽²⁴⁾

Respecto del concepto de **peligrosidad**, debemos recordar que, en nuestro ámbito ya ha sido objeto de severos cuestionamientos desde los máximos tribunales a nivel nacional y regional. Si bien dichas decisiones han sido adoptadas en casos en que se discutía la posibilidad la determinación de sanciones penales, algunas consideraciones efectuadas por estos tribunales merecen ser traídas a colación aquí.

En el caso “Fermín Ramírez”, la Corte IDH sostuvo respecto de la “peligrosidad” que con su aplicación “... se sancionaría al individuo (...) no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es”.⁽²⁵⁾ En igual sentido, nuestra CSJN dijo en el caso “Gramajo” que

“... la peligrosidad, referida a una persona, es un concepto basado en un cálculo de probabilidades acerca del futuro comportamiento de ésta. Dicho cálculo, para considerarse correctamente elaborado, debería basarse en datos estadísticos, o sea, en ley de grandes números. En dicho caso, la previsión, llevada a cabo con método científico, y con ligeros errores, resultaría verdadera: de un total de mil personas, por ejemplo, se observaría que, dadas ciertas circunstancias, un porcentaje —que designaremos arbitrariamente como la mitad para el ejemplo—, se comportaría

(24) El derecho a la protección de la familia está consagrado en el art. 23 CDPD que establece que “1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que:

(...) 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos (...) 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”.

(25) CORTE IDH, “Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 95 (ver también párrs. 93 y 94).

de determinada manera, extremo que se habría verificado empíricamente. Pero este cálculo, que como se dijera sería válido desde el punto de vista científico, no permitiría establecer de manera específica cuáles, del grupo total, serían las quinientas personas que se comportarían de tal forma y cuáles las restantes quinientas que lo harían de otra [además] la peligrosidad, tomada en serio como pronóstico de conducta, siempre es injusta o irracional en el caso concreto, precisamente por su naturaleza de probabilidad, pero cuando la peligrosidad ni siquiera tiene por base una investigación empírica, carece de cualquier contenido válido y pasa a ser un juicio arbitrario de valor...”.⁽²⁶⁾

El TEDH convalidó los procedimientos internos porque sólo tuvo en cuenta el aparente “peligro” que Ryavob representaba para el niño; pero no analizó qué medidas positivas pudo o debió haber tomado el Estado para garantizar los derechos de una persona con discapacidad. En este sentido, es un ejemplo relevante —en cuanto al deber del Estado de garantizar protección especial e inclusión de los grupos en situación de vulnerabilidad— el caso “Furlan”,⁽²⁷⁾ en el que la Corte Interamericana reafirmó el estándar siguiente:

“... toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, **en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario** para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. **El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad.** En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades

(26) CSJN, “Gramajo Marcelo Eduardo s/ robo en grado de tentativa”, Causa N° 1573C, sentencia de 5 de septiembre de 2006, párrs. 23 y 24.

(27) CORTE IDH, “Caso Furlán y Familiares vs. Argentina”, sentencia de 31 de agosto de 2012, párrs. 134 y 135.

y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, **es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras...** ".⁽²⁸⁾

Resaltó, asimismo, el valor fundamental del acceso a la justicia para lograr tales derechos, señalando que

"las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad. El decaído acceso a la justicia juega un rol fundamental para enfrentar dichas formas de discriminación".⁽²⁹⁾

Por otro lado, no debe soslayarse que en el caso *Ryabov*⁽³⁰⁾ también se encuentra en juego el derecho del niño a la protección de la familia, que comprende el derecho a vivir y ser criado por sus padres.⁽³¹⁾ Este punto, entendemos, ha merecido poca profundidad por parte del Tribunal Europeo, ya que ha puesto el énfasis en destacar el margen de apreciación que poseen los Estados al tomar determinaciones en cuestiones de custodia. Si bien, en el caso, la conducta procesal que asume el propio Ryabov dificulta un mayor análisis sobre tal aspecto, no obstante, subsiste la pregunta respecto de cuáles deberían ser los parámetros a considerar y, particularmente, qué factores deberán ser tomados en cuenta para ponderar el

(28) CORTE IDH, *ibid.* El destacado nos pertenece.

(29) CORTE IDH, *ibid.* El destacado nos pertenece.

(30) TEDH, *Dmitriy Ryabov... op. cit.*

(31) La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) consagra este derecho en diversos artículos, entre ellos: el derecho del niño a ser cuidado por sus padres (art. 7°); derecho del niño a preservar sus relaciones familiares (art. 8°); derecho del niño a no ser separado de sus padres en contra de su voluntad, excepto que la misma sea necesaria en el interés superior del niño (art. 9°).

“interés superior del niño” por parte de las autoridades nacionales, al decidir respecto del contacto entre hijos y padres, especialmente si estos últimos poseen un padecimiento mental.

En el ámbito del sistema interamericano, al analizar las obligaciones en materia de protección de la niñez, la Corte IDH ha realizado algunas precisiones que, vistas en conjunto con el cúmulo de obligaciones positivas derivadas de la protección de las personas con discapacidad —en particular el principio de no discriminación adoptado por la CDPD— pueden ayudar a delinear pautas más claras y respetuosas de los derechos de este grupo de personas.

En la Opinión Consultiva 17/02, la Corte IDH enfatizó que el niño tenía derecho a vivir con su familia —llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas— y que una de las interferencias estatales más graves es la que tiene por resultado la división de una familia. Así, la separación de un niño de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación al derecho a la protección de su familia. Las separaciones legales de su familia biológica sólo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales.⁽³²⁾

Ahora bien, en recientes casos, la Corte IDH precisó que

“la determinación del interés superior del niño, en casos de custodia y cuidado de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños y riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto de ciertos conceptos tradicionales de familia”.⁽³³⁾

(32) CORTE IDH, Opinión Consultiva 17/02 del 28 de agosto de 2002, párrs. 67, 71, 72 y 77.

(33) CORTE IDH, “Caso Fornerón e hija vs. Argentina”, sentencia de 27 de abril de 2012, párrs. 47 y 50. Ver también CORTE IDH, “Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile”, sentencia de 27 de febrero de 2012, párr. 109.

A la luz de estas consideraciones, parecería que el mero hecho de poseer un padecimiento mental no resultaría entonces un motivo suficiente y legítimo para privar a un padre de la patria potestad y al hijo del derecho a la protección familiar.

4 | El concepto de “peligrosidad” aplicado por el TEDH, a la luz de la Ley Nacional de Salud Mental

Como adelantáramos al inicio del artículo, y teniendo en cuenta las consideraciones vertidas hasta aquí, interesa ahora finalizar el comentario realizando un test de compatibilidad del decisorio del TEDH con relación a los mandatos de Ley Nacional de Salud Mental (26.657).

Recordemos que, en este caso, se determinó la incapacidad de los padres de cuidar al niño en función de los trastornos de salud mental de los progenitores, de sus antecedentes de tratamientos en hospitales psiquiátricos —en el caso de la madre— y de la normativa local de restricción de la patria potestad.

El TEDH sostuvo que el Código de Familia de Rusia permitía que un tribunal restringiera legítimamente la patria potestad cuando dejar al niño con sus padres fuera “peligroso” para él, debido a una enfermedad mental o desorden psiquiátrico constatado por certificados médicos. Es por ésto que consideró que, la decisión de la justicia local de privar a Dmitriy Ryabov de la patria potestad, no resultó trato discriminatorio.

Ahora bien, si analizamos tales argumentos a la luz de la nueva Ley Nacional de Salud Mental (26.657), deberíamos tener presente que allí se establece que “se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas” y que “en ningún caso se puede hacer diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de la mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización” (art. 3º, inc. d). En ese sentido, también se estatuye que “la existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado” (art. 5º).

En cuanto a los derechos de las personas con padecimiento mental, la ley argentina dispone que el Estado reconoce el “derecho a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertados, promoviendo la integración familiar” (art. 7°, inc. d).

Por último, los Principios de Naciones Unidas para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la Salud Mental⁽³⁴⁾ —que forman parte de la ley 26.657, art. 2°— establecen que “no habrá discriminación por motivo de enfermedad mental” y que “por discriminación se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad” (ppio. 1°, inc. 4). Además, “todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles” (ppio. 1°, inc. 5).

En consecuencia, es evidente que esta decisión de restricción de la patria potestad, analizada a la luz de la nueva normativa argentina sobre salud mental, hubiese impedido convalidar el sentido del fallo del TEDH o, al menos, hubiese exigido mayores esfuerzos críticos y de argumentación al tribunal a la hora de realizar el análisis de la existencia de discriminación hacia una persona con discapacidad psicosocial que vio lesionados sus derechos civiles.

5 | Corolario

Como hemos adelantado, los derechos de este grupo de personas ya han sido receptados en instrumentos del ámbito universal, de nuestro sistema interamericano,⁽³⁵⁾ y en nuestra legislación local. Pero, a pesar de los importantes avances realizados, este grupo en situación de vulnerabilidad continúa siendo objeto de medidas y prácticas discriminatorias y estigmatizantes que obturan discusiones necesarias y vigentes respecto de cómo deben adecuarse las estructuras estatales para dar paso a decisiones que

.....
(34) Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), resolución 46/119, 17 de diciembre de 1991.

(35) Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

reconozcan —y hagan valer— su condición de sujetos con igualdad de derechos que los demás.

Así, el conflicto suscitado en *Ryabov*,⁽³⁶⁾ es también una muestra de las problemáticas y los obstáculos actuales con que se enfrentan las personas con discapacidad al momento de pretender hacer valer sus derechos. La decisión del TEDH, entendemos, implicó un abordaje sesgado del tratamiento de las cuestiones de familia, en cuanto involucran a una persona con discapacidad psicosocial. Si bien no debe ignorarse que tal decisión tiene un alcance regional —circunscripto al ámbito europeo—; pues el panorama normativo y jurisprudencial resulta diferente en nuestro país, entendemos que es importante su análisis crítico incluyendo a todos los actores involucrados en la protección de los derechos de las personas con discapacidad en el plano local a fin de procurar aportar mayores elementos que nutran las decisiones de los órganos llamados a tomar decisiones en situaciones similares.

Quedará también para otro ámbito y para otras disciplinas analizar con mayor profundidad el impacto subjetivo que tiene tanto para el padre como para el hijo el hecho de verse privados del mutuo contacto periódico. Mientras que al campo jurídico le queda pendiente la reflexión sobre si, de haberse oportunamente adoptado decisiones acordes con el paradigma emanado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Ryabov y su hijo habrían disfrutado de una vida en común.

.....
(36) TEDH, *Ibid.*

Cuestiones procedimentales del derecho a la vida privada y familiar

Interés superior del niño

TEDH, *ANTONYUK c. RUSIA*,
1 de AGOSTO 2013

por **MARISOL DORREGO**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

La peticionaria, Tatiana Antonyuk, es nacional de Rusia, nacida en 1984 y reside en Kalouga. Casada con M. A., tiene dos hijos y ha sido afectada por una depresión muy aguda. Estando medicada, toma la decisión de separarse de su esposo e instalarse en el domicilio de sus padres. En mayo de 2009, su esposo acude a los tribunales internos por una acción civil tendiente a que se declare la incapacidad de la peticionaria para ejercer sus derechos. Durante otro procedimiento, su esposo pide el divorcio y que sus hijos sigan viviendo en su residencia.

El establecimiento de la residencia de los hijos con su exmarido constituiría una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar de la peticionaria;

.....

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

sin embargo, se debe evaluar si es una injerencia proporcionada con el fin perseguido. Los tribunales internos debían tener en cuenta los intereses de la peticionaria, así como los intereses de la otra parte en el proceso y el interés superior del niño. En el segundo procedimiento civil solo se afectó la decisión sobre la residencia de sus hijos y no habría hecho perder a la peticionaria el ejercicio de sus derechos como madre. Teniendo en cuenta la obligación de los estados de asegurar un proceso adecuado, debe determinar si la peticionaria tenía los medios para presentar todos los argumentos a su favor en el marco del procedimiento. A este respecto, el 3 de junio de 2009 se realizó una audiencia en la cual no estuvo presente la peticionaria. Durante la misma, se ordenó realizar un peritaje psiquiátrico a la peticionaria. Alega que ella no había sido debidamente notificada de dicha audiencia. Según el Gobierno, habría sido notificada en su domicilio en Kalouga el 29 de mayo de 2009.⁽²⁾

Por otra parte, los tribunales internos habrían concluido que la depresión recurrente de la peticionaria presentaba un riesgo vital para la vida de sus hijos de poca edad. La Corte Regional confirmó la decisión del Tribunal de Primera Instancia de aceptar informes de los expertos del 15 de julio de 2009, mediante los cuales se sostenía un peligro potencial para los hijos de la peticionaria.⁽³⁾

2 | Análisis del Tribunal (Primera Sección)

El Tribunal encuentra que la fijación del lugar de residencia de los hijos de la peticionaria con su exmarido constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de la peticionaria. Para el Tribunal, dicha injerencia persigue un fin legítimo, particularmente para la protección de los menores. Sin embargo, se propone determinar si tal injerencia es proporcionada al fin perseguido.⁽⁴⁾ Reconoce el hecho de que, en el derecho interno, las autoridades nacionales no tenían otra opción más que fallar en favor de uno u otro, dado que la residencia alternada entre ambos

(2) TEDH, *Antonyuk c. Rusia*, 1 de agosto de 2013, pp. 4/85. Ver texto completo del fallo [en línea] <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-122972>

(3) *Ibid.*, p. 132.

(4) *Ibid.*, pp. 119/120.

padres no es una opción en el derecho ruso.⁽⁵⁾ La peticionaria había sufrido una restricción en el ejercicio cotidiano de sus derechos hacia sus hijos, quienes debían residir con su padre en Briansk, mientras que ella residía en Kalouga. Se debe determinar si ella poseía la posibilidad de presentar todos sus argumentos a su favor en un proceso judicial.⁽⁶⁾ El Tribunal observa que el 3 de junio de 2009 se llevó a cabo una audiencia preliminar sin estar presente la peticionaria. Para el Tribunal, la cuestión principal es si el 3 de junio de 2009 el tribunal interno habría tenido suficiente prueba para concluir que la peticionaria había sido debidamente notificada de la audiencia preliminar del 3 de junio de 2009.⁽⁷⁾

La cuestión central para el Tribunal sería saber si las jurisdicciones nacionales habían realizado un examen profundizado de la situación familiar de la peticionaria y demás elementos pertinentes y si realizan una apreciación equilibrada y razonable de los intereses de la peticionaria, su excónyuge y sus hijos.⁽⁸⁾

El Tribunal estima que es discutible la decisión de los tribunales nacionales de motivar sus sentencias sobre la residencia de los hijos de la peticionaria exclusivamente en base a los informes médicos del 15 de julio de 2009 (que concluían que la peticionaria podía representar una amenaza a la vida de sus hijos por causa de su enfermedad).⁽⁹⁾

A su vez, el Tribunal no concuerda con la opinión expresada por los tribunales nacionales al afirmar que la peligrosidad de la peticionaria debía deducirse de la recurrencia de su enfermedad. El Tribunal advierte que la sentencia de 12 de febrero de 2010 no explicita de manera suficiente el nexo que habría entre la depresión sufrida por la peticionaria y el peligro suficientemente grave que podría causar a otro (en este caso, sus hijos). A su vez, la eventualidad de una profundización de su afección no está suficientemente profundizada.⁽¹⁰⁾ El Tribunal estima que el examen efectuado

(5) *Ibid.*, p. 121.

(6) *Ibid.*, pp. 122/123.

(7) *Ibid.*, pp. 125/127.

(8) *Ibid.*, p. 134.

(9) *Ibid.*, p. 137.

(10) *Ibid.*, pp. 141/142.

por los tribunales nacionales no alcanza para concluir que la peligrosidad de la peticionaria pondría en riesgo la vida y salud de sus hijos. Las cuestiones sobre las consecuencias negativas y el eventual riesgo de la residencia de sus hijos con su madre merecían un mayor análisis, teniendo en cuenta, por ejemplo, el hecho de que habrían vivido con ella hasta ese momento. El procedimiento seguido por las jurisdicciones rusas no ha reunido suficientes elementos como para tomar una decisión motivada sobre la residencia de los hijos de la peticionaria y, por lo tanto, el Tribunal encuentra que hubo violación del art. 8° de la Convención.⁽¹¹⁾

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, si bien, en principio, la peticionaria habría basado sus reclamos ante el Tribunal en el art. 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal considera que los mismos podían ser analizados desde el art. 8° en su aspecto procedimental, dado que se trataba de una injerencia sobre el derecho a la vida privada y familiar de la peticionaria. De esta forma, el Tribunal hace una distinción entre la parte sustantiva y la procedimental de los artículos del Convenio. Según el juez Casdevall (vicepresidente del TEDH) dicha distinción es artificial e innecesaria; otros jueces, como el juez Bonello, se habrían expresado a favor de dicha distinción entre las garantías que ofrecen los artículos en procedimentales y sustantivas.⁽¹²⁾ Por su parte, en el caso *Hoffman c. Austria*⁽¹³⁾ se hace un análisis similar al del presente caso en el sentido de que se toma en cuenta el hecho de que los tribunales internos hayan basado su decisión en la religión profesada por la peticionaria (en el caso de *Hoffmann c. Austria*) o en su estado psicológico. En ambos casos, el Tribunal realiza la misma crítica hacia los procesos llevados a cabo en el derecho interno: no se habrían analizado otras circunstancias más allá de la religión profesada o la depresión de la peticionaria en su caso, y en ambos toma como un dato fundamental el hecho de la convivencia prolongada (previo al conflicto) entre los peticionarios con sus hijos. En este sentido, lo que se produce es un análisis de la racionalidad de la medida tomada y, en su caso, del principio de la no discriminación en el ejercicio de los derechos.

(11) *Ibid.*, pp. 145/146.

(12) TEDH, *Nachova y otros c. Bulgaria*, 6 de junio de 2005.

(13) TEDH, *Hoffmann c. Austria*, 23 de junio de 1993.

Desaparición forzada de personas

Deber de investigar

TEDH, SAIDOVA c. RUSIA,
1 de AGOSTO de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El 10 de agosto de 2002, un grupo de quince a veinte hombres armados y enmascarados llegaron a la casa de Tumisha Saidova, la peticionaria. Chequearon los documentos de la familia y examinaron el certificado de amnistía que poseía Ramzan Saidov por sus actividades antiterroristas. Luego encerraron a la demandante y a su madre en la casa, forzando a Ramzan Saidov a subir a un auto, el cual se marchó. Desde ese día, la demandante no tiene noticias de su hijo.

La peticionaria informó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o el Tribunal) que el secuestro tuvo lugar el 10 de agosto, aunque había dicho a las autoridades encargadas de la investigación, en el ámbito interno, que había sido el 8 de octubre de 2002, junto con I. S. y A. G.

La investigación que se abrió el 8 de octubre de 2002 fue respecto de estos últimos, quienes habitaban el mismo pueblo que Ramzan Saidov.

.....

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

2 | Análisis

El Estado interpuso la excepción preliminar de incumplimiento del plazo de seis meses. El Tribunal recuerda que dicha regla tiene su fundamento en la seguridad jurídica al asegurar que los casos sean tratados en un tiempo razonable. Normalmente, el período corre desde el agotamiento de los recursos internos. Cuando no hay un remedio efectivo disponible, empieza a correr desde los actos o medidas cuestionados. En los casos en que el peticionario intenta un recurso aparentemente efectivo y luego se entera de que no lo es, el cálculo debe ser hecho a partir de que toma conocimiento.⁽²⁾

Cuando se trata de desapariciones, deben hacerse concesiones en razón de la falta de certeza y de la confusión que suelen caracterizar a estos casos. Los parientes de los desaparecidos, generalmente, están justificados cuando dejan pasar períodos largos de tiempo para que las autoridades nacionales concluyan sus investigaciones.⁽³⁾ Si pasaran más de diez años, los peticionarios deberían demostrar convincentemente que hubo un avance concreto para justificar el retraso a la hora de acudir al TEDH.⁽⁴⁾

El Tribunal observa que la demandante acudió a él siete años después del secuestro, mientras la investigación estaba formalmente en curso. Tumisha Saidova mantuvo un contacto razonable con las autoridades y cooperó con la investigación. Un período de 4 años y 4 meses de inactividad es suficiente para levantar sospechas acerca de la efectividad de la investigación. Además, la peticionaria tuvo un rol activo en el proceso. Es por ello que tenía razonables expectativas de que las autoridades dieran respuesta a sus serias quejas.

Por todo lo expuesto y teniendo en cuenta las particularidades de los casos de desaparición, el TEDH considera que se cumplió con la regla de los seis meses.⁽⁵⁾

El Tribunal tampoco hizo lugar a la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos, atendiendo a que tiene establecido en su

(2) TEDH, *Saidova c. Rusia*, sentencia de 1 de agosto de 2013 (n° 51.432/09), párrs. 44/45.

(3) *Ibid.*, párr. 47.

(4) *Ibid.*, párr. 48, ver TEDH, *Varnava y otros c. Turquía* [GC], sentencia de 18 de septiembre de 2009 (n° 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 y 16073/90), párr. 165.

(5) TEDH, *Saidova c. Rusia*, fallo cit., párrs. 51/54.

jurisprudencia que la falta de investigación de las desapariciones ocurridas en Chechenia entre 1999 y 2006 constituye un problema sistemático y que las investigaciones penales no son un remedio efectivo.⁽⁶⁾

Respecto del fondo, la única evidencia presentada fue el testimonio de la peticionaria, el cual resulta contradictorio en aspectos esenciales. La información recibida no es suficiente para establecer que haya sido detenido por agentes del Estado o que su presunta muerte sea atribuible al Estado.⁽⁷⁾

En cuanto a la violación del derecho a la vida de Ramzan Saidov, al no poder establecerse que las fuerzas de seguridad estuvieran implicadas en la desaparición, no puede decirse que hubo violación del aspecto sustantivo del art. 2° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio o CEDH).⁽⁸⁾

La obligación de investigar bajo el art. 2° del Convenio es aplicable a casos en que una persona desaparece en circunstancias que puedan poner en riesgo su vida. Al recibir información sobre un asunto de esa índole, las autoridades están obligadas a investigar el delito. El TEDH ya resolvió que la investigación penal no es un remedio efectivo respecto de las desapariciones ocurridas durante el período ya especificado en Chechenia y que constituye un problema sistemático bajo la Convención.⁽⁹⁾

La investigación estuvo pendiente por muchos años sin producir resultados. El fracaso para avanzar razonablemente y a tiempo y dilucidar las circunstancias, confirma la ineffectividad de los procedimientos penales para estos casos. Es por todo ello que se violó el art. 2° del Convenio en ese aspecto procedimental.⁽¹⁰⁾

El Tribunal indicó que, al no ser responsable del secuestro, el Estado no violó los arts. 3° y 5° CEDH en perjuicio de la demandante sobre el

.....

(6) *Ibid.*, párrs. 57/58. Ver TEDH, *Case of Aslakhanova and others c. Rusia*, sentencia de 18 de diciembre de 2012, final: 29 de abril de 2013 (n° 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08 y 42509/10), párrs. 217 y 219.

(7) TEDH, *Saidova c. Rusia*, fallo cit., párrs. 69 y 71.

(8) *Ibid.*, párr. 76.

(9) *Ibid.*, párrs. 77/78.

(10) *Ibid.*, párrs. 80/81.

sufrimiento mental causado por la desaparición de su hijo y la ilegalidad de su detención.⁽¹¹⁾

3 | Consideraciones finales

En esta oportunidad, el TEDH se pronuncia sobre violaciones sistemáticas de derechos humanos, más precisamente, sobre una de las desapariciones forzadas acaecidas en Chechenia entre 1999 y 2006.

Respecto del sufrimiento causado a la peticionaria, no resulta claro por qué la falta de pruebas, atribuible al Estado dada la ineffectividad de los procedimientos, hace que este no viole los arts. 3° y 5° del Convenio.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos como "Anzualdo Castro vs. Perú"⁽¹²⁾ y Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos⁽¹³⁾, resalta la gravedad de las desapariciones forzadas sistemáticas, entre otras medidas, a través de las reparaciones que pone en cabeza del Estado. En primer lugar, establece la necesidad de que realicen un proceso y una investigación eficaz. Además, dispone que el Estado deba continuar la búsqueda de los desaparecidos, adoptando las medidas administrativas, legales y políticas que necesite para identificarlos y modificando las leyes que sean contrarias a la CADH. También estima pertinente la implementación de programas de educación en derechos humanos. Ordena a su vez la publicación de la sentencia de la Corte y el reconocimiento público de responsabilidad por parte del Estado. Asimismo, la Corte IDH decide que el Estado deberá brindar atención psiquiátrica a las víctimas. Todo ello sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.

El Tribunal no acostumbra intervenir de esta forma en las reparaciones a cargo de los Estados, pero tratándose de casos en que las violaciones de derechos humanos son sistemáticas y no hay ninguna investigación por parte de las autoridades internas, no estaría de más considerar este tipo de medidas.

(11) *Ibid.*, párrs. 82 y 84.

(12) CORTE IDH, "Caso Anzualdo Castro vs. Perú" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C N° 202, puntos resolutorios 5/14.

(13) CORTE IDH, "Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209, puntos resolutorios 8/17.

Derecho al voto de los condenados

TEDH, *SÖYLER c. TURQUÍA*
17 de SEPTIEMBRE de 2013

por **AGUSTÍN MOGNI**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El caso a analizar es acerca del Sr. Ahmet Atahür Söyler, un hombre de negocios de nacionalidad turca nacido en 1966, quien fue condenado a cuatro años, once meses y veintiséis días de prisión a causa de librar diversos cheques sin fondos. La sentencia condenatoria comenzó a cumplirse en fecha 11 de abril de 2007, venciendo la pena el 1° de abril de 2012. Durante el cumplimiento de la misma, y próximo a realizarse las elecciones legislativas de julio de 2007, Söyler le escribe a la autoridad electoral, al Gran Consejo para las Elecciones,⁽²⁾ con el fin de que se respete su derecho a voto en los comicios. Días después obtiene su respuesta, en la cual le deniegan la posibilidad de votar ya que, tal como está estipulado en las normas de orden interno, se encuentra condenado a una pena mayor a un año.

Tiempo más tarde, con fecha 9 de abril de 2009, al peticionario le concedieron el beneficio de la *probation* debido a su buen comportamiento, acorde a la legislación turca relacionada a la ejecución de la pena. Sin

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

(2) "High Council for Elections".

embargo, a pesar de gozar el mencionado beneficio, continuó la inhabilitación para ejercer su derecho al sufragio, consagrado en el art. 3°⁽³⁾ del Protocolo Adicional N° 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, "Protocolo Adicional"). Por ello, no pudo plasmar su voluntad en dos elecciones generales previas el 1° de abril de 2012.

Así las cosas, Söyler decide presentarse el 31 de julio de 2010 al Tribunal Europeo de Derecho Humanos (en adelante, El Tribunal), demandando a Turquía por la violación a sus derechos políticos consagrados en el mencionado instrumento internacional.

2 | Análisis

Al presentarse ante el Tribunal, Söyler alega la violación al art. 3° del Protocolo Adicional en cuanto a la transgresión a su derecho a participar en los comicios, tanto legislativos como generales. El peticionario afirma que, al ser un delito de orden económico, no le han probado encontrarse moral o mentalmente insano para restringir sus derechos políticos. Asimismo, manifiesta encontrar una incoherencia en la legislación interna ya que esta no distingue entre la naturaleza de la ofensa o la severidad del castigo, sino que circunscribe el derecho al sufragio a la existencia o no de la **voluntad** en el acto cometido. También, sostiene que se la ha aplicado una restricción automática que no se adecua a los principios democráticos de la sociedad actual y que se estaría avalando una situación de gran injusticia para los más de 80.000 detenidos en Turquía en la misma situación que él.

Ante lo argumentado por esa parte, el Estado certifica estar en conocimiento de la restricción impuesta, pero sostiene que la misma tiene un objetivo claro: la rehabilitación del detenido. Además, argumenta que no es una privación arbitraria debido a que, tal como está estipulado en la legislación, solo se aplica a personas que han sido condenadas por hechos dolosos, no a todos los penados. Este criterio se ha mantenido en las últimas reformas legislativas y constitucionales a causa de que, en opinión

.....

(3) Art. 3°.- Derecho a elecciones libres. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

del Estado, los delitos dolosos son más graves al llevar ínsito el elemento de la **intencionalidad**.

Luego de los alegatos, la Segunda Sección de la Corte, manteniendo su jurisprudencia constante, sostiene que los derechos protegidos por el art. 3° del Protocolo Adicional no son absolutos y pueden ser objeto de restricciones por parte de los Estados. Sin embargo, dichas limitaciones no tienen que atentar contra la esencia del artículo en cuestión velando por la pluralidad de posiciones a través del sufragio universal. Es por ello que la exclusión de un grupo o categoría de la población en general no debe ser, tal como ha sucedido en el presente caso, indiscriminada y menos aplicada automáticamente sin la intervención de una figura judicial *ad hoc* dotada de la facultad necesaria para restringir derechos. Esto a causa de que, como lo ha sostenido la Corte en el caso *Scoppola c. Italia*, la intervención del juez garantiza la proporcionalidad entre la restricción del voto y el hecho cometido, así como el control judicial correspondiente y la supervisión de la misma.

A su vez, la legislación interna no realiza ninguna distinción entre las personas que se encuentran en prisión y las que gozan el beneficio de la *probation*, es decir, que no se hallan privadas de la libertad. Para concluir, el Tribunal sostiene que no se ha fundamentado correctamente el requisito de la **intencionalidad** como razonable para la aplicación automática de la restricción, así como tampoco la relación entre esta y la ofensa realizada. Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte termina declarando la violación por parte de Turquía del artículo mencionado y estableciendo la reparación económica acorde y simbólica de la sentencia.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso se pueda observar cómo el Tribunal renueva su jurisprudencia con respecto a los anteriores casos donde se trataba el tema de derechos políticos a personas privadas de su libertad. Es en este precedente donde se deja fijado el estándar acerca de las posibles restricciones al mencionado tipo de derechos a los condenados por cometer un delito. Asimismo, restringe el margen de apreciación que poseen los Estados con respecto a las limitaciones aplicables debido a que deben respetar la esencia del art. 3° del Protocolo y actuar bajo ciertos niveles de proporcionalidad para no violar dicho articulado.

Esta sentencia es positiva ya que amplía la interpretación jurisdiccional de los derechos de las personas privadas de la libertad, en este caso en particular, de los derechos políticos. Estos poseen una enorme relevancia para el mencionado grupo, pues una óptima resocialización en la comunidad extramuros acarrea el ejercicio activo del amplio espectro de derechos. Por ello, adicionar un castigo a la ya privación de la libertad es totalmente injusto, aunque haya sido autor de delitos intencionales y, a su vez, atenta contra el fin último de la pena.

Prohibición de la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes

Violencia policial

TEDH, *DEMBELE c. SUIZA*,
24 de SEPTIEMBRE de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El día 2 de mayo de 2005, Dembele fue abordado por dos gendarmes, a los fines de un control de identidad cuando se encontraba en Artamis, Ginebra. Alega haber recibido, durante ese episodio, malos tratos físicos, injurias de carácter racista y amenazas de muerte. Aunque haya entregado sus papeles, los gendarmes le pegaron con porras, lastimándolo. Cuando intentó escapar, lo tiraron al piso y allí lo mantuvieron, estrangulándolo, amenazándolo de muerte, profiriendo injurias de carácter racista y golpeándolo. El demandante, con el fin de liberarse, mordió a uno de los agentes. Estos lo ingresaron en el auto, donde lo golpearon contra la ventanilla y continuaron insultándolo. Los malos tratos continuaron cuando llegaron a la comisaría.

El 4 de mayo de 2005, el peticionario visitó el Hospital Universitario de Ginebra, dado que sufría de dolores en la espalda. Allí relató que fue objeto

.....

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

de violencia policial y se concluyó que padecía una fractura distal de la clavícula derecha, sin hacer alusión a ninguna otra herida.

Al volver a la comisaría, el demandante fue interrogado sin contar con un abogado. Los dos gendarmes que lo interpellaron lo denunciaron por lesiones corporales simples, ocurridas cuando él se negó a entregar sus papeles. Se comprobó que uno de ellos tenía lesiones en un brazo y en el cuello y el otro una herida superficial inflamada en el antebrazo. De esta manera, el 3 de mayo de 2005, se abrió un proceso contra el demandante por oposición a los actos de la autoridad y por lesiones corporales simples. El mismo día este fue escuchado por el juez de instrucción y puesto en libertad.

El 10 de mayo de 2005, el peticionario denunció a los gendarmes por malos tratos. Se ordenó la suspensión de este proceso para la resolución de aquel iniciado contra el demandante.

A raíz de esta situación, el demandante se vio imposibilitado para realizar su trabajo de botones en un hotel durante cinco meses y fue despedido dos meses después de retomar su trabajo, en razón de la degradación de su estado físico por el incidente del 2 de mayo. El peticionario permaneció sin empleo desde el 31 de enero de 2006 hasta el 6 de septiembre de 2007.

El 11 de enero de 2007, tras una serie de actos procesales dentro del caso contra el demandante, se ordenó la suspensión de ese proceso para esperar los resultados de aquel iniciado contra los gendarmes, pero sin reabrirlo. El 27 de agosto de 2007, el Procurador General, a falta de pruebas, cerró el proceso llevado a cabo contra los gendarmes, fundándose en la información recolectada en el marco del proceso contra el demandante. El 9 de enero de 2008 la Cámara de Acusación rechazó el recurso del requirente contra la decisión del Procurador.

El 11 de febrero de 2008, el demandante acudió al Tribunal Federal invocando los arts. 12, 13 y 16 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, así como el art. 3° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante "el Convenio"). El 27 de noviembre de 2008, el Tribunal Federal anuló la decisión de la Cámara de Acusación al constatar que la investigación no alcanzó los estándares exigidos por el art. 3° del Convenio. Es por ello que ordenó la reapertura de la misma

para controlar si los médicos que revisaron la herida en el hombro también examinaron otras partes del cuerpo.

El 12 de octubre de 2009 se interrogó como testigo al médico que lo había examinado en el Hospital Universitario de Ginebra, quien manifestó que la fractura de clavícula solía deberse a caídas y que, en caso de haber notado otras heridas o de que el requirente se hubiera quejado de dolores, lo hubiera mencionado en el informe. Las enfermeras confirmaron lo dicho por el médico. También se interrogó a la esposa y a un amigo del demandante. La primera hizo referencia a diversas heridas en la cara, la cabeza, la espalda y una pierna. Según el segundo, el peticionario se quejó únicamente de la fractura de clavícula. Del historial de los gendarmes surgió que nunca habían sido denunciados por violencia o injurias de carácter racista.

El 22 de noviembre de 2010, el Procurador General cerró el proceso al constatar que la instrucción complementaria no había permitido establecer que el requirente hubiera sufrido otras lesiones que la fractura de clavícula.

El 4 de febrero de 2011, la Cámara de Acusación confirmó la decisión del Procurador General, fundándose en que los gendarmes habían actuado dentro de sus prerrogativas y del uso de la coacción de manera justificada y proporcionada ante la oposición del peticionario al control. Según ella, la fractura se debió a una caída.

El 7 de marzo de 2011, el requirente acudió nuevamente al Tribunal Federal por la violación de los arts. 12 y 13 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes y de los arts. 3º, 6º y 13 del Convenio. El 14 de diciembre del mismo año se rechazó el recurso.

2 | Análisis

Al evaluar la presunta violación del art. 3º del Convenio en su aspecto sustancial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el Tribunal o TEDH) repite una serie de principios a los que hace alusión siempre que debe decidir sobre ese tema.

En primer lugar, se refiere a la prohibición absoluta de la tortura y de los demás tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes como un valor

fundamental en una sociedad democrática, el cual no puede ignorarse ni siquiera en circunstancias tales como la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado.⁽²⁾

En segundo lugar, reitera que, para configurarse los malos tratos enunciados por el art. 3º, debe cumplirse un mínimo de gravedad, apreciable en cada caso de acuerdo con su duración, sus efectos y las condiciones de las víctimas. La prueba de estas circunstancias debe estar más allá de toda duda razonable, pero puede resultar de indicios o de presunciones no refutadas.⁽³⁾

En tercer lugar, respecto de la violencia policial, recuerda que el uso de la fuerza debe ser proporcionado y necesario dadas las circunstancias del caso. Lo contrario constituye, en principio, una violación del art. 3º.⁽⁴⁾

Finalmente, admite nuevamente que, en presencia de una resistencia física o de un riesgo de violencia de parte de las personas controladas, puede justificarse el uso de cierta coacción. Debe aun así comprobarse si la fuerza utilizada es proporcional al fin perseguido, para lo cual el Tribunal da gran importancia a las heridas ocasionadas.⁽⁵⁾

De acuerdo con los elementos de prueba, el TEDH afirma que el demandante opuso cierta resistencia física a la acción de los gendarmes, por lo cual el uso de la fuerza estaría, en principio, justificado. Resta averiguar si los medios empleados fueron proporcionales a esa resistencia.⁽⁶⁾

La fractura de clavícula cumple sin duda alguna con el estándar de gravedad necesario para que se infrinja el art. 3º, más aun teniendo en cuenta que originó su imposibilidad de trabajar por un lapso prolongado de tiempo. El tipo de fractura, de acuerdo con el médico que la examinó, es compatible tanto con golpes de porra o de otro tipo sobre la clavícula como con una caída hacia adelante del demandante.⁽⁷⁾

(2) TEDH, *Dembele c. Suiza*, sentencia de 24 de septiembre de 2013 (Nº 74010/11), párr. 38.

(3) *Ibid.*, párr. 39.

(4) *Ibid.*, párr. 41.

(5) *Ibid.*, párr. 42.

(6) *Ibid.*, párr. 44.

(7) *Ibid.*, párrs. 45/46.

El Tribunal no comparte el razonamiento de los tribunales nacionales, los cuales consideran que la caída hacia adelante es lo más probable. Por el contrario, opina que las modalidades de intervención de los gendarmes revelan un uso desproporcionado de la fuerza. Llega a esa conclusión a partir de que el requirente no estaba armado con objetos peligrosos y no había herido ni intentado herir a los gendarmes en las primeras fases del incidente. Dado que en un principio la resistencia que pudo oponer el peticionario fue pasiva, el uso de porras fue injustificado.⁽⁸⁾

En cuanto a las supuestas injurias de carácter racista y amenazas de muerte, el TEDH expresa su preocupación en conexión con los informes del ECRI (Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia) y del CPT (Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes) según los cuales subsisten los abusos policiales contra “los no nacionales, los demandantes de asilo, los negros y otros grupos minoritarios”. Aun así, no hay pruebas de que ello haya ocurrido en el caso en análisis.⁽⁹⁾

Por todo ello, el Tribunal considera que la fuerza empleada fue desproporcionada y que hubo violación del art. 3º en su aspecto sustancial.⁽¹⁰⁾

En lo concerniente a la veta procesal del mismo artículo, enumera ciertos principios generales, tales como la obligación del Estado de investigar, en virtud del art. 1º del Convenio, todas las presuntas violaciones del art. 3º provenientes de agentes estatales, de manera que se pueda identificar y castigar a los responsables. De lo contrario, la prohibición de la tortura y de otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes, sería ineficaz en la práctica, contando los agentes con impunidad para esos casos. El Tribunal afirma también que las graves alegaciones de malos tratos deben ser investigadas rápida y profundamente para que pueda descubrirse lo ocurrido. Deben tomarse todas las medidas razonables para obtener pruebas. A su vez, la investigación debe ser totalmente independiente del Poder ejecutivo y la víctima debe poder participar de la misma.⁽¹¹⁾

(8) *Ibid.*, párr. 47.

(9) *Ibid.*, párr. 48.

(10) *Ibid.*, párr. 49.

(11) *Ibid.*, párrs. 62/65.

En el caso en cuestión transcurrieron cinco años y seis meses. Teniendo en cuenta la gravedad de las acusaciones, la relativa simpleza del asunto —dada la poca cantidad de actores y de incidentes, así como a que la instrucción se circunscribía a cinco testimonios y a un número limitado de pruebas materiales fácilmente accesibles— no puede justificarse el retardo.

El TEDH reconoce que la reapertura del proceso por parte del Tribunal Federal permitió remediar algunas de sus carencias, pero la ausencia de otros actos de instrucción —en particular la falta de evaluación de los elementos de prueba independiente de la realizada por los mismos gendarmes— lo lleva a la conclusión de que la investigación no fue suficientemente diligente. Por lo tanto, se violó el art. 3° en su aspecto procesal.

3 | Consideraciones finales

En el caso, el Tribunal resuelve reconociendo que una fractura de clavícula constituye violencia policial y una violación del art. 3° del Convenio, reprochando que los tribunales internos no lo hicieran ni investigaran lo suficiente para esclarecer los hechos. Aparte de dicha herida, el peticionario protestó por injurias de carácter racista, por amenazas de muerte y por otras heridas, las cuales no pudieron ser comprobadas ni desmentidas por la falta de celeridad en el proceso.

El TEDH, ante los hechos descriptos, se pronuncia en contra de los abusos policiales, citando a otros órganos de protección de los derechos humanos, quienes también expresan su preocupación a ese respecto. Así, concluye un análisis crítico de ese tema, recordando al Estado su obligación internacional de investigar los actos contrarios al art. 3°.

Derecho a la libertad de expresión

Funcionarios públicos

TEDH, *BELPIETRO c. ITALIA*,
24 de SEPTIEMBRE de 2013

por **MARISOL DORREGO**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El peticionario era el director del diario "*Il Giornale*" en el momento de los hechos. El 7 de noviembre del año 2004 se publica un artículo firmado por el senador R. I. titulado "Mafia, trece años de diferencias entre el Ministerio Fiscal y los carabinieri".

Los fiscales Lo Forte y Caselli habrían demandado al peticionario y al senador R. I. por difamación al considerar que dicho artículo habría dañado su honor y su reputación. Según el art. 57 del Código Penal italiano, el director (o director adjunto) sería responsable al omitir ejercer sobre el contenido de un diario el control necesario a fin de impedir que por medio de la prensa escrita se cometa una infracción. El proceso contra el senador R. I. fue separado de aquel contra el peticionario.

Las afirmaciones de M. R. I. estaban cubiertas por el art. 68.1 de la Constitución italiana, en el sentido de que "los miembros del Parlamento no

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

pueden ser llamados a responder sobre sus opiniones y votos expresados por ellos dentro del ejercicio de sus funciones". El 18 de noviembre de 2005, el peticionario es juzgado por el Tribunal de Milán.

El Tribunal considera que el artículo escrito por M. R. I. no constituiría una difamación ya que se encontraba dentro del ejercicio de crítica histórica y periodística. El artículo contenía una exposición de cuatro eventos claves de la lucha contra la mafia, que el autor del artículo veía como los síntomas de una "guerra" de los magistrados de Palermo contra los carabinieri.

Teniendo en cuenta sus funciones, un magistrado debía esperar que sus actividades fueran públicamente observadas, pero al mismo tiempo no era posible alegar sin pruebas que dicho magistrado tenía estrategias políticas. En el caso, existía un interés público por conocer los hechos en cuestión; para dicho tribunal no habría un ataque contra la reputación de los funcionarios públicos mencionados en el artículo y las informaciones dadas en el mismo eran objetivamente ciertas. M. R. I. habría dado su interpretación personal de los hechos de manera apasionada, tomando partido por los carabinieri. Las opiniones de M. R. I. eran una manifestación de la libertad de expresión.

El Ministerio Fiscal de Milán y los actores civiles apelaron dicha sentencia. El 16 de enero de 2009, La Corte de Apelación de Milán condena al peticionario a cuatro meses de prisión y a pagar una remuneración más las costas del proceso de primera y segunda instancia. Estima que el Tribunal de Milán no había tomado en consideración el hecho de que la responsabilidad del director del diario dependía de la falta de control sobre la presentación gráfica del artículo y de la importancia del espacio atribuido a los títulos. A su vez, el artículo estaba acompañado de una fotografía que mostraba al general Mori delante de un edificio de la policía, acompañado por la siguiente leyenda: "La persecución del general. Los ataques contra Mario Mori se inscriben en el marco de una guerra contra los carabinieri. Con él también fue implicado Giuseppe De Donno, considerado como el colaborador más confiable de Giovanni Falcone". Para la Corte de Apelaciones de Milán, dicha leyenda tenía un valor sugestivo.

Había un interés de informar al público en cuanto a los posibles conflictos entre los órganos del Estado. Sin embargo, al expresar sus opiniones, M. R. I. no se encontraba en la posición de "un observador tercero a los

hechos". Asimismo, el artículo contenía insinuaciones tendientes a dañar la reputación profesional de los magistrados en cuestión. Por otra parte, la Corte de Casación expresa que la responsabilidad penal del director del diario era distinta de la del autor del artículo y que la inmunidad reconocida a un miembro del Parlamento no podía serle extendida al director de la publicación.

El peticionario alega que su condena por difamación habría violado su derecho a la libertad de expresión.

2 | Apreciación del Tribunal Europeo (Segunda Sección)

Para el Tribunal, para que una injerencia en el derecho a la libertad de expresión sea legítima, debe determinarse si había sido prevista por la ley, si poseía un fin legítimo y si era necesaria en una sociedad democrática para atender a dichos fines.

Para el Tribunal, le corresponde a la prensa escrita comunicar información y opiniones sobre todas las cuestiones de interés general. Los límites de una crítica admisible pueden, en ciertos casos, ser más amplios para funcionarios dentro del ejercicio de sus funciones que para particulares. Respecto de los magistrados, el Tribunal los considera garantes de la justicia, por lo que el Tribunal concluye que deben existir motivos pertinentes y suficientes y que la medida sea proporcionada a los fines legítimos perseguidos. A su vez, expresa que la información proporcionada por la prensa escrita debe ser confiable y precisa. Deben existir motivos particulares para que se releve a los medios de la obligación de verificar las declaraciones potencialmente difamatorias en contra de particulares. En opinión del Tribunal, el artículo trataba sobre acusaciones graves en contra de funcionarios del Estado sin basarse en elementos objetivos. Por otra parte, para el Tribunal, no se puede concluir que tanto diputados como senadores tendrían el derecho incondicionado de publicar y difundir por la prensa escrita toda opinión ligada al ejercicio de su mandato parlamentario, sin importar si la misma es injurianta. Al respecto, el Tribunal encuentra que la libertad de expresión ejercida por parte de un funcionario elegido democráticamente no es ilimitada. Sin embargo, el peticionario no estaba exento de su deber de control, más aun teniendo en cuenta que M. R. I. ya habría sido sujeto

a condenas penales por difamación. En el caso, el peticionario había sido condenado a cuatro meses de prisión. El Tribunal considera que dicha pena importaría un disuasivo significativo y que las reparaciones pecuniarias eran excesivas y desproporcionadas respecto del delito cometido. Por lo tanto, encuentra que dicha sanción era desproporcionada, teniendo en cuenta los fines legítimos perseguidos.

3 | Consideraciones finales

En el presente caso, se analizan los límites de la libertad de expresión relacionados con funcionarios públicos. Es de destacar que para el Tribunal Europeo el carácter de funcionario público no puede proteger ilimitadamente las opiniones de los mismos en ejercicio de sus funciones, sino que cabría la imposición de límites razonables. A su vez, se destaca la importancia de verificar la información proporcionada; a ese respecto, el Tribunal se habría pronunciado en el caso *Perna c. Italia* del 6 de mayo de 2003, dado que en dicho caso el autor del artículo trataba de convencer al público de un mensaje ambiguo y poco claro sobre un supuesto abuso de autoridad cometido por un integrante del partido comunista Italiano, sin probar sus alegaciones, sino por el contrario, expresando que las mismas no requerían prueba alguna de su veracidad. En aquel caso se habría considerado que no había habido una violación al art. 10 del Convenio.⁽²⁾ En el presente caso, lo que se encuentra desproporcionado es la imposición de una indemnización pecuniaria, siendo que el Tribunal considera a la pena de prisión como disuasivo suficiente.

(2) TEDH, *Perna c. Italia*, 6 de mayo de 2003.

Derecho a la educación en contextos carcelarios

TEDH, *EPISTATU c. RUMANIA*,
24 de SEPTIEMBRE de 2013

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**⁽¹⁾

En el mes de septiembre de 2013, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH o el Tribunal) condenó a Rumania por la violación del art. 3º —Prohibición de la Tortura y los Tratos Crueles— del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, “el Convenio Europeo”/“el Convenio”), en perjuicio del señor Epistatu, quien fuera condenado a cinco años y medio de prisión por el delito de homicidio tentado, mientras comenzaba a cursar el duodécimo año de educación secundaria.

I | Los hechos del caso

Surge de los hechos del caso que el padre del señor Epistatu cursó diversas peticiones a los efectos de lograr que se le permitiera a su hijo culminar sus estudios secundarios⁽²⁾ o, en su caso, se lo trasladara a otro establecimiento que estuviera en condiciones de satisfacer esa pretensión.

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

(2) TEDH, *Epistatu c. Romania* (nº 29.343/10), sentencia de 24 de septiembre de 2013, párrs. 11, 13 y 23.

Según el peticionario, todos sus requerimientos fueron negados porque las prisiones se encontraban temporalmente imposibilitadas para programar clases de último año, los cursos vocacionales estaban llenos, y no había vacantes para el trabajo.⁽³⁾

El Tribunal hace notar que desde el 2010 hasta el 2012, Epistatu se inscribió y tomó parte en muchas actividades deportivas, artísticas, literarias y religiosas, así como también en entrenamientos y programas educativos provistos por las autoridades de la cárcel.

Finalmente, desde septiembre de 2012, asistió a un curso establecido por la prisión Bistrița, donde se entrenaba a los detenidos para ser trabajadores calificados de la industria alimentaria.

2 | El derecho a la educación en contextos carcelarios. La jurisprudencia del TEDH

En la visión del peticionario, el hecho de que se lo forzara a abandonar sus estudios para purgar su pena y de que no se le permitiera finalizar el secundario vulneraba su derecho a la educación, consagrado en el art. 2° del Convenio Europeo. El Tribunal determinó que ese planteo resultaba inadmisibile.

En primer término, el TEDH sostuvo que la sola privación de la educación por el tiempo de la condena legal no puede interpretarse como una violación del art. 2°.⁽⁴⁾ El Tribunal hizo notar que el abandono forzoso de la escuela se debió a una condena recaída en proceso legal, dirigido por autoridades competentes y que no resultó arbitrario.

En ese sentido, el TEDH reeditó su doctrina de *Georgiou c. Grecia* (2000). En efecto, en aquel precedente en que el peticionario se agraviaba de que no se le permitió acceder a un examen universitario mientras estuvo preso, el TEDH sostuvo que ese solo hecho no lo privó de su derecho de acceder a una institución de su elección, o a una educación efectiva.⁽⁵⁾

.....

(3) *Ibid.*, párr. 16.

(4) *Ibid.*, párr. 62.

(5) TEDH, *Georgiou c. Grecia* (n° 45138/98), sentencia de 10 de enero de 2000, párr. 7°.

Por otra parte, según el TEDH, las explicaciones que Epistatu recibió de las autoridades carcelarias (referidas al hecho de que no había recursos para programar cursos en ese momento), resultaron ajustadas al régimen regulatorio del sistema de cursos para detenidos.

Finalmente, el Tribunal resaltó que, mientras el peticionario estuvo en prisión, se le permitió inscribirse y asistir a actividades deportivas, artísticas, religiosas, etc.

A partir de lo apuntado puede verse que, en el entendimiento del Tribunal Europeo, la privación de la educación por el tiempo que disponga la condena legal no configura una violación al derecho de marras.

En el fallo estudiado, el TEDH sostuvo que no podían establecerse cursos *ad hoc*, es decir, exclusivamente para Epistatu. Conviene destacar que ese razonamiento proviene de un caso de similares características —*Natoli c. Italia* (1998)—, resuelto por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH).

En aquella ocasión, la CEDH determinó que Italia no había defraudado sus obligaciones dimanantes del art. 2° del Convenio Europeo al no proveer de cursos de alfabetización básica en las prisiones.⁽⁶⁾

En el razonamiento de la Comisión, la circunstancia de que en Italia el nivel de analfabetismo primario haya desaparecido justificaba que no existiera oferta de cursos de instrucción básica.

Desde esa lógica, mal podía interpretarse que el art. 2° impusiera la obligación de establecer cursos *ad hoc*, es decir, solo para el caso del peticionario.

Y es que, según la clásica visión que el Sistema Europeo tiene del derecho a la educación, el art. 2° del Convenio solo impone a los Estados la obligación de garantizar a toda persona dentro de su jurisdicción el derecho de acceso a las instituciones educativas "existentes en un momento dado".⁽⁷⁾

(6) CEDH, *Natoli c. Italia* (n° 26.161/95), 18 de mayo de 1998, *sur la recevabilité de la requête*.

(7) *Ibid.*, TEDH, *Georgiou c. Grecia*, fallo cit., párr. 7°; *Catán y otros c. Moldavia y Rusia* (43.370/04, 8252/05, 18.454/06), 10 de octubre de 2012, párr. 137. Ver ROBLES TRISTÁN, RODRIGO, "Derecho a la educación. Competencia *ratione loci*", en *Revista Derechos Humanos*, año II, n° 3, Bs. As., Infojus, 2013.

Esta es la doctrina esbozada por el Tribunal en el señero *Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso del idioma en la educación en Bélgica*⁽⁸⁾ (1968). Allí se dijo también, en lo que interesa, que el Convenio no especifica la extensión de aquel número de establecimientos, ni la manera en que debe organizarse o financiarse.⁽⁹⁾

Por otro lado, el Tribunal Europeo sostuvo en aquel precedente —y sostiene aún— que “la formulación negativa indica, tal como lo confirman los trabajos preparatorios (...) que los Estados Partes **no reconocen el derecho a la educación de manera que les imponga establecer a sus propias expensas, o a través de subsidios, educación de algún tipo o nivel particular**. Sin embargo, de ello no puede concluirse que el Estado no tiene obligaciones positivas de asegurar el respeto a ese derecho como protegido por el art. 2º del Protocolo”.⁽¹⁰⁾

Va de suyo que estos principios sentados por el Tribunal de Estrasburgo evidencian, a las claras, una postura algo conservadora respecto del derecho a la educación.

En efecto, el TEDH, en el precedente *Leyla Şahin c. Turquía* (2005), se ocupó de aclarar que “el Tribunal no pierde de vista el hecho de que el desarrollo del derecho a la educación (...) varía de un momento o lugar a otro, **según las circunstancias económicas y sociales, dependiendo principalmente de las necesidades y recursos de la comunidad...**”.⁽¹¹⁾

Este razonamiento tiene como antecedente las expresiones del Tribunal en *Airey c. Irlanda* (1979), el fallo europeo pionero en materia de derechos económicos, sociales y culturales —DESC—: “El Tribunal es consciente de que la realización de los DESC depende en mucho de la situación —particularmente económica— reinante en el estado en cuestión”.⁽¹²⁾

(8) TEDH, “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium* (Merits)” (nº 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64), sentencia de 23 de julio de 1968, párr. B.3.

(9) *Ibid.*

(10) *Ibid.*, párrs. 30/31.

(11) TEDH, *Leyla Şahin c. Turquía* (nº 44.774/98), sentencia de 10 de noviembre de 2005, párr. 136.

(12) TEDH, *Airey c. Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979, párr. 26.

En resumen, según lo hasta aquí dicho, el Tribunal reconoce que las limitaciones económicas o sociales de un país son elementos de juicio al momento de evaluar la violación —o no— del art. 2º.1 del Convenio Europeo.

Por otro lado, en la materia de estudio, el TEDH sostiene que la falta de acceso a la educación, mientras se esté cumpliendo una pena, resulta justificada por el hecho mismo de que dicha pena surja de una condena legal y recaída en juicio justo.

Finalmente, la inexistencia de cursos de escolarización en ciertos presidios se explica, en primer término, por la poca o nula cantidad de eventuales asistentes y también, como ya se dijo, por impedimentos económicos o logísticos que acarrea para las autoridades carcelarias el establecimiento de una matrícula educativa.

3 | Consideraciones finales

En el ámbito interamericano, el derecho a la educación se halla expresamente consagrado en el “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” —Protocolo de San Salvador—.

Por otra parte, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos funge como una norma de corte remisivo, que *deriva* su contenido de las disposiciones sobre DESC contenidas en la Carta de la OEA, las cuales deben *traducirse* en derechos.⁽¹³⁾ Desde esa perspectiva, pese a la escasa adhesión de los Estados al Protocolo de San Salvador, los derechos económicos y sociales tienen suficiente base normativa. Y, lo que es más importante aún, gozan de justiciabilidad a través de los órganos de protección.

La referida remisión debe ser encarada desde varios criterios hermenéuticos: 1) la interpretación sistémica⁽¹⁴⁾ y evolutiva⁽¹⁵⁾ del Derecho Internacional

(13) COURTIS, CHRISTIAN, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales a través del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p. 366.

(14) CORTE IDH, “El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal”, OC 16/99, 1 de octubre de 1999, Serie A N° 16, párr. 113.

(15) 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”, OC 10/89, 14 de julio de 1989, Serie A N° 10, párr. 43.

en Derechos Humanos; 2) el principio *pro homine*;⁽¹⁶⁾ 3) las disposiciones de otros instrumentos internacionales;⁽¹⁷⁾ 4) la interpretación que de ellos hacen los respectivos órganos de aplicación;⁽¹⁸⁾ y 5) la Declaración Americana de derechos y Deberes del Hombre, toda vez que los derechos humanos a que refiere la Carta de la OEA son los enumerados allí.⁽¹⁹⁾ Desde esta interpretación integradora, un imponente *corpus iuris* en materia de DESC debe acompañar la aplicación del art. 26: es lícito (y de buena fe)⁽²⁰⁾ conjugar su lectura con la del art. 13 del Protocolo de San Salvador⁽²¹⁾ y el resto de normas en materia de DESC acogidas en la Carta de la OEA.

La Corte no ha definido con mucha precisión el marco de protección del art. 26⁽²²⁾ aunque, quizás, valga citar el caso del “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” donde se demandaban, entre otras violaciones al derecho internacional de los derechos humanos, las condiciones infrahumanas de detención soportadas por la población —mayormente compuesta de niños— del Instituto “Panchito López”, de Paraguay.

Allí, la Corte recordó la especial protección de que son acreedores los niños, por vía del art. 19 de la Convención Americana, el cual también debe nutrirse de la interpretación integrada de otros instrumentos internacionales.

(16) Art. 29 CADH; CORTE IDH, “‘Otros Tratados’. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, OC 01/82, 24 de septiembre de 1982. Serie A, N° 1, párr. 41.

(17) CORTE IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 CADH)”, OC 05/85, 13 de noviembre de 1985, Serie A, N° 5, párr. 51.

(18) Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Anexo a la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco, 1945, art. 38.1.d; CORTE IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, N° 246, voto concurrente de la jueza May Macaulay, párr. 7°.

(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”, cit., párrs. 43 y 45.

(20) CORTE IDH, “Caso Furlan y Familiares vs. Argentina”, fallo cit., voto concurrente de la jueza May Macaulay, párr. 8.

(21) *Ibid.*

(22) Ver CORTE IDH, “Caso ‘Cinco Pensionistas’ vs. Perú” (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C, N° 98, voto del juez García Ramírez, cap. 3; “Caso Furlan vs. Argentina”, fallo cit., voto de la jueza May Macaulay, párr. 9°.

les, entre los que se cuentan la Convención sobre Derechos del Niño, el Protocolo de San Salvador, etc. Esta ha sido una constante doctrina de la Corte expresada, entre otros precedentes, en el caso de los “Niños de la Calle”, la “Opinión Consultiva 17/02”, etc.

A partir de lo apuntado, la Corte IDH determinó que las medidas de protección aludidas excedían el campo de los derechos civiles y políticos y también involucraban aspectos económicos, sociales y culturales, integrantes de los derechos a la vida y la integridad personal de los niños.⁽²³⁾

En ese orden de ideas, la Corte indicó que los Estados, en virtud de su “especial posición de garante” respecto de un grupo doblemente vulnerable que reclama protección (niños y privados de libertad), **deben preocuparse por las circunstancias de vida que acompañan la privación de la libertad**⁽²⁴⁾ lo cual, desde el “enfoque holístico del derecho al desarrollo de los niños”, implica la asistencia en materia de salud y educación.

A la luz de estos principios y del amplio concepto de *vida digna* emanado del precedente de los “Niños de la Calle”, la Corte sostuvo que la inexistencia de actividades educativas hacía al Estado de Paraguay responsable por la violación de derechos humanos en perjuicio de los internos.⁽²⁵⁾

En el caso del señor Epistatu, debe tenerse en cuenta que aquella doctrina que reza que mientras dure la condena la falta de acceso a la educación no constituye una violación del derecho a educarse, desconoce que la pena se endereza a la readaptación y resocialización (art. 10, inc. 3º Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En ese orden de ideas, la obligación de los Estados de cumplir con aquellos fines que iluminan la política criminal puede interpretarse —con mayor razón en el caso de un joven de 18 a 23 años, con una pena de cinco años de prisión— como una regla que incluye el mandato de garantizar un servicio de educación, el cual constituye un importantísimo, si no el principal, elemento de readaptación y resocialización.

(23) CORTE IDH, “Caso del Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, párr. 149.

(24) *Ibid.*, p. 160.

(25) *Ibid.*, p. 174.

La privación de la educación en el ámbito de la cárcel, como un hecho justificable a partir de que la persona ha cometido un delito, se corresponde con una visión que entiende a la pena como un castigo y no como una oportunidad de otorgar herramientas al condenado para reinstalarse en la sociedad a la que injurió en el pasado.

Derecho a la privacidad

Prohibición de discriminación

TEDH, *I. B. c. GRECIA*,
3 de OCTUBRE de 2013

por **HORACIO RICARDO GONZÁLEZ**⁽¹⁾

El procedimiento que da lugar a esta sentencia de la Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁽²⁾ tiene su origen en la petición 552/10, dirigida contra el Estado griego, presentada por un residente de ese Estado (I. B.), que la admite una vez agotados los recursos internos y dentro del plazo de seis meses de la fecha de la sentencia interna definitiva.

El peticionante se basaba en la violación de los arts. 8° y 14 CEDH,⁽³⁾ leídos en conjunto, referidos al derecho a la privacidad y a la prohibición de todo tipo de discriminación.

.....

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

(2) En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte puede solicitar, "en casos excepcionales", la remisión del asunto ante la Gran Sala (art. 43.1. CEDH). La sentencia de una Sala será definitiva cuando las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala, si han pasado los tres meses para hacerlo o cuando la Gran Sala rechace la demanda de remisión (art. 44).

(3) "Art. 8.- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho en tanto y en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

I | Antecedentes

I. B. trabajaba en Atenas, en una empresa de fabricación de joyas, cuando confió, en 2005, a tres compañeros de trabajo que había contraído sida. Poco tiempo después, la empleadora recibió una carta de los citados compañeros en la que pedían su alejamiento de la empresa. Esta información sobre la salud de I. B. llegó al resto del personal, alrededor de 70 empleados, muchos de los cuales se quejaron, reiteradamente, de tener que trabajar con una persona seropositiva y reclamaron que lo despidieran.

Ante esa situación, el médico de la empresa informó al personal sobre el VIH y su forma de transmisión, los tranquilizó y les explicó las precauciones que debían tomar. No se calmó el reclamo de despido, por lo que la empresa intentó transferir al trabajador a otro departamento, ubicado en otra dirección, pero se encontró con la oposición del jefe de la citada unidad que amenazó con renunciar.

Finalmente, 33 empleados insistieron por carta en su despido “para salvaguardar su salud y su derecho al trabajo”, accediendo la empresa a hacerlo, abonando la indemnización legal equivalente a un salario mensual y las vacaciones.

Tiempo después, el demandante consiguió otro trabajo en la actividad privada.

El trabajador pidió al Tribunal de Primera Instancia griego que declarara nulo el despido, ordenara al empleador reincorporarlo al trabajo y abonarle los salarios impagos y el daño moral. En primera instancia se resolvió que el despido era ilegal, contrario a la norma del Código Civil que prohíbe el ejercicio abusivo del derecho, le reconoció los salarios impagos desde su despido, y rechazó el planteo del trabajador de que se había ofendido su personalidad y su reincorporación por haber encontrado otro trabajo.

.....
“Art. 14.- El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

Apelada la sentencia por ambas partes, el Tribunal de Apelación rechazó los agravios de la empresa y admitió los del trabajador, tanto en lo que se refería al abuso de derecho como a la ofensa a su personalidad. Reconoció los salarios impagos y el daño moral; no así su reincorporación.

La empresa apeló el fallo al Tribunal de Casación. Por su parte, el trabajador planteó la nulidad del acto, abuso de derecho, reparación del daño moral y fundamentalmente la violación del art. 22 de la Constitución de Grecia que establece que “el trabajo constituye un derecho y queda bajo la protección del Estado...”, así como del principio de proporcionalidad basado en la jurisprudencia de casación que sostenía que cuando un despido había sido anulado por ser abusivo el empleador debía reincorporar al empleado.

Sin embargo, Casación anuló el fallo fundado en que el Tribunal de Apelación había interpretado y aplicado incorrectamente el art. 281 del Código Civil a los hechos de la causa. La rescisión del contrato de trabajo, dijo, no era abusiva, sino que estaba justificada por los intereses del empleador, “en el buen sentido del término”, ya que fue decidida con el fin de restablecer la calma en el seno de la empresa, la colaboración armoniosa entre los empleados y el buen funcionamiento de la empresa, que habían sido perturbados por el mantenimiento en funciones del empleado enfermo, lo cual generaba inseguridad y temor en la salud de los empleados que habían solicitado su alejamiento.

2 | El derecho interno, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la jurisprudencia

El TEDH cita el derecho interno, en particular la Constitución griega, que reconoce la inviolabilidad de la vida privada y familiar (art. 9.1), el trabajo como un derecho, con la protección del Estado (art. 22.1), y que los derechos del hombre deben ser asegurados por el Estado y las restricciones legales. Esos derechos deben respetar el principio de proporcionalidad (art. 25). Asimismo, menciona normas de jerarquía infraconstitucional relativas a la igualdad de trato, prohibición de discriminación y la Comisión Nacional por los Derechos del Hombre que contempla la protección de los derechos de las personas portadoras de VIH.

En el ámbito internacional, refiere la Recomendación 200 OIT sobre el VIH y el sida y el mundo del trabajo, de 2010, que es el primer instrumento sobre la materia laboral. Destaca el art. 2º, párr. 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que dispone que los derechos enunciados en el mismo serán ejercidos “sin discriminación alguna basada en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o cualquier otra opinión, el origen nacional o social, la fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Por su parte, en la Observación General 20/2009 sobre no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, el Comité de los DESC señaló que la expresión “cualquier otra situación” comprendía el estado de salud, en particular el caso de una persona infectada por el VIH.

En el mismo sentido —dice— se pronuncian los textos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

Como antecedente jurisprudencial cita el fallo de la Corte Constitucional de Sudáfrica en el caso “Hoffman vs. South African Airways” en el que se resolvió que los derechos constitucionales del empleado (personal navegante aerocomercial), despedido por ser seropositivo, habían sido vulnerados por la empresa.

3 | Demanda del trabajador y respuesta del Estado

El trabajador presentó una demanda contra el Estado por la violación en forma combinada de los arts. 8º y 14 de la Convención.

Alegó ante el TEDH la vulneración de su derecho a la privacidad al declarar legal su despido, que se fundaba en ser portador del VIH; sostuvo que su despido era discriminatorio y que el motivo alegado por el Tribunal de Casación para justificarlo basado en la necesidad de preservar el clima de trabajo en la empresa no podía servir de base para un tratamiento diferenciado.

El Gobierno, si bien admite que todo despido tiene un impacto sobre la vida privada, dice que ello no es suficiente para que se aplique el

art. 8º del Convenio. En este caso, dice, el despido no ha tenido como consecuencia su exclusión del mercado de trabajo, como lo fue en el caso *Sidabras y Dziautas c. Lituania*, (55.480/00 y 59.330/00, CEDH 2004, VIII), ni de excluir de manera general a los seropositivos del derecho al empleo.

Interpreta que el art. 8º protege las relaciones que dos partes desean establecer entre sí; en el caso del demandante, sus compañeros no querían trabajar con él y considera que el empleador no ha hecho mal uso de la información sobre su estado de salud.

Tampoco el trabajador habría sido víctima de discriminación. Su empleador lo despidió, en última instancia, para salvaguardar los intereses de la empresa y la paz en el seno de la misma y no en razón de un prejuicio por ser portador del VIH. Argumenta que en este caso no existía el riesgo de no conseguir trabajo, dado que poco después lo había conseguido, por lo que no tuvo como consecuencia el despido su estigmatización, o su exclusión de la vida profesional y social.

Se trataba, dice, de un diferendo entre particulares, por lo que no se podía asimilar a la responsabilidad del Estado, sino al grado de responsabilidad de particulares.

Finaliza diciendo que ni el art. 8º ni aun el Protocolo 12⁽⁴⁾ imponen a los Estados legislar a favor de los asalariados seropositivos, con el fin de impedir su despido en el sector privado, pues en ese caso se ampliaría la responsabilidad del Estado en lo que concierne a las relaciones entre particulares, y de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte, en esta materia, los Estados tienen un gran margen de apreciación.

4 | La posición del TEDH

En primer lugar, el TEDH aclara que las cuestiones relativas al empleo, como en el caso que implica a personas seropositivas, entran indudablemente en el campo de la vida privada. Dice que la noción de “vida privada” engloba la integridad física y moral de la persona y a veces de la identidad física y social de un individuo, el derecho al “desarrollo personal” o el derecho a la autodeterminación.

.....

(4) Protocolo 12 sobre la no discriminación (2005).

Señala que el demandante no se queja de la intervención directa de las autoridades, sino de una falta en proteger su esfera privada contra la injerencia de su empleador.

Dice que lo que distingue este caso de otros resueltos por el Tribunal radica en que se trata del despido de un trabajador con VIH. No hay duda de que si el motivo alegado para el despido era la preservación del buen clima en el trabajo en la empresa, el hecho generador fue la revelación de su seropositividad. Se afectaba, en consecuencia, su vida privada en un sentido amplio. Y este hecho no se borraba por la circunstancia de haber encontrado nuevo trabajo.

Recuerda que dijo en el fallo *Kiyutin*⁽⁵⁾ que un problema de salud como la seropositividad debe ser considerado como un motivo de discriminación que se extrae del texto del art. 14 de la Convención. A pesar de que el citado art. 14 no menciona, expresamente, las condiciones médicas o de salud como situaciones protegidas contra formas de discriminación, el Tribunal ha reconocido recientemente que una discapacidad física y varios problemas de salud se encuadran dentro del alcance de dicha disposición (ver *Glor c. Suiza y G. N. c. Italia*). Destaca que de acuerdo con la interpretación de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la expresión "otras condiciones" contenida en las disposiciones antidiscriminatorias de los instrumentos internacionales abarca las condiciones de salud e incluso la infección por VIH.

Considera el TEDH que los arts. 8° y 14 de la Convención combinados son de aplicación a las circunstancias de la causa.

El TEDH ha establecido que la discriminación directa consiste en tratar de manera diferente, sin que existan razones objetivas y razonables, a personas que se encuentran en situaciones iguales (o muy parecidas). La ausencia de una justificación "objetiva y razonable" significa que la diferenciación en el trato no persigue un fin legítimo, o que no existe una relación razonable entre los medios empleados y el fin perseguido.

Afirma el TEDH que el demandante se encontraba en una situación similar a la de los otros empleados de la empresa, sin embargo, ha sido tratado de manera diferenciada, menos favorable, en razón solo de su seropositividad.

.....
(5) En TEDH, *Kiyutin c. Rusia*, sentencia de de 10 de marzo de 2011, decidió que se había violado el art. 14 en conjunción con el art. 8° de la Convención.

En este caso, al demostrarse que existe una diferencia de trato, la carga de prueba está a cargo del Gobierno.⁽⁶⁾ Si bien el Estado —dice— goza de un “cierto margen de apreciación” para justificar tratamientos diferentes, la extensión de ese margen no es rígida y se vincula con las circunstancias y el contexto. El Tribunal considera que las personas con VIH constituyen “un grupo vulnerable con una historia de prejuicios y estigmatización, razón por la cual solo se le debe conceder al Estado un estrecho margen de apreciación en su elección de las medidas que brindan a este grupo un tratamiento diferenciado con base en su condición de portadores de VIH”.

Una vez que el recurrente ha demostrado la existencia de una diferencia en el trato, corresponde al Estado demandado demostrar que tal distinción es justificada.

Cuestiona que la Cámara de Casación no hizo un balance ajustado de los **intereses en juego**, sino que se basó en los intereses de la empresa y no ha justificado, de ninguna manera, dice, porque los intereses del empleador triunfaban sobre los del trabajador y no ha puesto en balance los derechos de las dos partes conforme lo exige la Convención.

5 | Principios y derechos a tener en cuenta

El Tribunal, para resolver el caso, recurre por un lado al análisis del derecho a la vida privada y, también, a la interpretación de algunos principios, utilizados con anterioridad, tales como el margen de apreciación nacional, proporcionalidad y balance de intereses. Lo hace aplicando el art. 8° combinado con el art. 14 de la Convención.

A continuación, hacemos un breve repaso del alcance del derecho y de los principios mencionados en la jurisprudencia del TEDH en su aplicación al presente caso.

(6) Así *Kiyutin* dijo, en el citado caso, que “Una vez que el recurrente ha demostrado la existencia de una diferencia en el trato, el Estado demandado debe demostrar que tal distinción es justificable. La justificación debe ser objetiva y razonable, es decir que debe perseguir un objetivo legítimo y, además, debe existir un vínculo razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo a alcanzar”.

5.1 | Vida privada

No hay duda de que el despido ha estigmatizado a una persona con indudable repercusión sobre su vida privada.

El art. 8° CEDH no meramente compele a los poderes públicos a abstenerse de interferir en la vida privada de acuerdo con el alcance de los derechos de esa norma, sino que también implica la obligación de tales poderes de adoptar medidas encaminadas a asegurar el respeto de la vida privada (ver *Stubbings y otros c. Reino Unido*,⁽⁷⁾ donde se afirma esa doctrina).

El TEDH ha sostenido en varios casos que la interpretación del derecho a la vida privada debe hacerse en un sentido amplio que comprenda el derecho de llevar una “vida social privada”, a saber, la posibilidad para el individuo de desarrollar su identidad social. En el caso *Bigaevé c. Grecia*⁽⁸⁾ dijo que no existe ninguna razón para considerar que la vida privada excluye las actividades profesionales,⁽⁹⁾ por lo que las restricciones a estas pueden efectivamente caer dentro de la esfera del art. 8°.

Ha destacado que el art. 8° no solo remite a las obligaciones negativas del Estado, en tanto abstenerse de injerencias arbitrarias, sino también a obligaciones positivas en cuanto a la adopción de medidas para el respeto al derecho a la vida privada. Llevando la doctrina del Tribunal a la resolución de nuestro caso es evidente que el Estado griego debe hacer prevalecer el derecho del demandante, al respeto de su vida privada, por sobre el derecho del empleador, al restablecimiento de una colaboración armoniosa entre empleados y al buen funcionamiento de la empresa.

El demandante no se queja de que haya habido una intervención directa de las autoridades nacionales que terminaron en su despido, sino de la omisión del Estado de proteger su esfera privada a raíz de la injerencia del empleador, lo que acarrea responsabilidad del Estado. El propio TEDH recuerda que ha habido un caso (*Kiyutin*) en el que el art. 8° se aplicaba a una situación en que las autoridades rechazaron un permiso de viaje en razón de la seropositividad del interesado.

.....
(7) TEDH, 22 de octubre de 1996.

(8) TEDH, 28 de mayo de 2009.

(9) Ver sentencia del TEDH, *Fernández Martínez c. España*, 15 de mayo de 2012, párr. 26.

En cuanto a la aplicación del art. 14 del Convenio, ha sostenido en *Thlimmenos c. Grecia*⁽¹⁰⁾ que, en principio, no tiene existencia independiente, ya que protege el disfrute de los derechos y libertades garantizados por los otros artículos del Convenio y de los Protocolos. Sin embargo, puede entrar en juego incluso sin un incumplimiento de sus exigencias y, en esta medida, posee un alcance autónomo. Para que el art. 14 sea aplicable, basta que los hechos enjuiciados recaigan bajo el ámbito de estos artículos.⁽¹¹⁾

5.2 | Margen de apreciación nacional y proporcionalidad

La aparición de la doctrina del “margen de apreciación nacional” reconoce la existencia de la voluntad del Estado frente a la interpretación y aplicación de los derechos humanos. En Europa surge la doctrina a través de la interpretación del art. 15 CADH que establece la posibilidad de suspender ciertos derechos en virtud de la existencia de un peligro público. En 1968 el Tribunal⁽¹²⁾ (en esa época la Comisión Europea de Derechos Humanos) indicó que la CEDH tenía un carácter subsidiario frente a la acción del Estado, producto de su voluntad. En ese caso recordó que existen aspectos de la vida social en los cuales “las autoridades nacionales son libres de escoger las medidas que estimen apropiadas dentro de los aspectos regidos por la Convención”.

El TEDH utilizó por primera vez la expresión “margen nacional de apreciación” en el caso *De Wilde, Ooms And Versyp (“Vagrancy”) c. Bélgica* (art. 50),⁽¹³⁾ en el cual indica que la medida de detención contra un grupo de vagabundos no vulneró el art. 8°.2 de la CEDH, toda vez que el Estado pudo tener razones valederas y necesarias para defender el orden y prevenir las infracciones contra la moral, la salud y la reputación de los otros.

(10) TEDH, 6 de abril de 2000, párr. 40.

(11) Ver *Inze c. Austria*, 28 octubre 1987, Serie A, N° 126, ap. 36, p. 17.

(12) TEDH, sentencia del 23 de julio de 1968, p. 10, caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica.

(13) TEDH, sentencia de 10 de marzo de 1972.

Siguió utilizando el principio de deferencia al Estado en otros casos, no solo vinculándolo a las condiciones de suspensión general de los derechos (art. 15), sino también en cuanto a las restricciones específicas ejercidas por parte de los Estados frente a los derechos.

A diferencia del TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha definido expresamente ni nombrado en sus fallos la citada doctrina. En la práctica jurisprudencial se observa que ha hecho uso en mayor medida de los test de proporcionalidad para reconocer un margen de apreciación al Estado.⁽¹⁴⁾ En esa misma línea, la Corte IDH⁽¹⁵⁾ señaló al referirse a la libertad personal que las decisiones restrictivas de libertad deben estar referidas a la aplicación del principio de proporcionalidad y racionalidad.

Hizo mención de la doctrina en relación a la utilización del recurso ordinario eficaz (art. 8°.2 CADH) al decir que “si bien los Estados tienen un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”.⁽¹⁶⁾

En Argentina ha hecho uso de la doctrina el juez Fayt en sus disidencias en sentencia de trascendencia de la Corte en materia de graves violaciones de derechos humanos por actos del terrorismo de Estado. Señala, en concordancia con el texto del art. 27 CADH,⁽¹⁷⁾ que en la “ciencia del derecho internacional se reconoce actualmente (...) lo que se denomina un ‘margen nacional de apreciación’ (...) Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional”.

(14) CORTE IDH, “Caso Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia de 28 de enero de 2009.

(15) CORTE IDH, “Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador”, sentencia de 21 noviembre de 2007, párr. 107.

(16) CORTE IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 161.

(17) Fayt considera que el art. 1° CN “sigue resultando una barrera infranqueable, en virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la CN”. En este caso prevalecen los “principios de derecho público” internos sobre las normas internacionales. Ver sobre este tema los casos “Mazzeo” (Fallos: 330:3248, 2007, consids. 12 y ss.), “Arancibia Clavel” (Fallos: 328:341, 2005) y “Simón” (Fallos: 328:2056, 2005).

El TEDH ha recurrido a esta doctrina, que supedita el enfoque de derechos humanos a favor de la decisión estatal, en casos de indudable interés público. Así, en el caso de la prohibición a los homosexuales de adoptar menores, hizo uso de la doctrina del margen de apreciación nacional y del principio de proporcionalidad. Dijo que la ausencia de una comunidad de opiniones sobre la cuestión, no solo entre los Estados miembro, sino de los científicos y la opinión pública en Francia, permite reconocer al Estado un alto margen de apreciación⁽¹⁸⁾ y haciendo hincapié en el interés superior del niño, juzgó que la decisión nacional de negar al demandante aptitud para adoptar un menor en razón de su homosexualidad no excedía los requisitos de proporcionalidad y no resultaba discriminatorio.

En nuestro caso, el TEDH usa en forma vinculada, para resolver el caso, el principio de proporcionalidad en sentido estricto con el del margen nacional de apreciación. Nos dice que en la medida en que el trabajador "ha demostrado la existencia de una diferencia de trato corresponde al Gobierno probar que dicha diferencia está justificada" (párr. 78). Agrega que tal diferencia, para ser aceptada, debe ser "objetiva y razonable", perseguir "un fin legítimo" y debe existir "una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido" (párr. 78) y que los estados gozan de un "cierto margen de apreciación" para determinar si, y en qué medida, diferencias entre situaciones frente a otros casos análogos, justifican tratamientos diferentes.

Así en *Kiyutin*, como en este caso, consideró que "el recurrente pertenecía a un grupo vulnerable, que no se ha demostrado que su exclusión se basa en una justificación razonable y objetiva, y que las disposiciones legislativas impugnadas no dieron lugar a una evaluación del caso particular. Esta Corte estima que el Gobierno excedió el estrecho margen de apreciación que se le ha concedido en el presente caso. El recurrente ha sido víctima de discriminación en razón de su estado de salud, por lo que ha habido violación del art. 14 de la Convención en conjunción con el art. 8°".

En el presente caso, el Tribunal constató que el empleador puso fin al contrato de trabajo por la presión de los empleados y que esta presión tenía

.....

(18) TEDH, *Fretté c. Francia*, 26 de febrero de 2002.

por origen la seropositividad del demandante y la inquietud que había creado entre ellos.

Reconoce que si bien un número importante de Estados miembro del Consejo de Europa no han adoptado una legislación específica a favor de las personas portadoras de HIV (solo 7 sobre 23 han adoptado una legislación específica), hay una clara tendencia de conjunto para proteger a esas personas contra toda discriminación en el lugar de trabajo a través de disposiciones legislativas más generales, pero aplicadas por las jurisdicciones en el ámbito del despido de seropositivos, tanto en la función pública como en el sector privado.

5.3 | Balance de intereses

El TEDH cuestiona la sentencia del Tribunal de Casación en función de que no hizo una puesta en balance de todos los intereses en juego, de una manera circunstanciada y profunda, como sí lo había hecho —dice— la Cámara de Apelación.

Casación había sostenido que el despido estaba justificado teniendo en cuenta los intereses del empleador de restablecer la calma en el seno de la empresa y su buen funcionamiento. Identificó el Tribunal de Casación al buen funcionamiento de la empresa con el sentido de que le atribuían un grupo de trabajadores, identificándolo con la percepción subjetiva de estos.

El TEDH rechaza el argumento del Gobierno en el sentido de que una decisión favorable al trabajador no hubiera resuelto el problema porque hubiera significado que el empleador asumiera el coste de la perturbación prolongada de la empresa, mientras el demandante debía hacer frente a un ambiente hostil.

Dice que el demandante en Casación se limitaba al otorgamiento de una indemnización tal como lo había decidido Apelación. La demanda inicial del trabajador iba dirigida a lograr su reincorporación a la empresa, reclamo rechazado tanto en primera como en segunda instancia.

El TEDH destaca que Casación no ha realizado un balance adecuado de los derechos de las dos partes conforme la Convención. De ello se

deriva que el trabajador ha sido víctima de discriminación fundada en su estado de salud con violación del art. 14 combinado con el art. 8°, ambos de la Convención.

En función de ello, reconoce al demandante los salarios impagos y se le acuerda una suma por daño moral.

6 | Consideraciones finales

El TEDH, desde sus inicios, viene demostrando su compromiso con la necesidad de luchar contra toda forma de discriminación, en particular, por género, habiendo mantenido a lo largo de los años una jurisprudencia consolidada y un mismo uso del lenguaje en relación con los casos de discriminación en general. No obstante, la evolución de la jurisprudencia sobre discriminación no ha sido tan avanzada como podría haber sido, debido a varios factores que es importante mencionar y que hacen que, en este caso, no se logre un resultado justo, que fulmine de nulidad el acto del despido y reincorpore al trabajador al empleo.

- La necesidad de que la discriminación se invoque en relación con la violación de otro derecho del Convenio hasta la firma del Protocolo 12.
- La aplicación del margen de apreciación nacional que muestra la reticencia del TEDH de ir por delante de la mayoría de los Estados Parte en casos donde la violación de los derechos del trabajador resulta claramente discriminatoria.

En nuestro caso en estudio, no se avanzó en la nulidad absoluta del despido del trabajador que conllevaba la opción de su reincorporación al trabajo. Consideramos que el TEDH se queda a mitad de camino, a pesar de haber tenido la posibilidad de descalificar severamente el acto del despido que estigmatizó al empleado.

La Corte IDH en el "Caso Baena"⁽¹⁹⁾ consideró que "la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restableci-

(19) CORTE IDH, "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C, N° 72, párr. 202.

miento de la situación anterior y en la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”.

La Corte argentina tiene dicho que la reinstalación del trabajador guarda coherencia con “los principios que rigen a las instancias jurisdiccionales internacionales en materia de derechos humanos” y ha señalado al referirse a las facultades “discrecionales” del empleador de organización y dirección de la empresa e integración del personal que dichas facultades “en ninguna circunstancia y lugar podrían dejar de estar limitados por el inquebrantable respeto de la dignidad del trabajador y el *ius cogens* que informa al principio de igualdad y prohibición de discriminación”.⁽²⁰⁾

Consideramos que un enfoque de derechos humanos no puede prescindir de la búsqueda de la realización plena de los derechos que afirme la dignidad de la persona como trabajador y como ciudadano.

(20) Ver CSJN, “Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud SA”, 7 de diciembre de 2010, Fallos: 333:2306, cons. 8º y 10.

Derecho a la libertad de expresión en Internet

TEDH, *DELFI AS c. ESTONIA*,
10 de OCTUBRE de 2013

por **MARISOL DORREGO**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

La peticionaria, Delfi AS, es una compañía registrada en Estonia que es dueña de uno de los sitios de noticias en Internet más importantes de dicho país. En enero de 2006, Delfi publicó un artículo en su página web sobre una compañía de barcos de embarque que trataba sobre la decisión de la compañía de cambiar la ruta que los barcos tomaban para llegar a ciertas islas. Esto habría causado que el hielo se rompiera en sectores en los cuales se tenía pensado hacer rutas sobre hielo en el futuro. Como resultado, la apertura de dichas rutas (un medio más rápido y barato de conectar las islas, comparado con los barcos de embarque) fue postpuesto varias semanas. Debajo de dicho artículo los lectores podían escribir comentarios sobre el sitio. Muchos lectores dejaron comentarios ofensivos o amenazantes dirigidos hacia los accionistas mayoritarios de la compañía.

El accionista mayoritario de la compañía demandó a Delfi en abril de 2006 por el contenido difamatorio de los comentarios en su sitio web. Los tribunales internos encontraron que los comentarios eran, en efecto, difamatorios y que Delfi era responsable por los mismos. Así, se le impuso una indemnización de 5000 coronas estonias (EEK) por daños (alrededor de 320 euros). La compañía peticionaria apeló dicho fallo, pero el recurso fue rechazado por

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

la Corte Suprema de Estonia en junio de 2009. En particular, los tribunales internos rechazaron el argumento de Delfi de que, bajo la normativa de la Directiva de la Unión Europea 2000/31/EC sobre comercio electrónico, su rol como sociedad proveedora de un servicio de Internet era meramente técnico, pasivo y neutral. Los tribunales internos, por el contrario, encontraron que el portal debía ejercer control riguroso sobre los comentarios hechos por usuarios.⁽²⁾

2 | Análisis del Tribunal (Primera Sección)

El Tribunal constata que el enfoque realizado por las partes en sus respectivos reclamos difiere sobre el rol de la compañía en el caso. Para el Gobierno, la compañía peticionaria debía ser considerada responsable por los comentarios difamatorios, mientras que esta consideraba que los comentarios difamatorios habían sido publicados por terceras personas y que debía respetarse su derecho a impartir información libremente y que los tribunales internos habrían interferido con su derecho de libre expresión garantizado por el art. 10 del Convenio. Dicha injerencia en su derecho a la libre expresión debía estar prescripta por ley y perseguir un fin legítimo. Por último, debía ser necesaria en una sociedad democrática. A su vez, las partes difieren en considerar si tal injerencia estaba “prescripta por ley” o no. Para la peticionaria, la ley interna no establecía una obligación positiva de monitorear el contenido subido por terceras personas en su página web, mientras que el Gobierno se refirió a normas del derecho civil y jurisprudencia de sus tribunales internos, siendo que para los mismos las publicaciones mediáticas eran responsables por su contenido.⁽³⁾

Asimismo, respecto de la limitación de responsabilidad establecida por la directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea, el Tribunal establece que no es su labor reemplazar a los tribunales internos, siendo que los mismos habrían encontrado que las actividades realizadas por la sociedad en cuestión no entraban dentro del ámbito de aplicación de dicho instrumento.⁽⁴⁾

(2) TEDH, *Delfi AS c. Estonia* (n° 64.569/09), 10 de octubre de 2013, párrs. 6/30.

(3) *Ibid.*, párrs. 71, 73.

(4) *Ibid.*, párr. 74.

El Tribunal expresa que las normas establecidas por la Constitución, el Código Civil (Principios Generales) y la Declaración de Obligaciones tal como había sido interpretado y aplicado por los tribunales internos, son suficientes para constituir a la compañía peticionaria como responsable por la publicación de los comentarios difamatorios. Si bien se trata de normas generales, el Tribunal considera que son pertinentes al caso en cuestión ya que son claras en encontrar responsables a los medios por publicar cualquier dicho difamatorio en su publicación. A su vez considera que dichas normas, al ser generales, pueden adaptarse mejor a las circunstancias actuales que cualquier intento de regular la actividad realizada por la compañía en Internet.⁽⁵⁾

El Tribunal encuentra que, como publicación, la compañía peticionaria debía estar familiarizada con dicha legislación y su jurisprudencia. También observa que en este contexto, el portal de noticias online Delfi es el más grande de Estonia y que los comentarios difamatorios publicados en dicho sitio por personas ajenas a la administración del sitio habían adquirido notoriedad. A su vez, el Tribunal considera que la compañía peticionaria estaba en posición de enfrentar el riesgo relacionado con las actividades de comentaristas anónimos, incapaces de prever y, en un grado razonable, de asumir las consecuencias.⁽⁶⁾

El Tribunal considera que la restricción sobre la libertad de expresión de la compañía así como de los comentaristas del sitio persigue un fin legítimo: el de proteger la reputación de terceros. El Tribunal entiende que tales comentaristas también tienen responsabilidad sobre sus comentarios difamatorios, pero que dicha responsabilidad no exime a la compañía del debido control sobre los comentarios publicados en su sitio web.⁽⁷⁾

No existe ninguna duda por parte de las partes o del Tribunal de que los comentarios subidos a la página web eran difamatorios. De hecho, la compañía peticionaria rápidamente eliminó dichos comentarios una vez notificada por la parte agraviada de los mismos. Sin embargo, se trata de establecer si atribuirle responsabilidad a Delfi por los comentarios difamatorios era una injerencia excesiva sobre la libertad de expresión. Es decir, si la obligación

(5) *Ibid.*, párr. 75.

(6) *Ibid.*, párr. 76.

(7) *Ibid.*, párr. 77.

de control requerida a la compañía peticionaria sobre los comentarios subidos a su página web no infringe el derecho de terceras personas a la libertad de expresión, tal como se desprende del art. 10 del Convenio.⁽⁸⁾

El Tribunal considera que si bien el artículo publicado por Delfi era correcto e imparcial, el tema tratado podía generar reacciones negativas de los lectores contra la compañía de embarque y sus accionistas mayoritarios que enfrentaban el riesgo de que los comentarios sobrepasaran la mera crítica y alcanzaran un nivel de insulto u odio hacia ellos. A su vez, el número de comentarios subidos al artículo en cuestión sobrepasaba el promedio de los lectores que habían comentado sobre la noticia. Por eso, el Tribunal concluye que la compañía peticionaria debía haber tenido cierto grado de precaución, dadas la posibilidad de tener que hacerse responsables por dañar la reputación de terceros.⁽⁹⁾

La compañía contaba con dos recursos para eliminar comentarios que infringían las reglas de su página web: primeramente, existía un sistema automático que borraba comentarios basado en la cantidad de lenguaje obsceno utilizado. Luego, tenía un sistema mediante el cual los usuarios reportaban comentarios inapropiados notificando a los administradores del sitio. Asimismo, los administradores del sitio a veces borraban comentarios por propia iniciativa. Así, el Tribunal concluye que no podría decirse que el obrar de la compañía peticionaria era negligente o que no existía control, pero que el mismo no era suficiente.⁽¹⁰⁾ Si bien Delfi había retirado los comentarios luego de ser reportados por escrito por las personas agraviadas, los mismos habrían sido accesibles al público durante seis semanas antes de ser retirados. Para el Tribunal, Delfi contaba con el suficiente poder para controlar los comentarios que se subían a su página y, sin embargo, no habría tomado los suficientes recaudos o medidas de control.⁽¹¹⁾ El Tribunal considera que el hecho de que en el sitio se pudiera dejar mensajes anónimos mitiga en parte la severidad de la medida tomada contra Delfi AS.⁽¹²⁾ Si

(8) *Ibid.*, párr. 84.

(9) *Ibid.*, párr. 86.

(10) *Ibid.*, párr. 87.

(11) *Ibid.*, párr. 89.

(12) *Ibid.*, párr. 90.

bien Delfi establecía que las personas agraviadas podían haber dirigido sus reclamos a los autores de los comentarios difamatorios en cuestión, el Tribunal concuerda con el Estado en que entablar una acción civil contra los mismos sería complicado, ya que establecer la identidad de los comentarios anónimos hubiera sido difícil.⁽¹³⁾ Además, establece que la indemnización que Delfi debía enfrentar (320€) no era excesiva, teniendo en cuenta que se trataba del portal de noticias más grande de Estonia. Por ello, el Tribunal concluye que no hubo violación alguna del art. 10 del Convenio.⁽¹⁴⁾

3 | Consideraciones finales

Aunque no puede existir duda de que Delfi sea proveedor y editor de un portal de noticias online, constituye una situación problemática calificarlo de editor de los comentarios de sus usuarios. En este respecto, el Tribunal acepta que las leyes de Estonia son lo suficientemente claras como para que Delfi estuviera consciente de que era responsable por los comentarios difamatorios, incluso luego de haberlos retirado del sitio, notificado de su contenido. Existen argumentos pertinentes para establecer que Delfi podría estar exento de responsabilidad, ya que actuó acorde a lo establecido por el Acto sobre Sociedades y Servicios de Información de Estonia, así como a la Directiva sobre Comercio Online de la Unión Europea (EU E-Commerce Directive 2000/31).⁽¹⁵⁾

El caso ha sido reenviado por pedido del peticionario para ser revisado por la Gran Cámara, el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Ghent ha expresado su apoyo para que la Gran Cámara revea la decisión tomada por la Primera Sección del Tribunal. Con este fin, envió una carta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus consideraciones. Dicha carta fue firmada por 69 organizaciones, compañías de Internet, grupos de Derechos Humanos e Instituciones Académicas.⁽¹⁶⁾

(13) *Ibid.*, párr. 91.

(14) *Ibid.*, párr. 94.

(15) Directiva 2000/31/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, 8 de junio de 2000.

(16) *Delfi AS c. Estonia*, "Request for referral to the Grand Chamber on behalf of the applicant", 8 de enero de 2014.

Uso de la fuerza en allanamientos

Derecho al respeto de la vida privada y familiar

TEDH, *GUTSANNOVI c. BULGARIA*,
15 de OCTUBRE de 2013

por **ADRIÁN MARTIN**⁽¹⁾ y **GONZALO FREIJEDO**⁽²⁾

I | Introducción

El caso en comentario trata varios temas interesantes, pero en particular aborda un aspecto poco analizado en relación al control judicial y respecto del uso de la fuerza en los allanamientos domiciliarios. Más allá de enumerar y reseñar algunos aspectos indicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre otras violaciones, nos detendremos en el tópico destacado.

2 | Los hechos del caso

En la sentencia de estudio, el TEDH consideró que se habían acreditado los sucesos que a continuación reseñamos.

Boris Gutsanov era una reconocida figura política en Bulgaria y en el momento de los hechos presidía el Consejo Municipal de Varna. Las autoridades

(1) Juez de Tribunal Oral en Capital Federal. Docente e investigador (UBA - UAI - UNLP - Escuela del Servicio de Justicia - UNLaM). Presidente de "Asociación Pensamiento Penal" (APP).

(2) Trabajador de la Defensoría General de la Nación. Docente auxiliar (UBA).

sospechaban que Gutsanov estaba involucrado en hechos de corrupción y, en ese marco, se inició una investigación preliminar. Cuando esa investigación tenía cinco meses se libró una orden para el registro de su domicilio y para su detención.

El 31 de marzo de 2010, a las 6:30 hs., un equipo especial de policías, compuesto por varios agentes armados y con sus rostros tapados se hicieron presente en la casa de la familia Gutsanov. Allí vivían, además de Gutsanov, su esposa y dos hijas de cinco y siete años de edad.

El personal policial llamó a la puerta y al no responderse los llamados, el equipo de policías forzó dicha puerta principal de la casa y entró al lugar. Los integrantes de la familia estaban durmiendo y fueron despertados cuando ingresaron los policías.

El procedimiento incluyó el registro de la casa, el secuestro de objetos presuntamente vinculados a la investigación y la detención de Gutsanov. A las 13:00 hs. y frente a numerosos medios de comunicación, Gutsanov fue retirado de su hogar con una orden de detención por 24 horas.

Momentos después tuvo lugar una conferencia de prensa en la cual participaron el fiscal de la región de Varna, el jefe de la policía de esa ciudad y el jefe de la unidad especializada en crimen organizado. Al día siguiente, un diario local reprodujo los dichos del fiscal junto con los del ministro del interior búlgaro, quien también se había referido al caso.

El mismo 31 de marzo de 2010, por la noche, el fiscal le imputó a Gutsanov varios delitos, en particular el de participar en una agrupación criminal que había defraudado al Estado búlgaro mediante la contratación de servicios. Asimismo, el fiscal dispuso la prórroga de la detención por otras 72 horas. El 3 abril de 2010, Gutsanov fue llevado ante el juez que ordenó su detención cautelar, la cual no la fundó en los posibles riesgos procesales que conllevaría la libertad del imputado, sino en la posibilidad de que este realizara hechos delictivos en el futuro. La decisión fue apelada y confirmada el 18 de mayo de 2010. Gutsanov volvió a recurrir y el 25 de mayo la Corte de Apelaciones ordenó su arresto domiciliario. La corte dispuso finalmente su libertad caucionada el día 26 de julio. El TEDH tuvo por acreditado que hasta el 26 de abril de 2013, el proceso aún se encontraba en su etapa de investigación preliminar.

3 | Derechos lesionados

El TEDH consideró los sucesos desde la perspectiva de los derechos reconocidos en los arts. 3º, 5º.3, 5º.5, 6º.2, 8º.1 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Para una mayor claridad expositiva, nos referiremos a los derechos violados según los sucesos que abarcan.

En primer término, el TEDH dio cuenta de que el registro del domicilio de la familia Gutsanov, la forma en que fue realizado y la detención del nombrado durante los primeros días hasta que tuvo control judicial afectó los derechos contemplados en los arts. 3º, 5º y 8º CEDH.

En tal sentido, el TEDH consideró que se vulneró el derecho de toda la familia Gutsanov a no ser sometidos a tratos degradantes (art. 3º CEDH) debido a las formas y modalidades en que se realizó el allanamiento, como así también lo acontecido durante la detención de Gutsanov durante los cuatro días siguientes.

Asimismo, el TEDH consideró vulnerado el derecho al respeto de su vida privada y familiar y de su domicilio, el cual solo puede ser restringido mediante orden judicial necesaria y basada en una ley (art. 8º.1 CEDH). Además, también se consideró vulnerado el derecho al control judicial inmediato de tales injerencias (art. 5º.3 CEDH). En este sentido, se valoró especialmente que la injerencia en cuestión no fuera previamente revisada o dispuesta judicialmente y que las autoridades que ejecutaron la detención no cumplieran con el deber de conducir al imputado ante un juez sin ningún tipo de dilación.

Sobre este conjunto de violaciones nos detendremos en el apartado siguiente. Sin embargo, antes de abordar esas cuestiones, es necesario destacar que el TEDH también se refirió a otros tres conjuntos de afectaciones.

Por un lado, el TEDH concluyó que la detención cautelar dispuesta judicialmente no cumplió con las exigencias del art. 5º CEDH. En efecto, valoró el Tribunal que Gutsanov fuera privado de su libertad durante cuatro meses, de los cuales dos fueron bajo la modalidad de prisión domiciliaria, y que al momento de sus primeras peticiones de libertad los tribunales locales no se expidieron sobre el peligro de fuga que podría representar hacer lugar a esos pedidos. El TEDH consideró inapropiado desde la

óptica del respeto de los derechos convencionales que se hubiera ordenado el mantenimiento de la detención basándose en la posibilidad de que Gutsanov pudiera cometer delitos en el futuro. En tal sentido, destacó además el TEDH que en una instancia de apelación incluso se hubiera explicitado que ese riesgo había dejado de existir en tanto el demandante había renunciado a su cargo público, y no obstante ello, se mantuviera la privación de libertad.

Asimismo, el TEDH entendió que en el caso se afectó el estado de inocencia de Gutsanov debido a las manifestaciones que hicieran las autoridades. En tal sentido, el TEDH consideró que tales autoridades (fiscal y ministro) están obligadas a respetar dicho estado de inocencia y que al aseverar que el imputado realizó una serie de acciones de contenido ilícito sobre las cuales no había pronunciamiento judicial, vulneraron el derecho invocado.

En esa línea cabe destacar que el TEDH destacó que el art. 6°.2 CEDH establece que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”, y que los comentarios realizados por el ministro del interior el día siguiente al arresto de Gutsanov y publicados en un diario al momento en que el caso era objeto de un intenso debate público, fueron más allá de una mera transmisión de información. Afirmó en su sentencia el TEDH que esos comentarios fueron responsables de darle al público la impresión de que Gutsanov era uno de los “cerebros” detrás de una organización criminal que defraudó al Estado por grandes sumas de dinero.

Por otra parte, y relacionado a la violación de este derecho, el Tribunal también destacó que en la decisión judicial a través de la cual se ordenó la continuidad de la detención, el juez afirmó que “... permanezco de la creencia de que existió delito y que fue cometido por el acusado”, lo cual significó una declaración de responsabilidad sin fundamentos constitutiva de una clara afectación del derecho del imputado de ser presumido inocente.

Por último, el TEDH también destacó la inexistencia de un adecuado remedio en el derecho interno búlgaro para la reparación del daño, con respecto a alguna de las violaciones referidas. En ese sentido, destacó que el art. 5°.5 CEDH establece que “toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”, y que la acción por daños y perjuicios permitida

bajo la ley de responsabilidad estatal búlgara no podía ser considerada un remedio doméstico efectivo. En efecto, afirmó el Tribunal que no existía otra previsión en la ley búlgara mediante la cual obtener compensación por el daño sufrido debido a la excesiva duración de la detención o por la demora en que las autoridades tuvieron en hacerlo comparecer ante el juez.

En esa misma línea de argumentación, el Tribunal Europeo afirmó que también se violó el art. 13, en función de lo establecido en los arts. 3° y 8° CEDH. En efecto, el hecho de que el daño psicológico infligido a la familia Gutsanov no constituya un delito en la ley búlgara hace que una posible acción penal estuviera condenada al fracaso. Por ello, también respecto de esa otra situación, el TEDH valoró que los demandantes no tuvieran disponible ningún remedio doméstico con el cual hacer valer su derecho a no ser sujetos a un trato inhumano o degradante o al respeto de su hogar.

4 | Uso de la fuerza y control judicial

Tal como lo anticipáramos, resulta sumamente interesante reflexionar sobre las legislaciones y prácticas de nuestro derecho interno, las consideraciones que el TEDH hiciera sobre el adecuado control judicial en injerencias de gran magnitud, tales como allanamientos y detenciones, como así también en lo que hace al uso de la fuerza en tales intromisiones.

El TEDH consideró que la orden que dispuso el allanamiento ya poseía varias falencias. En primer lugar se destacó que no hubiera sido dispuesta por una orden judicial cuando no había urgencia alguna al respecto. El TEDH mencionó esta situación al destacar que no existió orden judicial previa y, además, explicitó que la investigación preliminar llevaba cinco meses desde su inicio. Este motivo de censura no es novedoso para nuestro derecho interno. Sin embargo, también se objetó que, con o sin intervención judicial, no se hubiera previsto cuál era el uso de la fuerza mínima posible y proporcional a las particularidades del caso. Esta situación es, por cierto, sumamente interesante.

De tal uso excesivo de la fuerza en el allanamiento y en la detención posterior de Gutsanov, derivó el TEDH que el Estado búlgaro propinó a toda la familia un trato degradante prohibido por el art. 3° CEDH.

Por una parte se valoró que los objetivos de la operación policial (arresto, búsqueda y secuestro de objetos relacionados con un hecho ilícito) habían sido adecuados para la promoción del interés público en la persecución de delitos. Asimismo, se consideró que ninguno de los cuatro integrantes de la familia hubiera recibido lesiones corporales.

No obstante ello, se cuestionó que en el curso del operativo policial sí se utilizó fuerza física, ya que la puerta principal de la casa había sido forzada, y que Gutsanov había sido inmovilizado por agentes armados que usaban máscaras, y que había sido esposado y llevado al sótano de su domicilio.

También evaluó el TEDH que el Estado no había contemplado que Gutsanov era un dirigente político muy conocido, que no había pruebas de un historial de violencia, por lo cual no se podía deducir válidamente que pudiera existir peligro alguno para los policías intervinientes en el operativo, lo que no se modificaba por el conocimiento previo de que pudiera haber en la casa de un arma de fuego.

También consideró el Tribunal que el Estado tampoco había contemplado la posible presencia de miembros de la familia en la morada a registrar, máxime cuando dos de ellos eran niñas de corta edad y, por ende, con mayor grado de vulnerabilidad. Además, destacó que esa intervención se realizó en un horario demasiado temprano, lo que implicó que agentes de una división espacial y encapuchados hubieran despertado mediante la fuerza a todos los integrantes de la familia.

Señaló el TEDH que los intereses y derechos de la señora Gutsanov y de sus dos hijas debieron haber sido especialmente valorados, no solo por lo referido, sino además porque ellas no se encontraban sospechadas de ningún tipo de participación en el hecho ilícito investigado.

El TEDH consideró que la forma inadecuada en que se desarrolló el operativo implicó agudizar los sentimientos de miedo y ansiedad que experimentaron las tres mujeres, y por ello sobrepasó el límite que se requiere para violar el art. 3º CEDH, y por ello el trato recibido debía calificarse de degradante.

Desde ese mismo punto de vista, respecto de Gutsanov, el TEDH agregó que el modo en el que se llevó a cabo el arresto también fue excesivo,

debido a que le generó fuertes sentimientos de miedo, ansiedad e impotencia a punto tal de humillarlo y rebajarlo delante de su familia. Es por ello que a su respecto también existió un trato degradante.

El TEDH no solo insistió en el deber de la autoridad policial en cuanto a no excederse en el uso mínimo y proporcional de la fuerza, sino que le destinó algunos pasajes a exigir un adecuado control judicial *ex ante* y *ex post* de los sucesos. En efecto, sostuvo el Tribunal que, por un lado, se advirtió la ausencia de un análisis judicial previo sobre la necesidad o legalidad de registro domiciliario, lo cual dejó el planeamiento del operativo a merced de la absoluta discrecionalidad de la policía y los organismos de investigación.

Además de ello, también observó el Tribunal que tampoco ha sido suficiente el control judicial *ex post* de registro ni de la detención de Gutsanov. Señaló el Tribunal que el art. 8.1 CEDH explicita el derecho al respeto de su vida privada y familiar y del domicilio. Asimismo, esa disposición establece la posibilidad de injerir sobre tales derechos únicamente mediante orden fundada en ley previa y en la medida en que ella fuera necesaria para la obtención del fin legítimo pretendido. No obstante estas exigencias al Estado, el registro se llevó a cabo sin previa autorización judicial, pero además cuestionó que el informe realizado con posterioridad al operativo fuera remitido a un juez de primera instancia, quien solo manifestó que lo aprobaba pero sin fundamentar sus razones. Ello, a criterio del TEDH, implica que no ha habido una efectiva revisión de la legalidad y necesidad del allanamiento.

Explicitando la forma en que el control judicial ha estado ausente en el caso, el TEDH observó no solo el uso excesivo y desproporcionado de la fuerza utilizada, sino además que en ningún momento se le especificó a la autoridad policial qué elementos debían ser objeto de registro y secuestro, a punto tal que se secuestraron una inmensa cantidad y variedad de objetos y documentos sin aparente vínculo entre ellos y la investigación en curso.

En suma, consideró el Tribunal que la ausencia de una orden previa, y teniendo en cuenta la forma en que se materializara la revisión de la medida, el procedimiento no evitó los riesgos de un abuso de poder por parte de las fuerzas que conducían la investigación. De ello derivó que los demandantes fueron privados de su derecho de protección frente a la arbitrariedad estatal, por lo cual el registro efectuado no se desarrolló de acuerdo a derecho.

Por último, destacó el TEDH que el art. 5°.3 CEDH establece que toda persona detenida o privada de libertad debe ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, lo que no se cumplió en el caso debido a que el fiscal fue quien ordenó la detención, la prorrogó y recién presentó al imputado ante el juez después de tres días de haber sido arrestado.

En suma, y como se ha señalado ya, el control judicial respecto del órgano acusador que conduce la investigación o de la agencia policial es un aspecto troncal del fallo de estudio. La ubicuidad de la cuestión puede ser fácilmente visibilizarla en todos los agravios que trata el TEDH. Ahora bien, como también adelantamos, el control judicial de detención, la adecuada fundamentación judicial del encarcelamiento o el derecho a ser oído por una autoridad judicial, si bien resultan temas de gran interés, entendemos más necesario abocarnos a la cuestión del allanamiento y la proporcionalidad del uso de la fuerza. Este recorte de análisis lo hemos efectuado debido al escaso tratamiento específico que sobre ese tópico existe en nuestro contexto normativo y jurisprudencial.

5 | Disposiciones internacionales aplicables en nuestro contexto regional

En nuestro contexto regional existen disposiciones similares a las utilizadas por el TEDH para estudiar al caso. Las disposiciones internacionales vigentes en nuestro derecho no solo son las del sistema americano, sino también las del sistema universal. A modo de referencia basta señalar que el art. 5°.2 CADH y el art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecen la prohibición de torturas y tratos crueles, inhumanos o degradantes. Asimismo, la CADH en el art. 5°.1 estipula que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, lo cual constituye un valiosísimo aporte para definir el amplio alcance del derecho a la protección de la integridad personal.

Además, existen otros cuatro instrumentos normativos importantes consagrados específicamente a la temática general de prohibición de torturas y tratos inhumanos o degradantes: la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas

en su resolución 3452 de 9 de diciembre de 1975; la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/1946, de 10 de diciembre de 1984 y entrada en vigor el 26 de junio de 1987; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985, con entrada en vigor el 28 de febrero de 1987, y el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 57/199 del 18 de diciembre de 2002 y que entrara en vigor el 22 de junio de 2006.

Debido al tópicico que aborda el fallo y que nosotros seleccionamos como el más novedoso y relevante para pensar en nuestro ámbito interno, es necesario destacar que el concepto de trato cruel, inhumano o degradante no está claramente delimitado. Los organismos internacionales han avanzado en algunos momentos en pos de establecer una delimitación entre el concepto de tortura y de trato inhumano o degradante; sin embargo, en otras oportunidades parecieron desandar ese camino y tratar los casos como una violación general a la disposición convencional pertinente. Algo similar ha ocurrido con la delimitación de otros conceptos, como el de detención ilegal o arbitraria.

Una explicación razonable para la yuxtaposición y confusión de conceptos, en especial en nuestro contexto interamericano, radica en la magnitud de las violaciones a la integridad física y a la dignidad humana que han sido analizadas. Adviértase que la mayoría de los casos estudiados por la Corte IDH y la Comisión implicaban supuestos de desaparición forzada, de amenazas de muerte previas a ejecuciones extrajudiciales, de gravísimas vulneraciones a la libertad sexual, etc. (ver, en ese sentido: "Caso Bueno Alves vs. Argentina", "Caso Cantoral Benavides vs. Perú", "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala", "Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala", "Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú", "Caso Tibi vs. Ecuador", "Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago", entre muchos otros).

Ante tan graves violaciones a los derechos humanos, ha dicho la Corte IDH que pueden calificarse como torturas físicas y psíquicas aquellos actos que han sido "... preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas o para someterla a modalidades

de castigos adicionales a la privación de la libertad en sí misma" (casos "Maritza Urrutia", "Cantoral Benavides" y "Tibi" ya citados, entre otros).

No obstante ello, también ha referido, aun sin profundizar las necesarias delimitaciones conceptuales que la "... infracción del derecho a la integridad física y psíquica de las personas es una clase de violación que tiene diversas connotaciones de grado y que abarca desde la tortura hasta otro tipo de vejámenes o tratos crueles, inhumanos o degradantes cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos que deberán ser demostrados en cada situación concreta" (casos "Caesar", "Loayza Tamayo" y "Ximenes Lopes", ya citados, entre otros).

En ese sentido, O'Donnell⁽³⁾ rescata afirmaciones de la Corte IDH en el "Caso Ximenes Lopes" para destacar que las características personales de una víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, "... deben ser tomadas en cuenta al momento de determinar si la integridad personal fue vulnerada, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo y, por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos".

Por otra parte, con cita del "Caso Bueno Alves", el autor referido recupera, para apreciar la severidad del sufrimiento padecido, los mencionados factores endógenos y exógenos. Al respecto, se ha dicho que "... los primeros se refieren a las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, así como los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar", y que los exógenos "... remiten a las condiciones de la persona que padece dichos sufrimientos, entre ellos la edad, el sexo, el estado de salud, así como toda otra circunstancia personal".⁽⁴⁾

Por otra parte, la Comisión IDH consideró el caso de un oficial del ejército mexicano que había sido sometido a numerosas averiguaciones y procesos que terminaron en su absolución. En el informe destacó que la degradación y la humillación producidas en su medio familiar y profesional implicaban una afectación a su integridad física, psíquica o moral (Caso

(3) O'DONNELL, DANIEL, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano*, 2ª ed., Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México, 2012, p. 169.

(4) *Ibid.*

Gallardo vs. México). En ese mismo sentido, la Comisión también consideró que los atentados, amenazas y amedrentamiento permanentes sufridos por un dirigente sindical habían violado su integridad personal, no solo por las heridas, sino también por los efectos psicológicos derivados. Dicho informe destaca que la persecución sufrida afectó al damnificado en su autoestima y que ello debía considerarse una forma grave de trato degradante —“Caso Gómez López vs. Guatemala”—.

O’Donnell señala que estos casos parecerían estar respaldados en la jurisprudencia de la Corte IDH, en particular en la sentencia del “Caso Loayza Tamayo”, en cuanto allí se refirió que “... el carácter degradante se expresa en un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”.

Dentro del conjunto de casos que el Comité de Derechos Humanos, a veces sin una clara distinción entre hechos de tortura y otros de malos tratos consideró vulnerantes del art. 7º PIDCP es de interés el “Caso Obodzinsky vs. Canadá”. Allí se alegó ante el Comité que esa persona tenía graves problemas cardíacos y que la incoación y la continuación de un procedimiento de privación de la nacionalidad le producirían un estrés considerable y constituían un trato cruel e inhumano. El Comité sostuvo que más allá de lo acreditado en ese caso, “... puede haber circunstancias excepcionales en las que el enjuiciamiento de una persona con mala salud puede constituir un trato incompatible con el art. 7º; por ejemplo, cuando se hacen prevalecer ciertas cuestiones judiciales relativamente poco importantes, sobre los riesgos relativamente graves para la salud de la persona”. El evidente llamado a la agencia judicial a sopesar la finalidad del proceso y la entidad de la restricción y sus efectos, resulta aquí un criterio de importancia para nuestro trabajo.

Otro caso interesante desde esta perspectiva ha sido una decisión del Comité en el “Caso Polay vs. Perú”, en que calificó la presentación en los medios de comunicación de una persona privada de libertad en una jaula como un trato degradante violatorio de los arts. 7º y 10.1 PIDCP. A criterio de O’Donnell, esta decisión pareciera ser la primera en la jurisprudencia universal en la cual se consideró una conducta violatoria de la normativa internacional exclusivamente en razón de su incompatibilidad con la dignidad de la víctima, sin requerir dolor o sufrimiento psicológico.⁽⁵⁾

(5) *Ibid.*, p. 197.

Un aporte destacable en ese sentido es el del Relator Especial del Comité contra la Tortura que sostuvo que "... obligan a inferir que los criterios determinantes para distinguir la tortura de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes son más bien el propósito de la conducta y la indefensión de la víctima, antes que la intensidad de los dolores o sufrimientos infligidos...".⁽⁶⁾ Así, en una línea muy útil con nuestro trabajo, el Relator resaltó que "el principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza se convierte en un elemento para determinar la distinción entre la tortura y el trato o pena cruel, inhumana o degradante...".

Coadyuvando al marco teórico de los principios aplicables en el derecho internacional respecto del uso de la fuerza en un registro domiciliario, también deben considerarse algunos códigos o directrices que directa o indirectamente establecen pautas de actuación. Entre ellas se destacan el "Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 34/169 del año 1979, los "Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley", adoptado por el 8º Congreso de la ONU, y el "Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos" de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado el 31 de diciembre de 2009, entre algunos otros.

Es así que a partir de algunas de las referencias que liminarmente ha hecho la Corte IDH, y considerando señalamientos de otros organismos internacionales, es posible enmarcar la situación de estudio en nuestras exigencias regionales de respeto a los derechos humanos.

6 | Disposiciones de derecho interno

Resulta imposible de ignorar que un allanamiento de un domicilio, efectuado por agencias policiales importa un acto de coerción que inevitablemente provoca una lesión respecto de su destinatario principal, pero también de las restantes personas que ocupan el lugar, y muy especialmente si allí hay niños. Tampoco es posible desentenderse de ciertas prácticas policiales, algunas de las cuales han sido visibilizadas por agencias de

(6) ONU, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, E/CN.4/2006/6, 16 de diciembre de 2005, párr. 35, citado en O'Donnell, cit., p. 169.

noticias, organismos no gubernamentales y, eventualmente, por la agencia judicial. En efecto, en ciertos casos direccionados a sectores vulnerables de la población, los allanamientos se realizan con un uso de la fuerza desproporcionado, con lo que se vulneran gravemente derechos de las personas que en el domicilio habitan.

Sin embargo, es prácticamente nulo el tratamiento normativo que en las leyes orgánicas de las policías provinciales, o que en los códigos procesales se hace de él. Es notable que los códigos procesales, aun los más modernos, aborden el ingreso y registro domiciliario con un grado de generalidad inadecuada para la gravedad de las lesiones potencialmente verificables.

Adviértase que los legisladores provinciales y nacionales siguen acotando su regulación sobre aspectos como el horario en el que se lleva a cabo la medida (bastando para ello con que haya luz diurna) y otras cuestiones de índole mucho más formal, tales las formas del acta escrita (prescindiendo de una forma de control mucho más eficaz como puede ser la filmación de todo el procedimiento).

Una excepción a esta regularidad está dada por la normativa chubutense. El Código Procesal Penal de Chubut en el art. 172 expresa que "... deberá respetarse la dignidad y propiedad de la persona o procederse con la menor injerencia posible, en relación al objeto buscado". Más allá de que se trata una fórmula genérica y evidente para cualquier actuación estatal no deja de ser, a nuestro juicio, un avance por sobre el resto de la legislación argentina.

Por otra parte, la actuación de la agencia judicial en términos de producción de resoluciones que controlen críticamente estas injerencias tampoco es muy fructífera. Resulta sumamente difícil encontrar resoluciones judiciales que, o bien invaliden un allanamiento por uso excesivo de la fuerza, o bien instruyan a la agencia policial, *ex ante*, con qué límites esa fuerza debe ser aplicada. Es decir que casi nunca la cantidad de fuerza que se puede utilizar en un allanamiento resulta de interés para la agencia judicial.

Por su parte, entre las agencias policiales del país, la Policía Federal posee reglamentos en torno al uso de armas de fuego y sobre el uso de la fuerza en general. No obstante ello, en relación al tópico aquí estudiado, solo

cuenta con una recomendación emitida por el Ministerio de Seguridad de la Nación hace pocos años.⁽⁷⁾

7 | Deber de adecuar el derecho interno

Consideramos que las potenciales violaciones a los derechos humanos, en particular el de no ser objeto de tratos inhumanos, crueles o degradantes, en el marco de un allanamiento domiciliario, exige que el Estado adopte decisiones firmes para evitar estas afectaciones.

Las leyes no suelen resolver los problemas por su sola sanción; sin embargo, es imprescindible en estos casos establecer reglas con adecuada especificidad para las agencias policiales y judiciales. Esas reglas deben tener como norte la más urgente modificación de las prácticas de uso excesivo de la violencia por parte de la agencia policial y de la ausencia de efectivo control por parte de la agencia judicial.

Sin duda, el TEDH sienta una serie de parámetros útiles para avanzar sobre estas falencias de nuestro derecho interno. En tal sentido, debe considerarse especialmente que en injerencias como las del ingreso domiciliario el trato ilegítimo puede estar ocasionado exclusivamente a nivel psíquico. En tal sentido, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que el domicilio esté habitado por otras personas más allá del imputado, y en particular de que sean niños, niñas o adolescentes. Asimismo, debe tenerse en consideración el tipo de ilícito investigado para limitar, por vía del análisis de proporcionalidad, el uso de la fuerza susceptible de ser desplegado. Al respecto, la cantidad de intervinientes y la forma de ingreso debe ser justificada y restringida al mínimo necesario. Por último, el planeamiento del operativo debe ser explicitado y susceptible de control judicial.

A estos criterios se les pueden sumar las referidas pautas delineadas por el Ministerio de Seguridad de la Nación. Entre ellas se cuentan la que establece que el personal policial deberá evaluar el riesgo que puede entrañar

.....

(7) Ver ALES, CECILIA (coord.), "Regulación y control del uso policial de la coerción y la fuerza en argentina", Bs. As., Ministerio de Seguridad de la Nación, 2011, p. 255 y ss., [en línea] www.minseg.gob.ar

la medida, teniendo en cuenta factores tales como: las características del lugar, del entorno y proximidad de posibles terceros en riesgo (en particular escuelas); la cantidad y edad de las personas que pueden hallarse en su interior del sitio; la probabilidad de presencia de armas en el lugar y posibles vías de escape. Al respecto, establece la recomendación de que "... aun cuando exista orden judicial, el allanamiento podrá posponerse si del análisis previo surgiesen elementos suficientes para prever que su realización pondrá en peligro cierto la vida o integridad física de los intervinientes o de terceros".

Dicha recomendación también destaca que, existiendo personas en el lugar, la **irrupción** solo procederá cuando existiere la necesidad de evitar una reacción armada, fuga o la destrucción de elementos probatorios de un delito, o bien en los casos de urgencia establecidos legalmente. Así también, aunque algo escuetamente, señala que los niños deberán ser colocados a "resguardo del procedimiento". En el mismo sentido, postula que el ingreso empuñando un arma "... solo procederá en caso de existencia de un peligro cierto de agresión armada a los funcionarios policiales o a terceros y/o de resistencia armada...". En lo atinente a técnicas de control físico y aseguramiento de las personas, establece que solo podrían aplicarse en caso de intento de huida o resistencia, sea esta física o armada.

Se resaltó en la recomendación que si "... alguna persona resultara herida o muerta, deberá solicitarse inmediatamente asistencia médica y notificarse a la autoridad judicial competente", agregando que finalizado el procedimiento, deberá realizarse un informe detallado.

Por último, y en lo vinculado al tópico que recortamos del caso en estudio, se destacó que "... los niveles de coerción/fuerza empleados también deberán documentarse en el acta juntamente con la referencia a los medios utilizados".

Asimismo, es pertinente destacar la necesidad de buscar mecanismos y herramientas que eviten la mayor autonomía incontrolable de las agencias policiales. En tal sentido, una forma adecuada y sencilla de facilitar el control judicial de los registros puede ser mediante la obligatoriedad de que un representante del ministerio público esté presente en el registro, pero en especial a través de que los procedimientos sean completamente filmados.

Finalizamos este breve comentario poniendo de relieve la necesaria formalización de pautas y criterios obligatorios para la agencia policial, a fin de disminuir al mínimo el uso de la fuerza en los ingresos domiciliarios. Sin dudas, estas pautas colaborarán para poder exigirle a la agencia judicial que cumpla con su deber de control y aseguramiento del respeto de los derechos.

Derecho a la vivienda

TEDH, *WINTERSTEIN et AUTRES c. FRANCIA*
17 de OCTUBRE de 2013

por **KATIA ROSENBLAT**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

El departamento de Val d'Oise cuenta con la presencia de personas nómadas desde hace mucho tiempo. Una encuesta realizada en 2001 por la Asociación Departamental de Viajeros-Gadjos⁽²⁾ (ADVOG) reveló que 2500 caravanas —alrededor de 10.000 personas— habitan ese departamento, de las cuales el 17% está compuesto por familias nómadas; el 42%, por familias que se volvieron sedentarias y el 41%, por familias semi sedentarias.

Los nómadas obligados aspiran a convertirse en sedentarios, pero deben desplazarse a raíz de expulsiones. Los sedentarios obligados buscan conservar cierto grado de nomadismo, pero se ven llevados a fijarse sobre los sitios donde haya menor peligro de expulsión.

La comuna de Herblay cuenta con un número de 400 a 500 caravanas (más de 2000 personas y alrededor del 10% de la población total), la mayor parte de ellas asentada desde hace muchos años. Cerca de cuatro quintos de las caravanas infringen el plan de ocupación de los suelos⁽³⁾ (POS).

.....

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

(2) *Association Départementale Voyageurs-Gadjé*. TEDH, *Winterstein et autres c. France*, sentencia de 17 de octubre de 2013, Demanda N° 27013/7, párr. 8.

(3) "*Plan d'occupation des sols*". TEDH, *Winterstein et autres c. France*, cit., párr. 12.

En el año 2000, se emprendió una dirección de obra urbana y social⁽⁴⁾ (MOUS) para realojar a las personas nómadas devenidas sedentarias en la comuna. En julio de 2003 y en enero de 2005, el alcalde de Herblay adoptó decretos que prohibieron las residencias móviles de personas nómadas en el territorio comunal.

Los solicitantes vivían en Herblay, donde la mayoría se había instalado hace muchos años o había nacido. Los mismos formaban parte de un grupo de 26 familias, unos propietarios, otros locatarios y algunos que ocupaban los terrenos sin título. Las parcelas que habitaban se situaban en una zona denominada "zona natural que conviene proteger en razón de la calidad del paisaje y del carácter de los elementos que la componen" (zona ND). Allí se permitía el camping *caravaning* en terrenos habilitados o si los interesados contaban con autorización.

El 19 de noviembre de 2013 se inició un proceso de expulsión de los requirientes de sus viviendas.

Primero, dos oficiales de justicia, junto con la policía, acudieron al lugar en cuestión para constatar la ocupación y comunicar la identidad de sus ocupantes.

Segundo, la comuna interpuso un recurso de urgencia contra cuarenta personas, entre ellas los demandantes, para que evacuaran sus viviendas. El juzgado rechazó la demanda dado que la larga tolerancia por parte de la comuna de la ocupación no permitía constatar la urgencia o la existencia de un problema manifiestamente ilícito. Sin embargo, ordenó retirar las carcasas de autos y detritos en dos meses, autorizando a la comuna a actuar luego de transcurrido el plazo.

Tercero, la comuna acudió al Tribunal de Primera Instancia de Pontoise,⁽⁵⁾ pidiendo lo mismo que en el recurso de urgencia. Los defendidos y los intervinientes invocaron el derecho a la vivienda y la obligación de la comuna de poner terrenos a disposición de las personas nómadas, pronunciando su acuerdo para que se efectúe una mediación judicial. El Tribunal de Pontoise

.....

(4) TEDH, "*Maîtrise d'oeuvre urbaine et sociale*", *Winterstein et autres c. France*, cit., párr. 13.

(5) TEDH, "*Tribunal de grande instance*", *Winterstein et autres c. France*, cit., párr. 21.

dejó sentado que los terrenos ocupados no respetaban el Código de Urbanismo ni contaban con autorización, por lo cual el derecho de los defendidos a la vivienda no podía consagrarse en perjuicio de la legalidad y del respeto de las reglas vigentes. El Tribunal de Primera Instancia los condenó a evacuar los vehículos y caravanas y a quitar las construcciones en tres meses, bajo astreinte de 70€ por día de retardo. Además, estableció que, a falta de ejecución voluntaria de la decisión, la comuna, los auxiliares de justicia y los servicios del Estado encargados de proceder a la ejecución podrían realizarla, siempre respetando la dignidad de la persona humana.

Cuarto, la Corte de Apelaciones de Versalles confirmó la sentencia, salvo respecto de una pareja, para la cual ordenó profundizar las investigaciones.

Quinto, la Corte de Casación rechazó el recurso por no contar con competencia para controlar la apreciación hecha por el juzgado de los hechos y los elementos de prueba.

Luego de que fallara la Corte de Apelaciones, se puso en marcha la MOUS para determinar la situación de cada familia y evaluar las posibilidades de relocalización. La Sociedad Nacional de Construcción de Viviendas para los Trabajadores⁽⁶⁾ (SONACOTRA) realizó una encuesta a esos fines y, más tarde, un trabajo de acompañamiento de las familias hacia la reubicación, todo financiado por el Estado.

A la fecha de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se ejecutó la decisión de los tribunales internos. Aun así, las astreintes siguen corriendo para los requirentes que se quedaron en el bosque de Trou-Poulet. Los peticionarios, cada uno con circunstancias distintas, podrían clasificarse en tres grupos: familias reubicadas en viviendas sociales (cuatro), familias que se quedaron o que regresaron a Herblay (cinco) y familias que abandonaron la región (ocho, los cuales, en general, no pudieron conseguir una vivienda estable).

Como medida para evitar el regreso de los solicitantes, la alcaldía destruyó las casas de los que partieron, sin dejarlos recuperar los bienes personales que no se llevaron consigo al marcharse, los cuales fueron destruidos o robados.

.....

(6) TEDH, "Société Nationale de Construction de Logements pour les Travailleurs". Winterstein et autres c. France, cit., párr. 34.

En 2008 y 2009, algunos de los requirentes presentaron pedidos de vivienda social, precisando que deseaban terrenos familiares. Las solicitudes fueron rechazadas tanto por la comisión de mediación como por el tribunal administrativo ante el cual recurrieron.

El 14 de febrero de 2006, la Asociación Nacional de Nómadas Católicos⁽⁷⁾ (ANGVC) acudió a la Alta Autoridad de Lucha contra las Discriminaciones por la Igualdad⁽⁸⁾ (HALDE), quien concluyó que la dispensa acordada a Herblay por el esquema departamental no cumplía con la ley Besson del 5 de julio de 2000, destinada a proteger a las personas nómadas. Por ello, recomendó al alcalde de Herblay que reviera las disposiciones y suspendiera las medidas de expulsión, informando a la HALDE en tres meses.

El 13 de septiembre de 2012, el alcalde de Herblay anunció que el área de acogida de los nómadas de Val d'Oise prescrito por el esquema departamental sería creada sobre una parcela destinada a terrenos familiares. Esta podría alojar a 25 caravanas itinerantes.

2 | Análisis

Los peticionarios alegan que el hecho de haber sido condenados a evacuar el terreno que ocupaban hace mucho tiempo constituye una violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar y de su domicilio, protegidos en el art. 8° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (en adelante, el Convenio). También citan los arts. 3°, solo y combinado con el 14; y el 18, combinado con el 8°, pero el TEDH solo examinará el 8°. ⁽⁹⁾

La noción de domicilio no se limita a aquel legalmente ocupado o establecido, sino que se trata de un concepto autónomo que no depende de una calificación en el derecho interno, sino de circunstancias de hecho: la existencia de lazos suficientes y continuos con un lugar determinado. Los requirentes

(7) TEDH, "*Association nationale des Gens du Voyage catholiques*". *Winterstein et autres c. France*, cit., párr. 43.

(8) TEDH, "*Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité*". *Winterstein et autres c. France*, cit., párr. 43.

(9) TEDH, *Winterstein et autres c. France*, cit., párr. 103.

sostuvieron esos lazos con sus caravanas, cabañas y *bungalows*, es decir, sus domicilios, independientemente de la legalidad de su ocupación según el derecho interno.⁽¹⁰⁾

Respecto de la vida privada y familiar, la vida en caravanas forma parte de la identidad de las personas nómadas, aunque no sigan trasladándose. Por esa razón, las medidas que conciernen a los asentamientos de caravanas influyen sobre su facultad de conservar su identidad y llevar su vida privada y familiar de acuerdo con sus tradiciones.⁽¹¹⁾

El Tribunal afirma que la obligación impuesta a los solicitantes de evacuar sus viviendas constituye una injerencia en su derecho al respeto a la vida privada y familiar y al domicilio, aunque la decisión no haya sido ejecutada. Se trata de órdenes de expulsión de cientos de personas, con repercusiones inevitables en su modo de vida y en sus lazos sociales y familiares.⁽¹²⁾

La injerencia se fundó en la ley, más precisamente, en el Código de Urbanismo y en el POS de Herblay.⁽¹³⁾

En el caso *Chapman*,⁽¹⁴⁾ el Tribunal se refirió al derecho de los demás miembros de la comunidad a un medioambiente protegido, objetivo legítimo de la injerencia en los derechos de los individuos.⁽¹⁵⁾

Con el fin de revisar si la injerencia era necesaria en una sociedad democrática, el TEDH enumera una serie de principios. Considera que la injerencia presenta esas características si responde a una necesidad social imperiosa, si resulta proporcional al objetivo legítimo perseguido y si los motivos expresados por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes.⁽¹⁶⁾

.....

(10) *Ibid.*, párr. 141.

(11) *Ibid.*, párr. 142.

(12) *Ibid.*, cit., párr. 143.

(13) *Ibid.*, párr. 144.

(14) TEDH, *Chapman v. the United Kingdom*, sentencia de 18 de enero de 2001, demanda N° 27.238/95.

(15) TEDH, *Affaire Winterstein et autres c. France*, cit., párrs. 145/146.

(16) *Ibid.*, párr. 147.

Debe reconocerse cierto margen de apreciación a las autoridades nacionales competentes, dependiendo su extensión del derecho afectado, de su importancia para la persona involucrada y de la naturaleza de las actividades sometidas a restricciones, además de su finalidad. Dicho margen es mayor para las políticas sociales y económicas que en el caso del art. 8º, que protege derechos fundamentales de orden íntimo. También han de examinarse las garantías procesales de las cuales dispone el individuo para evitar que el Estado sobrepase ese margen de apreciación.

En casos de pérdida de domicilio, los damnificados tienen derecho a que se examine la proporcionalidad de la medida por un tribunal independiente y a la luz de los principios del art. 8º. Sus argumentos deben ser evaluados detalladamente por las jurisdicciones nacionales. Para el análisis de la proporcionalidad, debe tenerse en cuenta si el domicilio se había establecido legalmente y si contaron con un alojamiento de repuesto.

La vulnerabilidad de los gitanos y las personas nómadas, que constituyen una minoría, conduce a estipular atención especial a sus necesidades y a su modo de vida, tanto en el ámbito reglamentario como en cada caso en particular. El art. 8º impone a los Estados la obligación positiva de permitir a esa minoría que siga su modo de vida.⁽¹⁷⁾

En cuanto al caso, los demandantes fundaron su posición en la antigüedad de su instalación y de la tolerancia de la comuna, en su derecho a la vivienda, en los arts. 3º y 8º del Convenio y en la jurisprudencia del TEDH. Estos aspectos no fueron tenidos en cuenta por los tribunales internos a la hora de resolver. Es por ello, que el Tribunal considera que las jurisdicciones internas ordenaron la expulsión de los requirentes sin haber estudiado la proporcionalidad de la medida, poniendo por encima de todo al POS, sin atender a los argumentos expuestos por los solicitantes. Las autoridades no se refirieron a la necesidad de la expulsión. De esa manera, los peticionarios no se beneficiaron de un examen sobre la proporcionalidad de la injerencia en su derecho a la vivienda, por lo cual se violó el art. 8º.⁽¹⁸⁾

.....

(17) *Ibid.*, cit., párr. 148.

(18) *Ibid.*, párrs. 151/158.

Dada la antigüedad de la presencia de los requirentes, de sus familias y de la comunidad que habían formado, el principio de proporcionalidad exigía que se prestara una atención particular a la expulsión y al riesgo de que terminaran sin vivienda. Debe analizarse si la expulsión es necesaria y tenerse en cuenta la vulnerabilidad de esta minoría a la hora de decidir su fecha, su modalidad y las ofertas de reubicación. Todo esto se tuvo en cuenta parcialmente en el caso, es decir, en cuanto a los estudios realizados por el MOUS y a la reubicación de algunas familias. No se respetaron dichas consideraciones respecto de los requirentes que pidieron ser reubicados en terrenos familiares, dado que sus pedidos fueron rechazados por la comisión de mediación y por el tribunal administrativo.

Quienes abandonaron el bosque de Trou-Poulet intentaron buscar soluciones a su falta de vivienda, las cuales resultaron ser precarias e insatisfactorias. No puede alegarse que no aceptaran viviendas sociales porque el TEDH admitió que no se correspondían con su modo de vida. Excepto las cuatro familias reubicadas en viviendas sociales y dos que se instalaron en otras regiones, los requirentes se encuentran todos en situación de gran precariedad. El Tribunal, por las razones expuestas, estima que no se prestó suficiente atención a las necesidades de las familias que pidieron ser reubicadas en terrenos familiares.⁽¹⁹⁾

Así, el TEDH concluye que hubo violación del art. 8º durante el procedimiento de expulsión, por no evaluarse la proporcionalidad de la injerencia y, además, para los requirentes que pidieron ser reubicados en terrenos familiares, en razón de que no se tuvieron suficientemente en cuenta sus necesidades.⁽²⁰⁾

En cuanto a las reparaciones, el Tribunal se aparta de su jurisprudencia constante, dado que, en lugar de ordenar una satisfacción pecuniaria (art. 41 del Convenio), resuelve reservar la cuestión, teniendo en cuenta la posibilidad de un acuerdo entre el Estado y los requirentes (art. 75, párr. 1º del Reglamento).⁽²¹⁾

(19) *Ibid.*, párrs. 159/166.

(20) *Ibid.*, párr. 167.

(21) *Ibid.*, párr. 190.

De esta manera, invita tanto al gobierno como a los demandantes a enviarle por escrito sus observaciones sobre el tema, junto con todo acuerdo al que puedan llegar, en los tres meses que la sentencia tardará en devenir definitiva.⁽²²⁾

3 | Consideraciones finales

El TEDH reitera su jurisprudencia aplicable a casos relacionados con minorías expulsadas de su vivienda, protegiendo a estos grupos vulnerables. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) también se ocupó del derecho a la vivienda, en su caso respecto de las comunidades indígenas, afirmando que, dada la relación entre su patrimonio cultural, su supervivencia y sus territorios, debe tenerse especial cuidado a la hora de restringir ese derecho. Para ello, enumeró los mismos estándares que el Tribunal. Además, la Corte IDH fue un poco más lejos, al afirmar que la elección y entrega de tierras alternativas, así como de una justa indemnización, debería ser consensuada con los pueblos interesados, conforme a sus procedimientos.⁽²³⁾

Parece novedoso el enfoque que otorga el TEDH a las reparaciones, al considerar que la toma de medidas resulta más pertinente que la satisfacción pecuniaria. El Tribunal no suele ser de esta opinión, aunque la misma, de seguirse de cerca el progreso de los casos, podría brindar soluciones más beneficiosas, que ayuden a revertir las violaciones de los derechos del Convenio, en lugar de consistir en simples pagos a los damnificados. En algunos de los casos anteriores que se asemejan a *Winterstein*, el TEDH no decidió de la misma manera en este punto,⁽²⁴⁾ pero en otros sí.⁽²⁵⁾

(22) *Ibid.*, párr. 4 de la decisión.

(23) CORTE IDH, *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 17 de junio de 2005, Serie C, N° 125, párrs. 143/156.

(24) TEDH, *Chapman v. the United Kingdom*, cit. TEDH, *Connors v. the United Kingdom*, sentencia de 27 de mayo de 2004, final del 27 de agosto de 2004, demanda N° 66.746/01. TEDH, *Yordanova and others v. Bulgaria*, sentencia de 24 de abril de 2012, final del 24 de septiembre de 2012.

(25) TEDH, *Doğan and others v. Turkey*, sentencia de 29 de junio de 2004, final del 10 de noviembre de 2004.

Derecho a la integridad personal de las personas privadas de la libertad

Traslados de detenidos

TEDH, *D. F. c. LETONIA*,
29 de OCTUBRE de 2013

por **NICOLÁS LAINO**⁽¹⁾

I | Introducción

En una reciente sentencia recaída en el caso *D. F. c. Letonia*,⁽²⁾ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) realizó algunas consideraciones que sin duda revisten gran actualidad. El caso resuelto por el tribunal se originó en el reclamo de una persona privada de su libertad en una cárcel de Letonia, quien adujo haber sido víctima de violencia por parte de otros detenidos y que el Estado letón no había adoptado las medidas adecuadas para garantizar su integridad personal.

(1) Abogado (UNMdP). Master Europeo en Sistema Penal y Problemas Sociales (Universitat de Barcelona). Doctorando en Derecho (UBA). Coordinador del Programa contra la Violencia Institucional de la Defensoría General de la Nación. Vice-presidente de la Asociación Civil Pensamiento Penal. Docente de grado y posgrado (UBA y UP). Investigador del Observatorio del Sistema Penal y de los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona.

(2) TEDH, *D. F. v. Letonia*, Cuarta Sección (n° 11.160/07), 29 de octubre de 2013. El autor ha realizado una traducción libre de la decisión de la Corte Europea —disponible solo en inglés— que se incluye como apéndice al final de este comentario.

Según consideró probado el TEDH, el peticionario estaba detenido en un establecimiento penitenciario, inicialmente procesado y luego condenado por delitos sexuales contra menores. Además, el Sr. D. F. había sido en el pasado informante de la Policía de Balvi, lo que lo había hecho víctima de ataques y amenazas de muerte.

Al ingresar en la prisión de Daugavpils el peticionario alegó haber sido víctima de ataques contra su integridad física por parte de otros internos. Sostuvo y acreditó que desde un primer momento había solicitado tanto a la Administración de Prisiones, como al Fiscal General, a la Suprema Corte y al Ministerio de Justicia, su alojamiento en la prisión de Matisa, en la que existía un ala específicamente destinada a personas que hubieran integrado las fuerzas de seguridad o colaborado con ellas. Sin embargo, las autoridades locales no dispusieron su traslado a dicho centro penitenciario sino un año después de su detención, lo cual prolongó su riesgo de ser víctima de ataques de otros prisioneros.

La sentencia discurre sobre distintos aspectos que, como decíamos al comienzo, resultan de suma actualidad. En primer lugar, el tribunal rechazó la alegación del peticionario de haber sido víctima de una violación al art. 3º de la Convención, que dispone que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, en razón de presuntas agresiones sufridas de parte de otros detenidos por las que habría perdido varios dientes y la falla del Estado en evitar dichas agresiones, bajo el argumento de que ellas no se habían probado adecuadamente.

En segundo término, quizá uno de los temas más relevantes que trata la sentencia que comentamos, es el vinculado con la cuestión de los traslados de las personas privadas de libertad. El peticionario sostuvo que las autoridades competentes habían demorado en poner en conocimiento de la Administración de Prisiones su pasada colaboración con las fuerzas de seguridad, y que ante sus insistentes reclamos de ser trasladado a la prisión de Matisa no le habían dado una respuesta efectiva sino hasta un año después de su detención, lo que lo había expuesto a riesgos de ataques por parte de otros prisioneros. Además, alegó haber sido trasladado en sucesivas oportunidades de una celda a otra de la prisión de Daugavpils, lo que aumentó su contacto con otros detenidos y con ello su riesgo de ser víctima de agresiones.

Finalmente, resulta positivo que el TEDH retome su jurisprudencia anterior en torno al deber especial de garantía que poseen los Estados sobre

la integridad física de aquellos grupos especialmente vulnerables dentro de las instituciones de privación de libertad, y sin perjuicio de haber rechazado —a nuestro juicio erróneamente— la violación al art. 3º por los daños físicos que alegó haber sufrido el Sr. D. F., sí aceptó la violación de dicha norma convencional por el prolongado riesgo al que estuvo sometido en virtud de la omisión estatal referida en el párrafo anterior. Sobre estas tres cuestiones en particular ahondaremos en los apartados subsiguientes.

2 | La carga de la prueba frente a los daños sufridos bajo custodia estatal

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido pionero en la elaboración de una doctrina, hoy ya muy asentada en su jurisprudencia y que se ha extendido incluso al sistema interamericano de derechos humanos,⁽³⁾ según la cual cuando una persona ingresa bajo la custodia estatal en buen estado de salud y estando privada de su libertad aparecen signos de malos tratos es el Estado el que debe probar que sus agentes no han sido responsables, por su acción u omisión, de su producción. Resulta interesante analizar someramente los hechos de los *leading cases* a partir de los cuales el TEDH consolidó dicho criterio, pues ello nos permitirá ver la medida en que en el caso *D. F.* que aquí se comenta se apartó (o no) de aquel.

En 1992, en el caso *Tomasi c. Francia*,⁽⁴⁾ el TEDH confirmó el criterio que en ese mismo caso había adoptado dos años antes la Comisión Europea de Derechos Humanos,⁽⁵⁾ al establecer la presunción de que los daños infligidos a una persona que se encuentra bajo custodia policial han sido provocados

(3) 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 63. En el párrafo 170 de la sentencia se lee: "Debe tenerse en cuenta, al respecto, la presunción establecida por la Corte Europea al considerar responsable al Estado por los malos tratos que exhibe una persona que ha estado bajo la custodia de agentes estatales, si las autoridades son incapaces de demostrar que estos agentes no incurrieron en tales conductas".

(4) TEDH, *Tomasi c. Francia*, Serie A, N° 241-A, 27 de agosto de 1992, pp. 40/41, §§ 108/111.

(5) Vale la pena recordar que el sistema europeo de derechos humanos funcionó con un esquema de Comisión y Corte, similar a la configuración actual del sistema interamericano, hasta que el Protocolo Adicional 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (noviembre 1998) eliminó la Comisión y estableció un mecanismo en el que las víctimas pueden acudir de modo directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

por quienes lo han detenido, a menos que el Estado pruebe que los daños ya existían antes de la detención o que fueron infligidos por el propio detenido.

El Sr. Tomasi había sido detenido por la policía de Bastia, Córcega, acusado de participar en un atentado, y al ser llevado ante el juez por primera vez dos días después de su detención, denunció haber sido víctima de golpes que le habrían dejado marcas en el pecho y en su oreja izquierda durante interrogatorios. El Estado, en su defensa ante el Tribunal Europeo, alegó que las lesiones acreditadas por certificados médicos eran incompatibles con los malos tratos que adujo haber sufrido. El Tribunal concluyó que a pesar de no haberse acreditado producción de las lesiones por parte de los agentes policiales, el Estado francés debía responder por violación al art. 3, para lo cual valoró el hecho de que en ningún momento nadie había afirmado que las marcas en su cuerpo se habían producido con anterioridad a su detención, o por lesiones auto infligidas, o como resultado de una tentativa de escape, además que el peticionario había advertido sobre sus marcas y las circunstancias en que habrían sido provocadas en la primera oportunidad en que compareció ante el juez a cargo de la investigación, y que la existencia de cuatro certificados médicos que daban cuenta de las lesiones con fechas de producción que se correspondían con el tiempo en que había permanecido bajo custodia estatal.

Algunos años más tarde, en *Ribitsch c. Austria*,⁽⁶⁾ el Tribunal intervino en un caso en que el peticionario aducía también haber sido víctima de severos golpes en su cabeza y en otras partes del cuerpo durante un interrogatorio a raíz de una denuncia en su contra en la que se lo acusaba de venta de drogas. Si bien las lesiones quedaron documentadas por informes médicos, los policías acusados de los tratos inhumanos brindaron una explicación disímil, indicando que en oportunidad de trasladarlo desde la estación de policía a un lugar donde le harían una prueba acústica de reconocimiento de voz, se habría patinado y caído al suelo, golpeándose contra el coche de policía con la consecuencia de diversas lesiones.

El tribunal que llevó a cabo el juicio contra el policía lo condenó a una pena en suspenso, la cual fue recurrida ante la Corte Regional de Viena, que tras solicitar un nuevo informe pericial al Instituto de Medicina Forense de la Universidad de Viena, del que surgió que la versión del policía

(6) TEDH, *Ribitsch c. Austria*, Serie A, n° 336, 4 de diciembre de 1995, p. 26 y ss., § 34.

acerca de las lesiones no resultaba imposible, dispuso la absolución del único acusado. Esta sentencia fue apelada por el Sr. Ribitsch ante la Corte Constitucional, que declaró su recurso inadmisibile.

Al analizar la alegada violación al art. 3° del Convenio Europeo, el Tribunal dio la razón al peticionario por una mayoría de seis votos contra tres.⁽⁷⁾ Para entenderlo de ese modo, los jueces que formaron la mayoría consideraron, por un lado, que las lesiones sufridas por Ribitsch habían quedado documentadas por informes de un médico del hospital público, quien había considerado improbable que las lesiones se produjeran por un golpe contra el coche; las marcas en su cuerpo habían sido observadas también por varios testigos. Además, refirieron que el informe experto solicitado por la Corte Regional en el proceso de apelación, si bien había indicado que uno de los golpes no era incompatible con la versión dada por el policía, también afirmó que ello no explicaba las restantes lesiones que presentaba el peticionario. Por otra parte, el policía que conducía el auto declaró no haber visto la supuesta caída del Sr. Ribitsch. La Corte de circuito que condenó al policía acusado en primera instancia, había considerado creíbles las versiones de los testigos que apoyaban la versión del peticionario y del médico que lo atendió en primer término y, en cambio, contradictorias las declaraciones esgrimidas por el policía en su defensa.

Como corolario de todo lo anterior, el TEDH sostuvo que más allá de que la Corte Regional de Viena absolvió al oficial de policía por aplicación del principio de presunción de inocencia, ello no eximía al Estado austríaco de su responsabilidad por la violación a la Convención, toda vez que su defensa sobre la base de una mera remisión al procedimiento penal interno donde se había dictado absolución era a todas luces insuficiente, **no habiendo demostrado satisfactoriamente que las lesiones del peticionario hayan sido provocadas —total o parcialmente— de un modo diferente que mediante el trato al que fue sometido mientras estuvo bajo custodia policial.**⁽⁸⁾

En *Aksoy c. Turquía*,⁽⁹⁾ un ciudadano turco había sido detenido bajo la sospecha de pertenecer al Partido de los Trabajadores de Kurdistán (PKK) y

(7) Los votos disidentes de los jueces Ryssdal, Matscher y Jambrek consideraron que, en tanto no se había probado más allá de toda duda razonable la responsabilidad del agente estatal en la producción de las lesiones, correspondía rechazar la alegada violación al art. 3 CEDH.

(8) El resaltado es propio.

(9) TEDH, *Aksoy c. Turquía*, 18 de diciembre de 1996, 1996-VI, p. 2278, § 61.

colaborar en actos terroristas. Fue llevado a una unidad de la policía para la lucha contra el terrorismo, donde fue interrogado a fin de que confesara su conexión con el PKK mediante la utilización de típicos métodos de tortura (entre otros, conducción de electricidad a través de sus genitales), durante cuatro días. A raíz de esas torturas, perdió la movilidad de sus brazos y manos, a pesar de lo cual el médico de la Sub-Prefectura que lo atendió indicó en una breve línea que no presentaba signos ni vestigios de violencia.

Unos días más tarde Aksoy fue liberado sin habersele levantado cargos, tras lo cual remitió una denuncia ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En abril de 1994 fue asesinado de un disparo, tras haber recibido amenazas de que retirara la denuncia hecha en la Comisión. Su padre continuó con el trámite de la petición.

En lo que aquí interesa, el Estado turco arguyó en la instancia internacional que las alegaciones de malos tratos eran infundadas, que no se explicaba por qué no había denunciado los hechos al comparecer ante el fiscal y que, en caso de haber sido torturado durante tantos días, debió haber realizado alguna confesión auto inculpatoria. También indicó que era sospechoso que hubieran transcurrido cinco días desde que fue liberado hasta que acudió a un hospital y que al irse de este último lugar se llevó su historia clínica.

Ante el tribunal, el peticionario sostuvo que su hijo había sido víctima de torturas y que, además, las condiciones de detención (una celda de 1,50 por 3 metros, con una sola cama, sin colchón y con una manta que había compartido con otras dos personas), más las amenazas de ser torturado, habían constituido un trato inhumanos y violado el art. 3° del Convenio Europeo.

El TEDH, en línea con la jurisprudencia que había elaborado en los referidos casos *Tomasi y Ribitsch*, y citando expresamente estos dos precedentes, afirmó que “cuando un individuo es puesto bajo custodia policial en buen estado de salud pero aparece lesionado al momento de ser liberado, incumbe al Estado proveer una explicación plausible sobre las causas de dichas lesiones” (párr. 61),⁽¹⁰⁾ motivo por el cual encontró al Estado de Turquía responsable de la violación al art. 3° CEDH.

Como se anticipara en el apartado anterior, en el caso bajo análisis el TEDH rechaza que haya existido una violación al art. 3°, y lo hace sobre la base de los

(10) Traducción propia de la versión original en inglés.

estándares de prueba que había elaborado en su *case law*. El tribunal no abandona la consolidada línea jurisprudencial iniciada con los precedentes hasta aquí analizados, sino que entiende que en este caso en particular no se había satisfecho el estándar de prueba de los hechos “más allá de la duda razonable” (“*beyond reasonable doubt*”). Se citó un reciente pronunciamiento de la misma sección del tribunal, en otro caso contra Letonia,⁽¹¹⁾ donde también se había rechazado la violación al art. 3º sobre dicha base, indicando que las alegaciones de malos tratos deben ser respaldadas por evidencia apropiada, y que más allá de la presunción establecida en los casos *Ribitsch* o *Tomasi*, entre otros, “cierta prueba de la existencia de las lesiones resulta indispensable” (con cita de *Indelicato c. Italia*, nº 31.143/96, 18 de octubre de 2001; y *Hristovi c. Bulgaria*, nº 42.697/05, 11 de octubre de 2011, §§ 73/78).

En el caso *D. F.*, el tribunal valoró el hecho de que el peticionario no había brindado información precisa sobre los malos tratos de los que habría sido víctima (por ejemplo, el cómo, cuándo, dónde y por quién había sido atacado), no habiendo acercado a la Corte prueba de haber sufrido las lesiones, y sin haber expuesto ante el Fiscal General en las distintas entrevistas que mantuvieron los detalles de los malos tratos que habría sufrido por parte de otros detenidos. En definitiva, el tribunal expresó que no tenía en su poder ninguna información directa sobre las lesiones referidas por el peticionario ni conocimiento sobre ningún hecho del que ello pudiera inferirse; y, además, que el tratamiento odontológico que había recibido en prisión, no era por sí solo demostrativo de los actos de violencia, siendo factible que se hubiese debido a la periodontitis crónica de la que sufría.

En conclusión, podemos afirmar que el caso que se comenta reafirma la posición del Tribunal Europeo en cuanto que, si bien los daños sufridos bajo custodia estatal tienen una presunción de causación por parte de los agentes estatales y producen una inversión de la carga probatoria, debiendo ser el Estado denunciado quien pruebe que las lesiones no fueron provocadas por sus agentes; dicha presunción e inversión de la carga probatoria se activan si y solo si el peticionario ha logrado acreditar, más allá de la duda razonable, mediante un relato verosímil y la aportación de cierta prueba, las lesiones y las circunstancias en que ellas se habrían producido.

.....

(11) TEDH, *Igars c. Letonia*, (nº 11682/03), 5 de febrero de 2013.

3 | La cuestión de los traslados de las personas privadas de libertad y su control judicial

Un tema de gran actualidad sobre el que discurre la sentencia que comentamos es el referido a los traslados de los detenidos entre centros penitenciarios. Como se dijo en la introducción a esta glosa, el peticionario, desde su detención, había solicitado a diversas autoridades estatales —a la dirección de la cárcel de Daugavpils, a la Administración de Prisiones, al Fiscal General, a un juez de la Suprema Corte y al Ministerio de Justicia— y en distintas oportunidades, su traslado a la prisión de Matisa, donde había un sector destinado específicamente a alojar personas que tuviesen un pasado de colaboración con la policía, como era su caso.

El Sr. D. F. adujo que la falta inicial de respuesta a su solicitud y el posterior rechazo en sucesivas oportunidades de la Administración de Prisiones de acceder a su traslado, así como la demora de la policía de Balvi en acreditar que había sido informante, lo habían expuesto injustificada e ilegalmente a un riesgo de ser víctima de ataques contra su integridad personal por parte de otros detenidos.

Resulta interesante que el Estado letón, en su defensa ante el Tribunal Europeo, sostuvo que el peticionario no había agotado los recursos internos para reclamar sobre la negativa a trasladarlo. En este sentido, el gobierno alegó que el Sr. D. F. se podría haber quejado de esa negativa ante el Ministerio de Justicia o ante los tribunales administrativos. En este último caso, la Ley de Procedimientos Administrativos vigente, más una interpretación que de ella había hecho el Senado de la Suprema Corte (la máxima instancia judicial del país), le habría permitido acudir al fuero administrativo, toda vez que dicha negativa **interfería sustancialmente con sus derechos fundamentales**, siendo por ello acto administrativo impugnabile judicialmente.

El TEDH rechazó la excepción del Estado letón. Tuvo en cuenta, por un lado, que el peticionario había argumentado que nunca se le había informado sobre la posibilidad de acudir a los tribunales administrativos. Además, aun cuando dichos tribunales fueran accesibles, su jurisprudencia sobre el carácter revisable de las órdenes de traslado o las negativas a hacerlo al momento

de los hechos era poco clara e inconsistente, al no estar claro qué reclamos satisfecerían el estándar de **interferencia significativa en los derechos fundamentales** que habilitara su revisión. Por otra parte, en la causa había quedado acreditado que el Sr. D. F. había escrito a un juez de la Suprema Corte a este respecto, quien le indicó en una carta que era la Administración de Prisiones la que poseía la última autoridad en cuestiones vinculadas con el traslado de detenidos; y que el propio Ministerio de Justicia era de la opinión de que estos actos no eran revisables ante los tribunales administrativos.

Si bien el Tribunal Europeo no lo dice expresamente, pareciera ser que el estándar que surgiría de la sentencia que comentamos es que las decisiones vinculadas con los traslados de detenidos entre unidades penitenciarias, o la negativa a hacerlo, requieren de una vía judicial de revisión en el ámbito interno, máxime cuando dichas decisiones pueden interferir en los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, por ejemplo, exponiéndolos a riesgos contra su vida y/o integridad física.

Sin duda alguna es positivo que el tribunal internacional haga "judiciables" temas como éste en países donde ello todavía no está garantizado por ley de modo irrestricto. Sin embargo, a nuestro entender, si bien el estándar da adecuada respuesta a los casos (como el que se analizaba) de negativa a efectuar un traslado, resultará insuficiente para los casos en los que se trata de traslados realizados contra la voluntad del detenido. En estos casos, se debería ir más lejos y exigir que la intervención del juez de ejecución o de control de la pena, o de aquel a cuya disposición se encuentre detenida la persona, deba ser **anterior** a que el traslado se produzca.

Y ello por una sencilla razón. Quienes trabajamos en la defensa de los derechos de los privados de libertad bien sabemos que en muchas oportunidades los traslados sistemáticos y arbitrarios realizados por la autoridad penitenciaria, al menos en Argentina, y aunque se cumpla —lo que muchas veces no se hace— con la **inmediata comunicación** al juez exigida por el art. 72 de la ley 24.660,⁽¹²⁾ dicho aviso puede y suele resultar tardío, exponiendo a las víctimas a malos tratos o generando riesgos de que atenten contra su propia vida, como lo han demostrado varios casos ocurridos recientemente en el ámbito del Servicio Penitenciario Federal.

(12) Art. 72: "El traslado del interno de un establecimiento a otro, con las razones que lo fundamenten, deberá ser comunicado de inmediato al juez de ejecución o juez competente".

Por ello, nos parece importante que dicho estándar sea considerado como un **piso**, no obstante lo cual una interpretación *pro homine* del art. 72 de la ley 24.660, a la luz de la posición de garante del Estado respecto de la integridad física de los detenidos, nos permite sostener que lo que allí se exige es que, decidido el traslado por la autoridad penitenciaria y con los motivos expresados por escrito, se deberá —**en forma previa a materializarse dicho traslado**— anoticiarlo al juez para que, con intervención de la defensa, realice un control jurisdiccional de dicha medida.

Esta interpretación no solo permitirá evitar hechos de violencia y suicidios en las cárceles, sino que además constituirá una valla contra la perversa utilización que la autoridad penitenciaria hace de los traslados como una forma (más) de castigar a los detenidos. Tampoco creemos que pueda invocarse la imposibilidad o dificultad para los jueces y defensores de practicar dicho control por la gran cantidad de detenidos a su cargo, debiéndose en todo caso incrementar los órganos jurisdiccionales y defensorías: es inadmisibles que restricciones de índole presu- puestaria redunden en un recorte de los derechos fundamentales de los privados de libertad.

4 | Daños entre internos en los centros de detención y custodia de grupos altamente vulnerables: la responsabilidad estatal

Superada la cuestión relativa a la falta de agotamiento de los recursos internos, el TEDH se adentró en el análisis de la responsabilidad del Estado letón por no haber garantizado la seguridad del Sr. D. F. mientras permaneció detenido en la cárcel de Daugavpils. En este punto, la postura del Tribunal resulta elogiable pues así como había rechazado declarar una violación al art. 3° respecto de los supuestos malos tratos que adujo haber sufrido, entendió que dicha norma convencional sí se había vulnerado por el riesgo prolongado e injustificado al que se había sometido al peticionario de sufrir lesiones por parte de otros detenidos.

En este sentido, en lo atinente al nivel de severidad requerido para activar la responsabilidad de las autoridades de proteger a un individuo destacó que su posición ha evolucionado. Mientras que inicialmente

consideró que el mero sentimiento de estrés de un detenido⁽¹³⁾ o el simple temor de represalias por parte de otros internos⁽¹⁴⁾ (caso), no eran por sí solos suficientes para colocar la situación en el ámbito del art. 3º; en casos posteriores entendió que cuando el temor de represalias se combinaba con elementos adicionales como “el efecto acumulativo de la sobrepoblación y el alojamiento intencional de una persona en una celda con personas que podrían representar un riesgo para él”,⁽¹⁵⁾ podría plantearse una cuestión bajo el art. 3º. En dos casos más recientes el TEDH sostuvo que la ansiedad mental provocada por la amenaza de violencia física debió haber excedido el nivel inevitable inherente a cualquier detención.⁽¹⁶⁾

A su vez, en línea con su jurisprudencia constante y citando estándares elaborados por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura (CPT),⁽¹⁷⁾ afirmó que las autoridades de las prisiones tienen el deber de tomar medidas de seguridad específicas para afrontar el fenómeno de la violencia entre internos, estando obligadas a prevenir los riesgos reales e inmediatos para la integridad física de los prisioneros de los que las autoridades tuviesen conocimiento o debiesen conocer.

En este sentido, recordó que el CPT en el informe sobre su visita a Letonia en 2002 había expresado ya seria preocupación sobre la frecuente violencia entre prisioneros en la cárcel de Daugavpils (parág. 69), reiterando que las autoridades de la prisión tienen el deber de adoptar medidas proactivas para prevenir esa clase de violencia (parág. 71). Similares preocupaciones fueron expresadas por el CPT en su visita a Letonia en 2004. De este modo, las autoridades letonas han sido reiteradamente llamadas a adoptar precauciones especiales para proteger prisioneros vulnerables de todas formas de abuso y desarrollar estrategias con el objetivo de abordar el problema de la violencia entre internos.

(13) TEDH, *I. T. c. Rumania* (nº 40.155/02), 24 de noviembre de 2005.

(14) TEDH, *Golubev c. Rusia* (nº 26.260/02), 9 de noviembre de 2006.

(15) TEDH, *Gorea v. Moldavia* (nº 21984/05), 17 julio de 2007, § 47.

(16) TEDH, *Alexandru Marius Radu c. Rumania* (nº 34.022/05), 21 de julio de 2009; y *Rodić y otros c. Bosnia y Herzegovina* (nº 22.893/05), 27 de mayo de 2008.

(17) Creado por el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura, el 26/11/1987, y habitualmente conocido por sus siglas “CPT”. Constituye un órgano de carácter preventivo que realiza visitas de monitoreo en lugares de detención de los Estados parte del Convenio.

Por otra parte, para declarar la responsabilidad estatal en el caso, sin duda el TEDH tomó en cuenta el hecho de que el Sr. D. F. perteneciera a un colectivo vulnerable, por la naturaleza de los delitos por los que estaba preso (agresiones sexuales contra menores), así como por su pasado de colaboración con la policía.

Los estándares del CPT citados textualmente por el TEDH, vinculados con la violencia entre prisioneros, sobre todo los pertenecientes a grupos vulnerables, indican lo siguiente:

“El deber de cuidado por parte del personal de custodia respecto de aquellos a su cargo incluye la responsabilidad de protegerlos de otros internos que deseen causarles daño. De hecho, incidentes violentos entre prisioneros son habituales en los sistemas penitenciarios; incluyen un amplio rango de fenómenos, desde sutiles formas de acoso hasta manifiestas intimidaciones y serios ataques físicos.

(...) Abordar el fenómeno de violencia inter carcelaria requiere que los funcionarios de la prisión se encuentren en posición de poder ejercer su autoridad y sus tareas de supervisión apropiadamente. La existencia de relaciones positivas entre el staff de la prisión y los prisioneros, basadas en nociones de custodia de seguridad y cuidado, es un factor decisivo en este contexto, lo cual dependerá en gran medida de que los agentes de la prisión cuenten con apropiadas capacidades de comunicación interpersonal.

(...) Además, la dirección debe estar plenamente preparada para apoyar al staff de la prisión en el ejercicio de su autoridad. Pudieran requerirse medidas específicas de seguridad adaptadas a las características particulares de la situación (incluyendo procedimientos de registro efectivos); sin embargo, dichas medidas no pueden nunca ser más que accesorias a los imperativos arriba mencionados. Adicionalmente, el sistema penitenciario necesita ocuparse del asunto de la apropiada clasificación y distribución de los prisioneros.

(...) Detenidos sospechados o condenados de delitos sexuales se encuentran en particular riesgo de ser atacados por otros prisioneros. Prevenir tales actos siempre implica un complejo

desafío. La solución que habitualmente se adopta es separar a esos prisioneros del resto de la población carcelaria. Sin embargo, los prisioneros en cuestión podrían pagar un alto costo por su —relativa— seguridad, en el sentido de contar con actividades y programas mucho más limitados que los disponibles para aquellos en un régimen normal. Otra aproximación consiste en distribuir a los sospechados o condenados por delitos sexuales alrededor de la prisión. Para que esta alternativa tenga éxito, se debe garantizar el escenario para que tales prisioneros se integren adecuadamente en el régimen general, debiendo el staff de la prisión tener un fuerte compromiso para afrontar con firmeza cualquier signo de hostilidad o persecución en su contra. Una tercera aproximación consiste en transferir a esta clase de detenidos a otro establecimiento, acompañado con medidas destinadas a ocultar la naturaleza de la ofensa por la que están presos. Cualquiera de estas alternativas tiene sus ventajas y desventajas, y el CPT no busca promover ninguna en particular sino que la decisión sobre qué política aplicar dependerá fundamentalmente de las características particulares de cada caso".⁽¹⁸⁾

A la luz de esos principios fue que el tribunal analizó la respuesta del Estado en el caso del Sr. D. F. Así, entendió que si bien podía ser cierto lo sostenido por el gobierno letón en el sentido de que el traslado a Matisa no era el único modo de lidiar con el riesgo de violencia al que estaba sometido por la naturaleza de los cargos en su contra, más difícil era aceptar la afirmación del gobierno de que el traslado del peticionario a cualquier otra prisión diferente a Matisa podría haber sido una vía eficiente para hacer frente a los riesgos de violencia en virtud de su pasada colaboración con la policía. Ello así pues el gobierno letón estaba al tanto de los problemas afrontados por los prisioneros que habían trabajado para las fuerzas de seguridad en el pasado, y la solución había sido alojarlos en un ala especial en la cárcel de Matisa.

En definitiva, aunque el propio Estado reconoció que por los delitos por los que estaba detenido y por su pasado de colaboración con la policía el Sr. D. F. estaba expuesto a un mayor riesgo de agresiones por parte

(18) CPT, documento CPT/Inf/E (2002) 1, Rev. 2009, párag. 27. Traducción propia de la versión original en inglés.

de otros presos, y a pesar de los insistentes reclamos del peticionario, consideró que ellos no requerían ninguna respuesta urgente (incluido el traslado a otra prisión). Frente a ello, el TEDH concluyó que cada día que el peticionario tuvo que permanecer con la población general de la prisión solo sirvió para aumentar el riesgo de violencia contra él, prolongando su miedo y angustia de ser víctima de malos tratos, razón por la cual se había configurado una violación al art. 3° de la Convención.

5 | Consideraciones finales

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *D. F. c. Letonia* trae a la discusión varios temas que, como decíamos en la introducción, sirven para pensar algunas problemáticas muy actuales en lo que hace a los derechos fundamentales de los privados de libertad.

Una primera cuestión reafirmada por el tribunal, pese a rechazar en el caso la violación convencional, tiene que ver con la presunción de responsabilidad estatal respecto de las afectaciones a la integridad personal producidas cuando alguien está detenido y la consiguiente inversión de la carga probatoria que exige que sea el Estado quien pruebe que no han sido provocadas por sus agentes. En este punto, si bien el TEDH consolida su jurisprudencia elaborada a partir del caso *Tomasi c. Francia*, recuerda a su vez que para que opere dicha presunción el peticionario debe, mediante un relato verosímil y aportando alguna prueba objetiva, demostrar más allá de la duda razonable las lesiones de las que haya sido víctima y las circunstancias en que se produjeron.

Por otro lado, el tribunal sienta un criterio interesante en lo que hace a los traslados de los detenidos entre centros penitenciarios, al considerar que debe existir una instancia de revisión eficaz de las decisiones de la Administración de Prisiones de trasladar a alguien de unidad, o de su negativa a hacerlo (como sucedía en el caso de D. F.), no pudiendo ser la administración penitenciaria la que tenga la última palabra en estos asuntos, como ocurría en Letonia al momento de los hechos.

La sentencia trae también un asunto no siempre suficientemente recordado en nuestro ámbito, cual es el de la responsabilidad del Estado por los daños sufridos por una persona privada de su libertad en manos de otros detenidos. Cada vez es más común toparse con visiones limitadas que

—erróneamente— aducen que el Estado es ajeno a los malos tratos en prisión que no hayan sido causados de modo directo por sus agentes. Como el asunto *D. F.* lo deja en claro, en línea con la jurisprudencia anterior del TEDH, por su posición de garante de la integridad física de los detenidos el Estado también viola la prohibición absoluta de torturas y malos tratos si no evita su producción por otros privados de libertad.

Además, el fallo que se comenta reafirma que cuando se trata de grupos en especial situación de vulnerabilidad, como pueden ser los acusados por delitos sexuales o personas vinculadas con las fuerzas de seguridad, el Estado debe tomar precauciones especiales para protegerlos de todas formas de abuso.

Finalmente, es muy positivo que el Tribunal Europeo, a pesar de haber considerado que las alegaciones del peticionario de haber sido lesionado por otros detenidos eran manifiestamente infundadas, haya entendido que la demora injustificada del Estado en resolver su pedido de traslado a la cárcel de Matisa aumentó el riesgo de que D. F. fuera víctima de violencia, prolongó su miedo y angustia y, por ello, constituyó una violación al art. 3° de la Convención.

Plazos de detención

ONU, COMITÉ de DERECHOS HUMANOS, COMUNICACIÓN 1787/2008,
ZHANNA KOVSH (ABRAMOVA) vs. BIELORRUSIA,
5 de JULIO de 2013

por **JULIA BEN ISHAI**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente caso es una Comunicación del Comité de Derechos Humanos en base a una denuncia de la peticionaria Zhanna Kovsh (en adelante, la peticionaria) en virtud de la violación a los arts. 9º, párr. 3º; y 14, párr. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, El Pacto) por parte del Estado de Bielorrusia (en adelante, el Estado o Bielorrusia).

2 | Los hechos del caso

La demandante presentó el siguiente recurso como denuncia por las detenciones que había sufrido en dos ocasiones distintas. En ambas oportunidades, la peticionaria no fue conducida ante un juez posteriormente a su detención con la diligencia que especifica el art. 9º, párr. 3º del Pacto.

La primera de las detenciones se produjo el 29 de septiembre de 2005 a las 9.30 hs., cuando la actora fue detenida por agentes de policía y llevada al Departamento de Asuntos Internos de la Administración, donde se le efectuó un procedimiento penal de acuerdo al art. 108 del Código Procesal Penal.

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

La peticionaria fue interrogada en más de una ocasión y solo a partir del día 30 pudo hacerlo con la presencia de un abogado según sus propias declaraciones. La Sra. Kovsh no fue dejada en libertad sino hasta las 22.30 hs. del día 1 de octubre estando 61 horas presa sin ser llevada ante un juez.

La segunda se produjo el día 27 de enero de 2006. En esta ocasión, la detención había sido autorizada por el investigador Jefe de la Dependencia de Investigación Preliminar de la Dirección de Asuntos Internos, de conformidad con el art. 111 del Código de Procedimiento Penal. En esta oportunidad, la detención duró 72 horas siendo que fue puesta en libertad recién a las 9:00 hs. del día 30 de enero de 2006, no teniendo contacto con un magistrado del Poder Judicial en ningún momento. En esta ocasión, la peticionaria aclara que no se le proporcionó contacto con un abogado en ningún momento de su estadía carcelaria.⁽²⁾

La peticionaria reclama la falta de adecuación de medidas internas dentro del ordenamiento jurídico bielorruso en virtud de la adopción de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en vistas de que en el Código de Procedimiento Penal no hay cláusulas que puedan asegurar la limitación temporal ante la obligación de llevar sin demora a un detenido ante el juez.⁽³⁾

3 | Análisis

En el presente, el requisito de “agotamiento de los recursos internos” no se cumple, sin perjuicio de que el Comité haya aceptado el caso, por considerar, tal como expuso la defensa de la actora, que la falta de una correcta adaptación del sistema y la mala interpretación acerca del pedido de la demandante vuelven inútil la adopción de medidas dentro del ordenamiento del Estado, siendo posible acudir a la vía internacional a pesar de que el proceso no sobrepasó la primera instancia judicial.

Este punto fue aceptado ya que, como demostró la Sra. Kovsh, el Estado confundió el párr. 4° con el párr. 3° del citado art. 9°, referente a la petición

(2) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1787/2008, *Zhanna Kovsh (Abramova) v. Bielorrusia*, dictamen del 5 de julio de 2013, párrs. 5.4/5.5.

(3) *Ibid.*, párr. 3.2.

que ésta hizo. Sostuvo que la autora no recurrió su detención a un tribunal o un fiscal sino la decisión de iniciar una causa penal en su contra, por lo que según el Estado bielorruso no hubo violación de la legislación nacional o internacional.

El Comité desestima esta argumentación y observa que el Estado Parte no ha ofrecido ninguna explicación de la necesidad de internar a la autora en un pabellón de detención temporal durante 61 y 72 horas respectivamente sin llevarla ante un juez más allá del hecho de que la autora no presentó una denuncia.

Ante esto, el Comité ratifica que la omisión del acusado no puede ser razón para que se lo prive de un derecho garantizado internacionalmente, ya que éste debe garantizarse automáticamente y no por la petición de la persona detenida.

Si bien el Estado ha declarado que el art. 9º, párr. 3º no asegura en ningún momento cuál es la cantidad de tiempo adecuada en la que se debe producir tal obligación,⁽⁴⁾ como bien demostró la peticionaria en distintas presentaciones, tanto en la Observación General 8 (1982)⁽⁵⁾ donde se determina que "La obligación de llevar ante un juez se debe cumplir en unos pocos días" como en la comunicación 852/1999,⁽⁶⁾ donde se establece que la detención de tres días antes de que la persona detenida fuera llevada ante un funcionario judicial es demasiado larga o no cumple con la condición de "sin demora" establecida en el art. 9º, párr. 3º.

No debe dejarse de lado que, como bien explica el Sr. Yuji Iwasawa, miembro del Comité, en el Apéndice que acompaña a la Comunicación, el art. 108 del Código de Procedimiento Penal por el cual es condenada la Sra. Kovsh durante el año 2005, se refiere a delitos sumamente graves que permiten la detención por más de 10 días sin que la persona sea llevada ante un juez.⁽⁷⁾ Pero vemos que ese no es el caso de la peticionaria y, siendo aún más grave,

.....

(4) *Ibid.*, párr. 4.3.

(5) Observación General 8, 1982, relativa al derecho a la libertad y a la seguridad personales, párr. 3.

(6) ONU, Comunicación 852/1999, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Borinsenko c/ Hungría*, dictamen del 14 de octubre de 2002, párr. 7º.4.

(7) *Ibid.*, Apéndice.

en ningún momento queda esclarecida cuál es la razón por la que es privada de su libertad en dos situaciones diferentes.

El Comité acierta en recalcar, al igual que lo hacen los órganos de protección de los derechos humanos en América, lo fundamental de poseer garantías procesales y judiciales claras a la hora de los procesos penales.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado, respecto de su art. 7.5 que: "... los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya porque se pretende evadir la aplicación de la pena..."⁽⁸⁾

Del mismo modo, establece que: "... tanto para el art. 7.5 como para el art. 8.1 de la Convención Americana, 'el plazo razonable' deberá contarse 'a partir del momento en que una persona es acusada'..."⁽⁹⁾

4 | Consideraciones finales

En el presente caso, debemos tener en cuenta, como aspecto central, a las obligaciones que suponen para los Estados Partes la adopción de cada uno de los distintos instrumentos internacionales porque esto no solo implica la no violación sino la adopción de medidas y la adaptación del ordenamiento jurídico de acuerdo con los Pactos y Convenios a los que los Estados se someten.

En ese sentido, la presente denuncia es ejemplificadora acerca de cómo el Comité puede, a partir de una denuncia, realizar alguna modificación, ya que no solo declara responsable a Bielorrusia por los arts. 9º, párr. 3º; y 14, párr. 1º, sino que obliga al Estado a que en el plazo de 180 días otorgue información acerca de las medidas tomadas para poder aplicar el presente dictamen, así como también que publique el dictamen y le de "amplia difusión".

(8) CORTE IDH, "Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú", Sentencia de 25 de noviembre de 2005, Serie C N° 137, párr. 37.

(9) CORTE IDH, "Caso Tibi vs. Ecuador", Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C N° 114, párr. 91.

Desaparición forzada de personas

Derecho al recurso efectivo frente a normas de perdón

ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS,
COMUNICACIONES 1807/2008⁽¹⁾ y 1791/2008⁽²⁾

por **RODRIGO ROBLES TRISTÁN**⁽³⁾

El presente trabajo tiene por objeto analizar algunos aspectos relevantes de la doctrina del Comité de Derechos Humanos (en adelante, el Comité o CDH) sobre desapariciones forzadas de personas, fundamentalmente frente a las limitaciones que encuentra la investigación de estos hechos localmente, a partir de la implementación de normas de reconciliación y perdón. A estos efectos, se estudiarán dos comunicaciones, decididas recientemente, donde el Comité tuvo a decisión peticiones contra Argelia basadas en hechos ocurridos en ese país, en los años 90.

.....

(1) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1807/2008, *Mechani v. Argelia*. CCPR/C/107/D/1807/2008.

(2) ONU, Comunicación 1791/2008, *Boudjemai v. Argelia*. CCPR/C/107/1791/2008.

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

I | *Mechani v. Argelia*

La primera petición fue presentada por Slimane Mechani (“el peticionario”), quien adujo violaciones a sus derechos humanos y, fundamentalmente, a los de su hijo, Farid (“la presunta víctima”), quien fuera capturado violentamente por policías encubiertos, cuando volvía a su casa, en 1993. Hasta el momento, se encuentra desaparecido.

Un vecino (M. B.) relató a la familia Mechani que compartió prisión con Farid, según supuso a partir de haberlo escuchado en una celda cercana. Esta versión fue confirmada por un funcionario quien, indagado por el peticionario, reveló que Farid había sido derivado a la policía militar, luego de permanecer dos días detenido en una comisaría distrital.

Por otro lado, Farid Mechani fue juzgado en contumacia y condenado a prisión perpetua por “atentado contra la seguridad del Estado y complot” y “pertenencia a una asociación de delincuentes que tiene por fin la violencia y la degradación del Estado...”.⁽⁴⁾

El Sr. Slimani Mechani ha presentado numerosos recursos de índole administrativa, sin que se procediera a la investigación de los hechos. En total, han transcurrido 14 años de absoluto silencio sobre la situación de Farid.

Además, según el sr. Slimani Mechani, la “Carta Para la Paz y la Reconciliación Nacional” (en adelante, “Carta para la Paz”), adoptada por referéndum en febrero de 2006, excluye la posibilidad de un recurso adecuado y efectivo a disposición de los familiares de desaparecidos, toda vez que, según prevé su norma reglamentaria, cualquier agravio dirigido en contra de funcionarios públicos —relativo a los hechos de 1990— deberá ser declarado inadmisibles,⁽⁵⁾ siendo este, además, causal de un eventual enjuiciamiento criminal.⁽⁶⁾ A partir de ello, el peticionario sostiene que se encuentra absuelto de cumplir con el agotamiento de los recursos internos, pues tales recursos no existen en Argelia.

.....
(4) ONU, Comunicación 1807/2008, *Mechani v. Argelia*, cit., párr. 2.8.

(5) *Ibid.*, párr. 2.14.

(6) *Ibid.*, párr. 7.3.

I.1 | La admisibilidad del caso

Naturalmente, el Estado sostuvo que no se había agotado la jurisdicción interna, en el entendimiento de que los peticionarios no ocurrieron ante el juez de instrucción penal y no impetraron una demanda por daños y perjuicios.

El Comité señala, en primer término, que la acción civil no puede considerarse sustitutiva de la acción penal encabezada por el Ministerio Público. En consecuencia, mal podría sostenerse que la demanda privada es un recurso que deba ser agotado.

Por otra parte, frente a la existencia de la referida Carta Para la Paz..., que impide absolutamente la iniciación de un trámite judicial destinado al esclarecimiento de hechos de la naturaleza estudiada, el Estado no ha indicado la existencia de un recurso efectivo vigente.

En este caso, habida cuenta de que la normativa interna impedía el establecimiento de una acción penal (lo cual no había sido desvirtuado por el Estado, que había fallado en su deber de invocar un recurso), el Sr. Slimani Mechani, había agotado los pocos recursos **disponibles**.

I.2 | Fondo

En primer término, el Comité adelanta que concederá **todo el crédito necesario** a las alegaciones del Sr. Mechani, frente a la ausencia de explicaciones por parte del Estado.⁽⁷⁾ Ello, a partir de que, en los procesos ante el CDH, la carga de la prueba no sólo recae sobre el peticionario, pues frecuentemente el Estado se encuentra en mejores condiciones para producirla. Además, a criterio del Comité, el Estado tiene el deber de investigar las denuncias en su contra y acercar la información necesaria para el desarrollo del trámite.

En segundo lugar, el hecho de que Farid Mechani haya sido detenido a manos de oficiales encubiertos y que, hasta el momento, permanezca desaparecido, habiendo sido infructuosas todas las gestiones emprendi-

.....
(7) *Ibid.*, párr. 8º.3.

das para encontrarlo, resulta en un sufrimiento proscripto por el art. 7° PIDCYP⁽⁸⁾ (Prohibición de la Tortura y los Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes) en perjuicio suyo.⁽⁹⁾ Este sufrimiento se ha extendido al Sr. Slimani Mechani.⁽¹⁰⁾

Por otra parte, el Estado ha vulnerado el derecho a la libertad personal de Farid Mechani, toda vez que éste fue detenido sin expresión de motivos y sin orden de juez, mantenido en esa condición sin que se decidiera judicialmente la legalidad de su confinamiento y, finalmente, a partir del hecho de que el Estado no ha informado sobre su situación. Tales circunstancias implican, además, una infracción al artículo 10, que prohíbe las condiciones indignas de detención.⁽¹¹⁾

En relación al proceso en que Mechani fue condenado, el Comité hace referencia a su Observación General 32, donde criticó los juicios **especiales** en los que intervienen jueces sin rostro y no se observan las garantías del debido proceso. Tal doctrina aplica al caso, pues Farid Mechani fue condenado en contumacia cuando, en realidad, permanecía desaparecido sin que el Estado hubiera informado su paradero, pese a que había sido detenido por oficiales de la policía local. Además, el tribunal que había condenado a Mechani, era una **jurisdicción de excepción**, integrada por jueces **anónimos**.⁽¹²⁾

Por último, el Comité determina que la desaparición forzada prolongada por espacio de 20 años, constituye el apartamiento del amparo de la ley y una privación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, en perjuicio de la presunta víctima.⁽¹³⁾

(8) PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS. Adoptado por la Asamblea General en su res. 2200 A (XXI), de 16/12/1966.

(9) *Ibid.*, párr. 8°.4.

(10) *Ibid.*, párr. 8°.5.

(11) *Ibid.*, párr. 8°.6.

(12) *Ibid.*, párr. 8°.8.

(13) *Ibid.*, párr. 8°.9.

2 | *Boudjemai v. Argelia*

La segunda petición, iniciada por Hafsa Boudjemai (“la peticionaria”), se funda en hechos ocurridos dentro del mismo contexto de desapariciones forzadas en Argelia.

En 1995, a la salida de un Hospital, el hijo de la peticionaria, Djaafar Sahbi, fue abordado por policías que le pidieron que los siguiera. Desde ese momento, está desaparecido.⁽¹⁴⁾ En este sentido, el Comité hace notar que la Sra. Boudjemai presenta un “Certificado de desaparición en el contexto de la tragedia nacional”,⁽¹⁵⁾ lo cual acredita la condición de desaparecido, sin que el Estado asuma la responsabilidad por ese hecho.

Al igual que lo ocurrido en el caso de Farid Mechani, la peticionaria y los familiares del Sr. Sahbi, cursaron diversas diligencias de carácter administrativo y judicial⁽¹⁶⁾ “... sin conseguir nada...”.⁽¹⁷⁾ Además, también, se vieron impedidos de interponer acciones judiciales, a partir de la vigencia de la Carta por la Paz y sus reglamentaciones, previamente referidas.

2.1 | Fondo

El Comité realiza observaciones similares a las expuestas en *Mechani*, sosteniendo que el Estado ha vulnerado los arts. 17, 16, 10, 9 y 7 PIDCYP.

Como dato novedoso respecto del precedente apuntado previamente, se determina que el Estado no ha cumplido con su obligación de proteger la vida del Sr. Sahbi, toda vez que la sola desaparición forzada de una persona, la expone a un grave riesgo para su vida.⁽¹⁸⁾

.....

(14) ONU, Comunicación N° 1791/2008, *Boudjemai v. Argelia*, cit., párr. 2.3.

(15) *Ibid.*

(16) *Ibid.*, párr. 2.5.

(17) *Ibid.*

(18) *Ibid.*, 8.4.

3 | La obligación de proveer recursos efectivos frente a la “Carta Para la Paz y la Reconciliación Nacional”

En las dos Comunicaciones analizadas, el Comité ha declarado que Argentina violó el artículo 2º.3 PIDCYP, que prevé que “Cada uno de los Estados Partes (...) se comprometen a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos (...) hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo...”.

Esta conclusión se impone a partir del hecho de que no haya existido investigación de las denuncias de los peticionarios, lo cual va en contra de lo sostenido por el Comité en su Observación General 31,⁽¹⁹⁾ donde se dijo que la no investigación de violaciones a derechos humanos configura por sí misma una violación del Pacto.⁽²⁰⁾

Además, y en lo que interesa, el Comité sostuvo en ambos casos que la imposibilidad legal de accionar judicialmente, a tenor de lo dispuesto por la “Carta para la Paz...” y su reglamentación, resulta en una violación del derecho al recurso efectivo.⁽²¹⁾

Vale, sin embargo, analizar las opiniones parcialmente disidentes del Sr. Rodríguez Rescia en ambos casos pues, según su postura, el Comité consideró “... de forma muy limitada...”⁽²²⁾ los efectos de la “Carta para la Paz...”.

Para este miembro del Comité, la referida Carta, “... importa un obstáculo para el Acceso a la Justicia, y genera impunidad absoluta...”⁽²³⁾

(19) COMITÉ DE LOS DERECHOS HUMANOS, Observación General 31, “La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto”, 80º período de sesiones, 2004, [en línea] U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225.

(20) ONU, Comunicación 1807/2008, cit., párr. 8.10; ONU, Comunicación 1791/2008, cit., párr. 8.11.

(21) *Ibid.*

(22) ONU, Comunicación 1807/2008, cit. Opinión parcialmente disidente del Sr. Víctor Rodríguez Rescia, párr. 2.

(23) *Ibid.*

A partir de ello, propone que el Comité determine que las disposiciones de la Carta no puedan aplicarse en ningún otro caso, además del que se encuentra a decisión:⁽²⁴⁾ según su criterio, el Comité debería haber dispuesto una declaración *erga omnes*, acerca de los efectos de la “Carta para la Paz...”. Esta postura tiene un fundamento práctico, y es que, de esta forma, se daría solución a todas las comunicaciones relativas al mismo tema que el Comité tiene a su despacho. En ese sentido, su disidencia señala que resultaría una **carga desproporcionada** para los peticionarios, el imponerles tramitar sus casos por separado, allí donde una declaración general habría permitido resolver de una sola vez y dejar sin efecto las disposiciones de la “Carta para la Paz...” y su reglamentación.⁽²⁵⁾

Por otro lado, Rodríguez Rescia también propone que la “Carta para la Paz...” , por sí misma, reviste una violación del PIDCYP.⁽²⁶⁾ En igual sentido, y con una postura fuertemente crítica de la posición adoptada por la mayoría, la opinión del Sr. Salvioli en *Boudjemani*, sostiene que la sola existencia de la Carta constituye, autónomamente, una violación del art. 2.2 del Pacto (Obligación de Adecuar el Derecho Interno), además de vulnerar el art. 2.3.

Para Salvioli, “... el Comité obstinadamente hace invisible el art. 2.2...”⁽²⁷⁾ por cuanto no estila decretar **violaciones autónomas** a esa regla. Según su postura, la existencia de la Carta no sólo debería ser encarada como una violación al derecho al recurso efectivo sino como, fundamentalmente, una violación al art. 2.2 PIDCYP. El efecto de esta última decisión será que el Comité determine que Argelia deba modificar las normas de la Carta, en cuanto se opongán al Pacto, como garantía de no repetición de los hechos.⁽²⁸⁾

Este último razonamiento de Salvioli es consecuente con los desarrollos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante,

(24) *Ibid.*, párr. 4; ONU, Comunicación 1791/2008, cit. Opinión Parcialmente disidente del Sr. Víctor Rodríguez Rescia, párr. 5.

(25) ONU, Comunicación 1807/2008, cit. Opinión parcialmente disidente del Sr. Víctor Rodríguez Rescia, párr. 5.

(26) ONU, Comunicación 1791/2008, cit. Opinión parcialmente disidente del Sr. Víctor Rodríguez Rescia, párr. 6.

(27) ONU, Comunicación 1791/2008, cit. Opinión particular concurrente del Sr. Fabián Omar Salvioli, párr. 4.

(28) *Ibid.*, párr. 1.

“la Corte”/“Corte IDH”), que ha señalado reiteradamente que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados...”,⁽²⁹⁾ lo que implica un deber de impulsar normas respetuosas de la CADH, suprimir aquellas que la contraríen y evitar su aplicación.⁽³⁰⁾

Por otro lado, y en relación con la materia del caso, la Corte regional ha elaborado una constante doctrina en el sentido de entender que “... son inadmisibles las disposiciones de amnistías, 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 (...) las desapariciones forzadas”.⁽³¹⁾

4 | Consideraciones finales

A partir de los desarrollos apuntados, puede verse que, si bien es legítimo el objetivo declarado de la “Carta para la Paz...” (el de lograr la reconciliación entre argelinos), ha de decirse que “... no puede hacerlo en detrimento de derechos humanos fundamentales...”,⁽³²⁾ entre los cuales se inscribe el derecho de acceder a la Justicia y obtener una investigación diligente y seria en casos de graves violaciones de derechos humanos. Por otra parte, en lo relativo a la **tensión**⁽³³⁾ que produce la posibilidad de que

(29) Ver, entre otros, CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N° 154, párr. 117; CORTE IDH, “Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina” (Reparaciones y Costas), sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C N° 39, párr. 68.

(30) Ver, entre otros, CORTE IDH, “Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, OC 14/94, 9 de diciembre de 1994, Serie A, párrs. 50 y 57 y puntos resolutiveivos 1 y 2; CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, cit., párr. 118; “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil”, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C N° 149, párr. 83; “Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 109.

(31) CORTE IDH, “Caso Barrios Altos vs. Perú”, Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75, párr. 41.

(32) ONU, Comunicación 1791/2008, cit. Opinión particular concurrente del Sr. Fabián Omar Salvioli, párr. 5.

(33) Ver REY, SEBASTIÁN A., “Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales ¿Tres conceptos incompatibles?”, en *Revista de Derechos*

una Corte o Tribunal internacional determine dejar sin efecto una norma nacional, bueno es tener en cuenta que al asumir (voluntaria y soberanamente) los Estados la responsabilidad de adecuar su derecho interno a los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos, se colocan en trance de cumplir esas obligaciones incondicionadamente.

Finalmente, conviene tener presente que la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas reconoce el derecho de las víctimas de desaparición forzada, y sus familiares, a conocer la verdad de los hechos acontecidos (24.2), y pone en cabeza de los Estados el deber de adoptar todas las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas desaparecidas (24.3). Además, establece el claro mandato de que los allegados a la persona detenida en secreto, deben tener a disposición un recurso rápido y efectivo para obtener informaciones respecto de aquél. El derecho a ese recurso no podrá ser suspendido ni limitado, bajo ninguna circunstancia (art. 20.2).

En suma, las políticas de reconciliación o paz, en tanto impiden la investigación de los hechos, frustran severamente el derecho fundamental de las víctimas de violaciones a derechos humanos, de acceder a la jurisdicción. Con ello, difícilmente pueda entenderse que estén realmente enderezadas a la paz de todos.

Derecho de reunión pacífica

ONU, COMITÉ de DERECHOS HUMANOS, COMUNICACIÓN 1948/2010
DENIS TURCHENYAK y OTROS c. ESTADO de BIELORRUSIA

por **JULIA BEN ISHAI**⁽¹⁾

I | Introducción

El presente caso es una comunicación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (en adelante, el Comité) frente a la denuncia que Denis Turchenyak y otras personas nacionales de Bielorrusia (en adelante, los peticionarios) presentan en virtud de la violación de los arts. 19 y 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto o PIDCP), frente a su país de origen, Belarús o Bielorrusia (en adelante, el Estado).

2 | Los hechos del caso

La denuncia presentada fue generada por los actores tras solicitar un permiso frente a las oficinas del Comité Ejecutivo de la ciudad de Brest para realizar durante tres días específicamente delimitados, en un horario determinado, una protesta con la que buscaban llamar la atención del resto de los habitantes de la ciudad frente a los problemas surgidos durante la construcción de un monumento para conmemorar el milenario de Brest.

.....

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

Se debe tener en cuenta que en la autorización presentada se detallaba, también, la cantidad de personas que integraban la protesta y el lugar donde iba a realizarse.

El Comité Ejecutivo no admitió la autorización, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Celebración de Actos Públicos en la República de Belarús de 1997 y la decisión 1715 del Comité Ejecutivo que obligaba a utilizar como lugar de reuniones públicas de la ciudad al Estadio de Lokomotiv, salvo en el caso de manifestaciones y celebraciones de actos organizados por autoridades estatales. Cabe señalar que el estadio en cuestión se encuentra alejado del centro de la ciudad y rodeado de muros de hormigón.

Si bien los peticionarios apelaron la decisión ante el Tribunal del Distrito de Lenin y ante el Tribunal Regional de Brest, se confirmó la decisión impuesta por el Comité Ejecutivo.

3 | Análisis

El Estado, en numerosas oportunidades, declaró improcedente la denuncia debido a que, según su criterio, el hecho de que los peticionarios hubiesen realizado la presentación mediante un representante legal que viviese fuera del Estado bielorruso resultaba incongruente con el art. 2º⁽²⁾ del Protocolo Facultativo del Pacto (en adelante, el Protocolo).

Al respecto, el Comité declaró que, en virtud del art. 1º⁽³⁾ del Protocolo (aprobado por el Estado), el Comité puede analizar toda denuncia donde se hubiesen violado los derechos humanos dentro de la jurisdicción de cualquier Estado Parte.

(2) Con sujeción a lo dispuesto en el art. 1º, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.

(3) Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo.

El art. 5º, (4) párr. 2º del Protocolo, donde se especifican los únicos dos motivos por los cuales una comunicación que provenga de una víctima de un Estado Parte puede ser desestimada, causales que no encuadran en el hecho de que los peticionarios recurrieran a un representante legal para llevar a cabo la presente presentación.

Si bien el Comité toma nota⁽⁵⁾ de la argumentación de que constituye un abuso de la interpretación del art. 2º y del mandato del Comité aceptar la representación de terceros en nombre de individuos declarados víctimas, especifica que, en vistas al art. 30 del Pacto en su segundo párrafo, el Comité tiene la potestad de establecer su propio reglamento, facultad que los Estados Partes han convenido en reconocer.

Interpreta en este punto el Comité que el examen de admisibilidad corre por su cuenta y que la desestimación por parte del Estado y la prevención con anterioridad al fallo respecto de la admisibilidad y el fondo de la cuestión es en sí misma una violación por parte del Estado de Bélgica del Protocolo.

Otro de los derechos analizados es el de la libertad de reunión pacífica y expresión, cuya supuesta violación es la que motiva la presente denuncia.

Los autores toman como punto de análisis el hecho de que si bien la manifestación que ellos solicitan realizar no les es prohibida, se les imponen limitaciones ampliamente suficientes para considerar que el ejercicio del derecho se halla desvirtuado. Debe tenerse en cuenta que la

.....

(4) "1. El Comité examinará las comunicaciones recibidas de acuerdo con el presente Protocolo tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan facilitado el individuo y el Estado Parte interesado.

2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que:

- a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales;
- b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

3. El Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada cuando examine las comunicaciones previstas en el presente Protocolo.

4. El Comité presentará sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo".

(5) Párr. 5.1.

normativa que se les aplica no es adecuada al caso, ya que existe una incongruencia en clasificar la protesta que los autores buscaban realizar como "multitudinaria" cuando los organizadores no eran más de 10 ciudadanos de Brest.

Es preciso comprender que el verdadero sentido de la manifestación que no es solo poder reunirse como grupo en un lugar público sino también manifestar mediante ese acto un repudio y/o celebración respecto de un hecho concreto.⁽⁶⁾ En virtud de este punto es que los peticionarios ponen en tela de juicio a la violación al art. 19 del Pacto. El derecho a la libertad de expresión supone limitaciones al ejercicio del derecho en virtud de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública. Sin perjuicio de esto, y teniendo en cuenta que la manifestación que buscaba realizarse solamente contaba con la presencia de 10 personas, quienes, según su relato, no portarían ningún elemento que pudiese causar disturbios, no puede entenderse por qué se coartó su ejercicio estableciendo como justificativo una normativa vigente.

Surge de lo que analiza el Comité que la normativa aplicada al presente caso⁽⁷⁾ es la que se aplicó en todos los casos donde los actos multitudinarios no fueron organizados por autoridades estatales. Por esto, y a raíz del análisis del Comité acerca de la existencia de una violación al art. 19, así como al art. 21, es que el organismo llama al Estado a revisar su legislación interna en base a que existe una incongruencia entre el derecho a la libertad de expresión y el de reunión pacífica y la obligatoriedad de utilizar un único espacio físico de la ciudad para realizar convocatorias multitudinarias.

El llamado a la revisión de la legislación y a adoptar como criterio la violación de los arts. 19 y 21 pese a que no existió una prohibición en sí de los derechos amparados en ambos artículos comprende, por parte del Comité, el criterio de que ciertas imposiciones al ejercicio de los derechos generan una desvirtuación tal que produce consecuencias iguales o similares a su prohibición.

(6) En este caso, se trata de un repudio por la construcción de un monumento para conmemorar el milenario de Brest.

(7) En virtud de la decisión 1715, los actos públicos multitudinarios solo podían realizarse en el Estadio de Lokomotiv.

4 | Consideraciones finales

En el presente caso, el Comité analiza principalmente dos aspectos:

1. Primero, la competencia del presente Organismo para analizar las denuncias que se presentan y de dictar sentencia contra los Estados Partes, instigándolos a que realicen acciones a favor de las víctimas, teniendo en cuenta las facultades que mediante el Protocolo Facultativo y el PIDCP se han obligado los Estados.
2. Segundo, el derecho de reunión pacífica, respecto del cual posee una visión similar al de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a que: "... este derecho es de naturaleza instrumental, sirve de soporte al ejercicio de los demás derechos fundamentales y permite la obtención de fines no prohibidos expresamente por la ley..."⁽⁸⁾

Como vemos en el presente caso, es imposible separar el derecho a la reunión pacífica del de la libertad de expresión.

(8) CORTE IDH, "Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá" (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C N° 104, párr. 144.

Derecho a la libertad de religión

Prohibición de discriminación

ONU, COMITÉ de DERECHOS HUMANOS, COMUNICACIÓN 1928/2010
MANN SINGH c. FRANCIA
26 de SEPTIEMBRE de 2013

por **MARINA CHERTCOFF**⁽¹⁾

I | Introducción

La Comunicación 1928/2010 del Comité de Derechos Humanos se enmarca dentro del contexto de la problemática religiosa que concierne tanto a Francia como a muchos países europeos. Como consecuencia de las migraciones de las últimas décadas se ha producido un fenómeno de convivencia de distintos credos dentro de un mismo territorio al que anteriormente le eran ajenos. Ante estas circunstancias, Francia y otros países europeos, como el Reino Unido de Gran Bretaña, han desarrollado en los últimos años, de cara a la creciente problemática social de discriminación religiosa, una particular política de "Estado laico" donde se veda la simbología religiosa en los espacios públicos, incluyéndose entre estos ámbitos los lugares de trabajo, las universidades y escuelas, a la vez que se extendió a las fotografías de documentos personales donde las personas deben ser fotografiadas sin dar muestras de su religión. Al

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

igual que en el caso a analizar, estas políticas trajeron aparejadas numerosas denuncias de injerencia sobre la religión en distintos organismos internacionales.⁽²⁾

2 | Los hechos del caso

En el presente caso, el Comité de Derechos Humanos procedió a analizar la demanda incoada por Shingara Mann Singh, un ciudadano francés de origen indio, en virtud de las supuestas violaciones de los arts. 2º, 12, 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Señor Mann Singh practica la religión sij, por lo cual debe cubrir su cabeza con un turbante en toda ocasión, considerándose una grave falta mostrarse en público sin él, exhibiendo su cabeza descubierta.

El denunciante emigró a Francia en 1970 y obtuvo la nacionalidad de dicho país en 1989. Inmediatamente después de obtener la ciudadanía francesa recibió un pasaporte francés en el cual se le permitió aparecer con un turbante en las fotografías identificativas. El pasaporte del Sr. Mann Singh fue renovado en tres oportunidades subsiguientes, la última en noviembre del 2000 y en todas las fotos aparecía con un turbante. En el año 2005, al intentar renovar su pasaporte por cuarta vez, la Prefectura de Val D'Oise rechazó la solicitud aduciendo que la fotografía no se ajustaba a las disposiciones del decreto 2001/185 del 26/02/2001. Según el art. 5 del decreto, las fotografías deben ser tomadas de frente y con la cabeza descubierta, tener formato 35 x 45 mm., ser recientes, y tener una imagen fiel del retratado.

El 16 de febrero de 2006, el peticionario impugnó la decisión de la Prefectura ante el Tribunal Administrativo de Cergy-Pontoise, que desestimó la demanda. En consecuencia, la decisión de este tribunal fue recurrida ante el Tribunal Administrativo de Versailles, que de la misma forma desestimó el recurso.

El peticionante afirmó que llevar turbante está íntimamente ligado a la fe y la identidad de los sijes. El primer mandamiento de los sijes es que el cabello no debe cortarse nunca y ha de mantenerse limpio, cuidado y oculto a la vista del público. El hecho de quitarse el turbante puede considerarse una

(2) TEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido* (nº 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10), 15 de enero de 2013; *Leyla Şahin c. Turquía* [GC] (nº 44774/98), 10 de noviembre 2005; *Phull c. Francia* (nº 35743/03), 11 de enero 2005; *Karaduman c. Turquía* (nº 16278/90), 3 de mayo 1993; y *Dahlab c. Suiza* (nº 42393/98), 15 febrero 2001, entre otros.

renegación de la fe y el manejo incorrecto del turbante por otras personas es profundamente insultante. Obligar a un sij a quitarse el turbante es humillante, como puede serlo obligar a alguien a quitarse el pantalón en público.

Paralelamente a este caso, Shingara Mann Singh presentó otra demanda por hechos similares, vinculados al otorgamiento de su licencia de conducir, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, luego de haber obtenido la misma negativa por parte de los tribunales administrativos franceses. En una resolución del 13 de noviembre de 2008, el TEDH declaró la petición inadmisibles y manifiestamente infundada. En particular, el Tribunal, con arreglo al art. 9° del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tuvo en cuenta el margen de discrecionalidad que tienen los Estados en la materia y concluyó que la injerencia sobre los derechos que se impugnaba estaba justificada y era proporcional al objetivo perseguido.⁽³⁾

3 | Decisión del Comité de Derechos Humanos

En primer lugar, al analizar el fondo de la cuestión, el Comité hizo referencia a su Observación General 22 sobre el art. 18 del Pacto, donde consideró que la libertad de manifestar la propia religión incluye la utilización de prendas de vestir o tocados distintivos.⁽⁴⁾ Se reconoció que el hecho de llevar turbante no solo se considera un deber religioso, sino que también está relacionado con la identidad personal. En efecto, el Comité determinó que el art. 5° del decreto 2001/185 y su equivalente 2005/1726, que exige “aparecer con la cabeza descubierta” en las fotografías del pasaporte, constituye una injerencia en el ejercicio del derecho a la libertad de religión. Por lo tanto, lo que debe determinarse es si la limitación de la libertad del peticionario de manifestar su religión o sus creencias está justificada en virtud del art. 18, párr. 3° del Pacto.⁽⁵⁾ Para esto, lo que se debía juzgar era si la limitación es necesaria y proporcional al objetivo que persigue.⁽⁶⁾

(3) TEDH, *Mann Singh c. Francia* (n° 24.479/07), 13 de noviembre de 2008.

(4) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 22, [en línea] <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom22.html>

(5) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1928/2010.

(6) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General 22, cit.

Por un lado, el Comité reconoció la necesidad del Estado de garantizar y controlar, en aras de la seguridad y el orden público, que la persona que figura en la fotografía de un pasaporte sea efectivamente el titular del documento. No obstante, se recalcó que el Estado parte no ha explicado por qué el hecho de llevar un turbante sij —que cubre parte de la cabeza y una parte de la frente pero deja claramente visible el resto del rostro— haría la identificación del autor menos fácil que si este apareciera con la cabeza descubierta, sobre todo teniendo en cuenta que el autor lleva turbante de forma permanente. Asimismo, el Estado tampoco ha justificado específicamente de qué forma una fotografía identificativa con la cabeza descubierta sirve para facilitar su identificación en el quehacer diario y para luchar contra el riesgo de fraude y falsificación de pasaportes. En consecuencia, el Comité consideró que no se ha demostrado que la restricción impuesta al Sr. Mann Singh sea necesaria en el sentido del art. 18 del Pacto.⁽⁷⁾

Atendiendo a uno de los argumentos del Estado, se destacó que si bien la obligación de quitarse el turbante para hacerse una fotografía identificativa puede considerarse una medida puntual, esta conlleva una injerencia potencial en la libertad de religión del autor, quien aparecería en la fotografía sin el tocado religioso que lleva de forma permanente, y por tanto, podría verse obligado a quitarse el turbante en los controles de identificación.⁽⁸⁾

Por todo esto, el Comité concluyó que la reglamentación que exige aparecer con la cabeza descubierta en la fotografía del pasaporte constituye una restricción desproporcionada que atenta contra la libertad de religión del autor y contraviene el art. 18 del Pacto.⁽⁹⁾

4 | Consideraciones finales

Un importante punto a analizar de esta comunicación es la decisión del Sr. Mann Singh de someter la actual pretensión ante el Comité de Derechos Humanos. Esto podemos presumir que es debido a la reticencia del Tribunal Europeo a admitir este tipo de casos, donde considera que las políticas estatales sobre tocados religiosos entran dentro del margen

(7) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 1928/2010, párr. 9.5.

(8) *Ibid.*

(9) *Ibid.*

de apreciación de cada Estado. A diferencia de este Tribunal, el Comité no tiene en cuenta el margen de apreciación de los Estados y considera que las medidas dispuestas por el Estado francés son arbitrarias y discriminatorias. Actualmente, es habitual encontrar informes del Comité de Derechos Humanos declarando la violación del art. 18 del Pacto (equivalente al art. 9º del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales). Por su parte, la jurisprudencia del TEDH sobre este tema es constante desde los primeros casos sobre velo islámicos tratados en 1993.⁽¹⁰⁾ Las demandantes eran mujeres turcas que, habiendo terminado sus estudios universitarios, habían visto rechazada su petición de que les fuera entregado el correspondiente certificado académico por no proporcionar una fotografía en la que aparecieran con la cabeza descubierta. La Comisión Europea, en su decisión mayoritaria, entendió que la norma universitaria que exigía una fotografía a cabeza descubierta no suponía restricción alguna de la libertad religiosa de las demandantes a tenor del art. 9º del Convenio. El TEDH suele ampararse en que el art. 9º no protege siempre y en todo caso, el derecho de comportarse en el ámbito público de acuerdo con las propias convicciones, y que, en concreto, el término “práctica” no incluye cualquier acto motivado o inspirado por las propias creencias. Ahora bien, el caso más significativo sobre la problemática del “velo” es el de Leyla Şahin,⁽¹¹⁾ donde el Tribunal aplicó su doctrina del margen de apreciación nacional, con la remisión a la discrecionalidad del Estado para aplicar restricciones a los derechos fundamentales. Un problema que puede señalarse de esta doctrina específicamente es que se aplica sin la suficiente base probatoria. Ni el gobierno turco, ni el francés, ni el británico proporcionan suficientes pruebas de por qué los símbolos religiosos generan una atmósfera de intolerancia en los ámbitos educativos, laborales y públicos en general.

Ahora, el pronunciamiento del Comité en el presente caso no considera, acertadamente, que la política laica implementada por Francia entre dentro de su margen de apreciación, sino que es una injerencia a la libertad de religión, la cual no es necesaria ni proporcional en este caso puntual, y por lo tanto, arbitraria. En efecto, el concepto de igualdad

.....

(10) TEDH, *Bulut c. Turquía* (nº 77092/01), 20 de noviembre de 2007, *Karaduman c. Turquía*, cit. Ambas peticiones fueron declaradas inadmisibles.

(11) TEDH, *Leyla Şahin c. Turquía*, cit.

construido por Francia, en sus alegatos⁽¹²⁾ es retrógrado: dispensar un trato idéntico a personas que se encuentran en situaciones muy diferentes constituye una forma de discriminación. La concepción moderna de igualdad ante la ley se apoya en la idea de que el derecho no puede ignorar las relaciones existentes entre distintos grupos de personas. Lo que para una persona de cualquier otra religión no importa un sacrificio —mostrarse con la cabeza descubierta—, sobre los sijes impacta de forma desproporcionada.

(12) Dispensar un trato idéntico a todas las personas que quieran obtener un pasaporte.

Detención de solicitantes de refugio por tiempo indeterminado

ONU, COMITÉ de DERECHOS HUMANOS, COMUNICACIÓN 2094/2011, 28 de OCTUBRE de 2013

por PABLO ALEJANDRO GONZÁLEZ⁽¹⁾

I | Introducción

En el presente artículo se analizarán dos comunicaciones del Comité de Derechos Humanos⁽²⁾ relativas a la situación de refugiados detenidos por tiempo indeterminado en Australia.

2 | Los hechos del caso

2.1 | Comunicación 2094/2011

Los autores de la comunicación en cuestión son 37 personas, ciudadanos de Sri Lanka y Myanmar, que se encuentran privadas de su libertad en diversos centros de detención de inmigrantes de Australia.

Entre marzo de 2009 y marzo de 2010, 32 de los autores ingresaron en botes al mar territorial australiano. Allí fueron aprehendidos y trasladados

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

(2) Órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

a un centro de detención ubicado en la Isla de Navidad, todo ello de conformidad con la Ley de Migración de 1958, la cual prescribe que los autoridades australianas deben detener a toda persona no ciudadana que intente ingresar al país sin autorización, es decir, de forma ilegal. Ninguno de ellos poseía visa para ingresar a Australia.

Por su parte, los cinco restantes fueron rescatados del mar por una embarcación australiana que los trasladó a Indonesia. Ambos países acordaron que Australia los recibiría en su territorio y les otorgaría visas especiales. Empero, una vez que arribaron a la Isla de Navidad, sus visas expiraron convirtiéndose, de este modo y a luz de la legislación australiana, en personas con una situación migratoria irregular. A raíz de esto, fueron autorizados a requerir visas de protección, aunque fueron confinados a un centro de detención de inmigrantes hasta tanto se resuelva de forma permanente su estatus jurídico.

El Departamento de Inmigración y Ciudadanía reconoció a los 32 autores detenidos en el mar territorial como refugiados, para quienes regresar a sus países de origen era inseguro. Los cinco restantes también fueron reconocidos como refugiados por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

A todos los autores mayores de edad se les negó la visa para permanecer en Australia, siguiendo un informe de seguridad adverso elaborado por el órgano estatal australiano encargado de la seguridad y la inteligencia. Ninguno de los individuos tuvo acceso a fundamentos de este informe. Por su parte, a los tres menores de edad sí se les concedió visado de protección.

De conformidad con la legislación local, los autores no estaban habilitados para objetar o controvertir los fundamentos del informe de seguridad. La única vía con la que contaban era una revisión ante la Corte Federal, a partir de la cual solo se analizaría la existencia de errores procesales o formales; dejando de lado toda revisión o examen sobre el fondo de la cuestión. Sin embargo, como a ninguno de los solicitantes de refugio se le dio a conocer los fundamentos del informe de seguridad, no pudieron ejercer esta vía.

En consecuencia, toda vez que se les negó la visa para permanecer en Australia, los autores de la comunicación permanecieron detenidos para ser deportados. Sin embargo, ellos no deseaban regresar a sus países de ori-

gen y el Estado Parte no les informó sobre la intención de enviarlos a dichos países. Tampoco el Estado australiano les informó que un tercer Estado había acordado aceptarlos o que negociaciones activas en esa dirección se estaban desarrollando. Ahora, los autores alegaron que resulta sumamente improbable que un tercer Estado los acepte cuando ellos fueron evaluados como “peligrosos” o “riesgosos para la seguridad” por Australia.

2.2 | Comunicación 2136/2012

Los autores de la presente comunicación son dos ciudadanos de Myanmar, seis de Sri Lanka y uno de Kuwait que se encuentran también privados de la libertad en un centro de detención de inmigrantes situado en Australia. Entre octubre de 2009 y diciembre 2010, ingresaron al mar territorial australiano a fin de obtener protección como refugiados en dicho país. Al igual que en la comunicación anterior, fueron aprehendidos y alojados en un centro de detención toda vez que no eran ciudadanos australianos y carecían de autorización para ingresar al país de conformidad con la legislación local migratoria.

El Departamento de Inmigración y Ciudadanía los reconoció como refugiados para los cuales regresar a sus países de origen resultaba inseguro. Sin embargo, se les negó la visa para permanecer en el país fundándose nuevamente en un informe de seguridad adverso. Al igual que los autores de la comunicación anterior, no pudieron objetar este informe de seguridad, ni tampoco solicitar su revisión ante la Corte Federal toda vez que sus fundamentos no les fueron revelados.

3 | Las Observaciones del Comité de Derechos Humanos

Si bien cada Comunicación presenta sus particularidades y fueron resueltas por separado, ambas versan sobre la misma cuestión de fondo: la situación de los solicitantes de refugio privados de la libertad por tiempo indeterminado en centros de detención de inmigrantes en Australia. Es por ello que se analizarán en forma conjunta las Observaciones brindadas por el Comité de Derechos Humanos en cada caso.

En ambas Comunicaciones, al momento de analizar la admisibilidad de las mismas, Australia interpuso la excepción preliminar de no agotamiento de los recursos internos. De forma conteste, el Comité de Derechos Humanos (en adelante, el Comité o el CDH) no hizo lugar a la misma señalando que el Estado Parte no demostró la disponibilidad de un recurso efectivo para que los autores de la comunicación pudieran reclamar en relación a su detención. La posibilidad de que el máximo tribunal del Estado Parte pueda algún día modificar el precedente en el cual confirmó la legalidad de las detenciones de individuos en situación migratoria irregular por tiempo indeterminado no basta para afirmar la disponibilidad de un recurso judicial efectivo. El Estado Parte no demostró que sus tribunales tengan la autoridad para realizar resoluciones individuales sobre la justificación de la detención de cada autor.⁽³⁾

Pasando ya al fondo de la cuestión, en primer lugar el Comité analizó la alegada violación de los párrafos 1º, 2º y 4º del artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁽⁴⁾

En lo que respecta al primer párrafo, el Comité reitera que el término “arbitrarias” no debe ser equiparado a “contrario a la ley” sino que debe ser interpretado ampliamente a fin de incluir elementos como inconveniencia, injusticia, falta de previsibilidad y debido proceso legal. Seguidamente, señala que las detenciones durante los procedimientos desarrollados para el control de la inmigración no son arbitrarias *per se*, pero la detención debe ser justificada, razonable, necesaria y proporcional a la luz de las circunstancias y reexaminadas a medida que se extiende en el tiempo.

Asimismo, señala que aquellas personas que buscan asilo e ilegalmente ingresan al territorio de un Estado Parte, pueden ser detenidas por

(3) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 8º.4 y Comunicación 2136/2012, párr. 9º.3.

(4) Artículo 9º: “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

(...) 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal”.

un corto período de tiempo a fin de documentar su entrada, registrar sus reclamos y determinar su identidad, si ella está en duda. Empero, será arbitraria la persistencia de la detención mientras las pretensiones del individuo se están resolviendo. También lo será si no existe alguna razón específica como el peligro de fuga, peligro de que cometa crímenes en contra de otras personas o que exista riesgo de que realice actos en contra de la seguridad nacional. La decisión de que permanezca el individuo detenido debe considerar los factores relevantes de cada caso en particular, y no que se base en una norma obligatoria para una categoría amplia. La decisión debe considerar también la implementación de medidas menos lesivas o menos invasivas que alcancen los mismos fines como la obligación de reportarse, cauciones u otras condiciones para prevenir la fuga. Por último, señala que la decisión sobre la detención debe ser revaluada periódicamente y sujeta a control y revisión judicial.⁽⁵⁾

En ambas Comunicaciones, al momento de aplicar los preceptos expuestos precedentemente, el Comité arribó a la conclusión de que si bien se podría haber detenido a los individuos en una primera instancia a fin de averiguar su identidad y otras cuestiones, el Estado Parte no demostró individualmente que sus detenciones por tiempo indeterminado se justificaran. Tampoco demostró que otras medidas, menos lesivas e intrusivas, no pudieran alcanzar el mismo fin de cumplir con la necesidad del Estado Parte de responder al riesgo para la seguridad que los solicitantes de refugios supuestamente representaban. Nada se les informó sobre los riesgos específicos atribuidos a cada uno de los individuos y que justificaban sus detenciones. Por último, fueron privados de recursos legales para objetar su detención indefinida. Por todo ello, el CDH entendió que la detención de los autores de ambas comunicaciones era arbitraria y contraria al primer párrafo del art. 9º.⁽⁶⁾

Seguidamente, analizó el agravio de las presuntas víctimas relativo a que no se les informaron los motivos sustanciales que justificaban su detención. En primer lugar, el Comité observó que el segundo párrafo del art. 9º prescribe

.....

(5) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 9º.3 y Comunicación 2136/2012, párr. 10.3.

(6) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 9º.4 y Comunicación 2136/2012, párr. 10.4.

que toda persona que se encuentra detenida debe ser informada, al momento de su detención, de las razones de la misma; y que este requisito no está únicamente limitado a las detenciones realizadas en el marco de un proceso penal. Complementa la idea señalando que el término “detenida” hace referencia al inicio de la privación de la libertad independientemente de si se produce en el marco de un proceso penal o administrativo.⁽⁷⁾ Sin embargo, arriba a la conclusión de que no se violó el art. 9º.2 toda vez que consideró suficiente la información brindada a los autores al momento de ser detenidos. De conformidad con la información aportada por el Estado y los autores de la Comunicación, se les informó a estos que eran detenidos por ser sospechados de haber ingresado de forme ilegal al territorio australiano.⁽⁸⁾

A continuación, el CDH analizó el reclamo relativo a que los refugiados no podían objetar la detención de conformidad con la legislación australiana y que ningún tribunal tenía jurisdicción para analizar los motivos sustanciales de las detenciones. Al respecto, el Comité destacó que si bien el Estado alegó que podrían obtener una revisión judicial ante el Tribunal Superior, existía un precedente de dicho tribunal⁽⁹⁾ en el cual se declaró la legalidad de la detención por tiempo indeterminado de inmigrantes. Debido a ello, el Comité señaló que no estaba convencido de que el Tribunal Superior fuera capaz de revisar los motivos sustanciales que justificaban la detención de los autores. En este sentido, reiteró su jurisprudencia relativa a la revisión de la legalidad de la detención de conformidad con el párr. 4º del art. 9º, en tanto que dicha revisión no se debe limitar a analizar la correspondencia o compatibilidad entre la detención y la legislación interna sino que también debe incluir la posibilidad de ordenar el cese de la detención si la misma es incompatible con la previsiones del Pacto, en particular las contenidas en el primer párrafo del art. 9º.⁽¹⁰⁾

(7) De este modo, el CDH desechó la excepción preliminar *ratione materiae* en virtud de la cual alegó que el término “detenida” del art. 9º.2 solo hace referencia a detenciones adoptadas en el marco de un proceso penal y no comprendería las adoptadas en un proceso administrativo como el de control de migración.

(8) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 9º.5 y Comunicación 2136/2012, párr. 10.5.

(9) CORTE SUPREMA DE AUSTRALIA, *Al-Kateb v. Godwin*, sentencia de 6 de agosto de 2004.

(10) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 9º.6 y Comunicación 2136/2012, párr. 10.6.

Finalmente, el CDH destacó que la combinación del carácter arbitrario de la detención, con su extendida o indefinida duración, el rechazo a la provisión de información y las difíciles y precarias condiciones de detención generaron en su conjunto serios daños psicológicos en los solicitantes de refugio privados de su libertad, los cuales constituyen un tratamiento contrario al art. 7° del Pacto.⁽¹¹⁾

Para concluir, el Comité señala que de conformidad con el art. 3°, párr. 3°, el Estado Parte —toda vez que existió una violación de derechos— está obligado a proveer a los autores de un recurso efectivo, el cual incluya la posibilidad de obtener la libertad bajo determinadas condiciones, así como la de obtener una indemnización justa. Asimismo, remarca que Australia está obligado a tomar medidas a fin de prevenir futuras violaciones similares; y, en conexión a esto, señala que debe revisar su legislación en materia migratoria a fin de asegurar su conformidad con las provisiones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en particular, con las del art. 7° y 9° de dicho instrumento.⁽¹²⁾

4 | Consideraciones finales

Resulta acertado el criterio fijado por el Comité en ambas comunicaciones relativo a que las personas que buscan asilo e ilegalmente ingresan en el territorio de un Estado pueden ser detenidas a fin de registrar su ingreso, determinar su identidad y registrar sus reclamos; pero que la persistencia de la privación de la libertad se torna arbitraria si no existe alguna razón específica como el peligro de fuga, peligro de que cometa crímenes en perjuicio de otras personas o que ponga en peligro la seguridad nacional. En ambas comunicaciones, no se observa que el Estado australiano haya analizado la situación particular de cada individuo y haya manifestado los motivos puntuales que justificaran sus detenciones. Ni siquiera cuando la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y el Departamento de Inmigración y Ciudadanía reconoció a los autores de la comunicación como refugiados, el Estado modificó su proceder ni

(11) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 9°:8 y Comunicación 2136/2012, párr. 10:7.

(12) ONU, COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Comunicación 2094/2011, párr. 11 y Comunicación 2136/2012, párr. 12.

reparó en analizar la situación particular de cada uno. Solamente se limitó a negarles la visa (basándose en el informe de seguridad del cual nunca revelaron sus fundamentos) y a continuar privándoles la libertad.

En este sentido, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prescribe que los refugiados pueden ser excluidos de la protección si están sospechados de cometer alguna de las conductas enumeradas en el art. 1º.f⁽¹³⁾ y/o son consideradas, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentran, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituyan una amenaza para la comunidad de tal país (ver art. 33). El Estado australiano no demostró ninguno de estos extremos, y por ende, la detención de los autores no fue justificada.

.....

(13) "F. Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- a) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- b) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;
- c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas".

Discriminación racial y libertad de expresión

ONU, COMITÉ para la ELIMINACIÓN de la DISCRIMINACIÓN RACIAL, COMUNICACIÓN 48/2010, 10 de MAYO de 2013

por **GIULIANA DEL ROSARIO MUCCI MIGLIANO**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

La revista cultural alemana *Lette International* publicó, en el otoño de 2009, una entrevista con el Sr. Thilo Sarrazin, ex senador de Finanzas del Senado de Berlín y miembro de la Junta de Gobierno del Banco Central de Alemania, titulada "La clase en lugar de la masa: de la capital de los servicios sociales a la metrópolis de la elite". En la entrevista, el Sr. Sarrazin se expresó de manera despectiva y discriminatoria en relación con las "clases bajas" de la sociedad, que "no son productivas" y deberían "ir desapareciendo" para dar paso a una ciudad de la "elite".

El peticionario de la Comunicación es la asociación TBB, Unión Turca en Berlín/Brandemburgo, cuyos objetivos son los siguientes:

1. contribuir a la convivencia pacífica y solidaridad de todas las personas en Berlín y Brandemburgo y a la comprensión entre los pueblos;
2. fomentar la convivencia en pie de igualdad y sin discriminación y la cooperación entre alemanes y no alemanes, en particular personas de ascendencia turca en Berlín y Brandemburgo;

.....

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

3. prestar servicios de educación y asesoramiento en materia de protección de los consumidores en relación con la protección contra la discriminación.

El 23 de octubre de 2009, el peticionario, en calidad de grupo de interés de los ciudadanos turcos y los ciudadanos de ascendencia turca de Berlín y Brandemburgo, presentó ante la Fiscalía Pública una demanda penal contra el Sr. Sarrazin. Alegaba que las declaraciones del Sr. Sarrazin constituían una instigación a la población, conforme a lo establecido en el art. 130 del Código Penal alemán,⁽²⁾ porque “se presentaba a los turcos y a los árabes como inferiores y se les negaba el derecho a la existencia en nuestra sociedad”.

Las declaraciones del Sr. Sarrazin se examinaron en relación con el art. 130 (incitación al odio) y 185 (injurias) del Código Penal Alemán. El 16 de noviembre de 2009, la Fiscalía Pública determinó que de las declaraciones del Sr. Sarrazin no se derivaba responsabilidad penal y dio por concluidas las actuaciones de conformidad con el Código de Procedimiento Penal Alemán. La Fiscalía basó su decisión en el art. 5 de la Ley Fundamental y concluyó que no se reconocía que hubiera incitación al odio contra un sector de la población frente a un particular y que las declaraciones del Sr. Sarrazin podían considerarse “una contribución al debate intelectual sobre una cuestión muy importante para la opinión pública”.

El 21 de diciembre de 2009, el peticionario presentó una reclamación por escrito en la que impugnaba la decisión de la Fiscalía Pública. El 24 de febrero de 2010, el Fiscal General informó al peticionario que no tenía derecho a presentar una queja oficial contra la decisión de la Fiscalía porque no era la “parte perjudicada.” Sin embargo, el Fiscal revisó los fundamentos del caso en el ejercicio de sus funciones de supervisión y decidió que la Fiscalía de Berlín había clausurado correctamente las actuaciones. Estableció que los comentarios del Sr. Sarrazin se hicieron en el contexto de un debate crítico sobre los problemas estructurales de índole económica y social de Berlín, entre otros temas.

.....

(2) “1) El que, de forma que pueda perturbar el orden público, 1. Incitare al odio contra determinados sectores de la población o exhortare a la violencia o a cometer actos arbitrarios contra ellos; o 2. Atentare contra la dignidad humana de otras personas insultando, menospreciando o difamando a sectores de la población, será castigado con pena privativa de libertad de tres meses a cinco años” (art. 130 CP alemán).

2 | Análisis

El peticionario afirma ser víctima de una violación por parte de Alemania del art. 2º, párr. 1º.d), art. 4º, párr. a y el art. 6º de la Convención, habida cuenta de que el Estado parte no brindó protección en virtud de su Código Penal contra las declaraciones discriminatorias e injuriosas dirigidas contra el peticionario como grupo de personas de ascendencia turca y como representante de ese grupo.

Asimismo, sostiene que las declaraciones degradantes y discriminatorias del Sr. Sarrazin tienen que ver con determinadas características de la población turca. La población turca es presentada como grupo de personas que viven a expensas del Estado y que, a causa de sus características y comportamientos supuestamente negativos, no tienen derecho a permanecer en Alemania, sostiene que esas declaraciones racialmente discriminatorias no están protegidas por el derecho a la libertad de expresión porque el grupo afectado tiene derecho a vivir sin sufrir prejuicios e intolerancia general y debe respetarse su libertad de ejercer sus derechos.

Con el archivo de las actuaciones, afirma que se le denegó arbitrariamente la protección de las declaraciones racialmente discriminatorias pronunciadas en su contra como grupo de personas de ascendencia turca y representante de ese grupo y su divulgación constituye una violación de los arts. 2º.1.d), 4º.a), y 6º.

En relación al art. 4º.a de la Convención, el peticionario señala que no tuvo lugar un proceso penal efectivo, dado que la Fiscalía se negó a presentar cargos penales contra el Sr. Sarrazin y el Estado parte tolera implícitamente que se repitan declaraciones del mismo tipo.

2.1 | Examen de la admisibilidad

El Estado parte alegó que el Comité debería declarar la comunicación inadmisibles por "carecer el peticionario de la condición de víctima", de conformidad con el art. 14, párr. 1º, ya que no está directamente afectado por las declaraciones del Sr. Sarrazin. Reitera que el mismo artículo refiere a la competencia para recibir comunicaciones de "grupos de personas". Considera que la naturaleza de las actividades del peticionario y sus objetivos

y, el grupo de personas al que representa, satisface el requisito relativo a la condición de víctima en el sentido del art. 14, párr. 1° de la Convención.

Considera por lo tanto que el hecho de que el peticionario sea una entidad jurídica no es obstáculo para la admisibilidad. En consecuencia, el Comité declara la comunicación admisible y procede a su examen en cuanto al fondo respecto a las reclamaciones en virtud de los arts. 2°.1.d), 4°.a), y 6° de la Convención.

2.2 | Examen de la cuestión en cuanto al fondo

El Comité recuerda su jurisprudencia según la cual no es suficiente, a los efectos del art. 4° de la Convención, declarar punibles meramente sobre el papel los actos de discriminación racial. Además de eso, los tribunales nacionales y otras instituciones del Estado deben aplicar de manera efectiva la legislación penal y otras disposiciones legales que prohíban la discriminación racial (obligación implícita en el art. 4° de la Convención).⁽³⁾

El Comité observa la alegación del peticionario de que en las declaraciones del Sr. Sarrazin, se discriminaba a él y a sus miembros, ya que se presentaba a la población turca como un sector de la población que vivía a expensas del Estado y que no debería tener derecho a vivir en el territorio del Estado parte, y de que el Estado parte no proporcionó protección contra esa discriminación.

Considera que esas declaraciones contienen ideas de superioridad racial, que niegan el respeto como seres humanos y describen características negativas generalizadas de la población turca, así como incitan a la discriminación racial a fin de denegarles el acceso al bienestar social, y promueven una prohibición general de la inmigración, salvo de personas altamente calificadas, que se enmarcan en los actos reprobados en el art. 4° de la Convención.

El Estado parte no cumplió su obligación de realizar una investigación efectiva para determinar si las declaraciones del Sr. Sarrazin equivalieron

.....

(3) Que dispone que los Estados parte se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a la discriminación racial o actos de tal discriminación.

a difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial. El Comité considera además que el criterio de alteración del orden público, que se tiene en cuenta para evaluar si las declaraciones alcanzan el umbral de difusión de ideas basadas en estos términos, no incorpora adecuadamente en la legislación nacional la obligación que incumbe al Estado parte en virtud del art. 2º.1.d), en particular porque ambos artículos no contienen ese criterio.

Por lo tanto, el Comité llega a la conclusión de que la ausencia de una investigación efectiva por el Estado Parte de las declaraciones realizadas por el Sr. Sarrazin constituye una violación de los arts. 2º.1.d), 4 y 6 de la Convención. Recomienda que el Estado Parte revise su política y sus procedimientos relativos al enjuiciamiento en los casos de presunta discriminación racial que consistan en la difusión de ideas de superioridad sobre otros grupos étnicos de conformidad con el art. 4º.a) de la Convención y en la incitación a la discriminación por esos motivos, a la luz de sus obligaciones conforme dicho artículo. También se pide al Estado parte que dé amplia difusión a la opinión del Comité, en particular entre los fiscales y los órganos judiciales.⁽⁴⁾

3 | Consideraciones finales

El Comité resuelve, por un lado, en sentido de que la legislación no incorporó debidamente la prohibición de la discriminación racial (violación del art. 2º). Además, se expide en favor de la aplicación efectiva del art. 4º de la Convención. El pronunciamiento es importante en su oposición a la decisión del Estado de permitir ciertos modos de propaganda que pretenda difundir ideas discriminatorias. A su vez, considera que la falta de investigación efectiva por el Estado parte constituye una violación del art. 6º de la Convención.

(4) ONU, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Comunicación 48/2010, 10 de mayo de 2013, párr. 14.

Inadmisibilidad por litispendencia

COMITÉ CONTRA la TORTURA, COMUNICACIÓN 479/2011,
19 de JULIO de 2013

por **MARINA CHERTCOFF**⁽¹⁾

I | Los hechos del caso

En el presente caso, el Comité contra la Tortura procedió a analizar la denuncia realizada por E. E., un ciudadano ruso, en base a las presuntas violaciones sufridas durante el curso del período de instrucción. En particular, el peticionario habiendo sido acusado de homicidio y violación en primer grado, fue detenido e interrogado por la policía de la Federación de Rusia.

E. E. alega que durante el primer interrogatorio fue amenazado de muerte por parte de la policía, a la vez que se le profirieron golpes en la cabeza. Sin embargo, un examen médico forense desarrollado tres días después no pudo constatar la existencia de lesiones. Al día siguiente, el 19 de abril del 2002, el Sr. E. E. sostiene que fue llevado por la policía a una zona boscosa de la ciudad donde reside, donde habría sido encapuchado y maniatado, a la vez que se le habría dado una “última oportunidad” para confesar el asesinato y violación del que era sospechoso. También habría sido golpeado en la zona de los riñones, costillas, hígado y espalda, y habría sido amenazado con el asesinato de a su esposa e hija. Posteriormente, fue llevado de vuelta al pabellón de reclusión temporal del distrito

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

de Chekhov. Algunas noches después, en la celda donde había sido confinado, el peticionario sostiene que volvió a sufrir amenazas de muerte por parte de distintos policías y algunos familiares de la víctima de homicidio.

Dieciocho días después de haber sufrido presuntamente las vejaciones mencionadas, se le realizó un examen médico forense donde se determinó que solamente sufrió una quemadura en la rodilla, sin poder precisarse cuál fue la causa de la lesión.

La abogada del imputado interpuso una denuncia ante la Fiscalía del distrito solicitando que los alegados malos tratos fueran investigados. No obstante, las acciones no prosperaron en virtud de que el Fiscal consideró que no se contaba con pruebas que fueran determinantes y concluyentes respecto de que dichos malos tratos se habían producido.

Ahora bien, durante el curso de los procedimientos, E. E. confesó que había sido el autor de la violación y homicidio de la joven I. B., crimen del cual se lo acusaba. Luego, sostuvo que dicha confesión había sido producto de los malos tratos y amenazas sufridas. Meses después, el Sr. E. E. fue encontrado culpable del crimen de violación y homicidio cometido por un grupo de personas.

2 | Procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La madre del Sr. E. E., en primer término, realizó una denuncia ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, El Tribunal o TEDH), donde alegó que el Estado ruso había violado el art. 3° del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en base a los presuntos malos tratos proferidos por miembros de la policía del Distrito de Chekhov.

No obstante, al analizar la admisibilidad del caso, el Tribunal declaró a la petición inadmisibles en función de los arts. 34 y 35 del Convenio Europeo, dado que la información remitida al Tribunal —que actuaba por conducto de un Comité integrado por tres jueces— en sí no revelaba violación alguna de los derechos y libertades garantizados por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos.

3 | Petición ante el Comité contra la Tortura

Ante la negativa del Tribunal Europeo a analizar el fondo de la cuestión en base a que la denuncia fue declarada inadmisibile, el peticionario remitió las actuaciones al Comité contra la Tortura, alegando ser víctima de violación por el Estado parte de los derechos que lo asisten en virtud de los arts. 1º.2, 1º.3, 1º.4, y art. 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (en adelante, la Convención contra la Tortura).

En primera instancia, el Tribunal accedió a analizar la objeción preliminar de no agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna interpuesta por el Estado ruso, a la vez que sostuvo que debía ser analizada la inadmisibilidad regulada por el art. 22, párr. 7º de la Convención contra la Tortura.

Dicho artículo dispone que la Comisión no puede examinar ninguna comunicación individual mientras no se haya cerciorado de que la misma cuestión "no ha sido" y/o "no está siendo" examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional.⁽²⁾

El Comité consideró que una comunicación "ha sido" y "está siendo examinada" por otro procedimiento y que dicho procedimiento se ha relacionado o se relaciona con la "misma cuestión", en el sentido del art. 22, párr. 5º a). Es decir, que se trata de las mismas partes, los mismos hechos y los mismos derechos sustantivos. En base al análisis de la demanda incoada ante el TEDH, se concluye que en nombre del autor se refiere a la misma persona, se basa en los mismos hechos, guardando relación con los mismos derechos sustantivos que se invocan en la presente Comunicación.⁽³⁾

Asimismo, el Comité consideró que el examen realizado por el Tribunal Europeo constituye un procedimiento conforme al descrito en el art. 22.5

(2) Comunicación 479/2011, *E. E. c/ Federación de Rusia*, decisión sobre la inadmisibilidad adoptada el 16 de julio de 2013, párr. 8.2.

(3) *Ibid.*, párr. 8.4.

de la Convención Contra la Tortura y que, por lo tanto, la denuncia debe ser declarada inadmisibile, sin ser necesario tampoco que se analice la cuestión del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.⁽⁴⁾

4 | Consideraciones finales

En definitiva, el Comité contra la Tortura resuelve que el caso es inadmisibile porque ya había sido analizado por otro procedimiento internacional, aquella vez, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No obstante, no se refiere a un examen hecho sobre el fondo del asunto, sino que se remite a otra decisión sobre la admisibilidad en la que se había estimado que la prueba presentada había sido insuficiente, sin hacer un estudio de los hechos y la prueba alegada en particular.

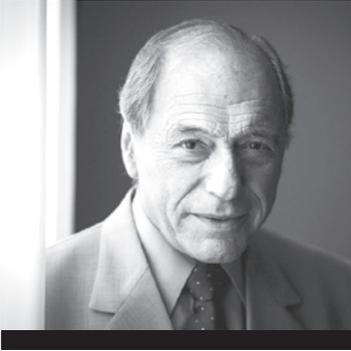
Es necesario poner de manifiesto que el Comité funda esta decisión en un precedente, la comunicación 305/2006,⁽⁵⁾ donde también había declarado inadmisibile el caso en virtud del art. 22.5, de forma que no se cumple con los requisitos del art. 22. Ahora, en la última Comunicación mencionada el caso estaba pendiente de ser examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que en el presente "Caso E. E. c/ La Federación Rusa", la decisión de inadmisibilidad se fundó en una decisión de admisibilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

.....
(4) *Ibid.*, párr. 8.5.

(5) Comunicación 305/2006, A. R. A. c/ Suecia, decisión sobre la inadmisibilidad adoptada el 30 de abril de 2007, párr. 6°.1.

Entrevistas

Entrevista a E. Raúl Zaffaroni



RAÚL E. ZAFFARONI

Ministro de la Corte Suprema
de Justicia de la Nación
de la República Argentina.
Profesor Emérito
de la Universidad
de Buenos Aires.

En cuanto a los juicios por crímenes contra la humanidad llevados a cabo en nuestro país durante los últimos diez años, ¿cuál es su opinión sobre la nueva “tendencia” de perseguir penalmente no solo al aparato represivo estatal sino también a la denominada “pata civil de la dictadura”, entre ellos, empresarios y miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público?

En términos generales me parece muy positivo, en la medida en que no se rompan las leyes ni las reglas de la participación en materia penal. Porque, evidentemente, hubo una participación civil; de eso no cabe duda. Por eso existe un deber estatal de investigar esos hechos.

¿Qué piensa sobre la posibilidad de que empresas sean responsables de violaciones de derechos humanos?

Las empresas están manejadas por personas, por lo que creo que la responsabilidad penal es personal. Puede haber otro tipo de responsabilidades, pero la penal es personal. Entonces, habrá que individualizar a las empresas para castigarlas penalmente.

En este momento, y desde hace unos cuantos años ya, hay todo un movimiento que consiste en armar penas para las personas jurídicas. Yo, personalmente, creo que no se puede alterar la naturaleza de las cosas. Sí se le puede dar al juez penal competencia para que aplique sanciones a las personas jurídicas, pero definitivamente no son penas. La pena y el principio de culpabilidad son personales, individuales. Eso no se puede transferir a una persona jurídica; salvo que caigamos en esas cosas ridículas del derecho anglosajón, para el que la persona jurídica tiene cerebro, brazos, pies. Pero, la teoría organicista de la persona jurídica es un disparate. Entonces, creo que hay que tener en cuenta que las sanciones van a tener siempre carácter administrativo.

¿Cuáles son las deudas que usted cree que existen en materia de juzgamiento de las graves violaciones de los derechos humanos cometidas en la Argentina entre 1976-1983?

Bueno, la deuda es que justamente pasaron treinta años sin que se hicieran los procesos. Ese es el problema. Y al cabo de treinta años sabemos que se pierden testimonios, que se pierden pruebas. Aparecen muchísimas dificultades propias de juzgar un hecho que ya casi es histórico. Es el único problema que veo: dificultades para construir una época, un momento, y la pérdida de prueba de todo el proceso.

¿Qué opina sobre el futuro del derecho internacional penal? ¿Qué balance hace sobre lo realizado hasta el momento por la Corte Penal Internacional (CPI)?

La CPI tiene el inconveniente de proceder toda vez que un organismo político lo autorice. Y el poder punitivo es selectivo siempre. Tanto en lo nacional como en lo internacional. La internacionalización no le va a quitar el carácter selectivo. De modo que se condenará a algún africano, pero no va a pasar de eso. El Consejo de Seguridad no va a autorizar nunca que detengan a alguien como a Bush.

¿Cuál es su posición en la discusión sobre el Anteproyecto del Código Penal?

Una de las preguntas que me hago es qué curso va a seguir el Anteproyecto, cuál es el curso razonable de la construcción de este nuevo Código Penal. Porque

claramente no se trata de reformar el Código Penal, sino de hacer uno nuevo. El Código Moreno está destrozado, hay que hacer uno nuevo.

Los dos Códigos Penales que tuvimos surgieron en procesos históricos complicados, políticamente complicados. El Código de 1886 tardó veinte años en sancionarse. Pues Tejedor elevó su proyecto a la comisión alrededor de 1866. A medida que sus integrantes van renunciando, esa comisión finalmente es reemplazada. Once años después, la nueva comisión hizo un dictamen con un nuevo proyecto, el de Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, que se apartaba totalmente del proyecto de Tejedor y en el que predominaba la influencia española. Como no teníamos Código, las provincias empezaron a sancionar el proyecto de Tejedor por vía de la sanción provincial. Incluso, en 1880, el Congreso Nacional lo sancionó como código de la Ciudad de Buenos Aires, tras su capitalización. Pero no como código federal, porque Tejedor había hecho una revolución. Había levantado la provincia contra el gobierno federal. Tardaron seis años más en hacerlo, y a regañadientes, debido a la antipatía que le tenían. Pero finalmente aprobaron el Código Tejedor con algunas reformas que lo arruinaron. Es una historia complicada, veinte años de trama.

Como lo que acababan de sancionar no era muy bueno, cuatro años después se nombró una comisión conformada por Rivarola, Piñero y Matienzo. Eran los jóvenes brillantes de la época; los que, además, fundaron la Facultad de Filosofía y Letras. En 1891 presentaron un proyecto que, a pesar de ser bueno para la época,

no lo trataron porque vino la Revolución del 90; estaban en plena crisis. En 1904, nombraron una comisión numerosa que se limitó a agarrar el proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo y plumearlo un poco. En 1916, Moreno desempolvó el proyecto de 1906, lo presentó de nuevo en la Cámara y crearon una comisión integrada por dos radicales de absoluta confianza de Yrigoyen y dos socialistas. De ahí salió el proyecto de 1921; luego de cinco años de elaboración, con las idas y vueltas de un Senado que, de tan reaccionario, quería conservar la pena de muerte. Finalmente, como Moreno se opuso, la Cámara iniciadora rechazó la propuesta del Senado y así surgió el Código de 1921.

Después hemos tenido una cantidad de proyectos que no tuvieron éxito. Se fue destruyendo de a poco ese Código con la costumbre que tomaron los golpes de Estado de irrumpir en el país. En 1963 se hizo una reforma masiva, en 1964 se derogó. En 1967 se hizo otra reforma masiva, en 1973 se derogó. En 1976 otra reforma masiva —todo, por supuesto, mediante decretos, leyes—, en 1985 se derogó. A partir de ese momento, empezó a haber una presión mediática terrible. A cada reclamo que aparecía, se reformaba el Código; la respuesta era la sanción de una ley penal. Terminamos con la reforma “Blumberg”, que lo destruyó del todo. Agravó todas las penas. Un desastre.

Y en esa situación estamos al día de hoy. Con un Código que no tiene armonía interna, que es un pedazo de código y un montón de leyes penales inorgánicas.

¿Cuál es el camino ahora? Creo que el proceso de elaboración de un código que, con mucho viento a favor y mucha buena voluntad, no va a poder terminarse antes de los tres o cuatro años. El Anteproyecto será sometido a revisión por parte de universidades, del colegio de abogados y de los magistrados. Veremos qué observaciones hacen y nos haremos cargo para analizar cuáles son atinadas y cuáles no. Finalmente, empezará el debate en la sede legislativa. No va a ser corto; puesto que hacer un código penal es hacer un apéndice de la Constitución. De hecho, este proceso de consulta a toda la opinión jurídica es el mismo proceso que se intentó con el proyecto del 60 de Soler; que luego se interrumpió porque se interrumpió el orden constitucional. De modo que es el proceso normal de elaboración de un código, más o menos el proceso que se siguió en Alemania, en todos lados. Siempre es un proceso largo.

¿En qué medida un nuevo Código Penal podría influir en la vida cotidiana de la población en general?

Habría más seguridad jurídica. Pero es importante tener presente que no va a tener incidencia sobre la secuencia delictiva; no la va a subir ni la va a bajar. Y si la tuviera, sería ínfima. No es el Código Penal el que resuelve eso. Por otro lado, hay un señor que aprovechó este tema para hacer campaña electoral a través de eso, una cosa totalmente demencial, irracional desde el punto de vista jurídico. Pero, el análisis político es distinto, ahora eso será tarea de los políticos. No puedo meterme en una campaña electoral.

Se critica el hecho de llevar a cabo la discusión del Código Penal en el contexto de una campaña política. Sin embargo, en un país como el nuestro, donde cada dos años hay elecciones a nivel nacional, siempre va a haber campaña política.

Por supuesto. Se intentó decir con la comisión plural: "dejemos ésto fuera de la discusión política", "tratemos de ponernos de acuerdo con el Anteproyecto". Hay que aclarar que éste no es mi Anteproyecto. Es el proyecto de una comisión donde todos fuimos cediendo posiciones para tratar de llegar al consenso. Si yo lo hubiera hecho por mi cuenta, hubiera hecho algo más avanzado. Por ejemplo, hubiera precisado más lo que tenían que evaluar los jueces y hubiera aumentado las facultades en función de esos criterios de individualización, de cuantificación, de sustitución. Pero había que acordar para hacer un documento base, y se acordó. Simplemente, cada uno de nosotros fue cediendo. Las disidencias son muy pocas y son sobre cuestiones puntuales.

Dentro de este tipo de discusiones sobre reformas penales, ¿cuál es su opinión respecto del rol de la víctima?

El rol de la víctima es complicado en el mundo y en este momento. Porque hay víctimas y víctimas. Las Madres de Plaza de Mayo son víctimas, las Abuelas son víctimas, los HIJOS son víctimas. Pero también hay toda una organización de víctimas a un efecto irrazonable. Es importante tener en cuenta que la victimización es selectiva. El poder punitivo es selectivo para criminalizar y para victi-

mizar. En nuestro país tenemos víctimas de primera y víctimas de segunda. Las víctimas de primera son las que salen en el diario. Las víctimas de segunda son las que no salen ni en el diario ni en la televisión. El mayor número de homicidios lo tenemos en los barrios de emergencia y esas víctimas no aparecen. Aparecen las víctimas que pueden generar determinada empatía dentro de determinados sectores, nada más. De modo que el rol de la víctima —en el sentido de decir "mire, yo también soy víctima"—, también es importante. Además, hay un movimiento de víctimas en función de buscar soluciones del tipo vindicativo o represivización del aparato, que son usadas por los medios masivos de comunicación. Eso pasa en todo el mundo. Es el mecanismo por el cual el sistema penal de Estados Unidos enloqueció en los últimos treinta años. A esto hay que añadir que los fiscales son electos popularmente, por lo que la víctima presionaba al Ministerio Público. Hay un enemigo natural que es el Juez. Por ende, fueron haciendo toda una legislación donde le quitan cada vez más facultades valorativas a los jueces, se las marca en la ley con penas fijas. Lo que dio por resultado que ahora tengan dos millones y medio de presos, otros dos millones controlados por *probation* o por *parole* y dos millones de deportados. Una sociedad que se va "stalinizando".

¿Cuáles son las sentencias dictadas como Juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que considera más importantes?

La primera es la del "Caso Simón". Otra sería la declaración de inconstitucional-

lidad de la reclusión por tiempo indeterminado como accesoria de la última condena, prevista en el art. 52 del Código Penal —“Caso Gramajo”—. La tercera, la declaración de inconstitucionalidad del Código de Justicia Militar. Por último, agregaría el fallo sobre “El corralito”.

¿Cuál es su balance sobre lo ocurrido respecto de las leyes de democratización de la administración de la justicia?

Yo creo que tendríamos que replantear unas cuantas cosas dentro del marco constitucional. Por supuesto, no digo una reforma constitucional. Creo que el principal inconveniente que hemos tenido desde la reforma del 94 ha sido que el Consejo de la Magistratura no ha funcionado. O al menos no lo hizo como creíamos que iba a hacerlo. Yo creí realmente que el Consejo de la Magistratura iba a horizontalizar la justicia. Y que los jueces de primera instancia, que son los más jóvenes, iban a tener un papel más protagónico. Por lo menos se suponía que iban a ser los que más iban a renovar la justicia. Pero el Consejo de la Magistratura no se empoderó. Empezó a funcionar más como un Parlamento que como un órgano ejecutivo. Nunca se creó una conciencia de cuerpo, no se peleó con la Corte para disputar poder. Es cierto que en la Constitución del 94 se lo creó bastante mal. Porque hacer un órgano sin decir cómo se integra es un poco problemático e implica transferir poder constituyente al poder constituido. Creo que ahí está la clave. Puesto que el gobierno del Poder Judicial es lo que determina su demo-

cratización interna y, si el gobierno del Poder Judicial se mantiene verticalmente, corporativamente, no hay democratización posible. Se necesita un órgano que redistribuya el poder. Pensé que podía suceder algo parecido a lo que había sucedido en Italia, donde el Consejo de la Magistratura y el Tribunal Constitucional fueron cambiando toda la estructura del Poder Judicial y la mentalidad del Poder Judicial. Pero no nos pasó eso. Desgraciadamente, al no funcionar el Consejo de la Magistratura, no contrapesó el poder vertical de la corporación. De cualquier manera, hay modelos peores que el nuestro. Si pensamos en el modelo español, el Tribunal Supremo puede sancionar a los jueces, destituirlos y condenarlos penalmente. En este sentido, el nuestro es mucho menos corporativo.

¿Qué opina sobre la recepción que han tenido en nuestro país las decisiones adoptadas por el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos?

Creo que es bastante importante lo que ha hecho el Sistema Interamericano, por lo menos en materia penal. Hubo varios casos relacionados con el concepto de peligrosidad, el concepto positivista de peligrosidad, que es un concepto racista en el fondo.

Se reivindicó el principio de culpabilidad, lo cual nos ha sido muy útil para adoptar la declaración de inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal. En síntesis, el Sistema Interamericano es muy lento pero, de cualquier manera, las líneas que ha bajado son importantes para la región.

¿Qué reflexión le merece la discusión del proceso de reformas del Sistema Interamericano llevada a cabo los últimos años?

Creo que el Sistema Interamericano estaba en riesgo de destrucción, corría el riesgo de implosión por meterse donde no debía, y que el proceso de reforma neutralizó ese riesgo. Hubiera sido una catástrofe que se implosionase. Obviamente lleva los treinta y pico de años que lleva con una línea. No se me escapa que los organismos internacionales necesitan financiación y ésta es una de las grandes fallas que tienen. En función de esa falla es que el Sistema Interamericano empieza a hacer agua y, de seguir así, terminaríamos con un agujero muy grande.

En materia de exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ¿cuáles son las deudas que le parece que tienen los Estados modernos?

Ahí hay un problema grave, que es hasta qué punto los jueces podemos intervenir. Creo que la solución o el límite al Poder Judicial está en que el juez tiene que convocar a los otros dos poderes del estado y decirles: "Mire, de todo lo que se discuta en el campo político, usted tiene que hacer algo, alguna de esas cosas. Lo único que no puede hacer es no hacer nada.

Usted tiene que elegir alguna de las medidas que son razonablemente discutibles dentro del ámbito político. Eso no se lo voy a elegir yo como juez. Pero cuando elija una, ésta, la tiene que cumplir y hacer".

Ese razonamiento lo puede hacer cualquier juez en cualquier instancia. Naturalmente puede ocurrir que los otros poderes recurran esa decisión y llegue a la instancia máxima. Creo que ése fue el criterio que esta Corte adoptó con los casos vinculados al derecho a la vivienda. Cada provincia tiene recursos distintos, no podemos dar una solución para todo el país, obligar a todo el país. Los recursos que tiene la Ciudad de Buenos Aires no los tiene La Rioja o Catamarca. Con la prudencia del caso, sí le podemos decir a la Ciudad de Buenos Aires determinadas cosas, pero no podemos crear un estándar común para todo el país.

Cuando la Corte trató el amparo promovido por el Defensor del Pueblo en el caso sobre desnutrición en las comunidades del Impenetrable Chaqueño, finalmente se limitó, únicamente, a dictar una medida cautelar que se ejecuta hasta el día de hoy. ¿Por qué no dictó sentencia sobre el fondo de la cuestión?

Lo que ocurrió fue lo siguiente: la competencia ahí era realmente competencia federal. En muchos casos de urgencia, nosotros asumimos la competencia hasta la medida cautelar y, luego de dictar la medida cautelar, volvemos a la justicia federal. Fue eso lo que se hizo. Y la medida cautelar se cumplió. Yo fui al Impenetrable y se cumplió. La gente estaba comiendo.

En última instancia, la Corte podría llegar de nuevo a tratar el tema. Es lo mismo que ocurrió con la deforestación en Salta.

Ante la situación de urgencia, se hizo la audiencia. Se paró la deforestación con una medida cautelar y devolvimos el expediente al Juez Federal. Y así se salvaron un millón y medio de hectáreas.

¿Cuál debería ser la solución que tiene que aportar el Poder Judicial ante el conflicto que se puede dar entre el avance económico de una región en particular y el respeto del derecho al medio ambiente sano?

Yo creo que vamos a tener que crear una justicia ecológica, tribunales especializados. Porque nosotros, la verdad, es que de ese tema mucho no sabemos. Uno de los inconvenientes que tenemos es que, para los ecologistas radicales, cualquier cosa es contaminante. Y para los empresarios nada contamina, nada es perjudicial. El juez, que no es especialista en la materia, realmente no sabe si cuando resuelve está parando el desarrollo de una zona o si está realizando un verdadero desastre ecológico. Hay casos muy claros en los que, por supuesto, uno se da cuenta. Pero lamentablemente las dificultades se dan en casos que no son claros. Entonces, alguna parte alega que se explota con veneno a cielo abierto. Me asusto y digo: "¡No, paren!". Pero no sé si eso se hace en Finlandia de la misma manera. No tengo idea. De modo que creo que vamos a necesitar un fuero ecológico. Hay algunos modelos de tribunales administrativos, como en Costa Rica. Quizá tengamos que pensar en algo por el estilo, en un tribunal especializado. Incluso no es necesario que sean abogados to-

dos sus integrantes, sino que pueden ser mixtos (jueces especialistas, ingenieros).

Ante el desconocimiento técnico del juez, entonces, aparece la dependencia casi absoluta sobre lo que los peritos dictaminen en el caso.

Efectivamente. Por otra parte, es difícil encontrar un perito que no esté comprometido de alguna manera. Porque los mejores peritos, en general, son contratados por alguna de las partes. Ahora estamos trabajando sobre el tema en un acuerdo marco con el CONICET, fundamentalmente para evitar este inconveniente. Porque nos cuesta mucho tener peritos independientes, un perito que no pertenezca a una empresa. Pero después uno se da cuenta de que participan en un proyecto que financia alguna de las partes interesadas. Es complicado. No solo quedamos en manos de peritos, sino que hay peritos que son de segundo nivel; los realmente buenos ya están comprometidos con uno y con otro. De modo que creo que la solución que hay que pensar es la de crear un tribunal. Habría que ver si en sede administrativa, como lo tiene Costa Rica. O crear un tribunal en sede judicial, que es más complicado para nosotros porque tenemos un sistema federal. Pero creo que vamos a necesitar una justicia especializada. Lo que estamos haciendo es medio por aproximación, con un grave riesgo de cometer errores. Y un error en estos temas es delicado porque puede costar caro al desarrollo de una región o al medio ambiente.

Entrevista a Martín Fresneda



MARTÍN FRESNEDA

Secretario de Derechos
Humanos de la Nación

Hasta el momento se han condenado a 521 represores por crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado. ¿Cuál ha sido el rol de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en estos juicios?

La Secretaría de Derechos Humanos tiene un rol de co-ayudante del Ministerio Público Fiscal en la figura del querellante particular. Esta es una táctica de participación legítima por parte del Estado que querrela contra lo que fue el Estado terrorista, querrela contra quienes fueron los posibles responsables del accionar ilegal del terrorismo de Estado. La Secretaría de Derechos Humanos, por determinación del entonces secretario de Derechos Humanos, Eduardo Luis Duhalde, buscó la participación y la legitimación activa como querellante particular en las causas y así se aceptó. Luego de diferentes incidentes fue confirmada esa participación, o sea, el Estado de derecho también se sintió agraviado frente a los ilícitos que cometió un Estado terrorista. Por lo tanto, el rol que tiene la Secretaría de Derechos Humanos es el de una querrela: poder analizar los hechos, acusar, agregar pruebas, valorar esas pruebas y finalmente tiene las facultades de solicitar al tribunal en sus conclusiones finales —como en todo juicio penal común— las sanciones que determine correspondientes en función de lo que marca la ley y en función también de las síntesis y conclusiones a las que se han arribado luego de haber atravesado todo el proceso oral y público, de haber escuchado los testimonios, luego de haber analizado y valorado las pruebas. Forma parte, al igual que otras querellas particulares, de la realización de los juicios por delitos de lesa humanidad en el país. Creo que es un rol fundamental porque por sobre todas las cosas no es un querellante más, sino que tiene posibilidad de tener al Estado por quien vela, controla y también lleva algún nivel de garantía para con las víctimas. La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación pretende lograr justicia hacia las víctimas pero también de reparación hacia el propio Estado que ha sido víctima de quienes lo usurparon en forma ilegal.

Considero que es un rol fundamental, un rol importante y que realmente ha dado resultado básicamente en distintas provincias donde no había querrela de los organismos de derechos humanos. Y aclaro que estas acciones judiciales fueron iniciadas por los organismos de derechos humanos en una primera instancia y después se plegó la Secretaría de Derechos Humanos, como les he comentado.

En relación con la complicidad civil, se está desarrollando un juicio en Mendoza a jueces cómplices de la dictadura. ¿Podría explicar la importancia particular que tiene este proceso?

Creo que el terrorismo de Estado en Argentina, como es sabido, se ha generado a partir de diversas alianzas. Si bien la usurpación de los poderes del Estado por parte de las Fuerzas Armadas es ya un hecho conocido, probado y juzgado a partir del juicio a las Juntas militares y a través de los juicios que se han desarrollado a partir del 2006 a la actualidad, era también necesario determinar qué otros sectores de la sociedad se unieron a este plan. La etapa superadora de estos juicios es la de poder determinar aquellos sectores que han sido resortes fundamentales para llevar adelante este trágico episodio que impuso tanta muerte, tortura, desaparición, censura, la cárcel, el exilio. Este plan sistemático tenía como objetivo la instalación de un modelo económico, político, social, financiero. Para llevar adelante ese plan integral de cambio sustancial en la sociedad se impuso el terrorismo de Estado. Las Fuerzas Armadas, incluso habiéndose generado condiciones previas a la propia dictadura

cuando llevaron adelante los decretos de exterminio y aniquilamiento a la subversión, se valieron de aliados fundamentales para imponer el terrorismo. Fueron estos aliados quienes tenían intereses muy claros en lo que hacía al destino de la renta financiera, en lo que hacía a la monopolización de la palabra, en lo que hacía a los mecanismos mediáticos que hicieron posible tener garantizada la impunidad y permitieron legitimar la persecución a quienes resultaban ser los enemigos de la dictadura. Entonces, ese escenario de complejidades y de tramas va tomando luz paulatinamente una vez que los juicios siguieron avanzando.

Una vez determinado que en Argentina existió un plan sistemático de exterminio al opositor político, ahora falta poder esclarecer cuáles eran los aportes, que de acuerdo a la normas jurídicas se determinan en participación, participación necesaria, primaria o eventualmente un engranaje más que actuó de forma concomitante y tributaria a la doctrina del aparato organizado de poder del Estado, como un autor mediato o un autor de escritorio, según la tesis de Claus Roxin. Entonces, entre las investigaciones que se vienen profundizando, es que empieza a surgir la evidencia de la participación de distintos sectores de instituciones intermedias, pero también las instituciones del propio Estado. Sin el aporte que estas instituciones brindaron no se hubieran podido cometer semejantes episodios criminales. Por eso, los miembros de la justicia federal que tenían la responsabilidad de investigar estos episodios, no solo fueron quienes no investigaron, sino que muchas veces formaron parte del engranaje que realmente aportó a esa

estructura predeterminada del terrorismo de Estado. Por supuesto que se debe investigar, se debe profundizar, y para que realmente sean culpables las sentencias deben estar firmes.

Otro caso emblemático en este sentido es el de Papel Prensa. ¿En qué situación está la causa?

En Papel Prensa se investiga a un grupo económico privado que con ayuda de las Juntas militares cometió un presunto hecho delictivo. Y digo presunto porque, si bien nosotros somos querellantes y denunciantes en la causa, respetamos el principio de inocencia. Pero entendemos que la justicia debe actuar para dejar de lado cualquier tipo de suspicacia. Aquí existieron víctimas: por un lado el Estado y por otro lado quienes eran los dueños de la empresa Papel Prensa —que son los Graiver—. Y luego están los beneficiados que han sido los dueños de Clarín, de La Nación y de La Razón. Esos episodios implican una probable, para nosotros cierta, transferencia extorsiva pues utilizaron sin lugar a dudas métodos de amenazas y delitos tipificados por un Código Penal que estaba vigente en la época y sigue vigente, y que constituyen un crimen de lesa humanidad en cuanto a que la Junta militar tuvo participación en estos episodios para desapropiar a una familia de una empresa. Esto lo sostenían porque la acusaban de tener una complicidad con sectores que podían implicar ser enemigos para el terrorismo de estado. Y también buscaron beneficiar a empresas que sin dudas coadyuvaban con la estrategia de la campaña psicológica que necesitaba ese proceso dictatorial para tener un consenso social. Entonces esta conju-

gación de intereses de perjudicar a un sector y de beneficiar a otro sector dio como resultado en Argentina la monopolización de medios de comunicación, toda vez que se buscó la optimización del papel para el diario o periódico que en ese momento era un recurso fundamental para poder tener el control del diario papel y también impedir de que pueda existir algún otro medio que pudiera llegar a ser crítico a la dictadura. Entonces estos episodios implicaron una denuncia que nació apenas recuperamos la democracia. El Dr. Alfonsín emitió un decreto que reconocía estos episodios e indemnizaba a la familia Graiver. Y al mismo tiempo, tomó conocimiento de estos episodios el fiscal Molina quien empezó con las investigaciones en el año 1984. No se le ocurrió solamente a este gobierno iniciar las investigaciones sobre estos episodios conocidos en su momento. El problema es que luego fueron tapados. En Argentina vivimos años de olvido y de impunidad, y la causa Papel Prensa también estuvo en la espera en esos lugares donde “durmieron los sueños de los justos”.

Entonces, hoy la Justicia retomó esa investigación después de una querrela que se inició a instancias de la Presidenta, y que también el Dr. Duhalde promovió en su momento, y que a mí hoy me toca continuar. En la actualidad, la causa se encuentra todavía en un estado de instrucción a pesar de tantos años que tiene, en el juzgado del Dr. Ercolini en donde después de mucha insistencia por parte de la Secretaría de Derechos Humanos, y ya en estos últimos dos años en los cuales ejerzo yo esta responsabilidad, produjimos pruebas, y solicitamos constantemente

que se puedan generar actuaciones que no impliquen necesariamente la traba o el desarrollo de la instrucción. Buscamos que se pueda recoger toda la prueba ofrecida por la querrela e incluso por la defensa por cuerdas separadas para que la causa avance. Hemos solicitado que se sigan tomando testimonios y hace muy poco tiempo el juez respondió a los reclamos de la Secretaría y ordenó que se realice la pericia con una cantidad importante de puntos que deben determinar los peritos. Y hoy estamos esperando que se pueda realizar esta pericia. El resultado de la pericia será muy importante porque va a determinar las condiciones de las transferencias de las acciones. Y esas condiciones no solamente van a estar ligadas a lo financiero, al precio vil, el precio de las acciones, tanto en dólares y en pesos; sino también van a estar ligadas a las condiciones en las que se encontraban las personas, o sea, si estaban en condiciones de pleno uso de sus derechos y sus facultades de libre albedrío para poder firmar una transferencia de esa naturaleza. Todas esas condiciones le deben dar al juez los elementos para poder avanzar en la causa.

¿Qué implica avanzar en la causa?

Resolver el estado procesal de quienes son sindicados como probables autores de estos episodios. Ya muchos de ellos han muerto. Los miembros de las Juntas militares han fallecido y también Martínez de Hoz, entre otros. Pero los dueños de los medios todavía no. Entonces ellos deben dar cuenta y podrán hacerlo una vez que se determine el estado procesal. Nosotros hemos solicitado que se los llame a indagatoria para que también puedan aportar, ya en el marco de un pleno

proceso judicial, la información que la sociedad necesita. Porque si ellos son inocentes es importante que lo prueben porque la sociedad necesita resolver los estadíos de impunidad. La realidad es que los Graiver, más allá de la indemnización que le paga el gobierno de Alfonsín, nunca recibieron la reparación real que tenían que tener si hubiera sido una transferencia lícita. Y si hubiera sido lícita la transferencia, nunca el gobierno del Dr. Raúl Alfonsín hubiera tenido que indemnizar haciéndose cargo del accionar de un Estado ilegal. Por lo tanto, hay elementos de prueba directa e indicios suficientes para que la Justicia avance. Hasta ahora tenemos que superar ésta instancia que implica la realización de una pericia y ojalá que el juez y el fiscal estén a la altura de las circunstancias para resolver y avanzar con la causa en este sentido.

¿Qué medidas deberían adoptarse para que todos los responsables sean juzgados y poder así cerrar la etapa de los juicios a fines del 2015, tal como lo sugirió la Presidenta de la Nación en su discurso de asunción en el 2011?

El estado de los juicios está bastante avanzado y la planificación de juicios sobre estos episodios implicó un esfuerzo enorme. En primer lugar, un esfuerzo de poder llevar adelante estos juicios con los tribunales locales, que fue la salida más compleja, más difícil pero la más real, que mejor cumplió los estándares de garantías constitucionales e internacionales de los imputados. Esto es llevar adelante los juicios con los tribunales locales, tribunales que no son *ad hoc* sino tribunales que existían y con las normas que ya

existían al momento de los hechos que se están juzgando. Eso implicó un esfuerzo del Poder Judicial inmenso. A través de la Comisión Interpoderes, convocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se diagnostican cuáles son los inconvenientes más importantes. Y entre los inconvenientes que se pueden ver a través de todos estos años después de que las leyes de impunidad fueron anuladas, aparece que las estrategias de las defensas encontraron muchas veces aliados ocasionales que generaron cuellos de botella como fue en su momento la Cámara Nacional de Casación Penal. Y eso por supuesto generó un retraso en los juicios. Una vez que se van resolviendo esos obstáculos también nos encontramos con muchos jueces que se apartaron, nos encontramos con fiscales que no respondían a la perspectiva que tenía la Procuración General de la Nación y a los estándares determinados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la aplicación de los tratados internacionales y a la investigación profunda de estos episodios. No obstante ello, entiendo que el estado de los juicios que se están desarrollando en la actualidad en Argentina es de un avance importante. Desde la Secretaría de Derechos Humanos organizamos en el predio de la ex ESMA, a comienzos de abril, un encuentro con todos los abogados que trabajan en las querellas en juicios por delitos de lesa humanidad. Los 120 abogados que participaron también han discutido cuáles pueden ser las acciones a seguir para llegar a ser juzgada la totalidad de las víctimas del terrorismo de Estado, porque se trata de acciones imprescriptibles. Alemania sigue todavía buscando genocidas, por ejemplo. Y Argentina sin

lugar a dudas va a tener un proceso muy largo y las causas de lesa humanidad no van a terminarse. Lo que muchas veces hace que concluyan es que no exista la acción penal por fallecimiento de la víctima o porque no existen los elementos suficientes probatorios para que se inicie una acción penal contra determinada persona. Pero sobre el plexo de causas generales denunciadas en su momento, judicializadas en su momento, hoy estamos en un buen estado de avance. Al 2015 se van a concluir la mayoría de esas causas y por supuesto van a quedar otras que van a seguir siendo investigadas constantemente. Y podrán aparecer a través de los juicios en marcha otras causas más. Pero el grueso de las causas conocidas, denunciadas ante la CONADEP, ante la Justicia o ante la comunidad internacional van a ser resueltas por la Justicia argentina, entiendo yo que de acuerdo a la planificación, antes del 2015.

Hace un par de semanas se lanzó el mensuario “Los juicios son ahora”. ¿Podría explicar cuál es el objetivo de esta publicación?

El objetivo es tener un material que dé cuenta de cuál es el estado procesal de los juicios por delitos de lesa humanidad en Argentina, que unifique toda esa información y que sea difundido en todos los rincones del país. Esta publicación surge de un convenio tripartito firmado por la Secretaría de Derechos Humanos, Aerolíneas Argentinas y Télam. La Secretaría de Derechos Humanos, a través de la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos, del área de Comunicación y Prensa y del área Jurídica, generan los contenidos y la información

junto con Télam, la agencia de noticias del Estado, cuya tarea es fundamental, pues produce y actualiza información permanentemente. Aerolíneas Argentinas es la encargada de llevar este material a las provincias argentinas. Entonces, este acuerdo es muy importante pues es el Estado nacional, a través de sus instituciones y empresas, quien da cumplimiento al compromiso asumido con la sociedad y también con la comunidad internacional de juzgar el terrorismo de Estado y de generar todos los mecanismos pedagógicos necesarios para que la sociedad pueda recibir y contar con esa información, con esos testimonios y la publicidad de estos juicios. Al apropiarse de todos estos logros que tenemos en democracia, es el mismo pueblo y toda la sociedad la que sabrá contar con herramientas para evitar que la Argentina vuelva a vivir una tragedia similar.

La Secretaría de Derechos Humanos ya ha señalado aproximadamente 80 ex centros clandestinos de detención, entre ellos, recientemente, la ex ESMA. ¿Cómo definiría esta política de reparación?

Creo que ha sido muy importante cuando Néstor Kirchner hace 10 años vino a la ex ESMA, aquel 24 de marzo, junto a Cristina Fernández de Kirchner —quien continuó y profundizó la gestión de Néstor—. Aquel acto fue muy importante en lo que hace a pensar cómo se construye la memoria colectiva, cuáles son los componentes que debe tener esa memoria colectiva. Es un asunto de debate porque la memoria es una herramienta para la democracia. Fue un acierto de Néstor Kirchner, y sin lugar a dudas también

de Eduardo Luis Duhalde, quien estaba como Secretario de Derechos Humanos de la Nación, en cuanto a que reflejó toda una composición que venía de una lucha política de muchos años de reivindicaciones para que el Estado pueda hacer de los derechos humanos una política pública de Estado. Y cuando Néstor fue al predio de la ex ESMA por primera vez, el 24 de marzo de 2004, y todavía miembros de la fuerza estaban ocupando ese lugar, dijo claramente que estos lugares que había sido ocupados por el horror, por la oscuridad, por aquellas personas que en su momento él denominó asesinos repudiados por el pueblo argentino, debían servir para iluminar un camino de justicia en la Argentina. En la memoria está contenida la justicia. Estos lugares, que fueron predeterminados como resortes institucionales para la muerte, en democracia debían ser resortes institucionales para la vida. La defensa de los derechos humanos, la libertad, la igualdad y la humanización del Estado y la sociedad. Los sitios de memoria y las señalizaciones de cada uno de estos lugares tienen como objetivo dar cuenta de lo que sucedió en allí. Mal podemos llevar adelante actividades que no estén estrictamente ligadas a los derechos humanos. Pero la lucha por los derechos humanos tiene distintos estadíos. Allí, en el 2003/2004, Néstor recibía un país con un estándar muy bajo de cumplimiento de los derechos humanos, y más aún en materia de Memoria, Verdad y Justicia. Ese piso muy bajo implicaba impunidad, desmemoria, olvido, reconciliaciones sin análisis que implicaban un perdón infundado, implicaba un desprecio a las víctimas, implicaba una convivencia en una Argentina que no podía más de tanto

dolor porque los hechos no habían sucedido tantos años atrás. A partir del 2003, nuestra generación comenzaba a comprender lo que había sucedido realmente en el terrorismo de Estado. Hace 10 años comenzaron a incorporarse los derechos humanos como política de Estado verdadera. Entonces, el debate sobre una memoria institucionalizada se dio a partir de ese episodio en donde se interpreta que mucho antes de que existiera el terrorismo de Estado existió un Estado de derecho que tenía sus fuerzas de seguridad para cuidar al pueblo argentino y no para convertirse en enemigo del pueblo argentino. A partir de ese debate comenzamos a recuperar estos lugares para el pueblo, para quitárselos a la muerte y devolvérselos a la vida, a la vida institucional de un país, a un Estado de derecho que realmente pugne por los derechos humanos, trabaje para que sean una realidad y por sobre todas las cosas se conviertan en herramientas de no repetición de este tipo de episodios en la historia.

¿Cuál es la importancia para los vecinos que viven cerca de estos lugares símbolo del terrorismo de Estado?

Las señalizaciones de todos los sitios del Estado que fueron institucionalidades predeterminadas para llevar adelante la persecución política, para llevar adelante la tortura, la muerte, las desapariciones, deben ser lugares que hoy la sociedad debe conocer. Esto debe ser así porque los interpela constantemente. Estos sitios interpelan a los vecinos de cada lugar específico y a la sociedad en general; los interpela en su sentido cotidiano, en la vida política institucional del país. Esa interpelación hace reflexionar a las personas,

que se pregunten “¿cómo es posible que no me di cuenta? O si me di cuenta, las cosas cambiaron. Mientras yo estaba en mi casa pensando que las cosas estaban bien en el país, tan cerca de mi casa estaban torturando y matando a compatriotas”. Estos sitios dan cuenta de una interpelación colectiva: qué nos ocurrió a los argentinos para que hayamos permitido semejante tragedia. Esos lugares deben ser señalizados porque señalar es visibilizar que el Estado se puede convertir en un Estado terrorista y que los recovecos e intersticios de cada institución pueden servir o ser funcionales para el deterioro del país. Damos cuenta de los episodios perpetrados por el terrorismo de Estado a través de estas señalizaciones porque educa, porque fortalece la institución, porque nos muestra lo que muchas veces la sociedad tiende a no querer ver. Y esa visibilización, o evidencia de lo que nos sucedió, es lo que nos va a permitir como sociedad seguir madurando en un proceso democrático en donde todos debemos saber que somos importantes para cuidar este modo de vida.

En materia de reparaciones a las víctimas del terrorismo de Estado, a fines del 2013 fue aprobada y promulgada una ley que repara a los presos políticos. ¿Cuál es la situación de esta nueva ley reparatoria?

Hacía tiempo que quienes fueron presos políticos en la Argentina, o aquellos que estuvieron detenidos por la famosa ley 20.840 —la ley “antisubversiva”—, o aquellos que tuvieron un Consejo de Guerra, o aquellos que fueron víctimas de la privación ilegítima de la libertad, sean en centros clandestinos o siendo

blanqueados por el Poder Ejecutivo Nacional, venían reclamándole al Estado argentino que se los pueda reparar y contener por la pérdida que tuvieron durante todos esos años, en cuanto al lucro cesante, en cuanto a daños en general, una pensión que pueda mitigar muchas de las situaciones dramáticas de vulnerabilidad en las que se encuentran. Y esa vulnerabilidad tiene secuelas psicológicas muy graves, pero por sobre todas las cosas, se presenta el hecho de haber sido víctimas de un Estado que lejos de haberlos protegido les vulneró derechos.

El Congreso Nacional, casi por mayoría, entendió que correspondía la aplicación de esta nueva ley —la 26.913, de Reparación para ex Presos Políticos de la República Argentina— sancionada y promulgada a fines del 2013, y estamos en pleno desarrollo del decreto reglamentario que en poco tiempo se empezará a implementar a través de las oficinas de la ANSES. La Secretaría de Derechos Humanos tiene plena competencia en virtud de la ley para dictaminar quiénes están comprendidos y quiénes no lo están en el marco de esta normativa. Y por supuesto, la ANSES será el órgano ejecutor de esta política. Estamos en una situación bastante avanzada y pronto daremos la noticia que todo el circuito administrativo e institucional estará predispuesto para que las personas que estén con expectativas de poder acceder a este derecho lo puedan hacer.

El 17 de diciembre de 2013, el Archivo Nacional de la Memoria cumplió 10 años. La Secretaría lanzó una campaña muy importante que durará hasta diciembre de este año

para recibir documentación que aporten los ciudadanos en relación con la dictadura. ¿Podría explicar la finalidad de esta campaña?

Como dije recién, para el Estado argentino la construcción de la memoria es una construcción que debe ser colectiva y lo que nos pasó a los argentinos es algo que lentamente la sociedad lo va incorporando. Así como lentamente vamos incorporando lo que nos pasó en Malvinas, con nuestros héroes, nuestros soldados que fueron a esas islas y recibieron el desprecio de un Estado y el desinterés también de una sociedad que no los pudo contener, no los supo contener y no quiso comprender. Quizás no pudo. La realidad es que se suicidaron más de mil soldados. Y lo que nos pasó en tantos centros clandestinos; lo que nos pasó con tantos nietos apropiados; lo que nos pasó de no encontrar a los desaparecidos; lo que le pasó a cada uno de los ciudadanos argentinos en esos tiempos. La memoria nos interpela a todos y apunta al que quiso olvidar.

La memoria también apunta al que no olvidó nunca y se llevó ese recuerdo, se lo guardó y quedó en soledad. La memoria también apunta a esa carta que nunca mandaste o que mandaste; a esa gestión en busca de tu familiar desaparecido que nunca lograste un resultado; a ese tío que extrañaste; a ese militante popular que no entendiste por qué nunca más volvió a ser el mismo. La memoria apunta a tratar de comprender qué nos pasó en generaciones que se despolitizaron; en generaciones que pretendieron o prefirieron irse de nuestro país, y que hoy están volviendo; en los científicos que no

tenían oportunidad de crecer en un país y se fueron. En las empresas desguazadas y devastadas, en una industria que no se pudo recuperar más. En una clase trabajadora que perdió la identidad; en jóvenes que aún siguen teniendo miedo a la política y miedo a la crítica. La memoria nos interpela a todos y todos tenemos un trocito de ese país que perdimos y todos podemos recuperarlo si nos sentimos parte de ella. Esta campaña es para que todos nos podamos sentir parte de esa memoria. Los que lo vivimos y los que no lo vivimos; los que tenemos los recuerdos y los que no los tenemos pero los recuperamos y los reconstruimos. El que escribió un poema a un desaparecido que nunca conoció y el que pudo tener, quizás, un objeto, una prueba, un documento, cualquier cosa que lo haga sentir parte de la memoria de este país, está convocado a que lo aporte para que el Estado pueda construir y reconstruir y realmente lograr que esa memoria sea la memoria de un país, porque somos una Nación y la Nación así reconstruye la memoria. La Justicia está haciendo lo suyo, pero no va a recoger todos y cada uno de los trocitos que perdimos de esa historia argentina y que el pueblo en general puede reconstruirla. El objeto de esta campaña es llamar a todos. Y se va a poder acercar a todos los sitios de memoria que están funcionando en el país, todas las secretarías y subsecretarías de derechos humanos del país; todas las instalaciones ligadas a los derechos humanos, que van a recibir todas estas partes de la memoria que queremos reconstruir entre todos.

En febrero, Abuelas de Plaza de Mayo anunció la recuperación de la identidad de otra nieta, la 110.

¿Podría explicar cuál es el trabajo que realiza la Secretaría en la recuperación de la identidad de cada nieto y nieta?

La Secretaría de Derechos Humanos tiene por ley la Presidencia de la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad (CONADI), y la coordinación la lleva adelante Claudia Carlotto, con una tarea que se viene desarrollando desde hace muchos años y que fue en respuesta a una lucha incansable de las Abuelas de Plaza de Mayo. La CONADI busca la restitución de la identidad de muchísimos hermanos nuestros, nietos de las Abuelas, familiares que fueron víctimas de un plan sistemático de apropiación de menores y sustracción de identidad. La Secretaría de Derechos Humanos también viene desarrollando una actividad incansable desde el punto de vista institucional del Estado para receptor todos los reclamos de esas personas que nacieron en aquellos años y que dudan de su identidad. Es una actividad que tiene dos niveles. Por un lado, la investigación cuando hay denuncias acerca de posibles apropiadores que pueden llegar a tener una persona en infracción a la ley y que claramente estarían violando el derecho a la identidad de un joven, otrora un niño. La Secretaría de Derechos Humanos, a través de la CONADI, lo tiene que investigar y, eventualmente, si entiende que puede estar comprendido dentro de las víctimas de este plan sistemático, lo denuncia ante la Justicia. Por otro lado, la CONADI también tiene el área de presentación espontánea, donde cualquier ciudadano que dude de su identidad pueda voluntariamente solicitar su intervención. Entonces se realiza una investigación que implica acceder a un análisis

de histocompatibilidad de ADN que la CONADI lo tramita ante el Banco Nacional de Datos Genéticos, y así poder comprobar si esa persona que duda de su identidad está comprendida o excluida de las personas que tienen su patrón genético porque buscan un familiar. Esa es una actividad constante de la CONADI que ahora estamos potencializando para poder acortar cada vez más los tiempos en las búsquedas. Estamos realizando un gran esfuerzo para que las Abuelas puedan reencontrarse con sus nietos. Es necesario poder llevar esto adelante, por una cuestión hasta biológica de las Abuelas que los siguen buscando y ya están grandes. Por eso, a quienes dudan de su identidad o quienes saben que ya tienen alterada su identidad les pedimos que se acerquen a la CONADI, a las Abuelas, porque lo que nosotros queremos no es necesariamente arrancarles sus afectos sino poder cumplir el deber de un Estado para reparar los ilícitos cometidos. Pero sobre todas las cosas cumplir con el deber moral, ético, de poder decirles que tuvieron una madre y un padre que no los abandonaron, que fueron víctimas de un Estado genocida, y que la identidad es la vida. Que la identidad es la comprensión de nuestra propia existencia. El que no acceda a la verdad nunca va a poder conocerse a sí mismo jamás. La identidad es muchas veces un camino que te hace reconocer en ti mismo, con tus virtudes, tus defectos, tus dolores, pero es la verdad. Las personas que viven en la verdad seguramente tienen mayor posibilidad de lograr la felicidad que quienes no lo hacen.

Hace poco más de un año, el Estado tuvo que rendir cuentas en la ONU en el marco del Examen Periódico

co Universal (EPU). ¿Podría indicar en qué instancia de cumplimiento se encuentra la Argentina en la actualidad?

Como todos saben, los países miembros de Naciones Unidas deben rendir cuenta del cumplimiento de todos los estándares internacionales de los pactos, de los tratados, de los convenios internacionales y, por sobre todas las cosas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Todos los países que forman parte de Naciones Unidas deben rendir cuenta cada cuatro años sobre cuál es el cumplimiento de esos estándares en sus territorios. Nosotros, a fines del 2012, pero también en el 2013, fuimos a Naciones Unidas a dar ese examen periódico universal, interactivo, en el que los distintos países se interesan por las situaciones de los derechos humanos. Luego de analizar informes de la sociedad civil y también de comparar a través de expertos o relatores que tienen las regiones, los países hermanos en las regiones o los países de otros continentes interpelan en ese diálogo. Por supuesto, esa interpelación son preguntas que deben tener necesariamente una respuesta. Y la respuesta debe ser institucional. La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación es quien tiene la responsabilidad conjuntamente con la Cancillería, de defender a la Nación frente a las demandas internacionales ante organismos internacionales cuyas recomendaciones son vinculantes. El último fue el segundo examen periódico universal que se le realiza a la Argentina. El primero había sido durante el gobierno de Néstor Kirchner. Y el segundo durante la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner. En este último pudimos dar cuenta del cumplimiento de

un amplio espectro de derechos universales pero también de derechos consagrados por nuestras normas locales, la Constitución Nacional y leyes locales, y diseño de políticas públicas locales, que realmente nos constituyeron en un país que orgullosamente lidera a nivel mundial el cumplimiento de estándares internacionales en materia de vigencia de los derechos humanos. Y no es por el orgullo de ser argentino, sino porque realmente se ha trabajado en toda esta década ganada. Ya hemos superado la década y podemos dar cuenta de políticas de ampliación de derechos que implican mejores condiciones de vida de los argentinos en cuanto a igualdad y accesibilidad de derechos, mayor nivel de accesibilidad a la Justicia, mayor nivel de condiciones de vida en cuanto a derechos sociales por la intensa e insistente política de inclusión social. Tenemos muchos logros en materia de ampliación de derechos a partir de la inclusión de los sectores vulnerables y de los sectores discriminados. Hemos avanzado en cuanto a igualdad de género, en cuanto a leyes que nos permitieron trabajar culturalmente pero también jurídicamente la violencia contra la mujer, el matrimonio igualitario, el fallo de la Corte que hace a la salud sexual y reproductiva. También hemos avanzado en derechos esenciales, como las condiciones estructurales en cuanto a propiedad comunitaria de la tierra de nuestros pueblos originarios y la aplicación de la ley 26.160, a pesar de que muchos reclaman la situación de Argentina en cuanto a cumplimiento de derechos de pueblos originarios. La Argentina está en mucho mejor nivel que otros países, porque en Argentina no se discute el derecho de los pueblos originarios a su tierra: se resuelve.

Es poco conocido que en Argentina prácticamente se hayan resuelto que más de 5 millones de hectáreas les pertenecen a los pueblos originarios a través de una acción que el Instituto de Asuntos Indígenas del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación lleva adelante con los informes técnicos. Este organismo del Estado nacional viene entregando y viene dando las personerías y reparando a los pueblos originarios a través de estas políticas públicas de reconocimiento, reparación y ampliación de derechos. Y así puedo mencionar muchísimas otras políticas. La Argentina, en relación con situaciones críticas, ha mejorado notablemente. También la Argentina hace poco tiempo ha ido a dar cuenta de cumplimiento de la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas que surge de la iniciativa de una realidad argentina, que se dio primero en el ámbito de la OEA y se logró a través de FEDEFAM (Federación Latinoamericana de Asociaciones de Familiares de Detenidos-Desaparecidos) y toda la lucha para que la comunidad internacional lo incorpore. Hemos dado cuenta de esa situación y también seguimos liderando por diseño de políticas reparatorias en ese sentido. Tuvimos una recomendación que la estamos cumpliendo, que es generar un registro de quienes son víctimas hoy de desaparición forzada de personas, que por supuesto no son al nivel de un plan sistemático de desaparición sino que se da desgraciadamente por la violencia institucional y que son las tareas pendientes que tiene el país. En esa tarea estamos; nunca queremos pecar de la necesidad de negar la realidad, porque ahí es donde realmente los gobiernos, la política, empieza a volverse en contra de los pueblos.

Reseñas bibliográficas

Tratado de los Tratados Internacionales Comentados

de Walter Carnota y Patricio Maraniello (directores),
Bs. As., La Ley, 2011, 3 tomos.

por **VICTORINO F. SOLÁ**⁽¹⁾

“... la lucha que exige el Derecho para hacerse práctico no es castigo, es bendición”⁽²⁾

I |

De la obra escrita de Walter F. Carnota podría anotarse, *avant la lettre* la entrega que motiva estas líneas en calidad de director y autor —sincronizado en la oportunidad con la dirección también de Patricio A. Maraniello—, una vasta producción nítidamente comprometida con la ciencia del Derecho Público, que arraiga en las múltiples aristas del Derecho Constitucional, Constitucional Comparado, Derecho Procesal Constitucional, Derecho Administrativo, Derecho de Integración y Comunitario, entre otros, diferentes capítulos que desborda en sus delicados ápices y de los que conjuga una construcción jurídica, por cierto novedosa y orientadora, con valor e identidad propios, sin perjuicio de reconocerse tributaria de la autoridad científica de la figura de Germán J. Bidart Campos, que el autor —una vez desaparecido aquél— acomete como representante auténtico de escuela.

.....

(1) Secretario Legal y Técnico FDYCS-UNC. Doctorando en Derecho y Ciencias Sociales (UNC). Maestrando en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ). Coordinador Área de Derecho Público de la unidad ejecutora CONICET-CIJS /FDYCS/UNC. Docente de Derecho Constitucional FDYCS-UNC. Docente de Derecho Procesal Constitucional (EDJJ-UCC).

(2) VON IHERING, RUDOLF, *Der Kampf ums Recht*, & 17, 1872.

De la mentada obra de conjunto de Carnota —en desarrollo prácticamente ininterrumpido de páginas y tomos—⁽³⁾ cabe indagar esta obra, la que ofrece bajo el título de *Tratado de los Tratados Internacionales*. En ella se condensan las elaboraciones que —bajo el jalón de autor— reflejan su dominio de jurista en la disciplina, a la vez que su pericia —en su condición de director— para acoplar los materiales dogmáticos de las colaboraciones autorales,⁽⁴⁾ los que devienen dispuestos coordinadamente y sin neutralizar sus concepciones más personales.

En el itinerario que anima su reseña, no puede dejar de destacarse que la visión panorámica de la obra en glosa responde a un método y ordenamiento precisos, los que se descomponen en un análisis descriptivo y crítico del plexo de reglas y principios de Derecho Internacional, Derecho de Integración y Derecho Comunitario, abastecido argumentalmente con certeros registros de legislación, doctrina y jurisprudencia sobre cada tópico. Ello conlleva un beneficio significativo para el lector al allanar el abordaje, tanto con foco teórico como con centro en la praxis, del denso catálogo de la normatividad internacional que hoy cimenta un horizonte más amplio para todo el Derecho que el del aparato estatal westfaliano.

2 |

Bajo esta égida principia el tomo I en el que se expone el Derecho de los Tratados. Carnota propone en el capítulo I, con miras a obtener un esclarecimiento del instrumental de conceptos jurídicos genuinos⁽⁵⁾ en la materia, una sistemática propedéutica que concentra su atención desbrozando el

(3) La relevancia de su faena intelectual resulta doble de apreciarse si se repara en el testimonio científico de los más de 800 artículos y 59 libros, en autoría y co-autoría, con los que ha contribuido a la generación y despliegue del saber jurídico.

(4) Amén de Walter F. Carnota, intervienen con tal calidad: Beatriz Estela Aranguren, Luis F. Castillo Argañarás, Mary Beloff, Jorge O. Bercholz, Viviana Bonpland, María Cristina Calveyra, Christian Alberto Cao, María Claudia Caputi, Miguel A. Carlin, Carlos A. Chiara Díaz, Aristides Corti, Horacio G. Corti, Liliana B. Constante, Virginia Deymonnaz, Arturo Exequiel Dumón, Yanina Verónica Fernández, Diego Freedman, Lucas Gonçalves da Silva, Marisa Herrera, Alejandrina L. Herrero, Andrea Fabiana Mac Donald, Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Patricio Alejandro Maraniello, María Teresa Moya Domínguez, Eduardo Raúl Olivero, Victoria Pérez Tognola, Carlos Rebelo, Fernando Rey Martínez, Mónica S. Rodríguez, Giancarlo Rolla, Ricardo Sánchez, Óscar Sánchez Muñoz, Guillermina Leontina Sosa, Martiniano Terragni, Marcelo F. Trucco y David Villarreal.

(5) RADBRUCH, G., *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe*, Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts, 12 (1938) 46.

alcance del distingo alexiano entre las categorías de normas —reglas [*Regeln*] y normas— principios [*Prinzipen*], y enraizándolo en los arts. 27, 31 y 75 inc. 22 de nuestra Ley Fundamental. También se retoma la revista de los modelos de articulación de la relación entre Constitución y Derecho Internacional, sin dejar de auspiciar una perspectiva de base sociológica para el punto: "... ¿Se encuentran en tensión la Constitución y los tratados?".

La hipótesis propuesta por el autor endereza una lectura de diferentes *topos*: la complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los Tratados de Integración Regional, el proceso de factura de un Tratado Internacional [*treaty-making process*], sin marginar los desafíos que descubre la búsqueda de normas internacionales que —en contraste con el *hard law*, que irradia disposiciones de carácter vinculante precisamente elaboradas y sujetas a cauces de cumplimiento coactivo en hipótesis de inobservancia— se pergeñan en un formato flexible e indicativo —debido a su articulación no imperativa y adhesión potestativa— con la etiqueta de *soft law*, el entrocamiento de los Tratados Internacionales con el constitucionalismo. A la saga de esta última trama Carnota puntualiza:

"... los tratados internacionales no son algo distinto del constitucionalismo, sino parte de él, como que son firmados bajo autorización constitucional. Ello desde el punto de vista clásico competencial formal. Desde un ángulo más sustantivo o material, los valores que subyacen en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, o en los de integración, como ser el apuntalamiento de los derechos, o el fortalecimiento de la paz y de la cooperación internacional (incluyendo, claro está, el desarrollo económico y comercial), integran la dimensión axiológica de la Constitución".⁽⁶⁾

Esta idea de relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional —enseña Mirkine-Guetzévitch—⁽⁷⁾ entraña un problema importante

.....

(6) CARNOTA y MARANIELLO (dirs.), *Tratado de los Tratados Internacionales. Comentario*, Bs. As., La Ley, t. I, pp. 3/13.

(7) MIRKINE-GUETZÉVITCH, BORIS, "Derecho Constitucional Internacional", Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1936, pp. 25 y ss. En torno a la consideración de las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional como un problema de técnica jurídica, véanse, del mismo autor, *L'influence de la Révolution Française sur le développement du Droit International dans l'Europe orientale*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, 1928, T. XXII, pp. 299 y ss.; y *Modernas Tendencias de Derecho Constitucional*, Madrid, Reus, 1934, p. 48 y ss.

de la teoría del derecho, sin perjuicio de desnudar también un problema práctico, cuyas soluciones son precisas para las necesidades cotidianas de la vida jurídica de los ciudadanos y de los pueblos. En rigor, ambos conllevan una realidad viva en la que se considera al primero como una técnica de la libertad y se avizora al segundo como una técnica de la paz.⁽⁸⁾ Así se advierte que el Derecho Constitucional moderno reconoce una evolución merced la penetración en él de elementos internacionales. Empero, se apunta —y este es, quizás, el suceso más interesante— que el mismo efecto internacional puede realizarse tanto por un precepto constitucional como por una norma de derecho de gentes [*ius gentium*].⁽⁹⁾

Dicha propiedad se agudiza en el contexto de los sistemas internacionales de tutela de derechos humanos vislumbrados —explica Cançado Trindade—⁽¹⁰⁾ como compuestos por un *ordre public* con normas imperativas de Derecho Internacional que se activan en dos dimensiones: (i) horizontal, en cuanto consagran obligaciones atinentes a los seres humanos debidas a la comunidad internacional *in totum*; en el marco del Derecho Internacional Convencional, vinculan ellas a todos los Estados partes en los Tratados de Derechos Humanos —obligaciones *erga omnes partes*—, y en el del Derecho Internacional General enlazan a todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no partes de aquellos Tratados —obligaciones *erga omnes lato sensu*—; (ii) vertical, en la medida que las obligaciones *erga omnes* de protección sujetan tanto a los órganos y agentes del poder público —estatal— como los simples particulares —en las relaciones interindividuales—. ⁽¹¹⁾ En consecuencia, el proceso de humanización del Derecho Internacional alcanza indefec-

(8) MIRKINE-GUETZÉVITCH, BORIS, *Derecho Constitucional Internacional*, cit., pp. 21/26; y *Les bases historico-empiriques de l'unité du Droit public*, *Revue Internationale de la Théorie du Droit*, 1928/1929, p. 247 y ss.

(9) Con la siguiente observación: "... la estructura jurídica del Estado constitucional y democrático se opone a la violación de relas de Derecho Internacional (...) la fuerza obligatoria de los tratados internacionales está en directa dependencia de la forma de gobierno de los Estados (...) la Constitución del Estado democrático es ya en sí misma una garantía de la observación de las reglas internacionales" (MIRKINE-GUETZÉVITCH, BORIS, *Derecho Constitucional Internacional*, op. cit., p. 27).

(10) CANÇADO TRINDADE, A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, p. 83.

(11) CORTE IDH, "Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", sentencia de 31/01/2006, Serie C/140, voto razonado del juez Cançado Trindade, párrs. 4/7.

tiblemente, ante los imperativos kelsenianos de una *civitas máxima*,⁽¹²⁾ a los ordenamientos constitucionales nacionales,⁽¹³⁾ despejando a la tutela y amparo de la dignidad de la persona humana como un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.⁽¹⁴⁾ Ciertamente —y recurriendo a la gráfica observación de Häberle— “... los diversos Estados Constitucionales no existen más para sí, sino que de entrada constituyen una comunidad universal abierta. La referencia al mundo y a sus semejantes en dicho mundo (la humanidad) es un pedazo de su noción de sí mismos”.⁽¹⁵⁾

3 |

El análisis en torno al Derecho de Integración y Comunitario se inaugura con el capítulo II del tomo I en el que Carnota allega un texto que avanza por camino propio. En efecto, con solidez de razonamiento y al impulso de una investigación trabajosa y consistente,⁽¹⁶⁾ se presenta un estudio

(12) Kelsen, Hans, *Les rapports de système entre le Droit International et le Droit Interne*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Académie de Droit International de La Haye, T. XIV, 1926, p. 227 y ss., para quien “... sólo temporalmente y en modo alguno para siempre, la humanidad contemporánea se divide en Estados que, por lo demás, se han formado de un modo más o menos arbitrario. Su unidad jurídica es con ello la *civitas maxima* como organización del mundo: este es el núcleo político de la primacía del Derecho Internacional, que es, al mismo tiempo, la idea fundamental de aquel pacifismo que en el ámbito de la política internacional conforma la imagen inversa del imperialismo”.

(13) Tratándose de la conectividad entre ordenamientos constitucionales internos y el ordenamiento jurídico comunitario, se auspicia su tipificación como ordenamientos recíprocamente autónomos pero al tiempo coordinados y comunicantes. Al respecto, se arguye: “... así como la naturaleza autónoma del ordenamiento constitucional comunitario y de su sistema de control jurisdiccional debe entenderse en términos relativos, también en términos relativos debe entenderse la autonomía del ordenamiento constitucional nacional en lo concerniente tanto a la activación de los mecanismos internos de control como a las lecturas del texto constitucional en el marco de supuestas colisiones con el Derecho Comunitario”, véase Alonso García, R., *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2005, pp. 12/13.

(14) En efecto, la dignidad de la persona humana se erige en la *premisa antropológico-cultural del Estado constitucional*, entendida —en sentido kantiano— como prohibición de instrumentalización de la persona en cuanto sirve de piedra angular de una ética universal que el Estado Constitucional debe confirmar con su propósito cosmopolita. Häberle, P., “La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho”, *Revista Dereito*, Santiago de Compostela, vol. 5, nº II, 1996, p. 156 y ss.

(15) Häberle, P., *El Estado Constitucional*, Héctor Fix-Fierro (trad.), UNAM, México, C. II, VI.3, 2001.

(16) Despuntan as referencias de John Bell, Emmanuel Decaux, Luís M. Díez-Picazo, Antonio A. Cançado Trindade, Allan E. Farnsworth, Louis Favoreu, Francisco Fernández Segado,

inter-disciplinario del proceso de integración y se pondera —en clave comparatista— el precedente judicial como fuente de derecho —tanto con sede en el ordenamiento de los Estados Unidos (*common law is judge-made law*) como en el contexto de la Unión Europea—, sin descuidar su reflejo en el sistema jurídico argentino. A la vez, se extraen minuciosamente, a partir de los cánones o modelos de interpretación, la relevancia hermenéutica del material comparativo y del material internacional, auscultando en el riquísimo contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho de Integración y en la tendencia irresistible del mecanismo de contralor de convencionalidad, rematando con una aguda valoración del *judicial role* ante el advenimiento del ideario activista.

Tras lo expuesto, el encastillamiento de la ortodoxa fórmula del juzgar cede ante una preocupación seria de Carnota —difícilmente susceptible de resultar desmentida—: "... ¿Puede avanzar la integración sin tribunales? (...) Quizás la pregunta clave que nos podamos formular a lo largo de toda esta investigación es si cabe concebir procesos de integración acabados sin una mínima maquinaria de *judicial enforcement*", a la que opone un pronóstico crítico: "... parecería que las exigencias de MERCOSUR o de NAFTA no son halagüeñas, ya que se basan en esquemas de tipo arbitral, y se requerirá de otro tipo de ingeniería institucional para que la integración avance efectivamente".

En este umbral, el autor perfila claramente la diversidad de respuestas blandidas al respecto, desde la modelación de un tribunal supra-nacional en la esfera mercosureña —inclusive la opción judicial con miras a ensayar un avance efectivo del proceso integrativo—, hasta la configuración de una estructura jurisdiccional híbrida o mixta que acompañe a éste con el diseño de una jurisdicción originaria para dirimir controversias en torno a la interpretación del orden normativo de integración, y derivada o por apelación para resolver disputas de derecho doméstico.

Ello invita al lector a sumergirse en un fenómeno contemporáneo —poco estudiado— que consiste en la interacción jurisprudencial entre tribunales de distintas jurisdicciones, con una ambiciosa pretensión de resultado: el enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes

.....
 Héctor Fix Zamudio, Eduardo Ferrer MacGregor, Eduardo García de Enterría, Javier García Roca, Peter Häberle, Ran Hirsch, Vicki Jackson, Dieter Nohlen, Néstor P. Sagués, Mark Tushnet, Mary L. Volcansek, y otros.

acordes a los principios universales del derecho democrático, entre los que afloran los derechos humanos como concepto —también universal— que continúa evolucionando en el orden internacional.⁽¹⁷⁾

Es precisamente la invocación de un *ius commune universalis* —que se remonta en la mente vitoriana a los anales del típicamente positivo *ius gentium*, con su teleos de *bonum orbis*, y también aspira a participar, aunque con un esquema *extrema se tangunt*, de las notas del derecho natural de la humanidad o *iure naturali*—, el que decanta en la nomenclatura de *world constitutionalism* de la que se vale Ackerman⁽¹⁸⁾ —en oportunidad más reciente— para prevenir sobre el creciente rol de los jueces como protagonistas de circulación jurídica a través de la utilización de argumentos extra—sistémicos, *i.e.*, la referencia en el acto sentencial al Derecho Internacional y al Derecho Comparado. La situación mentada desnuda, no sin marchas y contramarchas,⁽¹⁹⁾ un desplazamiento hermenéutico de

(17) AYALA CORAO, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013 pp. XIII y XXVIII.

(18) ACKERMAN, BRUCE, "The Rise of World Constitutionalism", [en línea] http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=ylosop_papers

(19) En puridad, la objeción al empleo del argumento de Derecho Comparado se conecta con el debate vivenciado por la academia americana en torno a la interpretación de las normas fundamentales y las prácticas de revisión constitucional de las leyes —*judicial review of legislation*—, en virtud de que mientras el modelo originalista o interpretativista propugna que la operación de contralor constitucional debe basarse en una interpretación de la propia Constitución, sea desentrañando el sentido y alcance del texto, sea develando la intención de sus redactores, y hasta incluso una combinación de ambas, el enfoque no originalista o no interpretativista supone que la Corte Federal está justificada, en ciertos casos, para sustentar sus decisiones en principios ajenos al texto: moral popular, teorías válidas de la justicia, concepción de democracia genuina, Derecho natural, entre otros. En consecuencia, la polémica no trasunta la discusión respecto a si los jueces deberían interpretar la Constitución o cambiarla, sino en torno a cómo deberían interpretarla. Véase DWORKIN, RONALD, *The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, p. 4 y ss. La reticencia a la circulación de sentencias no importa un patrimonio exclusivo de la jurisdicción americana, se anota que en Francia el grado de inspiración comparatista del *Conseil Constitutionnel* —a semejanza de otras jurisdicciones de jerarquía galas— es prácticamente inexistente debido a la carencia de referencias directas al Derecho Comparado (PONTHOREAU, M.C., "Le recours à 'l'argument de Droit Comparé' par le juge constitutionnel. Quelques problèmes théoriques et techniques", en *L'interprétation constitutionnelle*, Mélin-Soucramanien, F., Dalloz, Paris, 2005, p. 167). Por el contrario, la Corte Constitucional de Sudáfrica, a instancias de la previsión contenida en el artículo 39 del texto fundamental de 1996, en cuanto dispone que en la interpretación del *Bill of rights* se debe considerar el Derecho Internacional y se puede considerar el Derecho Extranjero, exuda un intenso tráfico de influencias jurisprudenciales foráneas, tal como se verifica —desde la vigencia de la Constitución interina de 1993— en el caso *State vs. Makwanyane* 1995 3 SA 391, en donde adopta el standard de razonabilidad en el escrutinio de la pena de muerte

productos de derecho judicial [*dialogical interpretation*] no solo con modalidad obligatoria, como acaece entre tribunales internacionales y tribunales estatales —circulación vertical o diálogo directo— sino también con carácter prevalentemente discrecional, como se suscita entre tribunales nacionales entre sí, incluidos los tribunales constitucionales o cortes supremas que se asimilan competencialmente a aquellos —circulación horizontal o diálogo indirecto—. ⁽²⁰⁾

Ahora bien, resta desentrañar —y en ello finca el convite del autor— si la diseminación de reglas y principios que se presentan como modelos que han de tenerse presente e imitarse, precipitan en un verídico diálogo entre tribunales de diversas jurisdicciones, *i.e.*, cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente, y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso, inyectando la jurisprudencia acogida a través de una técnica de fertilización o, por el contrario, solo trasunta la utilización unilateral de contribuciones de otro sistema jurisdiccional, no siempre sincera y que se pretende justificar de modo natural, no ajeno a riesgos debido a su discrecionalidad excesiva, en la consideración de que el juez es libre de inspirarse en precedentes de otros, y hasta en previsiones de Constituciones distintas de la propia, coadyuvando a la tacha de una fácil y acrítica vulgata de la globalización. ⁽²¹⁾

A la par, la circulación de sentencias impele a un control de logicidad sobre el empleo por el juzgador de precedentes extranjeros, con mientes a conjurar manipulaciones arbitrarias que se sustenten en selecciones descon-

.....
—*dead penalty*—, acopiando citas de referencias jurisdiccionales americanas e indias, véase COURTS, C., *Rationality, Reasonableness, Proportionality: Testing the Use of the Standards of Scrutiny in the Constitutional Review of Legislation*, *Constitutional Court Review*, 4 (2011) 31.

(20) PEGORARO, L., "Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, C.E.P.C., n° 17, 2013, p. 257 y ss., quien a través de un examen del uso de referencias comparadas por el legislador y los jueces detecta la interconectividad a nivel supraestatal, sin relegar el flujo del formante doctrinario en su contribución a la construcción de leyes y de jurisprudencia y a la elaboración e interpretación de Tratados Internacionales.

(21) DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales*, Madrid, Civitas, 2010 pp. 43, 47, 188 y 259. En este orden de ideas, GARCÍA ROCA concibe al diálogo jurisprudencial como aquel que denota una conversación entre sujetos jurisdiccionales, los que se comunican usando un mismo código o lenguaje y buscan la avenencia de una exégesis interpretativa de unos derechos comunes. GARCÍA ROCA, J., "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n° 30, 2012, p. 14.

textualizadas, meramente dogmáticas o palmariamente desnaturalizadoras de los ordenamientos de referencia; aguarda todavía la discusión en torno a si esta modalidad de *bottom up globalization*⁽²²⁾ —desde que la propagación de la remisión jurisprudencial foránea parte desde abajo, primordialmente de los Tribunales o Cortes Constitucionales, en cuanto agentes independientes de los actores políticos— puede conllevar un trasplante⁽²³⁾ que se perfeccione en la *ratio decidendi* de la providencia jurisdiccional ó configurarse como un argumento persuasivo que fundamente una decisión que se sustente *per se* en motivos o razones característicos de derecho doméstico.⁽²⁴⁾

De tal manera, el texto de Carnota, debido a su reflexión y aproximación crítica al diálogo jurisprudencial, acusa un fulminante impacto en la taxonomía de las fuentes del derecho y desarma el disenso epistemológico de Ponthoreau en orden a que el rol del derecho comparado es frecuentemente aplicado como una cuestión *en vogue* en lugar de suministrar perspectivas útiles a la discusión jurídica.

Sentado ello, dicha perspectiva postula el empinamiento de los jueces como protagonistas de la creación de un sistema jurídico global, importando insumos provenientes de fuentes forasteras para la elaboración de sus resoluciones sin que medie pronunciamiento de los representantes del pueblo, a diferencia de lo que sucede con los Tratados Internacionales o en episodios de reforma constitucional.⁽²⁵⁾ En definitiva, la importancia de

(22) GROPPi, T., “‘Bottom up globalization’?: Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali”, en *Quaderni Costituzionali*, n° 1, Bologna, Il Mulino, 2011, p. 199 y ss.

(23) Al desafiar la noción prevaleciente según la cual existe una estrecha relación entre el Derecho y la sociedad en la que rige, Alan Watson advierte que las leyes de una sociedad no surgen como resultado lógico de la propia experiencia sino que se obtienen en préstamo de otras sociedades, de manera que el trasplante constituye una fuente fértil de desarrollo jurídico. WATSON, A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Georgia, University of Georgia Press, 1993, p. 95 y ss.

(24) DE VERGOTTINI, G., *Más allá...*, op. cit., p. 16. En orden a una tipología de los argumentos blandidos para justificar la práctica del préstamo —uso autoritativo—: v.gr. argumento genealógico, contextual, procedimental, expresivo, etc. ROSENKRANTZ, C., *Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, I-CON 1 (2) (2003), pp. 269/295.

(25) GROPPi, T., “Bottom up...”, op. cit., p. 199 y ss. Huelga recordar que para Kelsen el centro de un Estado mundial democrático debe ser un Parlamento mundial. El maestro de Viena postulaba que los órganos centrales de un Estado mundial debían tener la misma jurisdicción que el gobierno federal de los Estados Unidos de América. Y ello en el entendimiento de que el régimen propuesto hace posible el establecimiento de una comunidad universal de Estados que congregue naciones diferentes, las unas de las otras, en orden al lenguaje,

la transformación debe inducir a pensar en un genuino cambio genético, en donde nuevamente el oficio de juzgar no se comprime a las mallas del silogismo judicial para, en contraste, franquear el paso a los precedentes jurisprudenciales foráneos y desaguar en una concurrencia de fuentes, que sustituye el monopolio legislativo del siglo pasado, constituyendo todo ello un motivo de dificultad para la vida del derecho como ordenamiento.⁽²⁶⁾

Indudablemente que este ciclo hacia un orden de justicia constitucional cosmopolita,⁽²⁷⁾ calificado de *meretricious practice* por Posner,⁽²⁸⁾ suscita directamente reparos a la legitimidad de las jurisdicciones constitucionales nacionales en la construcción de perspectivas jurídicas de orientación común, tendencialmente universales. La relevancia para las jurisprudencias internas de la jurisprudencia extranjera o supranacional —apunta Zagrebelsky— no equivale a un caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos, sino que proporciona un instrumento para entender las propias Constituciones nacionales, a través del cuadro de fondo que les otorga un preciso significado en un determinado momento histórico; es que la circulación de las jurisprudencias no compromete la identidad de la propia, resultando filtrada porque presupone *standards* mínimos de homogeneidad o juicios de congruencia sobre los textos y los contextos jurisprudenciales.⁽²⁹⁾

Inclusive, nada impide que en la fase de la justificación externa⁽³⁰⁾ de la decisión judicial que hace a la justificación de cada una de las premisas del

religión, historia, política, estructura económica, situación geográfica, etc. KELSEN, HANS, *Peace Through Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2000, pp. 10/11.

(26) ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 33 y 38.

(27) STONE SWEET, A., *A Cosmopolitan Legal Order: Constitutional Pluralism and Rights Adjudication in Europe*, *Journal of Global Constitutionalism*, I, 2012, p. 53.

(28) POSNER, R., *The Supreme Court, 2004 term. A Political Court*, *Harvard L. Rev.*, 119, 2005, p. 99.

(29) ZAGREBELSKY, G., *Jueces constitucionales*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año XXXIX, n° 117, 2006, p. 1135 y ss. En otro ensayo, Carnota se ha ocupado de indagar la incidencia de la llamada *identity politics* dentro del federalismo y del proceso integrativo europeo, y cómo ello pone un freno al ideario del diálogo de cortes. CARNOTA, W., *¿Límites al diálogo de cortes? La identidad constitucional en el federalismo norteamericano y en la integración regional europea*, [en línea] eldial.com, Suplemento de Derecho Público, 17/06/2013.

(30) COMANDUCCI, P., *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 2004, p. 81. Los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica como caso especial del discurso práctico general suponen que en los discursos jurídicos se trata de la justifi-

silogismo decisional —a diferencia de la justificación interna que trasunta la consistencia lógica entre la decisión final del juez y sus premisas a través del esquema silogístico de subsunción—, el juez suministre razones adicionales respecto de cada una de ellas e individualice —en tal empresa— materiales normativos, jurisprudenciales y doctrinarios externos.

No necesita llamarse la atención de que tales planteamientos se enfrentan a conversaciones consumadas, como la cultivada por la Corte IDH en “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras”,⁽³¹⁾ habilitando la aplicación de oficio de disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos no invocadas por las partes —con operatividad del principio *iura novit curia*— mediante una referencia a la doctrina del TEDH sentada en el precedente *Handyside c. Reino Unido*,⁽³²⁾ conectividad que se repone por parte de ésta en el caso *Akdivar y otros c. Turquía*,⁽³³⁾ al robustecer su propio código jurisprudencial sobre agotamiento de recursos internos con el temperamento asumido al respecto por su par interamericana en “Velásquez Rodríguez” como en la Opinión Consultiva 11/90.⁽³⁴⁾ Con posterioridad, el canal comunicativo se consolida, de estar a los registros en materia de duración razonable del proceso,⁽³⁵⁾

.....
 cación de un caso especial de proposiciones normativas —decisiones jurídicas—, que se descompone en: a) justificación interna, cuya finalidad es verificar si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación, bajo el rótulo del silogismo jurídico y métodos de lógica moderna; b) justificación externa, cuyo objeto es la corrección de las premisas expuestas en la instancia de justificación interna. Ciertamente ésta asegura una cierta medida de racionalidad relativa a la racionalidad de las premisas. El juicio sobre la racionalidad de una decisión se sujeta a reglas de justificación externa: reglas y formas de interpretación, de argumentación dogmática, del uso de los precedentes, de argumentación práctica general, de argumentación empírica, así como las formas especiales de argumentos jurídicos. ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, C.E.P.C., Madrid, 2008, pp. 213 y ss.

(31) CORTE IDH, “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), sentencia de 29/07/1988, Serie C/4, párr. 163.

(32) TEDH, *Handyside c. Reino Unido* (n° 5493/72), 1976, párr. 41.

(33) TEDH, *Akdivar y otros c. Turquía* (n° 21893/93), 1996, párr. 68.

(34) CORTE IDH, OC 11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie A/11, 10/08/1990.

(35) La Corte IDH en el “Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29/01/1997, Serie C/30, párr. 77), recepta los criterios de ponderación de la razonabilidad del plazo —(a) complejidad del asunto; (b) actividad procesal del interesado; (c) conducta de las autoridades judiciales—, auspiciados por la TEDH (*Motta c. Italia*, n° 11557/85, 1991; y *Ruiz Mateos c. España*, n° 12952/87, 1993).

parámetros de imparcialidad e independencia de magistrados judiciales,⁽³⁶⁾ naturaleza de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos como instrumentos de protección directa de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de los Estados parte,⁽³⁷⁾ etc.

En su conexión con los Tribunales nacionales, el diálogo con el Tribunal Interamericano resulta interferido por una de las características más destacadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina —del que también el autor se ha ocupado—⁽³⁸⁾: el de la progresiva aplicación por los tribunales nacionales, y en particular, por los tribunales o cortes constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los efectos de su protección en el orden interno, merced la irradiación de la doctrina del contralor de convencionalidad, que exhibe a un juez provisto de una autoridad que careció en otros tiempos, de modo que los derechos fundamentales de la persona humana no resulten solo garantizados en papel.

Aquí interesa indagar si el diálogo —al menos entre instancias internacionales de derechos humanos y jurisdicciones nacionales—, se debe canalizar, con motivo de una tradición que se remonta esencialmente a Calamandrei,⁽³⁹⁾ en genuinas funciones casatorias desenvueltas por el

(36) En el “Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 05/08/2008, Serie C/182, párr. 56, la Corte IDH acogió criterios jurisprudenciales atinentes a garantías, presunción de imparcialidad, acreditación de parcialidad objetiva, emanados del TEDH en los casos *Pullar c. Reino Unido*, n° 22399/93, 1996 y *Fey c. Austria*, n° 14396/88, 1993 entre otros.

(37) En seguimiento de las directivas hermenéuticas vertidas en los casos TEDH, *Irlanda c. Reino Unido*, n° 5310/71, 1978; TEDH, *Soering c. Reino Unido*, n° 14038/88, 1989; la Corte IDH sentenció que la Convención, en contraste con los Tratados clásicos, comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados parte en la medida que trasunta la creación de una verdadera garantía objetiva (CORTE IDH, “Caso Yvcher Bronstein vs. Perú”, sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C/54, párr. 45).

(38) CARNOTA, W., “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, C.E.P.C., n° 15, 2011 p. 51 y ss.

(39) CALAMANDREI, P., *La Cassazione Civile*, Milano, Fratelli Bocca, t. II, 1920, p. 83. Taruffo ha observado que determinar el correcto sentido de la ley en sitial de casación tiene un claro aspecto de creación de Derecho por parte de la Corte de Casación (TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, Il Mulino, 1991, p. 189). Se trata de que una Corte Suprema pueda formular una regla de juicio universalizable, susceptible de resultar utilizada en el futuro por el conjunto de los tribunales de justicia que deben aplicar e

intérprete auténtico y final de los derechos reconocido por el Tratado respectivo, a través de un control de legalidad convencional sobre las decisiones pronunciadas por los jueces domésticos y de uniformidad de su jurisprudencia,⁽⁴⁰⁾ de tal suerte que tienda a mantener una cierta coherencia sustancial de sus jurisprudencias impidiendo contradicciones y buscando interpretaciones convergentes que permitan materializar el principio de equivalencia y suficiencia sustancial de los derechos; o bien, articularse con apoyatura en una fiscalización complementaria de compatibilidad de los ordenamientos jurídicos internos con el *acquis conventionnel* —conformado por el instrumento internacional y su desarrollo jurisprudencial por el órgano de clausura del sistema—, en función del principio de armonización —no uniformación— que activa una interpretación *secundum conventionem* de los magistrados nacionales para receptionar la interpretación de los derechos, conforme a la jurisprudencia internacional correspondiente.

En efecto, el control de convencionalidad no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional. Supone tratar de armonizar la normativa interna con la convencional a través de una interpretación convencional de la normación doméstica y en función de la regla interpretativa del principio *pro homine* a que refiere el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica.⁽⁴¹⁾ De estar a tal inteligencia, aquel decanta en el ejercicio de una garantía colectiva por los Estados parte en la Convención, compeliendo a una inspección de convencionalidad que debería ser no sólo reactiva, cuando se produzca el incumplimiento de una sentencia de la Corte IDH, sino también proactiva, en el sentido de que se debe previamente adoptar medidas positivas de protección de acuerdo con dicho instrumento internacional, de modo que las sentencias de la Corte IDH producen cosa juzgada obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también cosa interpretada válida *erga omnes* en razón de las implicaciones para todos los Estados de la

.....
 interpretar la ley en casos similares; ello implica que el indicador para medir la adecuación es la capacidad de aquella interpretación para servir como criterio de decisión para soluciones sucesivas de casos idénticos o similares.

(40) TARUFFO, M., "Las funciones de las Cortes Supremas", en *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 39.

(41) CORTE IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", Sentencia 26/11/2010, Serie C/220, voto razonado del juez Ferrer MacGregor, párrs. 35 *in fine* y 41.

CADH en su deber de prevención. En ambos casos se produce una eficacia vinculante, pese a que difieren cualitativamente. Se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo; en cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados parte que no intervinieron en el proceso, limitándose a la norma convencional interpretada y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es relativa, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional.

Así se ha trabado un agudo diálogo jurisprudencial con los tribunales de la más alta jerarquía en la región,⁽⁴²⁾ entre los que se compulsa:

- I. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica;⁽⁴³⁾
- II. Tribunal Constitucional de Bolivia;⁽⁴⁴⁾

(42) El *nomen* referenciado *ut supra* —diálogo jurisprudencial— se corresponde con el epígrafe de la revista semestral que editan conjuntamente el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Corte IDH, y la Fundación Konrad Adenauer Stiftung. En palabras del juez Ferrer MacGregor: "... Se produce un interesante influjo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales que propicia el 'diálogo jurisprudencial'. Diálogo que incide en la debida articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en el continente americano o, por lo pronto, en Latinoamérica. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se conjuga con el Derecho Constitucional o, si se prefiere, se enlazan el Derecho Constitucional Internacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; lo anterior implica, necesariamente, una capacitación y actualización permanente de los jueces nacionales sobre la dinámica de la jurisprudencia convencional" (CORTE IDH, "Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México", cit.).

(43) "... si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (...) la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada", (CSJ DE COSTA RICA, Sala Constitucional, 09/05/1995, Acción Inconstitucional, Voto 2313-95, E. n.º 0421-S-90, Considerando VII).

(44) "... el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional "sistémico", debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad", (TC DE BOLIVIA, SC 0110-2010 R, 10/05/2010, E. n.º 2006-13381-27-RAC, Acción de Amparo, Apartado III.3).

- III. Suprema Corte de Justicia de República Dominicana;⁽⁴⁵⁾
- IV. Tribunal Constitucional del Perú;⁽⁴⁶⁾
- V. Corte Constitucional de Colombia;⁽⁴⁷⁾
- VI. Suprema Corte de Justicia la Nación de México;⁽⁴⁸⁾
- VII. Corte Suprema de Panamá;⁽⁴⁹⁾
- VIII. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina;⁽⁵⁰⁾

(45) "... es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el artículo 33 de esta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte", (SCJ DE REPÚBLICA DOMINICANA, Res. 1920-2003, 13/11/2003, cons. 11).

(46) "... La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso" (TC DEL PERÚ, E. n° 2730-2006-PA/TC, Recurso de Agravio Constitucional, 21/07/2006, fundamentos 12 y 14, con cita del precedente CORTE IDH, "Caso Tribunal Constitucional vs. Perú", (Competencia), Serie C/55, sentencia de 24/09/1999, párrafos 35, 40 y 49).

(47) "... la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales" (CC DE COLOMBIA, sentencia C-010/00, E. n° D-2431, Demanda de Inconstitucionalidad, actor Ernesto Rey Cantor, 19/01/2000, párr. 7, cita de nota 6).

(48) "... de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano (...) A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad" (SCJN DE MÉXICO, en pleno, E. Varios 912/2010, 14/07/2011, cons. 6).

(49) "... la República de Panamá, como miembro de la comunidad internacional, reconoce, respeta y acata las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". (CSJ de Panamá, en pleno, Ac. n° 240, 12/05/2010, consid. VI). Ahora bien, remitida a la Sala Penal de la CSJ la sentencia antedicha de la CortelDH a fines de que se revise el enjuiciamiento criminal del Segundo Tribunal Superior de Justicia, aquélla señaló: "(...) la República de Panamá, como Estado Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 22 de junio de 1978, reconoció, sin reservas, desde el 9 de mayo de 1990, la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".

(50) De acuerdo al propio registro de la Corte IDH, en los casos "Furlan y familiares vs. Argentina", "Cabrera García y Montiel Flores vs. México", como en el voto razonado del juez Ferrer MacGregor, en el caso "Gelman vs. Uruguay", éste ha tomado nota de las referencias de la CSJN en "Espósito", en cuanto a que las decisiones de aquél resultan "... de cumplimiento

al referir y aplicar aquellas magistraturas constitucionales la inspección de convencionalidad *ex officio* con estricto ligamen a las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

En ocasión más reciente,⁽⁵¹⁾ Carnota recapitula en relación a que si bien el diálogo entre Cortes se comporta como un vector eficaz de manifestación de la globalización jurídica, persiste latente el riesgo de que degeneren en un monólogo en cuanto los tribunales —sobre todo los domésticos de cúpula—, se transforman en eco de posiciones adoptadas por jurisdicciones supranacionales, conduciendo a la esterilizar la discusión y debate de ciertos temas, restar margen de apreciación nacional y brindar una uniformidad excesiva a la jurisprudencia.

Las características consideradas en este núcleo problemático de la obra dan cuenta de la valía del análisis de Carnota, allanando la demanda de ciencia útil de Scialoja⁽⁵²⁾ y divulgando la modalidad con que el patrón de la doctrina comparatista/constitucionalista impulsa a emplear las aportaciones del Derecho Comparado general para explicar la distribución vertical del poder, al mismo tiempo de afinar aspectos que ofrezcan contribuciones originales en un campo hoy especialmente sensible, caracterizado por fenómenos de agregación —v. gr. UE, Mercosur, NAFTA— y de desagregación —v. gr. ex-Yugoslavia, ex-Checoslovaquia, Sudán del Sur, Eritrea— o pulsiones en esta dirección —v. gr. España, Italia, Bélgica—, máxime cuando la temática se cruza con la de los derechos, de las fuentes, o de la organización del Estado.

.....
obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)", de modo que el Alto Tribunal nacional "... en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", 23/12/2004, Fallos 327:5668, cons. VI); como en "Mazzeo", en la exégesis de que "... la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en función de que se "... trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos" (CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/rec. de casación e inconstitucionalidad", 13/07/2007, Fallos 330:3248, cons. 20).

(51) CARNOTA, W., *¿Límites al diálogo de cortes?*, op. cit.

(52) SCIALOJA, V., "Diritto pratico e diritto teorico", *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Milano, Vallardi, IX-I, 1911, p. 941 y ss.

En rigor, el texto del autor evoca —en el temperamento de Alpa—⁽⁵³⁾ que el Derecho Comparado no es un juego para confinar a los museos académicos, atento que absorbe tareas de naturaleza social. Está expuesto al mundo de los operadores, los legisladores, los profesionales, y sobre todo a los jueces, quienes deben escoger una opción, y para hacerlo deben ser asistidos, orientados, anticipados en cuanto tomen en consideración lo que sucede en otras experiencias diversas a las suyas propias. Al abordaje complejo de esta realidad de citas extra-estatales, “Los jueces y los procesos de integración” satisfacen con holgura y profundidad el cometido propuesto.

4 |

A partir de tal enclave, en el tomo I se compendian diferentes contribuciones autorales: “Los principios en el Derecho de la Integración”, de Guillermina L. Sosa; “La dinámica política y económica de la globalización”, de Jorge O. Bercholz; “El Tratado de Lisboa: último paso en el proceso de integración europea”, de Óscar Sánchez Muñoz, entre otros.

Hacia otros nodos problemáticos se encaminan las aportaciones formuladas en torno al Derecho Internacional, orientadas derredor la consideración de “La Carta de Naciones Unidas”, de Luis F. Castillo Argañarás, o de “La Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e della Libertá Fondamentali: il loro contributo alla formazione di una giurisdizione costituzionale dei diritti e delle libertá”, de Giancarlo Rolla.

Justamente a tenor de la sanción de la Carta de Naciones Unidas —que importó un verdadero *constitutional moment* en la historia del Derecho Internacional—,⁽⁵⁴⁾ Verdross⁽⁵⁵⁾ derivó la ruptura del principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamental internacional. En el marco del desarrollo de las

(53) ALPA, G., “L’arcadia del comparatista. Un saggio di storia e di metodo”, en *Comparative Law in the Courtroom and Classroom. The Story of the Last Thirty—Five Years*, Markesinis, B., Hart Publishing, Portland, 2003, p. XVI.

(54) FASSBENDER, B., “The United Nations Charter As Constitution of The International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 36 (1998) 86/87.

(55) VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1967 p. 492.

democracias latinoamericanas, éste ha contribuido a una verdadera cultura emergente en materia de derechos humanos, de modo que se asiste a un episodio más profundo que el recurso tan sólo, y *per se*, a reglas y métodos de interpretación. El enlace entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos —a lo que cabe añadir el Derecho Constitucional— consagra la evidencia del reconocimiento de la centralidad, en este nuevo *corpus juris*, de los derechos humanos universales, lo que corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos.

Empero, la realidad del *regna gentium* resulta percibida con claridad por Rawls al descuajar una teoría ideal del Derecho de Gentes que justifica los principios morales que funcionan como fundamento para la evaluación e interpretación del Derecho existente, y para la creación de un nuevo Derecho; de una teoría no ideal dirigida a ponderar cómo los principios ideales resultan susceptibles de aplicarse y a fomentar entre los más renuentes el respeto por el Derecho de Gentes.⁽⁵⁶⁾ Frente a ello, se ha sugerido la idea de una Constitución —*Grundnorm*— no sólo del Estado de Derecho Internacional, sino también, aunque indirectamente, de los propios órdenes legales estatales, determinando a su conformación en un sistema legal unitario.⁽⁵⁷⁾

Se trata de tomar en serio el valor normativo de los textos internacionales, lo que implica su consideración como un documento (i) que expresa los

(56) RAWLS, J., *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 3 y 89. El pensamiento alexiano adita sobre el punto: "... la mejor concepción de los derechos humanos puede ser realizada a nivel nacional de la mejor manera en un Estado constitucional democrático. Esta tesis es también de importancia para el problema del cumplimiento internacional de los derechos humanos (...). Si sólo hubieran Estados constitucionales democráticos bien organizados, estarían dadas las mejores condiciones para la solución del problema internacional". Ahora bien, la discordancia entre la teoría y la práctica de los derechos está originada en causas muy diferentes, registrándose —con carácter general— las siguientes: a) los derechos humanos conviven con otros criterios que poseen su misma función y que justifican desde diferentes parámetros, algunos de ellos culturales; b) igualmente, los derechos humanos conviven con estrategias políticas de diferente alcance, cultural, soberanista, colonizador, etc.; c) los derechos humanos están afectados por problemas concretos y situados, geográfica e históricamente; d) los derechos humanos presentan internamente problemas de coherencia dada su posible proyección en cualquier cuestión que posea un alcance social, ético, político o jurídico; e) los derechos humanos poseen un contenido indeterminado que produce que puedan ser fundamentados desde teorías e ideologías distintas y que puedan ser desarrollados también desde teorías e ideologías distintas; f) los derechos poseen un carácter plural que impide su análisis desde un solo ámbito de conocimiento. DE ASÍS ROIG, R, *Los retos de los derechos humanos*, VIII Escuela Internacional de Verano UGT Asturias, Fundación Asturias, 2007, p. 236.

(57) VERDROSS, A., "Droit International Public et Droit Interne", *Revue de Droit International, de Sciences Diplomatiques et Politiques*, 32, 1954, 219/221.

criterios que rigen una forma de vida en común aceptada y asumida, los parámetros que establecen tanto los límites como los requisitos mínimos de los posibles planes de vida individuales y colectivos —criterios básicos de una ética pública internacional—; (ii) en donde se fijan las directrices de la política internacional, en el sentido de constituirse también como pautas que establecen los límites y los requisitos mínimos de las diferentes políticas internacionales; (iii) que establece la norma básica material de identificación de normas, permitiendo calificar como válidas el resto de normas internacionales, y, por tanto, como el documento clave en la legislación, interpretación y aplicación de las normas internacionales. En efecto, la configuración de los derechos como normas básicas materiales implica su constitución en criterios delimitadores de toda decisión jurídica, ya sea esta legislativa o judicial, pero además, implica también convertirlos en instrumentos de orientación de estas decisiones, en el sentido de primar, entre las opciones posibles, aquellas que en mayor medida favorezcan su ejercicio y disfrute.⁽⁵⁸⁾

Innegablemente ello repercute en el tratamiento de ciertas cuestiones específicas, no exentas de debate actual, en las que se cifra el tomo I de la obra: “El aborto en el sistema europeo de Protección de Derechos Humanos”, de Fernando Rey Martínez; “Derecho a la salud en el Derecho Internacional”, de Viviana Bonpland; “Derecho del desarrollo sustentable: ¿Hacia dónde deben dirigirse en forma progresiva las acciones gubernamentales para asegurar el progreso de las comunidades actuales y las de las futuras generaciones?”, de María C. Calveyra y Alejandrina L. Herrero; y “Los daños y las reparaciones en el sistema interamericano (con un análisis particular de los casos del Estado Argentino)”, de Eduardo R. Olivero y Yanina V. Fernández, entre otros.

5 |

El tomo II extiende el campo de observación hacia los tratados y documentos con jerarquía constitucional, procurando ubicar tan extensa sustancia dentro de cuadros sistematizados en los que resulte fecundo su examen por el operador jurídico en sus diversos roles.

Así se insertan elaboraciones definidas en la esfera de un constitucionalismo multinivel⁽⁵⁹⁾ que anuda y ensambla, en el marco de un *bloc de constitutionnalité*,

(58) DE ASIS, R., *Los retos...*, op. cit., pp. 238/239.

(59) VERDROSS, A., *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, Wien, Springer, 1926, pp. 7 y 10.

las relaciones jerárquicas de tramos normativos internacionales y domésticos: "Acerca de la incidencia en el Derecho Argentino de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito fiscal y penal fiscal", de Arístides Corti; o "Los derechos económicos, sociales y culturales a la luz de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su influencia en los sistemas universales y regionales de protección", de Marcelo F. Trucco. También se desagregan análisis casuísticos de instrumentos internacionales de derechos humanos cotizados con graduación constitucional: "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", de Mónica S. Rodríguez; "La Declaración Americana de Derechos Humanos: una visión de conjunto", de Guillermina L. Sosa; "Convención Americana sobre Derechos Humanos: deberes, derechos, garantías y principios", de Patricio A. Maraniello; "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", de Ricardo Sánchez; "Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", de Horacio G. Corti; "La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948", de Andrea F. Mac Donald; entre otros.

Sin duda, el tratamiento de la obra resulta guiado en esta sección por la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales, los que van conformando la cúspide de la jerarquización normativa tanto del Derecho Internacional como del Derecho Nacional, constituyéndose en el parámetro básico y fundamental del Derecho Interno, del Derecho Comunitario naciente y del Derecho Internacional, en el germen de la parte dogmática de un genuino constitucionalismo regional,⁽⁶⁰⁾ en el que los derechos humanos ofician, en definitiva, como *vue d'ensemble*⁽⁶¹⁾ de aquellos segmentos normativos,⁽⁶²⁾ sin neutralizar su tipificación como criterios mí-

(60) NOGUEIRA ALCALÁ, H., "Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos", *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol. VI, n° II, 2000, p. 277. Aquí se modela la nomenclatura de un bloque constitucional de derechos, sin perjuicio que cada vez más se hace presente también un bloque constitucional normativo por la incorporación a la Constitución directamente de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, como puede constatare en la tendencia *in crescendo* de América Latina, bastando acudir a la muestra de los recientes ensayos y reformas constitucionales, sin perjuicio de los registros de Chile en 1990 y Colombia en 1991, de Brasil en 2004, Nicaragua en 2005, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009, República Dominicana en 2010 y México en 2011.

(61) CANÇADO TRINDADE, A. A., "La humanización en el Derecho Internacional en la jurisprudencia y la doctrina: un testimonio personal", en *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la humanización del Derecho Internacional*, Bs. As., Ad-hoc, 2013, p. 164.

(62) El escenario se remonta —como se previniera— al período de la segunda posguerra, en el que la operación para instrumentar los cambios se ejecutó con un derecho con

nimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo,⁽⁶³⁾ o bien, como manifestación de moralidad pública que requiere de un poder eficaz que los transforme en derecho positivo.⁽⁶⁴⁾

Con este temperamento, es posible dar cabida a la ansiada expresión práctica de coincidencia de propósitos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno,⁽⁶⁵⁾ y —en particular— al emplazamiento de la Convención Americana de Derechos Humanos como el equivalente de una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos.⁽⁶⁶⁾

En lo que atañe al perímetro interamericano, si las palabras de una Constitución, lo que bien vale para la Convención Americana de Derechos Humanos de estar al talante precedentemente expuesto, han dado vida a un ser cuyo destino no pudo ser previsto completamente, ni aún por sus creadores mejor dotados, el constante despliegue interpretativo no sólo ha fomentado una mayor cohesión en el ordenamiento jurídico sino que también ha procurado una mayor interacción entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno en la protección de los derechos humanos;

nuevos contenidos que tuvo como base el Derecho Internacional de la época, llamado contemporáneo. Con tal alcance, "... comenzó a desarrollarse sobre los moldes del Derecho Internacional clásico, aunque rápidamente se advirtió que era un zapato que no entraba en el pie, debido a que el Derecho Internacional, no pudo explicar suficientemente los conflictos suscitados, juzgados en Nuremberg, que plantearon una nueva cosmovisión del Derecho elaborada por medio de los estudios de Robert Alexy y de Chaim Perelman". TRAVIESO, J. A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: clásico y futuro 3.0*, LL, 2013-E-1236.

(63) FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984 p. 38. El autor de referencia los conceptualiza como un "...contenido de ética normativa, que se traduce en un conjunto de valores y normas morales y jurídicas que como criterios mínimos actúan los principios básicos de la sociedad...".

(64) PECES-BARBA, G., "El concepto y problemas actuales de los derechos humanos", *Revista Derechos y Libertades*, año I, n° I, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1993 pp. 33 y ss. En este sentido, la Declaración constitucional de derechos es calificada como acto de reconocimiento de derechos preexistentes. TROPER, M., "Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789", *Revista Derechos y Libertades*, año V, n° 8, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000, p. 541.

(65) CAÑADO TRINDADE, A. A., "El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos: algunas reflexiones", en *Revista de Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, vol. 28, n° 109, 1995 p. 5.

(66) CORTE IDH, "Caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 24/11/2010, Serie C/219, voto razonado del juez De Figueiredo Caldas, párr. 5.

en este marco se reconoce que, en el plano internacional propiamente dicho, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos tienen una dimensión constitucional, y no sólo en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el Derecho Interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las Constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano internacional, un orden jurídico constitucional de respeto a los derechos humanos.⁽⁶⁷⁾

6 |

Sucesivamente el tomo III de la obra también se vale de la funcionalidad metodológica anterior, aunque ceñida a escrutar rigurosamente otros tratados y documentos con jerarquía constitucional, tales como “La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial”, de Victoria Pérez Tognola; “La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, de María C. Caputi; “Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes”, de Eduardo R. Olivero; “Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas”, de Miguel A. Carlín y Carlos A. Chiara Díaz; o “Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad”, de Beatriz E. Aranguren y Arturo E. Dumón. Añade en esta sección una alternativa que deriva de la realidad normativa de *soft law*, al alternar el eje temático precedente, bajo el acápite de “Documentos Adicionales”, con “Reglas de Brasilia. Carta de acceso del ciudadano en el espacio judicial iberoamericano”, de Beatriz E. Aranguren.

Se ha dicho que el origen de los derechos humanos se sitúa en el mundo moderno en el ámbito de tres reflexiones que, a pesar de los avances habidos en la protección y satisfacción de aquellos, siguen estando presentes.⁽⁶⁸⁾ Se trata de la reflexión sobre los límites del poder político,

(67) CORTE IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” (Solicitud de Interpretación de Sentencia), sentencia de fecha 30/11/2007, Serie C/174, voto razonado del juez Cançado Trindade, párr. 7°.

(68) PECES BARBA, G. y FERNÁNDEZ, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, ts. I y II, 1998, 2001.

sobre la tolerancia y sobre la necesidad de humanizar el derecho penal y procesal; acompañados de diversos retos, v.gr., la discusión en torno a si los derechos humanos constituyen o no los referentes esenciales para gestionar la globalidad y sus consecuencias, la lucha contra el terrorismo, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, el emba-te contra la discriminación, a través de la cual se pretende combatir tanto situaciones de insatisfacción de derechos en las que se encuentra deter-minados colectivos cuanto prácticas desiguallitarias.⁽⁶⁹⁾

Por consiguiente, del contenido de las diferentes contribuciones autorales precedentemente revistadas, se sigue que más que investigar el origen y el significado de los derechos fundamentales de la persona humana como límites al poder, de lo que se trata es de presentar diversas proyecciones de una problematización medular: ¿cuál es el papel que juega el Estado frente a su realización?⁽⁷⁰⁾ En su respuesta, hay un precio que pagar: una pérdida de autonomía para muchas decisiones, una merma de soberanía absoluta de los Estados a través de una cultura de los derechos que ama-rra las manos de su poder.⁽⁷¹⁾

De ello atestigua un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino si-tuando al ser humano en posición central, desde el que, frente a las atro-cidades y abusos que han victimado en las últimas décadas a millones de seres humanos en todas partes, se reclama la apremiante necesidad de re-conceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional, intensificando el proceso de humanización del Derecho Internacional. Si bien es cierto que el drama de las víctimas encausa un enorme desafío para la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, también es cierto que las reacciones a las violaciones de los de-rechos fundamentales resultan actualmente inmediatas y contundentes,

(69) DE ASÍS ROIG, R., *Los retos...*, op. cit., pp. 226/227 y 237.

(70) DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 18.

(71) MACCORMICK, N., *Institutions of Law: an Essay in Legal Theory*, New York, Oxford University Press, 2007, p. 275, ello a través de lo que el autor citado califica de un valioso avance en la civilización, i.e., el establecimiento de límites positivos con tribunales situados fuera de la estructura de los Estados pero representativos de muchos de ellos, gestando un sistema positivado de derecho natural que sólo puede evadirse si el Estado está dispuesto a dejar de lado las ventajas que la membrecía a un sistema internacional de protección de derechos humanos depara.

en razón de la necesidad de dar prevalencia a la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancia.

Solo si se reconoce la extrema fragilidad de la condición humana, anida un espíritu de solidaridad que concientiza un deber de humanidad, un deber de cuidado para con el género humano. En suma, los desarrollos de este sector de la obra se hacen eco de las enseñanzas de Kant,⁽⁷²⁾ en orden a que una época no se puede aliar y conjurar para poner a la siguiente en un estado en el que haya de volverse imposible para ella ensanchar sus conocimientos y proseguir su ilustración; ello —*per se*— connotaría un crimen contra la naturaleza humana.

7 |

A pesar de que el ordenamiento jurídico internacional del siglo XXI se encuentra demasiado distante de los ideales de los padres fundadores —*founding fathers*— del Derecho de Gentes, no hay que capitular ante esta realidad; la emergencia y la consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo constituye una manifestación inequívoca del despertar de una conciencia jurídica universal y un conjuro contra el trance de una lectura encerrada autopoiéticamente en los pliegues normativos del *domus* de los sistemas constitucionales internos.

Desde Parménides, cuando el pensador busca el ser de una cosa entiende que escudriña una consistencia fija y estática; por tanto, algo que el ente ya es, que ya lo integra o constituye. Ello no significa un prototipo del ser lineal, menos aún unidireccional, sino de perspectivas diversas en torno a una idea originaria, que se van contraponiendo hasta lograr una visión completa.⁽⁷³⁾

En este empeño se inscribe el *Tratado de los Tratados Internacionales*, ha llegado a las manos del operador jurídico para cumplimentar tan añeja prevención, reeditada por el pensamiento kelseniano cuando anota que

(72) KANT, I., "Beanwortung der Frage: Was ist der Aufklärung", en *Kant Werke. Akademie Textausgabe*, Berlín, Walter de Gruyter, Bd. VIII, 1968 p. 39.

(73) SCHOPENHAUER, A., "Die Welt als Wille und Vorstellung", en *Zürcher Ausgabe. Werke in zehn Bänden*, Zürich, Diogenes, 1977 V. I/I, p. 7.

“... hay verdades tan evidentes por sí mismas que necesitan ser proclamadas una y otra vez para que no caigan en el olvido”.⁽⁷⁴⁾ Y para alcanzarlo bien puede convenirse que, sin despeñar en el tema borgiano de una enciclopedia metódica de un planeta ilusorio,⁽⁷⁵⁾ a diferencia del geógrafo de Saint-Exupéry,⁽⁷⁶⁾ en la cartografía de la *œuvre* es el propio autor el que ha hecho el cómputo de las ciudades, de los ríos, de las montañas, de los océanos y de los desiertos; no se ha sentido demasiado importante como para no ir, de aquí para allá, en búsqueda de la razón de humanización en la que descansa el *corpus iuris* de protección internacional de los derechos fundamentales. Por el contrario, ha dejado su *bureau*, acompañado a sus exploradores y tomado nota de sus recuerdos.

.....

(74) KELSEN, H., *Peace Through Law*, The Lawbook Exchange Ltd., New Jersey, 2000, p. VII. Publicado en 1944, el texto legado por Kelsen se difunde durante la fase final de la II Guerra Mundial, con lo que la experiencia de sus horrores y atrocidades y el establecimiento de una paz duradera constituyen el *leit-motiv* del razonamiento kelseniano que en él discurre.

(75) BORGES, J.L., “Tlön, Uqbar, Orbis Tertius”, en *Ficciones*, Bs. As., Debolsillo, 2011.

(76) SAINT-EXUPÉRY, A., *El principito*, Bs. As., Emecé, 2007. Es que el Derecho comporta —a entender de Cañado Trindade— un sistema no sólo de reglamentación de las relaciones humanas, sino también, a partir de los valores que encierra, de emancipación. En la medida en que se abre a las enseñanzas perennes de la literatura, se libera de la pretensión de cientificismo legal, que le aleja de lo cotidiano. Se abre a los valores humanistas, presentes en la literatura, y se erige contra la fría racionalidad del positivismo jurídico. El derecho pasa, así, enriquecido, a vincularse estrechamente con la realidad de la vida (CORTE IDH, “Caso Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C/100, sentencia de 18 de septiembre de 2003, voto razonado del juez Cañado Trindade, párr. 11).

Los derechos humanos en la justicia del trabajo. Nuevas perspectivas interdisciplinarias

de Esther Romano (directora) y Liliana Hebe Litterio (coordinadora),
Buenos Aires, Ad Hoc, 2013, 300 páginas.

por **R. FEDERICO SILGUERO CORREA**⁽¹⁾

Ya hace más de una década que los derechos humanos han vuelto a tener una vital transcendencia en la cotidianeidad del país. Durante ese período no solo hubo avances en el juzgamiento de las violaciones cometidas durante la última dictadura militar, sino que también se ha extendido la aplicación del concepto a situaciones donde sus atropellos, aunque menos aberrantes, no resultan menos importantes.

Los derechos humanos tienen vigencia y aplicación diariamente, en cada ámbito de nuestra vida. Obviamente, el mundo del trabajo —y el derecho que lo regula— no es una excepción.

Desde diferentes fallos de la CSJN se estableció la importancia de la aplicación de los derechos humanos, la cual llegó al ámbito del mundo del trabajo a través del fallo “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales” donde se aplicaron principios establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Declaración Universal de Derechos Humanos a conflictos de derecho del trabajo individual. La Corte recordó entonces

.....

(1) Abogado laboralista. Maestrando en Derecho del Trabajo y Relaciones laborales internacionales (UNTREF). Asesor de la presidencia de la Comisión de Derecho del Trabajo de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

el carácter inescindible de la persona con su actividad, y por tanto la necesidad del respeto a la dignidad humana en el trabajo como forma de respetar los derechos humanos de los trabajadores.

Desde entonces, la vinculación entre el mundo del trabajo y los derechos humanos ha tomado una gran importancia, generando no solo nuevas decisiones judiciales, sino también avances legislativos y grandes trabajos de investigación.

La obra que nos convoca es uno de ellos.

Los derechos humanos en la justicia del trabajo. Nuevas perspectivas interdisciplinarias es una obra colectiva que analiza con profundidad y claridad algunos aspectos donde los derechos humanos de los trabajadores suelen ser socabados, pero resulta por demás interesante que este análisis no es exclusivamente jurídico, sino que se integra con aportes de una psicóloga, bajo la dirección de una médica, lo que trae a nuestro alcance un análisis integral.

Las palabras del infatigable Fernández Madrid en el prólogo no solo se prestan como una sinopsis acabada de la obra, además nos impulsan a ahondarnos en cada capítulo que separados metodológicamente en dos partes, integran este libro que excede una compilación de artículos logrando un trabajo con un claro sentido que luego nos es explicitado por sus directora Dra. Esther Romano, y coordinadora Dra. Liliana Hede Litterio. Desde la experiencia compartida en diversos ámbitos no solo jurídicos y académicos, se abarca la temática de los derechos humanos dentro de la justicia laboral desde un punto de vista interdisciplinario integrador.

La coordinadora de la obra Dra. Litterio, abogada de gran trayectoria académica en el mundo del derecho laboral, inaugura el libro realizando un profundo análisis de la problemática del trabajo de niños y adolescentes, con sustento en la normativa vigente sobre el tema, internacional, nacional e incluso local. Así analiza la prohibición genérica del trabajo infantil y sus excepciones,—trabajo infantil ligero y artístico—; la capacidad para contratar; los aspectos penales del trabajo infantil —con la reforma establecida por la ley 26.847— y los relativos a jornada, capacidad, inspección y riesgos del trabajo, en un trabajo que pondera la norma con la realidad, destacando avances y proponiendo mejoras,

entre las cuales quiero destacar la propuesta de discutir el trabajo infantil en el marco de la negociación colectiva.

Otro importante eje de esta publicación pasa a través de la discriminación. La Dra. María Eugenia Elizabeth Plaza luego de exponer sobre las distintas teorías sobre las cargas probatorias cuando enfrentamos hechos de discriminación hace un intenso análisis jurisprudencial de la discriminación por motivos de salud, focalizando su estudio en algunas enfermedades crónicas —diabetes, VIH, epilepsia—. El énfasis lo pone en la etapa previa al contrato de trabajo que sucede cuando no sólo se toman entrevistas laborales previas, sino también estudios preocupacionales. Esta posta es continuada por el Dr. Ledesma Iturbe, quien luego de un arduo repaso de los distintos regímenes de responsabilidad trata las acciones judiciales que buscan prevenir y reparar actos discriminatorios en las etapas previas a la contratación laboral. En este punto distingue y analiza las acciones que buscan revertir situaciones de discriminación contra grupos indeterminados —con el mayor ejemplo en el caso “Freddo”— y las que surgen de situaciones determinadas contra un sujeto individual. Destaca finalmente varias normas que buscan a través de mecanismos de discriminación positiva igualar situaciones perjudiciales para minorías determinadas.

También se referirá al problema de la discriminación la Dra. Adriana I. Rodríguez, que analiza la situación regulada en el art. 212 LCT, a saber, el despido del trabajador que retoma de una licencia por enfermedad con alguna merma en su capacidad laborativa. Sostiene la doctora luego de un concienzudo análisis de la legislación vigente y de la doctrina que la CSJN estableció en “Alvarez c/ Cencosud” que la situación mencionada configura un supuesto de discriminación, con un grave perjuicio para el trabajador, quien se encuentra con una modificación de su capacidad laboral y debiendo cargar con ella para la búsqueda de un nuevo trabajo, en una situación claramente más desfavorable a la de otros aspirantes.

La Dra. Dora Temis centra su primera colaboración en la violencia laboral, y en particular en el acoso sexual. Tras explicar los orígenes y particularidades de la hiposuficiencia característica de las relaciones laborales, vincula esta situación con la violencia laboral. Esta se genera como consecuencia de la relación asimétrica de poder en dichas relaciones, asimetría que al caer en abuso se convierte en violencia, que puede afectar al trabajador no sólo física, sino también psíquicamente. Dentro de los diversos modos

de violencia laboral, Temis ahonda en el acoso sexual, exponiendo sus primeras denuncias y como mediante normas y doctrina se lo ha definido y clasificado. Contrario lo que se cree habitualmente, la autora señala que el acoso no sólo parte de superiores jerárquicos hombres hacia mujeres, sino que puede ser causado por otros trabajadores o por mujeres, y también recibido por hombres y particularmente que se consuma independientemente del resultado dañoso sobre la víctima. Finaliza su aporte con consideraciones sobre la prueba del acoso y la importancia de los indicios de la conducta y con una breve reseña de distintas normas nacionales —de origen legal y convencional— que tratan el tema.

Más avanzada la obra, la Dra. Temis relatará un caso que debió resolver en su actuación como Jueza Nacional del Trabajo, caso donde dictó una medida cautelar en favor de una trabajadora que sufría acoso sexual de quien siendo su jefe, había tenido también un vínculo sentimental. Cabe destacar la aplicación de la ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres.

La primera intervención de la Dra. Esther Romano, directora de la obra, trata sobre un punto sobre el que ha existido mucha difusión y controversia, las enfermedades psiquiátricas como secuelas del acoso laboral. El capítulo resulta de gran interés para las personas del mundo de lo jurídico sin conocimientos sobre psiquiatría, ya que se centra sobre puntos que suelen ser objeto de controversia judicial. Vuelve sobre un punto fundamental al tema de la obra, que es la íntima relación entre el trabajo y la dignidad de las personas, explicando la relación que existe entre las crisis económicas y sus consecuencias no solo en el trabajador desplazado como consecuencia de ellos, sino también en la familia de ellos. De estas crisis también ha surgido un problema recurrente en el mundo laboral: el *mobbing*. La Dra. Romano realiza un profundo análisis de dicha problemática, caracterizando, contextualizando su aparición, describiendo sus variantes y a los sujetos intervinientes. El *mobbing*, aunque similar y relacionado, no es idéntico al *burn out*, que también es analizado por la autora. El *burn out* es el agotamiento causado por el trabajo a nivel cognitivo, emocional y psicológico, no sólo causado por stress, sino con incidencia de procesos psicosociales. Resulta por demás claro que el tratamiento del tema no se limita la exposición teórica: la doctora baja los conceptos a ejemplos concretos que facilitan la comprensión de la situación psicológica que desencadena estos cuadros. También resulta esclarecedor para los abogados litigantes la explicación detallada

que brinda sobre las pruebas que suelen efectuarse en un informe pericial, y sobre cómo las impugnaciones que desde el derecho se podrían efectuar, no resultan válidas como consecuencia de la complejidad del método de evaluación. Hace hincapié en la validez del análisis del discurso de la víctima en contraposición a las objeciones que un abogado podría hacer respecto a la ineficacia de lo que se ha conocido “por los dichos de” la parte interesada. Más adelante, Romano se adentrará en el análisis del *stress*, concepto que surge del campo de la ingeniería pero que ha sido adoptado por la psicología. No obstante, destaca la doctora que el *stress* es un fenómeno que se traslada al campo fisiológico, que genera consecuencias físicas.

El aporte de la Dra. Romano continúa en colaboración con la Dra. Adriana I. Rodríguez en la exposición de un caso práctico. Las doctoras exponen un caso judicial concreto, trayendo a la obra una explicación de cómo se actuó en aquél. Este capítulo resulta sumamente interesante, ya que el detalle con el que se exhibe la pericia que se practicó en el caso narrado es por demás ilustrativo sobre el modo en que debe encararse judicialmente un caso de *burn out*, dándonos la posibilidad de examinar la pericia efectuada, junto a las distintas pruebas a las que se sometió al trabajador, herramientas por de más útiles a la hora de encarar un nuevo reclamo judicial.

La obra no se ocupa exclusivamente de las situaciones donde el trabajador ya ha sido afectado; la Dra. Graciela Filippi dedica su capítulo a la prevención en la salud mental de los trabajadores. En este punto destaca la importancia de las técnicas proyectivas —que impiden la modificación consciente de sus resultados—, no solo para efectuar una evaluación laboral sino incluso para prevenir al trabajador de posibles problemas, esto incluso con mayor éxito que un tratamiento habitual, ya que la entrevista laboral encuentra al individuo con las defensas altas, lo que implica que las posibles problemas que puedan aparecer allí, son aún mayores.

Juan Carlos Fugarreta hace una reseña sobre la problemática del trabajo infantil en el mundo. Vincula este problema a la pobreza y a factores culturales, pero no deja de destacar la gravedad del mismo, pese a notar que es una situación que pareciera “normalizada” por la sociedad. No obstante, destaca también que con ciertos límites, es aceptable que un menor realice ciertas tareas, que contribuyan en alguna medida a la economía familiar

y le ayuden a desarrollar habilidades e incluso fortalezcan su autoestima. Claro que el aspecto primordial debe ser la prioridad en la educación de los niños que no debería ser afectada.

En este punto tan importante de la obra, debo incluir la sanción en marzo de 2013 de la ley 26.847 que establece como delito penal la explotación de niños y niñas en contravención a las normas que regulen el trabajo infantil, exceptuando únicamente a las tareas con fines pedagógicos.

La obra cierra con una reflexión de la Dra. Romano sobre la discriminación en el proceso de selección de personal, que en el ámbito privado, al no estar sometido a ciertos cupos legales, existen mayores chances de que exista. El derecho de selección que tiene el empleador, no obstante, sostiene debe ser ejercido en forma razonable y objetiva con el fin de evitarla.

Nos encontramos ante un libro que resultará más que atractivo tanto para abogados como para profesionales del ámbito médico, e incluso para trabajadores. Todos los profesionales que colaboran en él, lo hacen con fundamento y en forma clara, lo que permite tener un panorama accesible de materias que pueden no ser las más conocidas para quienes no son especialistas. Esta diversidad de autores y de campos de estudio nos ayudan a conocer con más profundidad varios aspectos sobre un tema tan cotidiano como fundamental, los derechos humanos de los trabajadores.

Las pruebas genéticas en la identificación de jóvenes desaparecidos

de Gabriel Ignacio Anitua y Mariano Gaitán (compiladores),
Buenos Aires, Editores del Puerto, 2012, 334 páginas.

por **ANA OBERLIN**⁽¹⁾

Difícilmente, haya procesos penales que muestren de forma más explícita la presencia actual de las consecuencias del terrorismo de Estado, que los investigan casos de apropiación de niños y niñas secuestrados con sus padres y/o madres, o que nacieron durante el cautiverio de estas.

Esta siniestra práctica represiva no estaba configurada con claridad antes de producirse el golpe de Estado, pero rápidamente fue absorbida como parte del proceso de aniquilamiento de las personas sindicadas como enemigos por los represores. Sus aristas diferenciales se delinearón de inmediato.

Uno de los propósitos que tuvo este método represivo fue que los niños y niñas no crecieran con las familias tildadas de subversivas. Este aspecto es similar al tratamiento que dio el franquismo a los hijos e hijas de los republicanos que eran asesinados/as o apresados/as. Durante la dictadura franquista, esos niños y niñas fueron llevados a reformatorios y separados de sus familias, para evitar que los criaran de acuerdo a valores contrarios a los que buscaba imponer el régimen. En nuestro país, tuvieron diferentes

.....

(1) Abogada. Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Directora Nacional de Asuntos Jurídicos en materia de Derechos Humanos, Secretaria de Derechos Humanos de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

destinos: algunos/as fueron apropiados/as por integrantes de las fuerzas armadas o de seguridad o personas vinculadas a éstos; otros/as fueron asesinados junto a sus padres; y unos/as pocos/as fueron adoptados/as por familias que de buena fe los educaron. Pero el objetivo de quienes pergeñaron el terrorismo de Estado fue el traspaso violento de niños y niñas desde el grupo en el que habían nacido hacia otro, para evitar que crecieran junto a sus familias verdaderas, más allá de la suerte individual que cada uno/a de ellos hubiera corrido.

Otra de sus finalidades fue aplicar un castigo adicional a las familias de quienes osaron transgredir el orden que imponía la dictadura. Como en el seno de esas familias habían nacido "extremistas", esta práctica represiva era una forma más de represalia por haberlos engendrado. El plus lo configuró —y lamentablemente lo sigue configurando—, la angustia desgarradora de sumarle a la incertidumbre sobre lo ocurrido con las y los desaparecidos, no conocer el destino de sus hijos/as, quienes también pasaron a integrar la ominosa lista de desaparecidos/as. En algunos casos, incluso, ni siquiera se ha podido determinar si las mujeres que fueron secuestradas embarazadas llegaron a dar a luz o si los niños/as que nacieron en esas condiciones sobrevivieron al horror. Además, este castigo se sigue infringiendo hoy y las familias renuevan cotidianamente el dolor que producen estas ausencias. Aún restan encontrar al menos a 400 de esos hijos apropiados, hoy jóvenes.

Esta situación obliga a académicos/as y juristas comprometidos con la búsqueda de justicia por los crímenes cometidos durante el terrorismo de Estado, a extremar la creatividad al estudiar los argumentos adversos al avance de estas investigaciones. En este sentido, el libro que reseñamos resulta un aporte fundamental y tiene como característica general la seriedad y profundidad del estudio de uno de los temas más controvertidos: la posibilidad de extracción de muestras genéticas a jóvenes de quienes se sospecha son hijos o hijas de desaparecidos, frente a su negativa.

La obra se compone de 19 artículos y, según indican los compiladores, se encuentran organizados siguiendo el orden cronológico de aparición de los mismos, algunos de los cuales provienen de publicaciones anteriores que se encontraban dispersas. Además, en la introducción de la obra Anitua y Gaitán destacan que los aportes gravitan en torno a dos momentos fundamentales: el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en

adelante, CSJN— en el caso “Vázquez Ferrá”, de 2003, por una parte; y el fallo “Prieto”, de 2008, junto con la sanción del artículo 218 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN), que le siguió. En este sentido, la compilación da cuenta de la producción jurídica de más de una década sobre un tema de mucha trascendencia y actualidad.

El artículo que da comienzo a esta obra es el titulado “Pruebas sobre el cuerpo del imputado o testigos y garantías constitucionales”, del profesor Javier De Luca. En el mismo, se aborda una cuestión fundamental: la constitucionalidad, antes del fallo “Vázquez Ferra”, de la extracción de sangre a jóvenes de quienes se sospechaba habían sido apropiados, aun ante su negativa. El autor expone, con meridiana claridad, la solución jurídica que debía darse a este supuesto y desarrolla los motivos constitucionales que permitían llevar adelante estas pruebas sin el consentimiento de los jóvenes. Repasa las razones por las cuales al abordar la situación de personas imputadas en un proceso penal, cualquiera sea el delito de que hubieran sido acusados, esta solución era perfectamente constitucional, trazando un paralelismo, en los aspectos en los que es posible, con el caso en estudio. Además, sopesa jurisprudencia, tanto local como de otros países, para concluir basado en firmes argumentos jurídicos, que en los casos penales donde se investiga la identidad de un menor hijo de padres desaparecidos, la negativa a conocer su origen no cuenta y procede la extracción de sangre para ser utilizada como prueba en el proceso.

En el segundo texto, escrito por Ivana Bloch y María Cecilia Hockl, “La extracción compulsiva de sangre según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, se aborda la línea jurisprudencial de la CSJN en lo relativo a extracción compulsiva de sangre y, en particular, las respuestas brindadas por la Corte en términos de la constitucionalidad de esta medida. Las autoras parten del análisis de la solución aportada en el *leading case* “Müller”, resuelto el 13 de noviembre de 1990, pasando por distintos precedentes, hasta llegar al caso “Vázquez Ferrá”, del 30 de septiembre de 2003. De manera muy didáctica, desmenuzan y sistematizan los argumentos brindados en las distintas resoluciones, permitiendo así la comprensión de los vaivenes de los jueces supremos en la materia, a la luz de la normativa procesal y constitucional.

Por su parte, en el tercer artículo “Las medidas de prueba en la búsqueda de jóvenes apropiados y su constitucionalidad”, de Gabriel Ignacio Anitua,

el jurista cuestiona los argumentos vertidos por la Corte en el precedente conocido como "Vázquez Ferrá". Comienza examinando los tipos penales en juego en estos casos, destacando que a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, las apropiaciones configuran también crímenes de lesa humanidad y, en particular, desaparición forzada de personas. Este posicionamiento servirá para explicar las razones por las cuales resultan constitucionales las medidas de pruebas sobre estas particulares víctimas. Además, destaca que para que proceda el dictado de estas medidas, es esencial considerar la razonabilidad, proporcionalidad y el hecho de ser necesarias e imprescindibles. Resalta también la actualidad de estos delitos y el deber estatal de hacerlos cesar, lo que forma parte integral de la explicación de la posibilidad de avanzar con tales medidas.

En el artículo "¿Ausencia de fundamento normativo, prohibición de método de prueba o lesión al principio de proporcionalidad? El fallo de la Corte Suprema de Justicia en 'Vazquez Ferrá'", Fabricio Guariglia profundiza en el estudio de algunos aspectos esenciales de esta resolución. Desde un punto de vista crítico, el autor resalta la ausencia de una cuestión fundamental en "Vázquez Ferrá": la falta de diferenciación precisa entre los distintos tipos de limitaciones y prohibiciones probatorias potencialmente aplicables. Así, destaca que los magistrados si bien definieron que la prueba de histocompatibilidad no estaba autorizada, lo hicieron a través de distintas vías de análisis, las que Guariglia sistematiza para su comprensión y plantea la falta de un aspecto central anterior: ¿cuál sería el fundamento normativo de la injerencia en cuestión? Recuerda en su presentación que el principio de reserva reclama que cualquier injerencia estatal este expresamente regulada y ante la carencia de la norma debe ser hallado un sustento claro y específico. Continúa buceando en nuestra legislación, en el derecho internacional de los derechos humanos y en el fallo estudiado para determinar la existencia o no de la base normativa necesaria para la decisión respecto de la constitucionalidad o no de la medida. Termina observando que este caso era uno de los casos que Dworkin caracterizaría como "casos difíciles" y que se debía aplicar para su resolución tanto las limitaciones probatorias en el procedimiento argentino como los principios internacionales, para concluir que la mayoría de la Corte los aplicó erradamente.

Marcelo Ferrante en su artículo "La prueba de identidad en la persecución penal por apropiación de niños y sustitución de identidad" examina un

aspecto característico y central en los procesos penales al que el autor llama la “prueba de la identidad”. A la que, a su vez, describe como la que surge de obtener de los hijos una muestra de material genético y compararla con la información genética disponible de las víctimas de desaparición forzada y sus familiares directos. Estudia con posterioridad la negativa de parte de las personas sospechadas de ser hijos de desaparecidos a brindar una prueba que podría ser utilizada en contra de sus apropiadores. Finalmente, analiza en profundidad los argumentos vertidos tanto por el poder judicial como en el debate del Congreso de la Nación, a los que agrupa en dos razones fundamentales: la lealtad y la pertinencia.

Seguidamente, se encuentra el artículo titulado “Los análisis genéticos después del fallo ‘Vazquez Ferrá’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, de Luciano Hazan. El autor analiza los argumentos vertidos, con posterioridad a este fallo, por un juez de primera instancia, por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires, y por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de San Martín. La característica principal de estas resoluciones es que se diferenciaron del fallo de la CSJN “Vázquez Ferrá”, que argumentaron a partir del especial hincapié que efectuaron los magistrados de la Corte en que en dicho caso, quienes estaban imputados como apropiadores habían confesado ser responsables de la imputación. Las resoluciones posteriores, según destaca Hazan, dieron sólidos argumentos sobre la posibilidad de efectuar los análisis aun en contra de la voluntad de los requeridos y buscaron formas alternativas para la extracción de las muestras.

Continúa esta compilación con el artículo “Extracciones hemáticas compulsivas: en busca de una molécula contra la impunidad”, de Juan Francisco Tapia. El autor parte de la base de incluir a las extracciones de muestras sanguíneas dentro de la categoría de intervenciones corporales que se disponen en un proceso penal. Para trazar algunos criterios para la delimitación, recurre a los caracteres en común que esta medida tiene con otras medidas también intrusivas, como requisas y “cacheos”. Seguidamente, efectúa un análisis comparado sobre cómo es abordado el tema de las intervenciones corporales por la jurisprudencia de la Corte de Estados Unidos; por la Ordenanza Procesal Penal Alemana; por una sentencia del Tribunal Constitucional español y la posterior reforma de la ley de enjuiciamiento criminal; y, finalmente, cómo se las encuadra en Colombia. Luego avanza sobre la

situación en nuestro país, partiendo de la falta de regulación específica, para trabajar posteriormente la admisibilidad en los procesos penales en caso de los imputados y terminar en el caso de personas que fueron apropiadas durante la dictadura. Concluye que la posibilidad de obtener las muestras hemáticas en contra de la voluntad es constitucional, debiendo ser ordenadas por jueces. Destaca la sanción del artículo 218 bis CPPN y la necesidad de que el Ministerio Público Fiscal, en tanto director de la Policía Judicial, establezca protocolos para preservar la realización de estas medidas y la conservación de las muestras obtenidas.

Luego hallamos la presentación del profesor y académico Julio Maier, denominada "Nemo tenetur e investigación de la filiación. A propósito de la coerción personal para conocer la verdad". El trabajo parte del estudio del desarrollo, en el ámbito procesal, de la inspección corporal, para luego sumergirse en el análisis de las prohibiciones probatorias existentes. Entre las prohibiciones se distinguen las que nacen por el modo de realización y las que provienen por el funcionario competente para emitir la orden. Concluye que cuando el afectado no presta la colaboración necesaria es jurídicamente correcto regular la medida de coerción aplicable y los límites a su ejercicio. Asimismo, destaca que cuando basta para suplir la voluntad con una pequeña muestra de sangre o saliva del afectado, desde el punto de vista de la gravedad y posible consecuencia de la medida, es menor y nunca o casi nunca entra en conflicto con la vida, la salud o la dignidad. Resalta que regularmente la medida deberá ser ordenada por el tribunal competente cuando sea necesaria, proporcionada y no lesione gravemente bienes jurídicos fundamentales, y en caso de ser imprescindible y verificarse una necesidad de urgencia —la que deberá ser justificada—, puede ser ordenada por la policía y la fiscalía. Termina su exposición destacando que en los litigios para determinar la filiación la proporcionalidad de la extracción forzada de pequeñas muestras de sangre o de saliva para comparar genéticamente, que no dañen la vida o la salud, resulta más que justificada.

"Buscando ADN. Cuestiones procesales en torno a las nuevas medidas de prueba. Obtención de ADN y nemo tenetur", es el siguiente trabajo, de Gabriela Córdoba. La autora, siguiendo a Maier, examina el primer nivel de análisis propuesto: la procedencia en abstracto de la medida desde el punto de vista constitucional y si la misma vulnera el *nemo tenetur se ipso accusare*, ya que se sostiene que obligar a alguien a someterse a

esas pruebas equivale a declarar contra sí mismo o a autoincriminarse. Distingue las tres posiciones respecto del alcance del *nemo tenetur*: la de alcance limitado, que entiende que solo comprende la declaración del imputado; la amplia que entiende que la prohibición incluye cualquier modo de colaboración del imputado; y la intermedia que prohíbe obligar a colaborar de forma activa, esto quiere decir que prestando su voluntad, pero estaría compelido a tolerar medidas sobre su cuerpo. Se concentra principalmente en discutir los razonamientos de la segunda posición y termina concluyendo que esta postura no logra dar argumentos suficientes. Indica que no hay razones para extender el *nemo tenetur* a la obtención de pruebas de ADN de terceros, incluyendo las previsiones que prohíben a los familiares más cercanos declarar en contra del imputado, lo que es una derivación del principio mencionado. Considera que como no se encuentra previsto normativamente y se trata de una cuestión de política jurídica que debe definir el legislador, su extensión no es aplicable y por lo tanto no resulta un obstáculo en el supuesto.

A continuación encontramos el artículo “La obligación del Estado de restituir la identidad a las víctimas de desaparición forzada”, de Nuria Piñol Sala. La autora examina diversos fallos de la CSJN sobre la temática, partiendo de la premisa de que el poder judicial, como parte del Estado, está obligado también a cumplir con la obligación estatal de restituir la identidad a las víctimas de desapariciones forzadas. Analiza la jurisprudencia y las posteriores implicancias de la misma, principalmente del fallo “Prieto”. Indica de qué manera esa decisión contribuyó a cumplir la obligación estatal y cómo incidió en acciones posteriores del Estado, especialmente en compromisos asumidos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la reforma legislativa posterior. Concluye que el Estado debe asumir la obligación de restituir la identidad de los jóvenes que aún son víctimas de desaparición forzada y hacerlo implica encauzar su responsabilidad por los hechos generados por el mismo Estado y que, adicionalmente, éste se comprometió internacionalmente a reparar. Contrariamente, poner en cabeza de los jóvenes la decisión de hacer cesar los delitos, tratándose de víctimas actuales del terrorismo de Estado, se opone a asumir estatalmente la responsabilidad e implica para el Estado seguir manteniendo los efectos de estos ilícitos.

Sigue esta compilación con el texto nominado “ADN: el nuevo artículo 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación”, de Leonardo Filippini y Karina

Tchrian. En el mismo, los autores estudian el artículo 218 bis CPPN incorporado por la ley 26.549, que fue publicada en el Boletín Oficial el 27 de noviembre de 2009. Esta reforma procesal, faculta expresamente a los jueces a ordenar la obtención de ADN, tanto de víctimas, terceros o imputados, cuando exista necesidad en un proceso penal. La incorporación del 218 bis, es el resultado de los debates antes señalados en los distintos artículos del libro que reseñamos. Filippini y Tchrian ponen de resalto que el antecedente principal fue el proceso de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el caso planteado por Abuelas de Plaza de Mayo “Vázquez Ferrá”, donde el Poder Ejecutivo Nacional se comprometió a enviar al Congreso un proyecto de ley, el que sirvió posteriormente de base al artículo 218 bis. Explican el alcance de la norma, destacando que se debe acudir a principios como la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad para ordenarla y que es posible incluso la extracción de una muestra biológica del cuerpo de la víctima —previo haber intentado formas menos lesivas— cuando no haya podido alcanzar el grado de certeza necesario de otra forma. Destacan que durante el debate parlamentario las objeciones se centraron en si se violaba la integridad física, la autonomía personal y la intimidad de las personas sobre quienes se tomaría la medida, estudiando los autores las razones por las cuales la norma es correcta. Finalmente, indican que parte de las resistencias estuvieron dadas porque algunos sectores consideraban que esta reforma buscaba perjudicar a Ernestina Herrera, quien se encuentra investigada por la posible apropiación de dos hijos de desaparecidos. La conclusión a la que arriban es que el artículo 218 bis CPPN reglamenta expresamente una práctica efectuada por los jueces y la consideran un acierto.

El profesor Gabriel Anitua a continuación presenta el artículo “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y la extracción de sangre a víctimas de delitos sin su consentimiento”. Allí, estudia dos fallos trascendentales de la Corte: los casos “Prieto” 1 y 2, vinculándolos a otros precedentes. Comienza dejando claro que el supuesto de extracción de sangre no es el único caso en el que se someten derechos y voluntad de la víctima a los fines del derecho y del proceso penal. Luego analiza los antecedentes de los fallos “Prieto” 1 y 2, para adentrarse en el estudio de los argumentos vertidos en los mismos por la CSJN. Seguidamente, describe las consecuencias de estas resoluciones, entre las que destaca la sanción de la ley 26.549 y la incorporación del artículo 218 bis a la normativa procesal. Culmina su presentación examinando la norma procesal citada, la doctrina de la Corte Interamericana en tanto dice que las investigaciones de las

desapariciones forzadas deben ser asumidas por el Estado sin depender de la iniciativa procesal de las víctimas, para finalmente tener especialmente en cuenta la solución amistosa ante la Comisión Interamericana en "Vázquez Ferrá". Concluye que ambos órganos internacionales reconocen el deber del Estado de avanzar en la búsqueda de la verdad histórica y la obtención de justicia, sin que ello implique desconocer los derechos individuales. En este sentido, destaca que las resoluciones de la Corte y la reforma legislativa tienden a ello.

En el artículo "La apropiación de niños y el análisis de ADN obligatorio", Alan Iud parte de repasar algunas definiciones imprescindibles a la hora de analizar la cuestión: la central es que se trata de personas que son víctimas de desaparición forzada, lo que significa que debe reconocerse como víctimas también a los familiares de la persona desaparecida. Ello implica reconocer a los familiares el derecho a la verdad y el derecho a la protección de las relaciones familiares, e implica necesariamente que el Estado debe cumplir determinadas obligaciones legales y convencionales. Luego analiza la jurisprudencia de la CSJN en la materia, en los casos "Vázquez Ferrá", y "Prieto" 1 y 2, para después abordar el acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana en "Vázquez Ferrá" y el artículo 218 bis CPPN. Finaliza destacando la importancia de la realización de los juicios penales en estos casos.

Otro de los trabajos presentados es "El proceso penal frente a las decisiones autónomas de no cooperar", de Leonardo Filippini. El autor parte de afirmar que la posición de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, en los fallos "Prieto", concentran el estado de discusión acerca de la extracción no voluntaria de ADN en el caso de personas que se sospecha son hijos de desaparecidos. Expresa que estos votos sintetizan décadas de construcción jurisprudencial y exponen el alcance que debe darse a la decisión autónoma de la víctima cuando es contraria al avance del proceso penal. Explica que las decisiones autónomas de las personas en el proceso pueden tener algún grado de dominio sobre la intensidad del avance del mismo. En ese sentido, el voto de los jueces mencionados, ilumina acerca de la dificultad existente sobre cómo valorar la decisión autónoma de las supuestas víctimas de no colaborar con el avance del proceso penal. Seguidamente, estudia distintos aspectos de "Prieto" 1 y 2, y deja claro que en el caso de decidir que se avance sobre la voluntad de la presunta víctima es necesario establecer en profundidad las razones que llevan a tal

decisión y exponer los argumentos que la sustentan. Finalmente, destaca la sanción del art. 218 *bis*, que si bien durante el debate para su sanción analizó varios de los argumentos brindados por los jueces, tomó un camino diferente y varias razones expuestas jurisprudencialmente fueron relativizadas o rechazadas por el Congreso.

A continuación, se halla el artículo de Lisandro Pellegrini, "La sustracción de niños durante el terrorismo de Estado y el análisis de ADN obligatorio de las víctimas". El mismo comienza señalando la complejidad de la discusión. La tensión gira alrededor de si quienes se sospechan son hijos de desaparecidos tienen derecho a que el Estado los obligue a la producción de una prueba que perjudica a quienes consideran sus padres —los presuntos apropiadores— en una investigación penal. Se centra en el análisis de la construcción jurisprudencial que basa su postura contraria a la realización de la prueba ante la negativa de la presunta víctima, en la autonomía personal. Este argumento, a su vez, está vinculado con la garantía de incoercibilidad y de privacidad, en las que el autor profundiza para explicar las razones por las cuales no son aplicables al supuesto en cuestión, siempre que haya razones fundadas para la sospecha y que no haya otras medidas menos lesivas. Seguidamente examina los votos de Zaffaroni y Lorenzetti en el caso "Prieto" y advierte que estos jueces terminan reconociendo un efecto a la negativa similar al que la ley penal le otorga a los denominados delitos de instancia privada. Culmina destacando que la postura de estos jueces no fue seguida por los legisladores a la hora de sancionar el artículo 218 *bis* CPPN, a pesar de que estos argumentos fueron tenidos en cuenta en los debates parlamentarios.

En el trabajo "El criterio de 'certeza desigual' en la extracción compulsiva de ADN", José Bongiovanni Servera estudia los supuestos en los cuales sería posible, a partir de la sanción del artículo 218 *bis* CPPN y según la interpretación de Filipini y Tchrián presentada en el artículo ya comentado, la extracción de sangre a presuntas víctimas de apropiación, pese a su negativa y luego de haber apelado a los métodos alternativos esbozados por la norma. Distingue los supuestos en que puede verificarse esta "certeza desigual" agrupándolos en tres categorías, según su origen: si nace del Estado, del sujeto-objeto de prueba o de un hecho fortuito. Afirma que en el caso de que el fracaso de los métodos alternativos sea imputable al Estado, no es procedente. En el caso de que sea imputable a la víctima, estaríamos frente a un delito penal y esto habilitaría la repetición de los métodos

alternativos, aunque el autor considera que igualmente no estaría habilitada la extracción compulsiva de ADN, la que estima no está permitida salvo que sea solicitada por el imputado ante un caso de certeza desigual para probar su inocencia. Finalmente, en el caso de tratarse de un hecho fortuito el autor también considera “peligroso” inclinarse por esa solución.

Este artículo da lugar a la obra de Rocío Constanza Russo: “La obtención de material genético en el marco de la investigación de delitos de desaparición forzada de personas. Análisis del art. 218 bis del Código Procesal Penal de la Nación”. En el mismo, la autora parte de la distinción de dos posibles interpretaciones del artículo en juego: una literal y otra acorde a un análisis sistemático del texto legal. En el caso de la primera, quienes la propician realizan una diferenciación entre el imputado y terceras personas, que distingue a su vez entre éstas a las víctimas y no víctimas. Esta interpretación concluye que en el caso de las víctimas no se le podría extraer compulsivamente material genético. Por su parte, la segunda interpretación indica que la víctima no se encuentra exenta de ser compelida a la extracción de material genético. La autora afirma que la segunda interpretación es la adecuada y demuestra, a lo largo de su exposición, que la misma es la que resulta acorde a lo establecido en la Constitución Nacional y los tratados internacionales. Fundamenta que se encuentran permitidas mínimas extracciones de muestras biológicas, las que deben ser practicadas del modo menos lesivo, e indica que no necesariamente la requisa personal o el allanamiento son métodos menos lesivos. Culmina destacando que siempre deben tenerse presente las circunstancias particulares, evitando la revictimización y teniendo presentes los derechos de las víctimas.

El penúltimo trabajo “La legitimidad de las pruebas genéticas sin consentimiento de la víctima según los estándares del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, cuyo autor es Mariano Gaitán, analiza minuciosamente el artículo 218 bis CPPN a la luz de las controversias que se presentan en torno a la admisibilidad de la extracción de muestras biológicas sin el consentimiento de un sujeto que se sospecha hijo de desaparecidos, de acuerdo con los principios constitucionales y los estándares del Sistema Interamericano. Si bien considera procedente la medida, examina en profundidad los requisitos que justifican la realización de la misma, repasando dichos estándares y, a la vez, el reflejo en la jurisprudencia local que los mismos han tenido. Concluye que la medida

es admisible aun en casos de no ser consentida, pero debe ser necesaria y proporcionada, atento los intereses contrapuestos en juego, los que deben ser ponderados en el caso concreto.

Finalmente, Gustavo Arballo presenta su texto "A propósito de 'Noble Herrera'". Allí, analiza el fallo de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, de junio de 2011, en la causa Noble Herrera. Comienza destacando el gran cuestionamiento que se le realiza a este fallo debido a la limitación temporal que establece para excluir a personas desaparecidas después de las fechas de registro de las adopciones de Marcela y Felipe en 1976, para luego continuar abordando los aspectos salientes de la resolución. Finaliza resaltando que la ponderación judicial no puede ser una operación algebraica de sumas y restas, sino que debe controlar que se ejecute en los casos en que sea estrictamente necesaria y por medios que tengan una potencialidad de afectación ajustadamente mínima sobre los derechos personales comprometidos.

A lo largo de sus artículos queda claro la importancia de esta obra, que sin dudas se presenta como imprescindible sobre una temática con gran actualidad y que sigue, a pesar del tiempo y los avances reseñados, generando debate en diferentes ámbitos. Es necesario multiplicar estudios como estos en donde el compromiso asumido con temas de semejante trascendencia no va en desmedro de la seriedad del abordaje. Como bien señalan los compiladores en la introducción a la obra:

"... este libro pretende ser una muestra de las reflexiones doctrinarias más actuales en materia procesal penal, que si bien se centran en un punto específico, han sabido interpretar la dinámica de los acontecimientos sociales y darles respuestas, superando el anquilosamiento del discurso disciplinar. Estos trabajos sirvieron para aclarar los estándares legales imperantes, para sortear obstáculos y avanzar en las investigaciones y para fundar las sentencias en casos ciertamente controversiales. Posiblemente su mayor mérito no sea tanto su originalidad, sino el haber sabido interpretar y traducir en términos jurídicos las demandas de las víctimas y la sociedad por la verdad y la justicia, que son en definitiva los fines del proceso penal".

Construcción de la Memoria. Conversaciones sobre dictadura y genocidio

de Pablo Montanaro, Neuquén, EDUCO, 2013, 106 páginas.

por **MARTÍN AVILA**⁽¹⁾

Lo decía el sobreviviente del Operativo Cutral Có, Pedro Maidana, en esta misma obra: "... aquello que no se institucionaliza, lo que no se educa, puede volver a repetirse, por eso creo que hay que profundizar este tema en las escuelas y en todos los ámbitos donde se trate el tema...".

El autor, Pablo Montanaro, sin dudas ha realizado un enorme trabajo digno de destacar, desde la conceptualización hasta la recopilación de testimonios y su posterior clasificación. *Construcción de la Memoria. Conversaciones sobre dictadura y genocidio* logra poner en testimonios de vida el accionar del terrorismo de Estado que funcionó en nuestro país y que dejó 30.000 víctimas, una generación diezmada, y el enorme desafío de construir desde la memoria activa un futuro con justicia y sin las atrocidades que produce el terrorismo de Estado.

El autor se sitúa en Neuquén y recoge el relato de diferentes actores y sobrevivientes del horror que pudieron dar ese testimonio que sirvió para la construcción de la verdad y de la memoria, para la obtención de la justicia.

.....

(1) Abogado especialista en derechos humanos. Fue querellante en representación de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación en diferentes causas en que se investigaba violaciones a los derechos humanos cometidas en Salta y Jujuy.

Hannah Arendt decía que: “Somos incapaces de perdonar aquello que no podemos castigar e incapaces de castigar aquello que se ha vuelto imperdonable”, sin dudas que el camino es la **justicia**, su exigencia desde la construcción de la **memoria** y la **verdad**.

El plan sistemático y genocida del terrorismo de Estado fue una realidad ya probada y pasada en autoridad de cosa juzgada en diferentes causas que se desarrollaron en todo el país, empezando por la Causa 13 de 1984.

A diciembre de 2013, había en todo el país 1069 procesados, de los cuales 525 ya tienen una causa o más con pedido de elevación a juicio oral; 520 condenados, solo 71 con condena firme, y 60 absueltos. Desde el 2004 a la fecha, se realizaron 107 juicios del total de 122 donde se investigaron violaciones a los derechos humanos durante el accionar del terrorismo de Estado.⁽²⁾ Asimismo, se han detectado como centros clandestinos de detención y tortura alrededor de 500⁽³⁾ lugares en todo el país.

Estas cifras hablan por sí solas de la construcción de la memoria y describen con números el proceso que aún llevamos adelante en todo el país, pues si sumamos los procesados con los condenados a la fecha, en promedio, nos arroja un número de tres genocidas por centro clandestino de detención, lo cual resulta insuficiente para su funcionamiento lógico, que habrá requerido al menos de 10 personas por cada centro clandestino.

Cuando hablamos de terrorismo de Estado, hablamos del diseño de normativas explícitas que redefinieron los mecanismos constitucionales para enfrentar al delito, la existencia de normas secretas y, principalmente, la implementación de una verdadera metodología paralela de exterminio del opositor.

En cada jurisdicción donde se obtuvo una sentencia, se probó con certeza absoluta que la planificación del terrorismo de Estado con criterios de sistematicidad no solo puede constatarse en los decretos 2770/1975 (Consejo de Seguridad Interior) 2771 y 2772 del mismo año, sino incluso

(2) Ver más información en: http://fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/wp-content/uploads/sites/4/2014/01/Informe_Lesa_Humanidad_20_diciembre_2013.pdf

(3) Ver más información en: http://anm.derhuman.jus.gov.ar/sm_se%C3%B1alizac.html

en la directiva secreta 404 del Consejo de Seguridad, que estableció como objetivo la eliminación física de aquello que se denominó como "subversivo", utilizándose los criterios subjetivos más arbitrarios para definir quiénes lo eran y quiénes no; en la existencia de manuales específicos de "lucha antisubversiva"; en la cuadriculación operativa de todo el territorio nacional, método típico para facilitar la persecución en zonas sitiadas; en la puesta en funcionamiento de un sistema de inteligencia interna; y en la búsqueda de una capacitación específica para llevar adelante ese plan sistemático de eliminación física del enemigo.

El autor busca en sus conversaciones sobre genocidios reconstruir la memoria histórica de los juicios por violaciones a los derechos humanos de Neuquén a través de relatos y entrevistas breves pero profundos, con conceptos claros imposibles de no destacar.

El autor intitula a la primera parte del libro: "Luchadoras de la vida humana", allí destaca en un primer momento el relato de Noemí Labruno, quien fuera convocada en 1975 a ser fundadora junto al obispo De Navares de la delegación de la Asamblea Permanente de Derechos Humanos en Neuquén como un espacio de recepción y contención para los familiares de desaparecidos. Ella cree que el golpe de marzo de 1976 tuvo como objetivo principal desarticular las luchas populares por una sociedad más justa, matando una generación y su resistencia.

En su invaluable concepto y testimonio, da cuenta de la resistencia de los movimientos sociales y sostiene que permitieron evitar la concreción de la totalidad del objetivo de la dictadura cívico-militar. Cree que no se pudo llegar a toda la población y generar conciencia social debido al terrorismo de Estado y luego al menemismo y la globalización, y que es necesario acompañar el dolor de las víctimas, pero luego hay que transformar a esas víctimas en activos querellantes. Los juicios son, en definitiva, un largo camino que finalmente, junto a la parte jurídica y con conciencia social, se transformarán en jurisprudencia, pese a que los imputados no romperán el pacto de silencio, pues, termina afirmando, era parte del plan que permitía la barbarie que ejecutaron.

En iguales condiciones, no es para menos el aporte de la colega Nerea Monte, abogada querellante de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), quien pudo afirmar que los datos relevados de

los testigos confirman la existencia de un Centro Clandestino de Detención, Tortura y Exterminio (CCDTyE) en el primer juicio por violaciones a los derechos humanos realizado en Neuquén. También destaca que los organismos nunca bajaron los brazos pese al imperio de las leyes del olvido —aunque éstas nos llevaron a los Juicios por la Verdad, las extradiciones, etc.—. La metodología fue igual en todo el país: esto no es un delito común por la forma en que actuaron los represores; ellos se sentían dueños de la vida de sus víctimas y creían que iban a tener la impunidad para siempre. La abogada considera que en todos los CCDTyE había un médico que se cercioraba de si los presos estaban en condiciones de seguir siendo torturados, no para mejorar sus condiciones de vida. Hay que agradecer a las víctimas porque sus testimonios permitieron “revivir” el terror, aportando a la reconstrucción de la memoria histórica, aunque seguramente durante su detención ellos se sintieron al borde de la muerte.

A la segunda parte del libro, el autor la denomina “Genocidio, marca del terror”. Allí, en forma breve, describe y transcribe relatos de víctimas y dogmáticos con un nivel de exposición de sumo contenido técnico y, sobre todo, sentimental. Daniel Feierstein afirma sin más la importancia de los juicios como la posibilidad de trabajar sobre la marca del terror y reflexionar acerca de nuestro presente, así destaca el concepto de genocidio como la destrucción de la identidad de un pueblo imponiendo la del que lo destruye, e incluso lo compara con el nazismo en su intento de transformar la sociedad a través del terror. Por ello, concluye que aunque algunos creen que volver al pasado nos detiene en ese momento, en realidad no hay modo de recomponer los lazos sociales si no se hace un trabajo profundo y permanente sobre las marcas que dejó el terror.

Luego, el autor trae a Martín Lozada, en sus dichos respecto de las teorías sobre si lo ocurrido en Argentina fue un genocidio *strictu sensu* o un crimen contra la humanidad. Quienes sostienen la primera teoría, entienden que se intentó menoscabar a un grupo nacional; en cambio, los que avalan la segunda teoría, afirman que el intento de eliminación no fue dirigido a un grupo nacional sino a un grupo de disidentes políticos. Consideran que los genocidas suelen negar el hecho, y Lozada brinda como ejemplo el genocidio turco contra los armenios. En Argentina, el negacionismo intenta decir que fue una guerra, riega la Teoría de los dos demonios y, en definitiva, termina siendo un justificacionismo.

En esta misma parte, el autor agrega el testimonio de Ana María Careaga, víctima y exiliada, quien destaca la ineludible e incesante lucha de los organismos de derechos humanos que hizo posible el avance actual que vivimos en la materia. Ella entiende que la repetición de los testimonios del horror evidencia la sistematicidad del terrorismo de Estado en su accionar, y que la otra cara de la represión fue generar un movimiento de derechos humanos de enormes valores cuya máxima representación simbólica son las Madres y Abuelas de Plaza de Mayo, que dan cuenta de una resistencia que siguió reclamando junto a otros actores sociales durante muchos años y que hoy se materializa en los juicios que se llevan adelante.

“Construcción de la memoria” es el título de la tercera parte del libro, donde comienza el relato de los juicios de forma activa con entrevistas a personalidades como Félix Crous, que nos cuenta acerca de si el problema es que faltan jueces, o más bien si radica en quiénes son esos jueces. Esto último hace afirmar que, en algún punto, los militares no solo tuvieron apoyo de los civiles sino que directamente se trató de un golpe cívico-militar; así, la impunidad hizo potenciar aun más el sufrimiento causado por el terrorismo de Estado. Por ello, la dictadura no es un fenómeno del pasado sino que es una bomba atómica que sigue matando con radiación mientras persista la impunidad. Por su parte, Juan Cruz Goñi agrega con claridad que resulta fundamental investigar el rol de la justicia como garante del terrorismo de Estado, y destaca el testimonio de los sobrevivientes en el plano, dice, de la naturaleza humana, ya que reflejan la particular situación en la cual los hoy imputados eran amos de la vida y de la muerte de los secuestrados.

Cuando Elizabeth Jelin dice que la consigna “Nunca Más” es un mandato a futuro, no tiene que ver con el pasado, apunta a la memoria activa, esa que le da sentido al pasado que acontece en el presente. Ella considera necesario ver a las memorias con perspectiva histórica; las maneras en que se las nombró, como por ejemplo la dictadura que se autodenominó “proceso” hasta, por suerte, pocos años atrás donde recibe su verdadero nombre: dictadura. Pedro Justo Rodríguez, después de recibir torturas y tormentos, puede decir sin dudas que deshumanizar a la víctima es lo que hace un torturador. Por su parte, como sobreviviente de la dictadura, Orlando Balbo afirma con claridad que el Estado utilizó las instituciones destinadas a los ciudadanos para ponerlas en contra de los ciudadanos.

El historiador Pablo Scatizza agrega, además, que el clima anterior al 24 de marzo ya era represivo y había muchas detenciones.

En la cuarta parte del libro, “La violencia sexual, práctica de destrucción”, podremos encontrar a Mabel Vasallo y Susana Chiarotti conceptualizando el por qué de la violencia sexual en la tortura cuando relatan que el hecho de aplicarle picana a un varón en los genitales y decirle “nunca vas a ser padre” tenía una connotación sexual y reproductiva, y el mayor ensañamiento contra las mujeres probablemente se debía a que ellas veían en la militancia la transgresión de los roles de madre y esposa.

María Sonderegger explica que la impunidad con la que se ejecutó la violencia sexual durante el terrorismo de Estado pone de manifiesto todos los prejuicios sexistas que subyacen aún hoy en la valoración de los delitos sexuales; así, la fiscal Cristina Beute confirma la cantidad de testimonios que se han logrado sobre relatos de abusos sexuales en Neuquén y que fueron, en definitiva, parte del ataque sistemático de exterminio.

En la última parte, “Las huellas de un dolor colectivo”, Pedro Maidana, sobreviviente del operativo Cutral Có —producto del cual todavía están desaparecidas 14 personas—, nos cuenta que el primer juicio realizado en Neuquén generó un poco de alivio pero también dejó una sensación amarga por la nefasta historia que se vivió durante esos años. Por su parte, Juan Pincheira de chico no sabía dónde estaba su padre, y cuando se enteró empezó a buscarlo junto a su madre, hasta que el conserje de un hotel les dijo que su padre había dejado dicho que los iba a encontrar pronto. Esa mentira Juan la consideró una tortura psicológica.

Finalmente, Dora Seguel nos cuenta su estremecedora historia cuando fue secuestrada a los 16 años, y que hoy no llora por recordar las torturas y vejámenes sufridos sino por la impotencia, angustia y bronca, porque lo que querían era aniquilarla moralmente, “que no sirviera para nada”, como le decían al oído.

En todos estos testimonios se reconstruye una historia de mucho dolor, la historia del accionar del terrorismo de Estado en Argentina, con torturas, vejámenes, desapariciones forzadas y apropiaciones de bebés. En cada juicio que se lleva adelante, se busca la **verdad** histórica y **justicia** con **memoria**, algunos cuestionan los más de 30 años que debieron pasar para

hacer estos juicios, diciendo que justicia tardía no es justicia. Pero, afirmar eso implica desconocer el proceso histórico que como país debimos afrontar para llegar a los juicios, la exigencia de justicia de los organismos de derechos humanos sin hacer jamás justicia por mano propia y la reconstrucción de la **memoria** que permitió la destrucción del cepo de la impunidad. Decía siempre el maestro Eduardo Luis Duhalde: "justicia tardía antes que injusticia eterna".

En definitiva, la obra reseñada tiene muchas virtudes, nos coloca en plena conversación sobre el genocidio con víctimas, sobrevivientes, fiscales, catráticos y demás actores de juicios que investigan violaciones a los derechos humanos en Neuquén; nos permite conceptualizar sus efectos y el daño que le hizo a la sociedad toda; y, por último, nos incorpora la **verdad** histórica y la importancia de saber que aquello que se olvide, se repetirá.

Argentina hoy es un ejemplo mundial en política de derechos humanos, porque puso en un primer plano la política de **verdad, memoria y justicia**; en cada provincia hay un banquillo para aquellos que convirtieron las instituciones del Estado en instituciones del terror, aliviando poco a poco la exigencia de justicia, única forma de dar vuelta la página.

Violencia familiar. Aspectos prácticos

de Silvina A. Bentivegna y Diego Ortiz,
Buenos Aires, Hammurabi, 2013, 239 páginas.

por **FLORENCIA LOSIO**⁽¹⁾

Esta obra, de reciente aparición, estudia el aspecto eminentemente práctico de la denuncia de violencia familiar y se dirige a abogados/as que ejercen la profesión.

El libro trata especialmente la violencia que se perpetúa dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, diferenciando claramente los alcances de las leyes 24.417, de violencia familiar, y la 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujeres en los Ámbitos de sus Relaciones Interpersonales.

La estructura de la publicación se divide en cuatro capítulos y cuatro anexos.

El capítulo I está dedicado al marco normativo de la violencia familiar en la Constitución Nacional, el Código Civil y las leyes nacionales 24.417 y 26.485, y en la ley 12.569 de la provincia de Buenos Aires.

En cuanto a los instrumentos internacionales, se rescata la importancia de los mismos, especialmente la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, o conocida Convención de Belém Do Pará, aprobada en nuestro país por la ley 26.485.

.....
(1) Abogada (UBA). Se desempeña en el Programa de Género de la Defensoría General de la CABA.

En este capítulo se realiza la diferenciación de los ámbitos de aplicación de ambas leyes nacionales, y de la impronta de las mismas, recalcando que la ley 26.485 es una ley de género, por ello se aplica cuando las víctimas de la violencia sean mujeres, adolescentes o niñas, a diferencia de la ley 24.417 que se aplica tanto si la víctima es hombre o mujer.

Toma en este capítulo el concepto de “denuncia” y no de demanda, al no existir traslado de la misma, no obstante quedar garantizado el derecho de defensa del denunciado.

El capítulo II se dedica a la tipología y modalidades de la violencia establecidas en la ley 26.485 y su decreto reglamentario 1011/10.

Es interesante la estructura que emplea ya que a cada tipo o modalidad de violencia le sigue luego la explicación de los tipos penales que podrían derivar, su configuración y las penas correspondientes.

El expediente de violencia familiar puede correr paralelo con un expediente de lesiones, amenazas, hostigamiento, incumplimiento de los deberes asistenciales, etc. En este punto hubiese sido interesante explicitar las competencias actuales que tienen los juzgados nacionales y los juzgados penales, contravencionales y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que algunos tipos penales que se generan en la situación violenta tramitan en uno y no en otro, cuando se darían esas situaciones y donde es conveniente la tramitación de la causa a fin de evitar declaraciones de incompetencias y con ello dilación de las mismas.

Es dable destacar la diferenciación realizada entre las leyes nacionales aplicables, en cuanto a la convivencia o no con el presunto agresor y la inclusión dentro del concepto de grupo familiar a la pareja y/o novio, independientemente del espacio físico en donde la violencia ocurra. Es decir que cuando se aplique la ley 26.485, violencia perpetuada contra una mujer, no importará si el agresor convive o no con la víctima, si la violencia se desarrolla dentro del hogar o no, ampliándose a el concepto de grupo familiar a la pareja y/o novio. Al ser esta normativa mas amplia en cuanto al espacio físico en que ocurre la violencia, se origina un desuso de la expresión “violencia doméstica”, en el sentido de violencia que sucede en el *domus* del derecho romano.

El capítulo III está destinado a explicar los aspectos procesales de la denuncia por violencia familiar: quiénes se encuentran legitimados para interponer la denuncia y cuáles son los requisitos formales requeridos.

Dos temas a resaltar son la imposibilidad de realizar la denuncia por sí de los niños, niñas, adolescentes, ancianos o discapacitados, quienes deberán hacerlo mediante sus representantes legales y/o el Ministerio Público; y la obligación de denunciar que recae sobre los servicios asistenciales, sociales o educativos, públicos o privados, los profesionales de la salud y todo funcionario público que en razón de su labor tome conocimiento de situaciones de violencia familiar.

Es preocupante que se imponga como requisitos para denunciar la mayoría de edad de la víctima, la capacidad y la no tan avanzada edad de la víctima. Cualquier persona que pueda verbalizar o expresar de algún modo su padecimiento de violencia familiar, podría concurrir por sí y realizar la denuncia, siendo la institución que la recibe la que arbitre los medios para darle seguridad a los derechos del denunciante.

Asimismo, en este capítulo se dan recomendaciones a fin de realizar la primera entrevista con el/la consultante, los datos que son indispensables recabar, y la importancia de la presencia de red social para evaluar y considerar las estrategias a seguir.

Es de interés el especial tratamiento que se hace a las desventajas de mediar en casos de violencia familiar y a la prohibición expresa que indica el art. 28 de la ley 26.485, rescatando la importancia del abogado patrocinante de la denunciante, quien deberá oponerse a la celebración de la mediación, proponiendo que la concurrencia al juzgado o tribunal del denunciado y denunciante se realice en días distintos.

Por último, el capítulo IV trata la procedencia o improcedencia de la demanda de daños y perjuicios generados por la violencia familiar.

Aún existe poco material al respecto aunque es innegable el derecho a la reparación integral.

Los anexos se encuentran destinados a la jurisprudencia aplicable, ejemplos de violencia familiar, modelos de escritos, oficios, testimonios y cédulas, directorio de instituciones, organismos y centros de atención a las víctimas.

Todos resultan de gran interés para el/la abogado/a, facilitando el ejercicio diario de la profesión.

Hubiese sido de interés para el enriquecimiento de la obra realizar algunos cuestionamientos que se generan en la práctica, como ser las largas esperas que las víctimas de violencia sufren en la Oficina de Violencia Doméstica, la que en algunas oportunidades desalienta a realizar la denuncia y en otras impide el acceso a la justicia, como así también ahondar en los porqués de la violencia familiar, sus razones, etc.

Es una obra breve, práctica, de gran ayuda para las primeras consultas que se nos lleguen como profesionales por violencia familiar y de acercamiento a esta temática tan compleja.

Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional

de María Teresa Vocos, Córdoba, Lerner Editora SRL, 2012, 416 páginas.

por **RAÚL OSVALDO ARRIETA**⁽¹⁾

Para quien, por primera vez, se asoma al campo de estudio de los derechos humanos resulta indispensable tener un concepto claro de su significado, en virtud de que, como bien expresa la autora en su introducción, el mal manejo que, muchas veces, los medios de comunicación y algunos operadores de la educación han hecho del término ha distorsionado su verdadero significado.

Sin dudas, la obra presenta un completo contenido jurídico, así como un consistente hilo conductor al momento de explicar tanto el surgimiento de los derechos humanos como su evolución histórica.

Organizativamente, el libro se encuentra distribuido en VI capítulos y un anexo legislativo que sistematiza de manera clara el contenido que ha abordado la Dra. María Teresa Vocos en cada uno de los capítulos.

Los amplios conocimientos de la autora quedan evidenciados en el modo en que, a lo largo del libro, plasma con claridad conceptos básicos y esenciales, brindando a cualquier persona que se encuentre con esta obra, además del placer de su lectura, la posibilidad única de entender el significado específico de los derechos humanos.

.....

(1) Abogado (UNLZ). Diplomatura en Derechos Humanos (UNTReF). Secretario de la Defensoría General del Depto. Judicial de Lomas de Zamora. Ex integrante de la Unión de Magistrados y Funcionarios del Depto. Judicial de Lomas de Zamora.

En el capítulo I, titulado “Los derechos humanos”, la autora aborda el tema no solo desde su independencia de los factores particulares —las obligaciones que el derecho internacional regulador de los derechos humanos establece para con los Estados—, sino también desde una perspectiva histórica que entiende que la evolución de los derechos humanos constituye, sin duda, el puntapié inicial a las relaciones entre la persona y la sociedad.

Cabe destacar que, en el presente capítulo, a través de la historia, la autora deja claro cuál es el lugar que ocupan los derechos humanos en la sociedad actual, al tiempo que explica la entidad y naturaleza de los mismos.

El capítulo II, titulado “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, propone un análisis pormenorizado de dicha declaración, que se centra tanto en los principales conceptos que hacen al derecho internacional de los derechos humanos como en la relevancia que ésta ha adquirido a nivel internacional —motivo por el cual su implementación ha penetrado en el mundo como tema central—. Valga señalar que aquellos que nunca creyeron en la necesidad de leer un libro acerca de los derechos humanos encontrarán en este capítulo un desarrollo tan ameno del tema que seguramente no se arrepentirán de haber iniciado la lectura.

En el capítulo III, titulado “Los derechos humanos y el Estatuto de Roma”, encontramos uno de los puntos neurálgicos de la obra, que constituye un nuevo paradigma dentro del campo del derecho penal y que influye, en forma directa, en el ordenamiento jurídico penal. También en este capítulo la autora ostenta una admirable capacidad jurídica e ilustrativa, introduciéndonos en el tema de una manera simple, clara y aprehensible —incluso, para el lector neófito—.

Vocos comienza su recorrido explicando los motivos por los cuales se estableció la Comisión de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en 1946, deteniéndose luego en qué pasó 50 años después, cuando en 1998 se aprobó el Estatuto de Roma, proponiendo un estudio comparativo de sus ámbitos de aplicaciones, estructura y elementos comunes. El análisis pormenorizado que hemos realizado de este capítulo nos habilita a aseverar que el Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional (CPI) revisten una importancia fundamental que queda pertinentemente consignada a lo largo del desarrollo del acápite.

Para concluir la reseña del presente capítulo, valga señalar que la autora no soslaya que, pese a los elementos notables de la Convención, no se han

podido tipificar el delito de terrorismo y los delitos de lesa humanidad por falta de acuerdo entre los Estados, ya sea por coyunturas internas o simplemente por cuestiones de políticas criminal; un señalamiento que sirve de eslabón perfecto para las temáticas analizadas en los capítulos siguientes.

En tal sentido, en el capítulo IV, titulado “Consideraciones sobre algunos aspectos que podrían dificultar el funcionamiento de la CPI”, la autora profundiza en la problemática advirtiendo que ésta no cuenta con el poder ni la fuerza suficiente para el cumplimiento de las decisiones y que dicho cumplimiento se encuentra al supeditado al apoyo de los Estados. Por la tanto, después de analizar diferentes variables —como la cuestión normativa, la responsabilidad de los jefes militares y civiles, las órdenes y disposiciones legales—, concluye que muchas de las disposiciones de Estatuto de Roma contravienen un estándar más elevado establecido en la actualidad por el derecho internacional y que, por tal motivo, el referido Estatuto posee algunos errores que conviene señalar.

En el capítulo V, “Las primeras actuaciones de la CPI”, Vocos comienza analizando cómo la guerra de Uganda, que tuvo lugar en África Oriental, desató un vacío de civilización, tanto a nivel interno como externo —en la comunidad internacional— toda vez que la coyuntura política de ese país obligó a la CPI a ceder en cuestiones que hacen a su función de control y mantenimiento de un marco legal internacional, es decir, que la acción internacional no fue posible y las acciones judiciales quedaron en manos del derecho interno.

Para finalizar el comentario de este capítulo, cabe señalar que es imposible no destacar cómo en pocos renglones encontramos algunos de los temas más controversiales y más comprometidos de los derechos humanos —tales como su mismo concepto; su fundamento; su relación con el universalismo; la función de los organismos, tratados y estatutos internacionales—; todos desarrollados con la misma sencillez y claridad que define el lineamiento de la obra en su totalidad.

Habiendo analizado y descripto la totalidad de la obra, no queda más que concluir que la misma es una pieza fundamental, tanto para poder reflexionar sobre la materia como para entender de manera precisa de qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos y en qué consiste la función de la Corte Penal Internacional.

Novedades

► Nuevo aniversario del 24 de marzo. A 10 años de la recuperación de la ex ESMA

El 24 de marzo de 2014 se conmemoró el 38° aniversario del golpe de Estado cívico-militar que usurpó el gobierno constitucional e impuso una de las dictaduras más brutales de la historia de los pueblos latinoamericanos. Aquella dictadura tuvo como objetivo transformar la economía, la política y aplicar un modelo neoliberal.

Las Madres y Abuelas, Familiares, HIJOS, otros organismos de derechos humanos, organizaciones políticas y sociales y miles de ciudadanos han marchado esta vez a la Plaza de Mayo con la consigna "Democracia o corporaciones". Esta consigna inscripta en las banderas de la multitud que acompañó a las Madres, Abuelas y organismos de derechos humanos, fue el núcleo central del documento consensuado que se leyó desde el escenario montado en la histórica Plaza de Mayo.

Luego de la tradicional marcha a Plaza de Mayo, miles de personas se movilizaron hasta el predio donde funciona el Espacio Memoria y Derechos Humanos, en el marco del 10° aniversario de su recuperación. El 24 de marzo de 2004, en un histórico discurso, el ex presidente Néstor Kirchner conmovió a todos los que se habían acercado a ese lugar tan representativo del terrorismo de Estado, anunciando la

creación del Espacio de Memoria. La jornada de conmemoración en ese Espacio comenzó con la inauguración de la Casa por la Identidad de las Abuelas de Plaza de Mayo. El panel que hizo oficial la apertura de esta Casa estuvo conformado por Estela de Carlotto, presidenta de la Asociación Abuelas de Plaza de Mayo; el nieto recuperado y director de la Casa, Manuel Gonçalves; Julio Alak, Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; y Martín Fresneda, Secretario de Derechos Humanos.

A continuación de esta inauguración, se realizó la señalización del lugar como ex centro clandestino de detención tortura y exterminio. El acto continuó en el escenario oficial montado en la Plaza de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Luego de cantar el Himno Nacional, se dirigieron a la multitud Estela de Carlotto; Martín Fresneda; Juan Cabandié, nieto recuperado y Diputado Nacional por el Frente para la Victoria; y Carlos Zannini, Secretario Legal y Técnico de la Presidencia de la Nación, quien cerró el acto.

► Encuentro Regional para el Intercambio de Buenas Prácticas en Materia de Acceso a la Justicia de UNASUR

La Dirección Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales del Ministerio de Justicia organizó los días 17 y 18 de marzo el Encuentro Regional para el Intercambio de Buenas Prácticas en Materia de Acceso a la Justicia de UNASUR, que contó con la presencia del Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Julio Alak y la Ministra de Justicia de Paraguay, Sheila Abed Duarte.

También participaron del encuentro el Secretario de Justicia de la Nación, Julián Álvarez, que junto a sus pares de Bolivia, Brasil, Ecuador y Perú, encabezaron el panel "El acceso a la justicia como política de inclusión social".

Durante la jornada se desarrollaron ponencias sobre "Los métodos alternativos de resolución de conflictos como garantía del acceso a la justicia de la población en situación de vulnerabilidad", "Víctimas de violencia de género", y "El Estado como garante del acceso a la información jurídica". También

se desarrollaron los siguientes paneles: "Experiencias regionales en materia de casas de derechos", "Integración ciudadana y derechos de las personas migrantes", "El acceso a la justicia de personas con discapacidad" y "Pueblos indígenas y afrodescendientes". Donde se debatieron cuestiones vinculadas a la

seguridad ciudadana, justicia y coordinación de acciones contra la delincuencia organizada transnacional.

De la reunión participaron representantes de Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, Perú, Chile, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

► El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos organizó el Congreso Nacional sobre Digesto Jurídico Argentino

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, organizó, el martes 8 de abril, el "Congreso Nacional del Digesto Jurídico Argentino", del que participaron académicos, funcionarios y legisladores nacionales y provinciales, y distintos referentes en la materia.

La apertura y el cierre del encuentro estuvieron a cargo del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, Julio Alak, y del Secretario de Justicia, Julián Álvarez. Los acompañaron: el Diputado Nacional, Daniel Tomas, y el Senador Nacional Aníbal Fernández, integrantes de la Comisión Bicameral del Digesto Jurídico.

Durante la jornada se debatió acerca de la importancia de la consolidación y simplificación de la normativa vigente que representa el Digesto Jurídico Argentino, cuyo proyecto fue presentado al Congreso de la Nación por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner en 2011, y cuenta con media sanción de la Cámara de Diputados.

Se trata de una iniciativa que tras el estudio de las más de 32 mil normas sancionadas desde 1852, determinó que son 3134 las vigentes, permitiendo reducir el universo legislativo y facilitando el conocimiento del Derecho por parte de la ciudadanía.

En el marco de este Congreso también se expusieron las distintas experiencias de las provincias en materia de digesto jurídico, mediante la participación de representantes de Río

Negro, San Juan, Misiones y Neuquén.

El encuentro se desarrolló en el Salón "Gaudí" del hotel NH City & Tower, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

► Condenas en el Juicio por la desaparición de Marita Verón

Los 10 acusados por el secuestro y desaparición de Marita Verón fueron condenados el 8 de abril del 2014 y deberán cumplir penas que van desde los 10 hasta los 22 años.

Susana Trimarco dijo estar "conforme" con las condenas a los culpables del secuestro y desaparición de su hija. Pero aclaró que "esperaba mucho más" y sostuvo que seguirá adelante con su lucha porque el objetivo principal sigue siendo "saber dónde está Marita".

"Conseguimos algo después de tanta lucha y encontramos un poco de paz para mi hija, además de justicia para esas otras chicas a las que estos delincuentes les hicieron tanto daño", señaló Trimarco apenas conocido el fallo comunicado por los camaristas Emilio Páez de la Torre, Dante Ibáñez y Juana Juárez.

Tras la condena, la titular de la Fundación "María de los Ángeles", dijo que "este juicio marca un antes y un después" lo que "no quiere decir que vamos a abandonar nuestra lucha y seguiremos peleando hasta que sepamos qué hicieron con mi hija, porque ese es el objetivo que buscamos".

"Esperaba que antes de abandonar la Sala uno de ellos gritara dónde estaba mi hija", admitió Trimarco, quien lamentó que en el país "haya gente que se adueñe de la vida de las personas como hicieron con mi hija y con muchas chicas".

Marita sigue siendo buscada por la Policía Federal, Gendarmería, Interpol y el FBI, según indicó su madre, quien explicó que “aprendí que hay temas que debo callarme para que la investigación sea positiva y por eso no puedo decir todo lo que sabemos”.

Susana expresó su respeto al Tribunal que condenó a los imputados, “algo que debieron haber hecho los otros jueces en 2012”, que los habían ab-

suelto, y agradeció el apoyo recibido por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner “desde su condición de gobernante del país pero, fundamentalmente, desde su rol de madre”.

“Aquí cerramos una etapa, pero empezamos otra que tiene como finalidad saber dónde está Marita”, cerró Trimarco su contacto con los medios de prensa que estaban en los Tribunales cubriendo la última jornada del juicio.

► Festival “Yo le digo NO a la Trata de Personas”

La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación participó del Festival “Yo le digo No a la Trata”, en conmemoración de un nuevo aniversario de la desaparición de Marita Verón, hija de la luchadora contra la trata de personas Susana Trimarco. Esta actividad fue organizada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y la Fundación María de los Ángeles se realizó el 3 y el 4 de abril, en la ciudad de San Miguel de Tucumán.

El Festival se inició con una función de la obra *Mika*, dirigida por Jimena Duca, basada en la historia de Susana Trimarco, en el teatro Alberdi, y que busca sensibilizar a fuerzas de seguridad y funcionarios judiciales. En el teatro se instaló y expuso la muestra “Se trata de personas”, de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, la cual busca sensibilizar y concientizar a la comunidad sobre las formas de prevención de este delito.

El viernes 4 de abril, el Festival finalizó en la Plaza Independencia con la actuación de la Bersuit Vergarabat, Karpanga, Karamelo Santo, Nonpalidece,

Airbag, David Bolzoni, Rockandlobos, Peces Gordos y La Wai Fai. Durante esta jornada hubo stands con material de difusión, promoción y concientización a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la Oficina de Rescate y Acompañamiento a las Personas Damnificadas

por el Delito de Trata y de la Oficina de Monitoreo de Publicación de Avisos de Oferta de Comercio Sexual, del Ministerio de Desarrollo Social con el Consejo Nacional de la Mujer) y de la Secretaría de Derechos Humanos a través de la Subsecretaría de Promoción de Derechos Humanos.

► Primeras Jornadas contra la Trata en la ciudad de Tandil

Se desarrolló los días 10 y 11 de abril y tuvo lugar la presentación formal de la Mesa Local contra la Trata, un espacio en el que se vienen reuniendo organizaciones e instituciones que han asumido el objetivo de visibilizar la temática, promover su difusión y articular las acciones. "Entendemos que este abordaje integral es imprescindible para trabajar seriamente", señalaron en su documento fundacional desde la Mesa.

En las Jornadas se abordaron temas de prevención, concientización y formas de protección de las personas, intercambiando información sobre las capacidades y necesidades institucionales, además de normativas y programas vigentes.

Las actividades se llevaron a cabo en la Plaza Independencia. Contó con talleres para operadores, actividades culturales, ferias, y las disertaciones de Andrea Rossetti locutora y periodista, integrante de la Red PAR; Patricia Londeix, de la Biblioteca Popular de las Mujeres); Pablo Diotto, Delegado provincial de RENATEA; Susana Méndez, Titular de INDHIGO), representantes de la Mesa contra la

Trata de Tandil, Daniel Adler, Fiscal General del fuero Federal; Fernanda Balatti, periodista especializada en temas de Justicia, autora del libro *Vivir para juzgarlos*; Gloria Boniato coordinadora del área de Prevención de la

Explotación Infantil y Trata de Personas del ministerio de Desarrollo Social de la Nación y Cecilia Merchan, Coordinadora del Comité para la Lucha contra la Trata y Explotación de Personas).

► **Jornada sobre el Rol de los Civiles durante el Terrorismo de Estado en Argentina, auspiciada por el Ministerio de Justicia**

La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, junto a la Dirección Nacional de Cooperación Internacional Jurídica y en Sistemas Judiciales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, llevó adelante la Jornada sobre el Rol de los Civiles durante el Terrorismo de Estado.

La actividad se realizó el 11 de marzo en el Salón Emilio Fermín Mignone de la Secretaría de Derechos Humanos y contó con las exposiciones de Martín Fresneda, Secretario de Derechos Humanos; Willem De Haan, profesor emérito de la VU University de Amsterdam; y Diego Morales, director del área de Litigio del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

El Secretario de Derechos Humanos consideró que "es responsabilidad de la democracia investigar las complicidades empresariales que tuvo la última dictadura".

"Una de las mayores dificultades que tuvo la democracia en 1983 fue que heredó la Justicia de la dictadura, que no se renovó automáticamente. Hoy es el Estado de derecho el encargado de buscar justicia en un país que se convirtió en víctima del Terrorismo de Estado", apuntó Fresneda.

Y agregó: “la búsqueda de verdad y justicia es una tarea llevada a cabo por toda la sociedad, pero debemos reconocer que los organismos de Derechos Humanos cumplieron una tarea fundamental en este aspecto”.

Por su parte, Morales explicó que en Argentina “se investiga la participación de empresarios en complicidad con el Terrorismo de Estado, por la aplicación de métodos de persecución a trabajadores”.

“En los diarios del Juicio a las Juntas hay intervenciones de dirigentes sindicales en donde mencionan persecuciones o amenazas en sus lugares de

trabajo a los integrantes de las comisiones internas”, apuntó.

El profesor emérito de la VU University de Amsterdam, De Haan, remarcó la importancia de los avances que Argentina logró con respecto al juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad.

“Si multinacionales como Ford y Mercedes Benz tuvieron un rol activo durante la dictadura argentina, es probable que otras multinacionales holandesas como AKZO, Philips, Shell, Unilever, también hayan estado involucradas en estos crímenes”, admitió el catedrático de los Países Bajos.

► Coloquio homenaje a Eduardo Luis Duhalde

La Secretaría de Derechos Humanos de la Nación homenajeó el jueves 3 de abril al ex Secretario de Derechos Humanos Eduardo Luis Duhalde, en conmemoración del 2º aniversario de su fallecimiento, con un coloquio sobre el libro *El Estado Terrorista Argentino*, escrito en 1983 por Duhalde para denunciar los crímenes de la última dictadura cívico-militar. El homenaje se llevó a cabo en el Archivo Nacional de la Memoria, con la participación del Secretario de Derechos Humanos de la Nación, Martín Fresneda; el Titular de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad, Jorge Auat; el abogado constitucionalista Eduardo Barcesat; el embajador de la UNASUR en Haití, Rodolfo Mattarollo; el fiscal Federal Horacio Azzolín y el presidente del Archivo Nacional de la Memoria, Ramón Torres Molina.

► Congreso Internacional sobre Genocidio Armenio

Desde el 9 al 11 de abril de 2014, se realizó en el Centro Borges el “Congreso Internacional sobre Genocidio Armenio: En vísperas del centenario”, organizado por el Centro de Estudio sobre Genocidios (CEG) de la Universidad Nacional de Tres de Febrero y la Fundación Memoria del Genocidio armenio. Contó con invitados especiales como Richard Hovannisian (UCLA, Estados Unidos), Claire Mouradian (CNRS-EHESS, París), Mehmet Polatel (Universidad Boğaziçi, Turquía) y David Gaunt (Universidad de Södertörn, Suecia).

El evento contó con la colaboración de la Fundación Luisa Hairabedian, el auspicio de la Embajada de la República Armenia y el Arzobispado de la Iglesia Armenia de la Argentina y el patrocinio del INADI y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

► El Concejo Deliberante de Balcarce aprobó que se retire el monumento del presidente de facto José Félix Uriburu

El Honorable Concejo Deliberante de Balcarce aprobó por unanimidad a fines de enero de este año que se retire definitivamente el monumento al dictador José Félix Uriburu que actualmente se encuentra ubicado en una plazoleta en avenida Favalaro y Calle 18, en el centro de esa ciudad bonaerense.

Luego de años de reclamo, la remoción de la estatua que homenajea la figura del general Uriburu que derrocó al presidente radical Hipólito Yrigoyen significa una medida de refortalecimiento de la democracia y asimismo una condena a los grupos de poder civil que estuvieron detrás de ese golpe de Estado y de todos los que le siguieron.

Más allá de que la iniciativa tiene diversos impulsores desde hace décadas, fue una solicitud de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos de Balcarce la que finalmente fue aceptada por los concejales, contando con el apoyo de diversas agrupaciones y personalidades, como el historiador Osvaldo Bayer.

Según se ha manifestado, la idea del proyecto aprobado ayer es trasladarla al Museo Histórico Municipal de la ciudad, y en su lugar colocar una bandera argentina. Cabe acotar que hace dos años fue cambiado el nombre de la avenida en la cual se encuentra la estatua, que llevaba el del dictador y ahora se denomina René Falvaloro.

► **Lanzamiento
del Mensuario
“Los Juicios son Ahora”**

La Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la Agencia de noticias Télam y Aerolíneas Argentinas firmaron un convenio para realizar esta publicación mensual. “Los Juicios son Ahora” tiene como objetivo difundir el proceso de Memoria, Verdad y Justicia impulsado desde el Estado nacional. Las tres instituciones coordinan la producción y redacción de los contenidos periodísticos de la publicación, como así también su distribución a nivel federal a través de la aerolínea nacional.

La publicación informa sobre los procesos judiciales en curso y otros temas vinculados con la reparación histórica del Estado para con las víctimas de estos delitos (a través de entrevistas, coberturas de juicios, información sobre cómo participar en las audiencias, material de archivo, comunicación sobre el trabajo de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, señalizaciones, hallazgo e identificación de restos de los desaparecidos, búsqueda de los hijos de desaparecidos que no conocen su identidad, etc.).

El mensuario tiene una llegada federal. Para cumplir este objetivo se cuenta con la colaboración a Aerolíneas Argentinas para el traslado de los ejemplares a diversas ciudades del país y luego se

articula con organismos locales (secretarías de derechos humanos, organismos de derechos humanos, organizaciones políticas y sindicales, entre otros) para su distribución.

- ▶ Boletín Oficial, 6 de febrero de 2014, Derechos de los ciudadanos que padecen problemas de salud mental. Ley de adhesión provincial. Ley 14.580.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires sancionaron con fuerza de ley la adhesión de la Provincia a la ley 26.657 sobre Derecho a la Protección de la Salud Mental que se ocupa de los derechos de los ciudadanos que padecen problemas de salud mental garantizando el acceso a los servicios que la promueven. Comprendiendo además los derechos de los ciudadanos con problemas en el uso de drogas. El Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires es designado como Autoridad de Aplicación con las facultades de realizar monitoreos periódicos sobre los servicios de salud de los subsectores público, privado y de la seguridad social. Será responsable por intermedio de la Subsecretaría de Salud Mental y Adicciones de la elaboración de un Plan provincial de salud mental participativo e interdisciplinario. Se promoverá el desarrollo de estándares de habilitación y supervisión periódica de los servicios de salud mental públicos y privados.

El Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires realizará un relevamiento anual, que evidenciará la situación de la protección de la salud mental en la Provincia, tanto en los subsectores

público, privado y de la seguridad social así como en el ámbito carcelario. Este informe, que tendrá carácter pú-

blico, deberá ser presentado ante el plenario de las Comisiones de Salud de ambas Cámaras legislativas.

- ▶ Boletín Oficial, 6 de febrero de 2014, **Obligatoriedad de otorgar prioridad de atención a mujeres embarazadas, a personas con necesidades especiales o movilidad reducida y a personas mayores de 70 años en establecimientos públicos y privados que brinden atención al público. Ley 14.564**

Se sancionó con fuerza de ley por parte del Senado y la Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires la ley 14.564 que establece la obligatoriedad de otorgar la prioridad de atención a mujeres embarazadas, a personas con necesidades especiales o movilidad reducida y a personas mayores de setenta años en establecimientos públicos dependientes de la Provincia de Buenos Aires y de establecimientos privados que brinden atención al público a través de cualquier modalidad.

Deberán ser exhibidos con carácter obligatorio y a la vista del público carteles con el texto de la ley. El establecimiento privado que incumpla las obligaciones establecidas en la ley, ya sea negando atención prioritaria o no exhibiendo el cartel, será pasible de una multa.

El incumplimiento de las obligaciones respecto de los establecimientos privados será considerado una contravención, y sancionado de conformidad con el procedimiento establecido en el Código de Faltas Municipales de la Provincia de Buenos Aires.

Con relación al personal de las dependencias del Gobierno que deniegue la atención prioritaria respecto de las personas mencionadas será pasible de recibir la sanción prevista en el art. 82, inc. e) de la ley 10.430.

► Boletín Oficial,
7 de marzo de 2014,
Resolución 55/2014.
Ministerio de Trabajo,
Empleo y Seguridad
Social. Servicio de
Empleo para Personas
con Discapacidad.
Acceso al Manual
de Consulta del Registro
de Postulantes que
funciona en el ámbito
de la Dirección
de Promoción
de la Empleabilidad
de Trabajadores con
Discapacidad

El Ministro de Trabajo, Empleo y Seguridad Social resolvió aprobar el Manual de Consulta al Registro de Postulantes con Discapacidad que funciona en el ámbito de la Dirección de Promoción de la Empleabilidad de Trabajadores con Discapacidad dependiente de la Subsecretaría de Políticas de Empleo y Formación Profesional de la Secretaría de Empleo. El Ministerio tiene a su cargo la publicidad, publicación y administración a través del Sistema de Búsqueda de Postulantes con Discapacidad, que se podrá consultar en su página web oficial y estará a disposición de todos los organismos obligados por la norma para la búsqueda y selección para cubrir puestos de empleo. Por su parte, la Dirección de Promoción de la Empleabilidad de Trabajadores con Discapacidad de este Ministerio es el área responsable de coordinación, asesoramiento, consulta, contacto y mediación de todas las acciones que involucran a este Sistema y sus actores.

Los usuarios del sistema deberán aprobar los compromisos de confidencialidad asumidos por el Organismo, para llevar adelante las consultas y selecciones de posibles candidatos de modo directo en el Sistema de Búsqueda de Personal con Discapacidad. Una vez efectuados estos pasos, el funcionario dispondrá y recibirá en su cuenta de correo el certificado.

El Sistema nos va a permitir realizar las siguientes acciones:

- Solicitar una preselección de personal con discapacidad por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.
- Consultar personal con discapacidad.

► Boletín Oficial,
6 de febrero de 2014,
Ley 14.568. Se crea
la figura del Abogado
del Niño

En el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas se crea en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño, quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte.

Dicho abogado intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces.

Será obligatorio informar al niño, niña y adolescente de su derecho a ser legalmente representado por un Abogado del Niño.

Se crea un Registro Provincial de Abogados del Niño en el ámbito del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, donde podrán inscribirse todos aquellos profesionales con matrícula para actuar en territorio provincial que demuestren acabadamente su especialización en derechos del niño.

Dicha especialización debe estar certificada por Unidades Académicas reconocidas y debidamente acreditadas, ya sean estos profesionales del ámbito público como privado.

La asistencia jurídica y defensa técnica será provista a partir de criterios interdisciplinarios de intervención, fundados en el derecho de los niños y niñas a ser oídos y en el principio del interés superior del niño.

- ▶ Boletín Oficial, 17 de marzo de 2014, Resolución 51/2014. Administración Nacional de Seguridad Social. Procedimiento de aprobación, validación, registración y puesta al pago de la prestación PROGRESAR

Con relación a los requisitos el titular deberá:

- a. Presentar ante la ANSES la solicitud respectiva de la página de internet del organismo o, en forma presencial, a través del Formulario que a tal fin diseñe la Dirección General Diseño de Normas y Procesos.
- b. Acreditar, dentro de los ciento veinte días de efectuada la solicitud, la inscripción o la condición de alumno regular ante una institución educativa de gestión estatal acreditada ante el Ministerio de Educación de la Nación y/o ante un Centro de Formación acreditado ante el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, a través del formulario que a tal fin diseñe la Dirección General Diseño de Normas y Procesos. En el caso de titulares con discapacidad que cuenten con autorización de la ANSES o el Certificado Único de Discapacidad vigente registrado ante este Organismo o con Certificado de Discapacidad Provincial vigente será válida también la acreditación de educación diferencial, o la dictada en talleres protegidos, siempre que el Establecimiento Educativo o la Institución que las imparta sea de gestión estatal.

El titular deberá presentar una nueva solicitud para poder acceder a la prestación.

- c. Acreditar, antes del 30 de noviembre de cada año, el cumplimiento de los controles básicos de salud del titular mediante la presentación de un Formulario que a tal fin diseñará la Dirección General Diseño de Normas y Procesos.

- d. Cumplir con las demás exigencias que se establecen en la presente reglamentación.

La acreditación de la asistencia regular al establecimiento educativo o de capacitación/formación laboral deberá efectuarse a través del formulario que a tal fin diseñe la Dirección General Diseño de Normas y Procesos.

Para los casos de cursos de capacitación brindados por los centros de for-

mación habilitados por la autoridad competente, la prestación PROGRESAR se abonará por el tiempo de desarrollo del citado curso.

El titular de la prestación PROGRESAR se encuentra obligado a denunciar ante ANSES, con carácter de declaración jurada, cualquier situación que modifique el derecho a su percepción, a través del formulario que a tal efecto determine la Dirección General Diseño de Normas y Procesos.

► **Boletín Oficial,
5 de marzo de 2014,
Decreto 2343/2013.
El Poder Ejecutivo
dispuso el pago
en efectivo de una
sentencia dictada
por la Corte
Interamericana**

El Poder Ejecutivo decretó el pago en efectivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso N° 12.533 "Torres Millacura y otros vs. Argentina" por un monto equivalente a dólares estadounidenses ciento ochenta y dos mil cuarenta y tres con dos centésimos (USD182.043,02), con más los intereses moratorios que correspondan, para el caso de la indemnización por daño material e inmaterial a favor de las víctimas del caso y por reintegro de costas y gastos, por el lapso transcurrido desde el vencimiento del plazo dispuesto en la sentencia, 28 de septiembre de 2012, hasta la fecha de su efectiva cancelación; y para el caso del reintegro de la suma erogada durante la tramitación del caso por el Fondo de Asistencia Legal de Víctimas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por el lapso transcurrido desde el 27 de diciembre de 2011 hasta su efectiva cancelación.

El Estado argentino había sido condenado a abonar en la sentencia

dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso N° 12.533 "Torres Millacura y otros vs. Argentina", el pago de las indemnizaciones y el reintegro de las costas y gastos.

Con fecha 26 de agosto de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia ordenando

al Estado Nacional al pago de dólares estadounidenses ciento setenta y dos mil (USD172.000) en concepto de indemnización por daño material e inmaterial a favor de las víctimas del caso y por reintegro de costas y gastos, indicando asimismo que dicho monto debería realizarse en un plazo de un año, contado a partir de la notificación de la misma.

► Boletín Oficial,
1 de abril de 2014,
Decreto 465/2014.
Ley 26.827. Aprobación
de la reglamentación.

El artículo 17 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dispone que cada Estado Parte mantendrá, designará o creará, a más tardar un año después de la entrada en vigor del mismo o de su ratificación o adhesión, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional. La ley 26.827 establece en su art. 1° un Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, cuyo objeto es garantizar todos los derechos reconocidos tendientes a la prevención y prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La Presidenta de la Nación Argentina decretó la aprobación de la reglamentación de la ley 26.827 (Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes). La reglamentación dispone que a los efectos de formar parte del Sistema Nacional, las organizaciones no gubernamentales deberán registrarse. También podrán formar parte del Sistema Nacional las organizaciones o agrupaciones integradas por personas o familiares de personas que hayan estado o estén privadas de su libertad.

Los integrantes del Sistema Nacional deberán promover la complementariedad de las competencias locales y federales, para garantizar la prevención de la tortura en todo el territorio de la República. El Comité Nacional para la Prevención de la Tortura será el responsable de coordinar el diálogo que se entablará entre el Subcomité para la Prevención de la Tortura y todo el Sistema Nacional. Asimismo, será el responsable de garantizar el diálogo entre los integrantes del Sistema Nacional y con las autoridades del Estado Nacional, los Estados Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a efectos de facilitar la aplicación de las medidas tendientes a implementar los objetivos del mencionado Protocolo Facultativo. La recopilación y sistematización de la información deberá organizarse de

manera tal que permita identificar, diseñar e implementar acciones propias de prevención de la tortura, así como también emitir opiniones y recomendaciones y elaborar propuestas e informes con énfasis en la prevención de la tortura. El Comité Nacional para la Prevención de la Tortura podrá suscribir acuerdos interinstitucionales y convenios con personas físicas, jurídicas, instituciones u organismos de la República y del extranjero y con instituciones de carácter internacional, en especial con las autoridades provinciales; dictar normas para la organización y funcionamiento del Sistema Nacional; crear programas específicos para el tratamiento y abordaje de situaciones que lo ameriten en el marco del funcionamiento del Sistema Nacional o en cooperación con otros organismos, del Estado y la sociedad civil.

Fuentes ciudades

Fuentes citadas

- ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIÁN, “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- ALEXY, R., *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Madrid, CEPC, 2008.
- ALONSO GARCÍA, R., *Justicia Constitucional y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2005.
- AYALA CORAO, C., *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La interpretación del término ‘recomendaciones’ a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 51.2 de la Convención Americana)”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-III-962, Lexis n° 0003/001353.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, año 2001.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., “El futuro del sistema interamericano de protección de derechos humanos: algunas reflexiones”, en *Revista de Estudios Internacionales*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, vol. 28, n° 109, 1995.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO A., “La humanización en el Derecho Internacional en la jurisprudencia y la doctrina: un testimonio personal”, en *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la humanización del Derecho Internacional*, Bs. As., Ad-Hoc, 2013.
- CARNOTA, W., “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, CEPC, Madrid, n° 15, 2011.
- CARNOTA, W., *¿Límites al diálogo de cortes? La identidad constitucional en el federalismo norteamericano y en la integración regional europea*, [en línea] eldial.com.
- CHAMA, MAURICIO, *Movilización y politización: los abogados de Buenos Aires, 1968-1973*.
- COMANDUCCI, P., *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, México, Fontamara, 2004.
- CURTIS, CHRISTIÁN y BOVINO, ALBERTO (comps.), *La aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos por tribunales locales a diez años de la reforma constitucional*, Bs. As., Del Puerto, 2007.
- DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000.
- DE ASÍS ROIG, R., *Los retos de los derechos humanos*, VIII Escuela Internacional de Verano UGT Asturias, Fundación Asturias, 2007.

FUENTES CITADAS

- DE VERGOTTINI, G., *Más allá del diálogo entre tribunales*, Civitas, Madrid, 2010.
- DE ZAYAS, ALFRED, *El genocidio contra los armenios 1915-1923 y la relevancia de la Convención de 1948 para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, Catálogos y Consejo Nacional Armenio, Bs. As., 2009.
- DIEZ DE VELASCO, MANUEL, "Instituciones de Derecho Internacional Público", 17ª ed., Tecnos, 2009.
- EIDELMAN, ARIEL, *El desarrollo de los aparatos represivos del Estado argentino durante la "Revolución Argentina": 1966-1973*, tesis doctoral, 2010.
- FÁUNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales", 3ª ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Bs. As., FCE, 2008.
- FEIERSTEIN, DANIEL, *Seis estudios sobre genocidio - Análisis de las relaciones sociales: otredad, exclusión y exterminio*, Bs. As., Eudeba, 2000.
- FERNÁNDEZ, E., *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- FISS, OWEN M., "El principio de apoyo a los grupos desaventajados", en *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GARCÍA ROCA, J., "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo", en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 30, Madrid, 2012.
- GARGARELLA, ROBERTO y MAURIÑO, GUSTAVO, "Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad", *El Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas Públicas*, Bs. As., Eudeba, Asesoría General Tutelar, Bs. As., 2010.
- GIALDINO, ROLANDO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, 1ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2013.
- GLEYZER, RAYMUNDO, *Ni olvido ni perdón. 1972: La masacre de Trelew* (video documental).
- GREER, STEVEN, *The European Convention on Human Rights, Achievements, problems and prospects*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008.
- HÄBERLE, P., "La ética en el Estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho", en *Revista Derivato*, Santiago de Compostela, vol. 5, n° II, 1996.
- HÄBERLE, P., *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, C. II, VI.3, 2001.
- HALPERIN DONGHI, TULLIO, "La década de las decisiones (1960-1970)", en *Historia Contemporánea de América Latina*, Cap. 7º, punto 1º, Bs. As./Madrid, Alianza.
- IZAGUIRRE, INÉS et al., *Lucha de clases, guerra civil y genocidio en la Argentina. 1973-1983. Antecedentes. Desarrollo. Complicidades*, Bs. As., Eudeba, 2009.
- MARTÍNEZ, DIEGO, "Fue un acto extremo en un contexto de ilegalidad", en *Diario Página 12*, 22/08/2012.
- MARTÍNEZ, TOMÁS ELOY, *La pasión según Trelew*, Bs. As., Planeta, 1997.

FUENTES CITADAS

- MIRKINE-GUETZÉVITCH, BORIS, “Derecho Constitucional Internacional”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1936.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, BORIS, *Modernas Tendencias de Derecho Constitucional*, Madrid, Reus, 1934.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H., “Las Constituciones y los Tratados en materia de Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, vol. VI, n° II, 2000.
- PECES BARBA, G. y FERNÁNDEZ, E. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, t. I y II, 1998, 2001.
- PECES-BARBA, G., “El concepto y problemas actuales de los derechos humanos”, en *Revista Derechos y Libertades*, año I, n° I, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1993.
- PEGORARO, L., “Derecho Nacional, Derecho Internacional, Derecho Europeo: la circulación horizontal y vertical entre formantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, CEPC, n° 17, 2013.
- PERAZZO, SILVIA, “Análisis de las violencias extremas”, en *La Shoá, los genocidios y crímenes de lesa humanidad: Enseñanzas para los juristas*, Bs. As., Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2011.
- PÉROTIN-DUMON, ANNE (dir.), “*Historizar el pasado vivo en América Latina*”, 2007, [en línea] <http://historiapolitica.com/datos/biblioteca/Chama.pdf>
- PINTO, MÓNICA, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, Bs. As., Editores del Puerto, 1997.
- RAFFIN, MARCELO, *La experiencia del horror. Subjetividad y derechos humanos en las dictaduras y postdictaduras del Cono Sur*, Bs. As., Editores del Puerto, 2006.
- RAMOS PADILLA, ALEJO, *Crímenes de Lesa Humanidad en la Argentina: de la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio*, Bs. As., Fabián J. Di Plácido, 2011.
- REY, SEBASTIÁN A., “Luces y sombras del fallo ‘Carranza Latrubesse’ de la Corte Suprema sobre el valor jurídico de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Suplemento de Corte, 05/03/2014.
- SALVIOLI, FABIÁN, “Un análisis desde el principio *pro persona*, sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*, Bs. As., Ediar, 2003.
- SARRABAYROUSE OLIVEIRA, MARÍA JOSÉ, *Poder Judicial y Dictadura. El caso de la Morgue Judicial*, Bs. As., Editores del Puerto, CELS, 2011.
- SCHWABE, JÜRGEN (comp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Oficina Uruguay, 2009.

FUENTES CITADAS

- STILMAN, GABRIEL, “El derecho a la propiedad originaria como fundamento del derecho a la alimentación y de los derechos económicos básicos (a propósito del proyecto El Hambre más urgente)”, [en línea] www.eldial.com.ar, suplemento de filosofía.
- TARUFFO, M., “Las funciones de las Cortes Supremas”, en *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- TERNON, YVES, “El genocidio armenio y el combate por su reconocimiento”, en *La Shoá, los genocidios y crímenes de lesa humanidad: Enseñanzas para los juristas*, Bs. As., Secretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 2011.
- TRAVIESO, J. A., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: clásico y futuro 3.0, LL*, 2013-E-1236.
- TROPER, M., “Jefferson y la interpretación de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789”, en *Revista Derechos y Libertades*, año V, n° 8, Instituto de Derechos Humanos Fray Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2000.
- TRUCO, MARCELO, “Efectos de las recomendaciones de la CIDH”, en *Revista Jurídica La Ley*, 7 de marzo de 2014.
- URONDO, FRANCISCO, *La patria fusilada*, Bs. As., Libros del Náufrago, 2011.
- VALIÑA, LILIANA, “El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno”, en Abregú-Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Bs. As., CELS-Del Puerto, 1997.
- VERDROSS, A., *Derecho Internacional Público*, Madrid, Aguilar, 1967.
- WIEVIORKA, MICHEL, *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.
- ZAFFARONI, E. RAÚL, “El racismo como estructura discursiva contra los Derechos Humanos”, en *Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez*, 1ª ed., San José (Costa Rica), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997.
- ZAGREBELSKY, G., *Jueces constitucionales*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año XXXIX, n° 117, 2006.

Índice Temático

C

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 99, 101,
107, 117, 306, 307

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN P. 18, 35, 61, 62, 77, 81, 82, 83, 84, 86, 87, 91, 92, 93, 95, 102, 103, 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 115, 119, 121, 122, 123, 127, 128, 131, 133, 135, 137, 138, 143, 145, 146, 147, 148, 150, 157, 166, 173, 175, 176, 178, 179, 180, 181, 182, 220, 227, 268, 277, 300, 301, 305, 320, 321, 322, 323, 324, 370, 379, 380, 430, 432, 508
crímenes de lesa humanidad *Véase*
delitos de lesa humanidad

D

DEBIDO PROCESO P. 59, 165, 166, 167,
183, 186, 188, 190, 191, 203, 257, 261, 271, 278, 280, 361,
365, 377, 484, 506
asistencia letrada P. 260, 275
derecho de defensa P. 86, 116, 130, 188,
191, 275, 276, 278, 279, 280, 281

DELITOS DE LESA HUMANIDAD P. 7,
9, 18, 19, 20, 24, 25, 27, 28, 30, 38, 40, 43, 44, 45, 49, 50, 77,
78, 81, 91, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 336, 337, 338, 339,
340, 341, 342, 343, 344, 345, 348, 349, 350, 351, 352, 353,
354, 355, 356, 357, 358
genocidio P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14,
18, 77, 332, 335, 339, 344, 355, 356, 357, 358
marcación de la víctima P. 3, 5, 7, 8, 9, 10,
11, 13, 15

DERECHO A LA EDUCACIÓN P. 313,
317, 409, 410, 411, 412, 413

DERECHO A LA LIBERTAD P. 11, 120,
125, 155, 159, 160, 163, 166, 168, 171, 210, 405, 407, 431,
479, 484, 494, 497, 499, 506, 513

DERECHO A LA SALUD P. 147
empresas de medicina prepaga P. 151, 152
plan médico obligatorio P. 150, 151

DERECHO A LA VIDA P. 95, 102, 114,
125, 222, 223, 224, 225, 227, 231, 237, 241, 242, 243, 262,
319, 332, 350, 369, 372, 387, 390, 393, 423, 424

DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR P. 102, 125, 287, 369, 370, 372, 376,
379, 381, 387, 388, 390, 417, 420, 423, 424, 439, 443, 456
interés superior del niño P. 111, 370, 373,
379, 381, 382, 388, 427
residencia de los hijos P. 387, 388, 389, 390
restricción de la patria potestad P. 376,
377, 383, 384

DERECHO A LA VIVIENDA P. 95, 96, 97,
102, 104, 105, 106, 107, 110, 112, 113, 453, 454, 458, 460
acceso a una vivienda digna P. 99, 101,
106, 115
desalojo P. 107, 110, 115, 116, 176, 324
viviendas sociales P. 455, 459

DERECHOS HUMANOS P. 3, 7, 9,
51, 71, 96, 98, 99, 112, 117, 119, 129, 136, 137, 147, 160, 162,
173, 174, 175, 178, 182, 185, 186, 188, 191, 193, 202, 210,
215, 247, 256, 274, 294, 299, 330, 331, 335, 345, 354, 359,
361, 363, 369, 370, 372, 387, 396, 400, 405, 409, 411, 417,
422, 425, 426, 435, 437, 439, 446, 453, 455, 456, 480, 486,
487, 495, 511, 517, 520

Comisión Interamericana de Derechos Humanos P. 127, 128, 130, 143, 145, 159, 176,
194, 195, 235, 236, 240, 259, 260, 281, 326, 374, 448

Comité de Derechos Humanos P. 190,
237, 270, 272, 273, 288, 353, 447, 477, 478, 479, 481, 491,
497, 498, 499, 500, 501, 503, 505, 506, 507, 508, 509

Corte Interamericana de Derechos Humanos P. 77, 125, 129, 130, 131,
136, 137, 138, 140, 141, 142, 145, 150, 155, 158, 159, 160,
161, 162, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173,
174, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186,
187, 188, 189, 190, 193, 194, 196, 197, 200, 201, 203, 205,

ÍNDICE TEMÁTICO

206, 207, 208, 210, 211, 212, 215, 216, 221, 222, 230, 231, 236, 242, 243, 245, 246, 249, 253, 256, 257, 274, 291, 301, 370, 374, 375, 379, 380, 381, 382, 394, 413, 414, 415, 426, 429, 445, 446, 447, 448, 460, 463, 480, 488, 495

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

P. 125, 275, 278, 279, 280, 283, 284, 286, 287, 291, 292, 300, 301, 303, 313, 314, 315, 316, 317, 319, 320, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 337, 340, 342, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 354, 355, 356, 357, 358, 361, 363, 365, 366, 369, 370, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 380, 381, 383, 384, 385, 387, 388, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 399, 401, 402, 403, 404, 405, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 417, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 431, 432, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 450, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 470, 471, 472, 474, 475, 498, 499, 501, 518, 519

DERECHOS POLÍTICOS

P. 161, 166, 190, 191, 221, 225, 396, 397, 398
derecho al sufragio P. 395, 396

DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS

P. 52, 64, 66, 73, 76, 77, 354, 391, 394, 445, 481, 484, 485, 488, 489
desaparecidos P. 18, 21, 22, 23, 25, 34, 36, 37, 38, 39, 41, 44, 48, 65, 74, 75, 303, 392, 394, 411, 482, 483, 484

DETENCIÓN

P. 34, 47, 76, 77, 194, 197, 201, 207, 208, 237, 242, 249, 250, 253, 267, 268, 270, 271, 275, 293, 294, 295, 299, 302, 344, 358, 362, 363, 365, 394, 414, 425, 438, 439, 440, 441, 443, 444, 445, 466, 470, 477, 478, 479, 489, 505, 506, 507, 509, 510

detenidos

P. 23, 40, 43, 52, 54, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 71, 72, 74, 75, 194, 269, 280, 294, 295, 296, 297, 361, 364, 393, 396, 410, 411, 461, 462, 464, 465, 467, 468, 469, 470, 471, 473, 474, 475, 482, 483, 484, 503, 504, 508, 517

condiciones de detención

P. 253, 363, 364, 365, 466, 509

detención de inmigrantes

P. 503, 504, 505, 506

traslado de detenidos

P. 461, 462, 468, 469, 474

DICTADURA MILITAR

P. 18, 44, 54, 62, 73, 76, 81, 197, 198, 202

DIGNIDAD HUMANA

P. 97, 99, 295, 296, 364, 445, 455, 512

DISCRIMINACIÓN

P. 3, 4, 10, 15, 97, 287, 307, 384, 511, 515

discriminación racial

P. 97, 307, 511, 513, 515

I

INTEGRIDAD PERSONAL

P. 114, 163, 206, 221, 224, 225, 227, 237, 238, 239, 246, 249, 250, 251, 302, 326, 328, 332, 415, 421, 444, 445, 446, 447, 451, 461, 462, 463, 468, 469, 470, 471, 474, 475

derecho a la integridad personal

P. 224, 225, 249, 446, 461

L

LIBERTAD DE EXPRESIÓN

P. 119, 120, 155, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 168, 169, 171, 172, 366, 405, 406, 407, 408, 431, 433, 434, 494, 495, 511, 513

censores previa

P. 120, 124, 163, 441

doctrina de la real malicia

P. 120, 121, 122, 123

libertad de prensa

P. 120, 125

LIBERTAD DE RELIGIÓN

P. 497, 499, 500, 501

P

PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

P. 305, 512

libertad condicional

P. 249, 250, 291, 294, 297, 298, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 362

pena de muerte

P. 259

prisión perpetua

P. 17, 24, 291, 292, 293, 294, 297, 298, 300, 302, 303, 304, 307, 350, 356, 482

prisión preventiva

P. 45, 250, 257, 365, 366

PERSONAS CON DISCAPACIDAD

P. 148, 151, 153, 261, 265, 266, 369, 370, 373, 378, 379, 380, 381, 382, 385

discapacidad mental

P. 259, 260, 261, 264, 265, 266, 274, 372

discapacidad psicosocial

P. 370, 373, 384, 385

PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

P. 235, 236, 238, 239, 240, 241, 244, 245,
246, 247, 249, 251, 253, 254, 256, 257, 268, 415, 461, 462,
468, 469, 470, 474, 475

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA P. 59,

361, 365, 366, 367, 465

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

P. 287, 419, 426, 427, 448, 459

PRINCIPIO *PRO HOMINE* P. 115, 145,

150, 414

R

REFUGIADOS P. 503, 504, 505, 508, 509, 510

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL

DEL ESTADO P. 91, 177, 178, 208, 211, 224

T

TERRORISMO P. 18, 57, 59, 82, 242, 283,

284, 285, 286, 288, 402, 426, 466

lucha contra el terrorismo P. 286, 402, 466

restitución de los cadáveres P. 283, 284,

286, 288, 289

terrorismo de Estado P. 59, 82, 426

TORTURA P. 40, 43, 52, 54, 60,

64, 65, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 236, 237, 239, 270, 271, 273,
288, 292, 299, 302, 307, 312, 322, 324, 325, 327, 333, 354,
363, 402, 403, 439, 441, 443, 444, 445, 446, 447, 462, 463,
464, 466, 467, 469, 470, 474, 475, 518

Comité contra la Tortura P. 448, 517,

519, 520

Convención contra la Tortura y otros
Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o
Degradantes P. 400

prohibición de la tortura P. 399, 484

TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS
CRUELES, INHUMANOS O DEGRA-
DANTES véase TORTURA

TRATADOS INTERNACIONALES DE
DERECHOS HUMANOS P. 104, 135,

137, 140, 141, 143, 145, 173, 174, 301, 328, 370, 489

Convención Americana sobre Derechos
Humanos P. 128, 130, 132, 138, 141, 155,

166, 239, 240, 274, 288, 301, 302, 307, 374, 375, 413, 414, 488

Convenio Europeo de Derechos Humanos

P. 210, 278, 280, 284, 288, 292, 294,

302, 326, 327, 330, 354, 359, 363, 364, 366, 372, 373, P. 390,

393, 396, 411, 417, 421, 424, 425, 439, 440, 441, 442, 443,

444, 463, 465, 466, 499, 501, 518

Convención de Viena sobre el Derecho
de los Tratados P. 136, 137, 140

Convención sobre los Derechos del
Niño P. 97, 117, 150, 239, 307, 381

Declaración Americana de los Dere-
chos y Deberes del Hombre P. 96, 260,

307, 413, 414

Pacto Internacional de Derechos Civiles
y Políticos P. 210, 239, 288, 307, 327, 335, 374,

415, 444, 447, 477, 478, 484, 491, 495, 498, 503, 506, 509

Pacto Internacional de Derechos Eco-
nómicos, Sociales y Culturales P. 96,

97, 153, 307, 420

V

VIOLENCIA P. 6, 8, 13, 18, 19, 20, 25, 26, 27,

35, 45, 47, 56, 63, 109, 216, 237, 240, 241, 242, 244, 245, 251,
256, 257, 258, 283, 311, 321, 322, 324, 330, 344, 353, 358,
400, 401, 402, 404, 442, 450, 461, 466, 467, 470, 473, 474,
475, 482, 512

violencia de género P. 319, 326, 327

violencia entre prisioneros P. 471, 472

VULNERABILIDAD P. 101, 107, 116,

123, 153, 206, 209, 217, 223, 227, 252, 278, 281, 326, 380,
384, 442, 458, 459, 460, 463, 470, 472, 475

