

Revista

# Debates sobre Derechos Humanos

Director:  
Sebastián Alejandro Rey

Derecho a la salud. Obras sociales. Adultos mayores. Discapacidad

Derecho a la vida. Uso letal de la fuerza. Aborto

Pueblos Indígenas. Derecho a la consulta y participación

Derecho a la educación. Violencia de género. Discapacidad

Detenciones y requisas arbitrarias. Orden y control judicial

Derechos de las personas LGBTI. Crímenes de odio

Derechos del niño. Paternidad. Adopción. Gestación por  
sustitución. Restitución internacional. Régimen penal juvenil

Seguridad social. Igualdad y no discriminación

Expulsiones de migrantes. Devoluciones en caliente

Trata de personas. Explotación sexual

Derechos políticos. Reelección presidencial

Libertad sindical. Huelga. Despidos. Discriminación

Medio ambiente

NÚMERO

5

AÑO 2021



**EDUNPAZ**  
Editorial Universitaria



**UNPAZ**  
Universidad Nacional de José C. Paz

## Revista Debates sobre Derechos Humanos

Número 5. Año 2021

© 2022, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2022, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISSN 2718-8175



Rector: **Darío Exequiel Kusinsky**

Vicerrectora: **Silvia Storino**

Secretaria General: **María Soledad Cadierno**

Director del Instituto Interdisciplinario  
de Estudios Constitucionales: **Mauro Benente**

Directora General de Gestión de la Información y  
Sistema de Bibliotecas: **Bárbara Poey Sowerby**

Jefa de Departamento Editorial: **Blanca Soledad Fernández**

Diseño, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Corrección de estilo: **María Laura Romero y Nora Ricaud**

# director equipo de redacción

**Sebastián Alejandro Rey**

Nicole Albornoz

María Luz Ángel Insaurralde

Gabriel Fernando Bicinskas

Belén Donzelli

María Laura Olivera

Publicación electrónica - distribución gratuita

Portal EDUNPAZ <https://edunpaz.unpaz.edu.ar/>



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc) Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Las opiniones expresadas en los artículos firmados son de los autores y no reflejan necesariamente los puntos de vista de esta publicación ni de la Universidad Nacional de José C. Paz.

## Índice

### Comentarios a fallos

- Adultos mayores. Derecho a la vivienda y a la salud. Competencia. CSJN. “Rodríguez, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo - amparo colectivo”, 5 de mayo de 2020**  
por MARÍA ISOLINA DABOVE y MARTÍN AVA **9**
- Medio ambiente. CSJN. “Gahan, Juana María y otros c/ Provincia de Córdoba s/amparo ambiental”, 4 de junio de 2020; “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Control Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/incidente de medida cautelar”, 2 de julio de 2020 y “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 16 de julio de 2020**  
por JUAN PABLO VISMARA **23**
- Derecho a asociarse sindicalmente. Fuerzas penitenciarias. CSJN. “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo”, 13 de agosto de 2020**  
por MARIO LUIS GAMBACORTA **35**

<b>Despido. Discriminación basada en el género. CSJN. “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido”, 24 de septiembre de 2020</b> por JULIETA LOBATO	<b>43</b>
<b>Violencia de género. Restitución internacional de niños. CSJN. “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”, 22 de octubre de 2020</b> por NIEVE RUBAJA y EMILIA GORTARI WIRZ	<b>51</b>
<b>Derecho a la salud. Discapacidad. Obras sociales. CSJN. “Padilla, Laura Rosario c/ Hospital de General Roca y otros s/ amparo – apelación”, 12 de noviembre de 2020</b> por FLORENCIA G. PLAZAS	<b>71</b>
<b>Plazo razonable de duración del proceso. CSJN. “Escudero Maximiliano Daniel s/ recurso de casación”, 23 de marzo de 2021</b> por MARISOL D’ONOFRIO	<b>81</b>
<b>Pueblos Indígenas. Derecho a la consulta y participación. CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, 8 de abril de 2021</b> por FERNANDO KOSOVSKY	<b>87</b>
<b>Derechos políticos. CSJN. “Sisti, Pedro Luis y otro c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, 15 de abril de 2021</b> por NATALIA L. MONTI	<b>97</b>
<b>Derecho a la educación. Federalismo. Pandemia COVID-19. CSJN. “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4 de mayo de 2021</b> por WALTER JAVIER VIEGAS	<b>107</b>
<b>Despido discriminatorio. Estándares probatorios. CSJN. “Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido”, 10 de junio de 2021</b> por HÉCTOR HUGO BOLESO	<b>115</b>
<b>Seguridad social. Veterano de guerra. Crímenes contra la humanidad. CSJN. “Rolón, Juan Carlos c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos”, 1º de julio de 2021</b> por ROMINA RONDA	<b>123</b>
<b>Seguridad social. Vulnerabilidad. CSJN. “Giménez, Rosa Elisabeth c/ Comisión Médica Central y/o ANSES s/Recurso Directo Ley 24.241, 15 de julio de 2021</b> por WALTER F. CARNOTA	<b>133</b>

Derecho del trabajo. Plazo razonable. Corte IDH. <i>Caso Spoltore Vs. Argentina</i> . Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404 por GABRIEL F. BICINSKAS, MARCOS E. FILARDI y JUAN PABLO VISMARA	139
Derecho a la educación. Violencia de género. Corte IDH. <i>Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405 por LILIANA M. RONCONI	149
Destitución de magistrados. Libertad de expresión. Corte IDH. <i>Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409 por JAVIER CRUZ ANGULO NOBARA y JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ	159
Violencia policial. Detenciones arbitrarias. Afrodescendientes. Corte IDH. <i>Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410 por PATRICIA GOMES	171
Detenciones y requisas arbitrarias. Orden y control judicial. Igualdad y no discriminación. Corte IDH. <i>Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina</i> . Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1º de septiembre de 2020. Serie C No. 411 por MARIANO FERNÁNDEZ VALLE	183
Obligaciones en materia de derechos humanos. Denuncia del tratado. Corte IDH. <i>La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos</i> . Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26 por EFRÉN GUERRERO SALGADO	193
Leyes reparatorias. Igualdad ante la ley. Corte IDH. <i>Caso Almeida Vs. Argentina</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2020. Serie C No. 416 por MARTÍN GUSTAVO FIORENZA	205
Independencia y estabilidad de fiscales. Garantías judiciales. Corte IDH. <i>Caso Casa Nina Vs. Perú</i> . Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419 por SANDRA ELIZABETH GIL ARMAS	215

Derechos de las personas LGBTI. Convención de Belém do Pará. Corte IDH. <i>Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie 422 por SOLEDAD RIBEIRO MIERES	<b>221</b>
Derecho a la salud. Internaciones. Personas con discapacidad. Corte IDH. <i>Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador</i> . Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423 por MARCELO A. BUDICH	<b>235</b>
Libertad sindical. Huelga. Perspectiva de género. Corte IDH. <i>Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género</i> . Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27 por SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ y RENAN BERNARDI KALIL	<b>243</b>
Derechos políticos. Reelección presidencial. Corte IDH. <i>La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos</i> . Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28 por SANTIAGO RODRÍGUEZ ALÍ y AGUSTINA N. VÁZQUEZ	<b>257</b>
Aborto. Objeción de conciencia. TEDH. <i>Ellinor Grimmark against Sweden</i> , 11 de febrero de 2020 y <i>Linda Steen against Sweden</i> , 11 de febrero de 2020 por MARÍA JOSÉ LUBERTINO	<b>267</b>
Políticas migratorias. Devoluciones en caliente. TEDH. <i>Case of N.D. and N.T. v. Spain</i> , 13 de febrero de 2020 por PABLO CERIANI CERNADAS	<b>283</b>
Derecho a la vida. Obligación de investigar. Deber de adoptar medidas de derecho interno. TEDH. <i>Affaire Marius Alexandru et Marinela Stefan c. Roumanie</i> , 24 de marzo de 2020 por DANIEL STRAGÁ	<b>303</b>
Partidos políticos. TEDH. <i>Affaire Ignatencu et le Parti Communiste Roumain c. Roumanie</i> , 5 de mayo de 2020 por ALEJANDRO TULLIO	<b>311</b>
Trata de personas. Explotación sexual. TEDH. <i>Case of S.M. v. Croatia</i> , 25 de junio de 2020 por NATALIA ELOÍSA CASTRO	<b>325</b>
Violencia doméstica. TEDH. <i>Case of Levchuk v. Ukraine</i> , 3 de septiembre de 2020 por ANA INÉS LARREA	<b>339</b>

Derecho a la educación. Personas con discapacidad. TEDH. <i>Affaire G.L. c. Italie</i> , 10 de septiembre de 2020 por MARÍA CELESTE FERNÁNDEZ	345
Reconocimiento de paternidad. Adopción. Interés superior del niño. TEDH. <i>Affaire Koychev c. Bulgarie</i> , 13 de octubre de 2020 por GIULIANA MILLER	365
Prisión preventiva. Indemnización en caso de absolución. TEDH. <i>Case of Norik Poghosyan v. Armenia</i> , 22 de octubre de 2020 por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY	371
Régimen penal juvenil. TEDH. <i>Affaire Reist c. Suisse</i> , 27 de octubre de 2020 por LUCAS LECOUR y M. MERCEDES DUBERTI	377
Vida privada. Derecho a la Intimidad. TEDH. <i>Case of Dupate v. Latvia</i> , 19 de noviembre de 2020 por DAMIÁN LORETI y LUIS LOZANO	387
Expulsión de migrantes. Interés superior del niño. Test de razonabilidad. TEDH. <i>Case of Unuane v. The United Kingdom</i> , 24 de noviembre de 2020 por MARIANA KOHAN y ROSARIO MUÑOZ	393
Derecho a la vida. Uso letal de la fuerza. Necesidad y proporcionalidad. Deber de investigar. TEDH. <i>Case of Yukhymovych v. Ukraine</i> , 17 de diciembre de 2020 por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY	403
LGTBI. Crímenes de odio. Deber de investigar y sancionar. <i>Ne bis in idem</i> . TEDH. <i>Case of Sabalic v. Croatia</i> , 14 de enero de 2021 por FEDERICO ADLER	409
Criminalización de la pobreza. Vida privada. TEDH. <i>Affaire Lacatus c. Suisse</i> , 19 de enero de 2021 por CLAUDIO E. GUIÑAZÚ	419
Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Discriminación laboral. TEDH. <i>Case of Jurčić v. Croacia</i> , 4 de febrero de 2021 por GABRIELA ALEJANDRA VÁZQUEZ	433
Trata de personas. Derechos de las víctimas. TEDH. <i>Case of V.C.L. and A.N. v. The United Kingdom</i> , 16 de febrero de 2021 por ALEJANDRO SEBASTIÁN ALE	449
Derecho a la seguridad social. Derecho a la igualdad y no discriminación. TEDH. <i>Case of Yocheva and Ganeva v. Bulgaria</i> , 11 de mayo de 2021 por DAMIÁN QUEVEDO	459

<b>Gestación por sustitución transnacional. Turismo reproductivo. Vida privada y familiar. TEDH. <i>Case of Valdís Fjölnisdóttir and others v. Iceland</i>, 18 de mayo de 2021</b> por NATALIA HERNÁNDEZ	<b>469</b>
<b>Reseñas bibliográficas</b>	
<b>Manual de Derechos Humanos. Tomo I (Sebastián Alejandro Rey)</b> por MARÍA ALICIA NOLI	<b>483</b>
<b>El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia (Fabián Omar Salvioli)</b> por ANDRÉS ROUSSET SIRI	<b>491</b>
<b>Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados (Víctor Bazán, dir.)</b> por MARIKENA DEL FÁTIMA SUÁREZ y MICAELA MARANO MÓNACO	<b>495</b>
<b>Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Análisis de los informes y sentencias de la Comisión y Corte Interamericana. Testimonio de sus protagonistas (Sebastián Alejandro Rey, dir.)</b> por FEDERICO ROBLEDO (H)	<b>503</b>
<b>Manual de Derechos Humanos (Pablo G. Salinas)</b> por ORNELLA JOHANNA BERGÉS	<b>507</b>
<b>Negacionismo y Derecho Penal. El rol del Derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado (Valeria Thus)</b> por DANIEL GONZÁLEZ STIER	<b>511</b>
<b>Categorías sospechosas (Mariana Sánchez Caparrós)</b> por ANÍBAL GERARDO ACOSTA	<b>517</b>



## COMENTARIOS A FALLOS

# Adultos mayores. Derecho a la vivienda y a la salud. Competencia

CSJN. “Rodríguez, Roberto y otro c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo - amparo colectivo”, 5 de mayo de 2020

Por María Isolina Dabove<sup>1</sup> y Martín Avá<sup>2</sup>

## 1. Introducción

El envejecimiento de la población ha generado un peculiar escenario social que crece día a día de manera sostenida y se expande en el mundo muy rápidamente. Es considerado un fenómeno global y multigeneracional que se profundizará con el tiempo<sup>3</sup> –incluso a pesar de la pandemia–, cuyos rasgos se expresan en el plano demográfico, en el campo económico, en el área cultural y, por ende, en el plano de los derechos.<sup>4</sup>

1 Abogado (UBA). Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización (Universidad de Chile). Maestrando en Derechos Humanos (UNLA).

2 Abogada (UBA). Maestranda en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA).

3 Dabove, M. I. (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance* (pp. 5- 51). Buenos Aires: Astrea; Lesson, G. W. (2009). Demography, politics and policy in Europe. En Ludow (ed.), *Setting EU Priorities* (pp. 102-124). Ponte de Lima: The European Strategy Forum; Lesson, G. W. (2009a). Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status. En Nurvidya y Ananta (eds.), *Older Persons in Southeast Asia* (pp. 47-67). Singapur: Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS); Lesson, G. W. (2011). Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. *Current History. Journal of Contemporary World Affairs*, 110 (733), 75-80.

4 Dabove, M. I. (2008). Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia, julio/agosto* (40), 39-54; Dabove, M. I. (septiembre de 2015). Elder Law: A Need that emerges in the course of life. *Ageing International*, (40). doi: 10.1007/s12126-013-9193-4.

Argentina es uno de los países con mayor población de personas mayores en América Latina y el Caribe. Según estimaciones del Instituto Nacional de Estadística y Censo para el año 2020, las personas mayores en nuestro país alcanzarían más del 15% del total,<sup>5</sup> entre las cuales la mayoría son mujeres.<sup>6</sup> En el grupo de personas de 60 hasta los 75 años, hay una y media mujeres por cada varón. Mientras que en el grupo que abarca a las personas de 75 y más años, hay dos mujeres por cada varón.

Este nuevo escenario social expresa también el aumento de la demanda de cuidados gerontológicos de largo plazo. En la actualidad, las residencias gerontológicas y los centros de día constituyen alternativas adoptadas por la sociedad, la familia y el Estado como respuestas eficaces frente a la necesidad de alojamiento, asistencia, recreación o cuidados cotidianos que requieren, en ciertos casos, las personas mayores.<sup>7</sup>

Su diseño y expansión son deudores de una compleja red de factores diversos. Uno de ellos es el nuevo escenario demográfico ocasionado por el aumento de la esperanza de vida y los cambios en las pirámides de población que se vienen produciendo desde el siglo XX. Otros están referidos a las modificaciones materiales y culturales acaecidas en la estructura familiar. También es relevante el impacto de los avances científico-tecnológicos, sin los cuales no hubiese sido posible mejorar la calidad de vida y, menos aún, hacerla más longeva.<sup>8</sup>

La pandemia de COVID-19 afectó particularmente a todas las instituciones de cuidados de largo plazo, en especial a las residencias gerontológicas. Muchas sufrieron contagios masivos, a raíz de los cuales se produjeron incluso varios fallecimientos, y otras simplemente tuvieron que cerrar por no poder ofrecer las condiciones de seguridad requeridas por las autoridades para atender la emergencia sanitaria.

En este trabajo nos proponemos reflexionar acerca de estas problemáticas a la luz del fallo “Rodríguez” de la CSJN (*Fallos* 343: 283), en el que se rechazó una acción de amparo colectivo promovida por uno de los inquilinos de una residencia de larga estadía para personas mayores, con el objeto de que se protegieran sus derechos (y los de todas las personas que habitaban la residencia) a la vivienda y a la salud, por considerarse que el pleito no reunía los requisitos necesarios para surtir la competencia originaria de la CSJN.

Para llevar a cabo nuestro trabajo, nos posicionaremos desde la perspectiva del derecho de la vejez y utilizaremos la metodología jurídica de la teoría trialista del derecho.

5 Oliveri, M. L. (2020). “Envejecimiento y atención a la dependencia en Argentina”. *Nota técnica IDB-TN-2044*, BID/IADB. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Envejecimiento-y-atencion-a-la-dependencia-en-Argentina.pdf>

6 INDEC (2014). *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*. Buenos Aires: INDEC; Dabove, M. I. (1996). Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (21), 11; Di Tullio Budassi, R. (2008). El Derecho alimentario de los ancianos. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (38), 64-82.

7 Dabove, M. I. (2012). En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas. *Jurisprudencia Argentina*, I (fascículo 4), 3-58.

8 Dabove, M. I. (2018), *op. cit.*, pp. 5- 51.

El derecho de la vejez es una rama jurídica transversal que estudia la condición jurídica de las personas mayores (de 60 y más años), expresadas en las prácticas sociales, las normatividades y las valoraciones jurídicas que se desarrollan en torno a esta etapa de la vida. Está compuesto por cinco ejes principales: la persona mayor y sus atributos (nombre, domicilio, estado, capacidad), los derechos humanos de autonomía, los derechos humanos de inclusión y participación, los derechos humanos de protección, asistencia y cuidados y los remedios procesales para el acceso a la justicia.<sup>9</sup>

Por otro lado, la metodología empleada tiene su base en la teoría trialista del mundo jurídico. Como enseña Ciuro Caldani, para la propuesta trialista el derecho es una perspectiva de la vida humana toda, que nos incumbe de diversas maneras como individuos y como partes del complejo humano.<sup>10</sup> Para este enfoque, el derecho es un fenómeno complejo, constituido por adjudicaciones (dimensión sociológica), descriptas por normas (dimensión normológica), que se orientan a la realización de la justicia (dimensión axiológica).<sup>11</sup>

El fallo abordado atraviesa los cinco ejes que componen el derecho de la vejez e ilustra la compleja trama de decisiones y adjudicaciones referidas a las personas mayores. El plano normativo está referido a las fuentes formales (reglas o principios) del ámbito estudiado. En el caso a abordar, se ponen en juego los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Nacional y en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (CIDPM). Por último, es necesario realizar un análisis de los criterios valorativos tensionados en el caso y de los medios requeridos para la construcción de un derecho humanista que garantice que las personas mayores puedan ejercer sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones que todas las demás.

Las secciones que siguen están destinadas a examinar los hechos, la normativa aplicable y los criterios de justicia imperantes al momento de dictarse la sentencia. También, veremos qué aprendizajes nos deja esta experiencia judicial.

## 2. Los hechos del caso y la decisión judicial

A comienzos de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud declaró “pandemia” al brote del coronavirus COVID-19 que se habría originado en China. En virtud de ello, tanto el Estado argentino como el gobierno de la provincia de Buenos Aires emitieron una profusa normativa, destinada

9 Dabove, M. I. (1996). Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (21), 11; Dabove, M. I. (2002). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina; Dabove, M. I. (2008a). La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad. *Estudios Interdisciplinarios sobre o Envelhecimento*, 13(1), 7; Dabove, M. I. (2017). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*, segunda edición. Buenos Aires: Astrea; Dabove, M. I. (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance* (pp. 5-51). Buenos Aires: Astrea; Dabove, M. I. y Prunotto Laborde, A. (dirs.) (2006). *Derecho de la ancianidad*. Rosario: Juris.

10 Ciuro Caldani, M. A. (2020). *Una teoría trialista del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires: Astrea.

11 Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma; Ciuro Caldani, M. A. (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario: UNR Editora; Ciuro Caldani, M. A. (2020). *Una teoría trialista del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

a prevenir el contagio y la propagación del virus, y a resguardar los derechos fundamentales de la población, particularmente, de las personas mayores que habitan en residencias. Entre otras cosas, se dispuso la restricción de la circulación en todo el territorio y el aislamiento social preventivo y obligatorio y se establecieron diversos protocolos sanitarios.

En este contexto, el 20 de abril de 2020, el señor Rodríguez (en adelante, “el actor”) se encontraba viviendo en una residencia de larga estadía para personas mayores en la localidad de Avellaneda, provincia de Buenos Aires, cuando la empresa que tenía a su cargo la administración de la residencia (en adelante, “la demandada”) le notificó que procedería a cerrar definitivamente el establecimiento, ya que no podía cumplir con el protocolo establecido por el Ministerio de Salud en relación con la pandemia en lo atinente a las personas mayores de edad residentes en el inmueble, no solo por falencias edilicias, sino también por no contar con los recursos económicos y humanos para su implementación. Asimismo, la demandada solicitó a los familiares del actor y de los demás residentes que procedieran a trasladarlos a otros establecimientos, o bien, a sus propios hogares, antes del 15 de mayo de 2020.

Cabe señalar que el actor había ingresado a la residencia en 2014 por requerir de cuidados activos a causa de una enfermedad oncológica y un cuadro de depresión, que sus familiares no estaban en condiciones de proveerle. Asimismo, había contratado los servicios de la residencia de manera privada, ya que no le fue posible acceder a una a través de la cobertura que le brinda su obra social, el Programa de Acción Médica Integral (PAMI).

Ante la decisión de la demandada, el actor promovió una acción de amparo colectivo en su contra, sumando también al reclamo a la provincia de Buenos Aires y al Estado nacional, exigiéndoles la tutela de su derecho a la vivienda y a la salud, así como los de quienes se encontraban alojados en la residencia.

En concreto, el actor pretendía que (a) se garantizara la vivienda y la habitación de todas las personas mayores que habitaban en la residencia administrada por la codemandada; (b) se dispusieran todas las medidas necesarias para proteger la salud de los residentes de acuerdo con los protocolos aplicables; y (c) se otorgara una solución definitiva al problema de habitación y de salud, con la participación de los afectados y sus familiares.

En su demanda, el actor sostenía que el Estado nacional estaba obligado a proteger los derechos de las personas mayores, y, en particular, su derecho a la salud y a una vejez digna, en virtud de la CIDPM y del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 260/2020, que establecía la obligación de asegurar a las personas afectadas por las medidas sanitarias una atención sin discriminación y un trato digno. Agregaba que las personas mayores se encontraban en un estado de especial vulnerabilidad durante la pandemia y que no habían recibido un tratamiento digno, con un control exhaustivo de las autoridades sobre las condiciones en las que vivían y eran tratadas.

Asimismo, señalaba que la provincia de Buenos Aires también estaba obligada a garantizar los derechos de las personas discapacitadas y de las personas mayores, así como el derecho a la salud de sus habitantes, en virtud de lo establecido en su Constitución (art. 36, incs. 5, 6 y 8), y le correspondía

ejerger el poder de policía sobre todas las residencias de larga estadía para personas mayores que funcionan en su territorio.

El actor también sostuvo que el desalojo en el contexto de la pandemia ponía en riesgo la salud de las personas que habitaban en la residencia, y que el traslado a otros establecimientos era de cumplimiento imposible, ya que estaba prohibido por el Ministerio de Salud.

Finalmente, solicitó cautelarmente que se prohibiera a la demandada la realización de cualquier traslado o desalojo de las personas residentes en el establecimiento (salvo razón urgente de salud o previo consentimiento informado), y que se le ordenara tomar todas las medidas necesarias para asegurar la salud y la integridad de sus habitantes, así como para permitir la comunicación con sus familiares y responsables.

La demanda fue interpuesta directamente ante la CSJN, en función de su competencia originaria, ya que el reclamo estaba dirigido contra el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires, además de la empresa prestadora del servicio.

En su dictamen preliminar el Procurador Fiscal de la Nación consideró que la causa correspondía *prima facie* a la competencia originaria de la CSJN, ya que (a) el Estado nacional y la provincia de Buenos Aires eran parte en el pleito; (b) ambos habían adoptado medidas para atender los derechos fundamentales de la población y, en particular, de las personas mayores en residencias; y (c) la CIDPM les imponía a ambos obligaciones en materia de salud y vivienda.

Sin embargo, la CSJN resolvió, de manera unánime, que no era competente para entender en la causa, y dispuso su remisión a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, para que fuera ella quien decidiera qué tribunal provincial resultaría competente para intervenir, de acuerdo con las disposiciones locales.

Para arribar a dicha decisión, la CSJN se basó en varios precedentes propios, según los cuales una acción de amparo puede tramitar ante la CSJN siempre que, además de verificarse las hipótesis que habilitan la competencia originaria del tribunal (arts. 116 y 177 de la CN y art. 24, inc. 10, del Decreto-Ley 1285/58), la materia sobre la que verse el pleito sea de manifiesto contenido federal, o bien, de naturaleza civil y exista distinta vecindad o nacionalidad de la contraria, quedando excluidos los procesos que se rigen por el derecho público local.

La CSJN entendió que la materia del pleito de marras carecía de carácter federal, pues el actor cuestionaba hechos y omisiones de las autoridades provinciales en ejercicio de sus facultades previstas por la CN (arts. 121 y 122), que presuntamente violaban sus derechos protegidos por la CN y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, es decir, garantías que no son exclusivamente federales sino concurrentes con el derecho público local.

En este sentido, la CSJN recordó que el término “Estado” empleado en el artículo 14 bis, párrafo tercero de la CN, alude tanto al Estado nacional como a los Estados provinciales, de manera que su reglamentación no es privativa del gobierno federal y, en caso de facultades concurrentes, una potestad

legislativa nacional y una provincial pueden ejercerse sobre una misma materia sin que esto implique la violación de algún principio o precepto jurídico, siempre que no exista una incompatibilidad manifiesta e insalvable entre esas facultades.

La CSJN también recordó que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce en forma expresa los derechos de las personas mayores (art. 36, inc. 6), y establece que la provincia debe promover políticas asistenciales y de revalorización del rol activo de dichas personas. En este sentido, la CSJN observó que la Ley N° 14263 de la provincia de Buenos Aires había establecido el marco regulatorio de las residencias de larga estadía, tanto de gestión pública como privada, que prestaban servicios en el ámbito de la provincia. Asimismo, la CSJN señaló que el Decreto N° 1190/2012, reglamentario de dicha ley, disponía que las residencias debían observar condiciones adecuadas de alojamiento, alimentación, higiene, recreación y atención médica para el bienestar y comodidad de sus residentes.

Por otra parte, la CSJN sostuvo que, de acuerdo con las dos normas señaladas en el párrafo anterior, la habilitación, categorización y fiscalización de las residencias en territorio bonaerense debían ser realizadas por la autoridad de aplicación, que es el Ministerio de Salud de la provincia, y que una vez otorgada la habilitación provincial las municipalidades debían registrar dicha habilitación y tenían competencia concurrente con la autoridad de aplicación para, entre otras cosas, inspeccionar periódicamente los establecimientos y fiscalizar el cumplimiento de los requisitos establecidos para su funcionamiento.

En virtud de las disposiciones mencionadas, la CSJN resolvió que la responsabilidad primaria en el asunto traído a su conocimiento recaía sobre el Estado provincial y la municipalidad en cuya jurisdicción se encontraba ubicada la residencia, de modo que la acción de amparo incoada por el actor debía tramitar ante los jueces provinciales, en tanto el respeto del sistema federal y de las autonomías locales requería que fueran ellos los que intervinieran en causas en las que se ventilaran asuntos de esta naturaleza. Asimismo, la CSJN aclaró que todas las cuestiones federales que pudieran estar comprendidas en el caso eran susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario federal.

Por otra parte, la CSJN sostuvo que la sola violación de cláusulas constitucionales y de derechos reconocidos en tratados internacionales incorporados a la CN proveniente de autoridades provinciales no sujeta, por sí sola, las causas que de ella surjan al fuero federal, pues este solo tendrá competencia cuando sean lesionadas por o contra una autoridad nacional. Y agregó que, en este caso, la demandante no había individualizado ni concretado los hechos u omisiones de carácter antijurídico en que habrían incurrido las autoridades nacionales y de los que se derivara un daño para ella, por lo que no podía decirse que el Estado nacional estuviera sustancialmente demandado en la causa, es decir, que tuviera un interés directo en el pleito.

### 3. Protección normativa de las personas que viven en residencias

Desde la perspectiva normativa, las residencias gerontológicas pueden ser consideradas establecimientos complejos en los cuales se desarrolla la vida de una persona mayor. Se constituyen con el fin de brindar prestaciones socio-sanitarias integrales. Algunas adquieren personerías jurídicas privadas, ya adopten el modelo de las fundaciones o asociaciones civiles; otras se organizan como sociedades de responsabilidad limitada o sociedades anónimas; y también existen residencias que son estatales. En los establecimientos privados el servicio puede ser cubierto por obras sociales o empresas de medicina prepaga, por la propia persona residente, o por sus familiares. En cambio, los establecimientos públicos brindan el servicio de manera gratuita para sus residentes.<sup>12</sup>

Hasta el presente, en Argentina no existe una ley nacional referida a este tipo de instituciones, pero su existencia atraviesa transversalmente al derecho en su conjunto.

De la cadena de producción normativa propia del sistema representativo, republicano y federal, tres son los ámbitos institucionales que han ejercido facultades regulativas y de control, aplicables a las residencias argentinas: el Estado nacional, las provincias y los municipios. Los tres se hallan habilitados, incluso, para ejercer competencias “concurrentes” en este punto.

No obstante, no ha sido este el criterio impuesto en atención a las potestades de creación y control de servicios de interés público, como es el de las residencias, que provincias y municipios parecen haberse reservado dentro del esquema de gobierno federal. Y este, precisamente, ha sido el enfoque que el fallo analizado priorizó para la construcción de su respuesta.

Ahora bien, desde el año 2017 en Argentina rige la CIDPM con jerarquía suprallegal. En ella se reconoce expresamente a la “persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo” como nueva categoría de protección. El artículo 2 de la CIDPM la define como aquella persona mayor que

reside temporal o permanentemente en un establecimiento regulado sea público, privado o mixto, en el que recibe servicios socio-sanitarios integrales de calidad, incluidas las residencias de larga estadía, que brindan estos servicios de atención por tiempo prolongado a la persona mayor, con dependencia moderada o severa que no pueda recibir cuidados en su domicilio.

Más adelante, en el artículo 12, la CIDPM se refiere de manera específica y detallada a los servicios de cuidado de largo plazo bajo el estándar de la igualdad y no discriminación, el enfoque de género, el respeto de la capacidad jurídica y de los derechos humanos de autonomía, libertad y autodeterminación.

<sup>12</sup> Dabove, M. I. (2012), *op. cit.*, pp. 3-58; Dabove, M. I. (2014). Las residencias gerontológicas en el Derecho de la Vejez: panorama normativo en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, nueva serie II*, V(2), 173-215.

En particular, la CIDPM considera la independencia y la autonomía como un derecho de las personas mayores a tomar decisiones, a planificar y llevar sus vidas, a mantener sus tradiciones y creencias en igualdad de condiciones con otros segmentos de la población y a tener acceso a los mecanismos que les permitan ejercer sus derechos. Asimismo, la CIDPM establece específicamente el deber del Estado de adoptar programas, políticas o acciones que faciliten y promuevan el pleno goce de esos derechos por las personas mayores, facilitando su autorrealización, el fortalecimiento de todas las familias, las relaciones afectivas y los lazos sociales (arts. 4, 5- 7, 9- 16, 19, 23, 24 y 30).

En cuanto a los principales estándares específicos sobre servicios de cuidados de larga duración establecidos por la CIDPM, se pueden destacar algunas ideas clave. En primer lugar, el tratado impone una nueva perspectiva a la vejez: el envejecimiento empoderado, activo y saludable. En segundo lugar, la CIDPM establece como objetivos especiales la erradicación de la discriminación por edad, la promoción de la autonomía de las personas mayores y el desarrollo de un sistema integral de atención integrado por servicios sociales y de salud.

A su vez, el artículo 1 de la CIDPM establece que

el propósito de esta Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas mayores, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad.

Entre los principios más relevantes que establece la CIDPM, el artículo 3 menciona los de igualdad y no discriminación de las personas por envejecimiento; la equidad e igualdad de género y el enfoque de ciclo de vida; el bienestar y trato adecuado; la atención preferencial; y la protección judicial efectiva de sus derechos y libertades.

Por su parte, el artículo 4 del tratado reconoce deberes generales de los Estados parte en relación con este tipo de servicios. En especial, se establece que deben adoptar medidas para prevenir, sancionar y erradicar prácticas como el aislamiento, el abandono, la restricción física prolongada, el hacinamiento, los tratos degradantes, la expulsión de la comunidad, la privación de alimentos, la infantilización, los tratamientos médicos, entre otros, inadecuados o desproporcionados o que constituyan malos tratos o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que atenten contra la seguridad e integridad de las personas mayores.

Asimismo, la CIDPM establece nuevos derechos protegidos en relación con el cuidado de las personas mayores, a saber, los derechos a la vida y la dignidad (art. 6); a la seguridad y a una vida libre de violencia de cualquier tipo (art. 9); a la salud (art. 19); a dar el consentimiento libre e informado en materia de salud (art. 11) y a un sistema integral de cuidados de larga duración (art. 12).



El artículo 12 regula exhaustivamente los derechos de las personas mayores que reciben servicios de cuidado a largo plazo. Allí se obliga a los Estados a garantizar la salud, cobertura de servicios sociales (seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestido y vivienda), autonomía, integridad y perspectiva de género a las personas mayores, así como diseñar medidas de asistencia para las familias y cuidadores. Adicionalmente, se establecen tareas específicas para cumplir con esos fines, tales como asegurar que el inicio y finalización de los servicios de cuidados de larga duración sea decidido por libre y expresa voluntad de las personas mayores, evaluar y fiscalizar las instalaciones, legislar sobre responsabilidad del personal de servicios de cuidado a largo plazo y garantizar cuidados paliativos.

Por otro lado, es importante resaltar que la CIDPM refleja los estándares establecidos por la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). El artículo 30 de la CIDPM replica en su totalidad el contenido del artículo 12 de la CDPD, que introdujo una verdadera revolución copernicana en cuanto al concepto de autonomía y capacidad jurídica. Vale la pena tener en cuenta que el artículo 12 de la CDPD protege el derecho a ejercer la agencia legal con más claridad que cualquier instrumento anterior de derechos humanos.<sup>13</sup>

En consecuencia, ni la CDPD ni la CIDPM hacen distinción entre la capacidad de disfrute y la capacidad de ejercicio o agencia jurídica, una vez que estas capacidades han sido plenamente adquiridas a los 18 años. Por otro lado, ambas consideran que toda persona con discapacidad o mayor (incluso las que padecen enfermedades mentales) tienen derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Finalmente, desaprueban categóricamente cualquier restricción a la capacidad jurídica que implique la sustitución de la voluntad de la persona.<sup>14</sup>

A pesar de contar con este riquísimo entramado normativo que goza de jerarquía suprallegal, la CSJN se pronunció atendiendo a un criterio administrativo solo afín a la distribución fáctica de competencias. Quizás, una de las razones para adoptar este posicionamiento haya sido la declaración interpretativa al artículo 31 de la CIDPM que formuló la Argentina a la hora de hacer el depósito del instrumento de ratificación en la sede de la OEA, el 23 de octubre de 2017. Allí, nuestro país expresa que

13 Arstein-Kerslake, A. y Flynn, E. (2017). The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Personas with Disabilities. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 22-38. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000458> ; Minkowitz, T. (2017). CRPD and transformative equality. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 77-86. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000483>; Rosales, P. O. (2012). *Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Buenos Aires: Infojus; Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca.

14 Dabove, M. I. (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16(30-1), 38; Dhanda, A. (2017). Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 87-95. doi:10.1017/S1744552316000501; De Bhailís, C. y Flynn, E. (2017). Recognising legal capacity: Commentary and analysis of Article 12 CRPD. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 6-21; Smith, A. (2014). Are guardianship laws and practices consistent with human rights instruments? In A. K. Dayton (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship* (pp. 247-271). Durham, Carolina del Norte: Carolina Academic Press.

las obligaciones contraídas en los párrafos cuarto y quinto del artículo 31 [referido a Acceso a la justicia] deben entenderse como obligaciones de medios, enderezadas a la adopción de medidas, atendiendo a un criterio de progresividad y a los condicionamientos políticos propios del diseño de competencias constitucionales.

Sea ello como fuere, en materia de residencias gerontológicas no rige una distribución de competencias expresa en la CN, ni tampoco rigen prohibiciones, ni reservas de poderes en favor de las provincias o municipios. La facultad para legislar, administrar y justiciar es, pues, concurrente, y ese hubiese sido un camino muy interesante que podría haberse seguido en este caso, con el beneficio de otorgar la protección reforzada de derechos que exige la CIDPM.

#### **4. Valoración de la sentencia ante el impacto de la pandemia en las residencias**

Tal como se mencionó anteriormente, la decisión de la CSJN en este caso se centró en el examen de los requisitos que habilitaban su competencia, sin llegar a tratar el fondo del asunto. En este sentido, la CSJN resolvió declinar su intervención en el juicio por entender que las cuestiones que se le planteaban se referían exclusivamente a facultades propias de las provincias y a potestades regulatorias concurrentes. De esta manera, convalidó la distribución implícita de competencias que existe en nuestro país en torno a la regulación del contrato de servicios residenciales para personas mayores, pero dejó sin respuesta otras cuestiones más relevantes que se traían a su conocimiento.

La carencia de una regulación de alcance nacional, específica y de fondo, que establezca un marco jurídico de orden público para el establecimiento y funcionamiento de servicios residenciales, sumada a la confusión que genera la existencia de competencias concurrentes y la consiguiente incertidumbre en torno a la jurisdicción que resulta más idónea para resolver los conflictos que puedan suscitarse, se vuelve particularmente problemática en el marco de una situación de emergencia como la planteada por la pandemia del COVID-19.

En efecto, la crisis que desató la propagación del virus puso en evidencia las múltiples fallas que existen en torno a diversos institutos y servicios para personas mayores, como sucede con los residenciales. Los problemas edilicios, la carencia de personal especializado, la falta de insumos y la incapacidad para adecuar los servicios a las medidas y protocolos impuestos desde el Estado, tuvieron un impacto muy serio en los derechos de las personas que habitan en las residencias y sus familiares. Al mismo tiempo, este grupo ha sido uno de los más proclives a adquirir el virus, con las mayores tasas de mortalidad por dicha causa.

En este contexto, la perspectiva jurídica más adecuada a adoptar en un caso como el que estamos analizando habría sido aquella que maximizara los mecanismos de protección existentes, a fin de aventar dilaciones innecesarias y potenciar la capacidad protectora del entramado normativo vigente.

En otras palabras, el decisorio podría haberse motivado en un enfoque centrado en la persona mayor y sus necesidades, que facilitara al actor el acceso a la justicia y el ejercicio de sus derechos, en lugar de detenerse en cuestiones meramente procedimentales, que tampoco habrían sido óbice para su intervención, dado que, como se apuntó más arriba, las potestades en esta materia son concurrentes.

Como lo venimos advirtiendo en investigaciones anteriores, la vejez exige la construcción jurídica de nuevos despliegues valorativos.<sup>15</sup> Impone la tarea de realizar ajustes razonables en todo juicio de valor, “asegurando a cada persona mayor, en cuanto tal, el espacio de libertad que necesita para continuar personalizándose e interactuar con los demás, en igualdad de condiciones”.<sup>16</sup>

Por otra parte, es importante resaltar que la tónica valorativa de esta decisión no se condice con las consideraciones vertidas por la CSJN en otras causas recientes, en las que, haciendo referencia a la importancia de la actuación del órgano jurisdiccional en situaciones de emergencia como la que estamos atravesando actualmente, ha dicho que las autoridades constitucionales están más vigorosamente llamadas a encontrar cauces institucionales para enfrentar tales desafíos, y que ni siquiera estados de grave conmoción social, incluso aquellos que llevaron a la declaración del estado de sitio, pueden hacer que se excluya la intervención de los jueces, tuitiva de los derechos individuales (*Fallos* 343-1: 195).

## 5. Conclusión

El envejecimiento poblacional y la longevidad actual de la vejez son fenómenos extraordinarios, que transforman profundamente nuestra mirada de la vida, de las instituciones y de la cultura toda. Se trata, pues, de una verdadera revolución, silenciosa, creciente y sostenida en el tiempo. Sin embargo, la práctica jurisdiccional no siempre está a tono con esta nueva realidad social, ni tampoco con los estándares supraleales de derechos humanos formalmente en vigor gracias a la CIDPM, tal como lo ilustra el fallo analizado.

La “gerontoglobalización” llegó para quedarse. Nuestro continente ha dado a luz el primer tratado vigente que así lo reconoce. El mundo debate hoy la elaboración de una Convención Universal de Derechos Humanos para las Personas Mayores.

Se necesita, pues, una justicia que asuma de manera sustantiva esta nueva realidad jurídica y comience a tomar decisiones correspondientes con los valores supraleales plasmados en la CIDPM y con el carácter concurrente de la facultad para legislar, administrar y justiciar que nuestra CN habilita para este ámbito.

En suma, es necesario garantizar la exigencia de “igual consideración y respeto” que cada uno tiene en cuanto persona, tan bien señalada por Dworkin.<sup>17</sup> Se precisa consolidar el derecho a una distribución

15 Dabove, M. I. (2002). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

16 “El principio supremo de justicia consiste en asegurar a cada cual una esfera de libertad dentro de la cual sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, de personalizarse” (Goldschmidt, W. [1987]. *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma, pp. 399 y 417).

17 Dworkin, R. (2012). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel, p. 332.

igual de oportunidades, recursos o cargas, y el derecho a ser tratado como igual, a recibir la misma consideración y respeto que le correspondería a cualquiera. Se debe garantizar que los intereses de las personas mayores sean tratados tan extensamente como los de cualquier otro ser humano. El mundo “gerontoglobalizado” nos impone a todos la tarea de equilibrar mejor las adjudicaciones concretas de bienes y cargas entre los miembros de una sociedad determinada, favoreciendo a los que están peor situados con el propósito de igualarlos en términos globales.<sup>18</sup>

## Bibliografía

- Arstein-Kerslake, A. y Flynn, E. (2017). The right to legal agency: domination, disability and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 22-38. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000458>
- Ciuro Caldani, M. A. (2011). *Estrategia Jurídica*. Rosario: UNR Editora.
- (2020). *Una teoría trialista del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires: Astrea.
- Dabove, M. I. (1996). Comprensión jusfilosófica del derecho de la ancianidad. *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, (21), p. 11.
- (2002). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- (2005). *Los derechos de los ancianos*. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina.
- (julio-agosto de 2008). Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez. *Revista de Derecho de Familia*, (40), 39-54.
- (2008a). La problemática de la vejez en el derecho argentino: razones para la construcción del derecho de la ancianidad. *Estudios Interdisciplinarios sobre o Envelhecimento*, 13 (1), 7.
- (2012). En el tiempo de los derechos: una mirada iusfundamental a las residencias gerontológicas. *Jurisprudencia Argentina*, I (fascículo 4), 3-58.
- (2014). Las residencias gerontológicas en el Derecho de la Vejez: panorama normativo en Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, nueva serie II*, V (2), 173-215.
- (septiembre de 2015). Elder Law: A Need that emerges in the course of life. *Ageing International*, (40). doi: 10.1007/s12126-013-9193-4.
- (2016). Derechos humanos de las personas mayores en la nueva Convención Americana y sus implicancias bioéticas. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 16 (30-1), 38.

<sup>18</sup> En este sentido, uno de los principios básicos de justicia compartibles según Rawls es aquel que indica que “cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que se compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”. Pero además se impone que las desigualdades sociales y económicas sean conformadas de modo tal que a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos. Más aún, los valores sociales –libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, las bases sociales y el respeto a sí mismo– “habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos”. Dabove, M. I. (2005). *Los derechos de los ancianos*, segunda edición. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, p. 437; Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*. (Traducción de M. D. González). Madrid: Fondo de Cultura Económica, pp. 75 y 82.

- (2017). *Derechos humanos de las personas mayores. Acceso a la justicia y protección internacional*. Buenos Aires: Astrea.
- (2018). *Derecho de la Vejez. Fundamentos y alcance*. Buenos Aires: Astrea, pp. 5- 51.
- Dabove, M. I. y Prunotto Laborde, A. (dirs.) (2006). *Derecho de la ancianidad*. Rosario: Juris.
- De Bhailís, C., y Flynn, E. (2017). Recognising legal capacity: Commentary and analysis of Article 12 CRPD. *International Journal of Law in Context*, 13 (1), 6-21. doi:10.1017/S174455231600046X
- Dhanda, A. (2017). Conversations between the proponents of the new paradigm of legal capacity. *International Journal of Law in Context*, 13(1), 87-95. doi:10.1017/S1744552316000501
- Di Tullio Budassi, R. (2008). El Derecho alimentario de los ancianos. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (38), 64-82.
- Dworkin, R. (2012). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Ariel.
- Goldschmidt, W. (1987). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. Buenos Aires: Depalma.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (2014). *Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012*. Buenos Aires: INDEC.
- Lesson, G. W. (2009). Demography, politics and policy in Europe. En Ludow (ed.), *Setting EU Priorities* (pp. 102-124). Ponte de Lima: The European Strategy Forum.
- (2009a). Future Ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status. En Nurvidya and Ananta (eds.), *Older Persons in Southeast Asia* (47-67). Singapur: Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS).
- (2011). Prepared or Not, Latin America faces the Challenge of Aging. Current History. *Journal of Contemporary World Affairs*, 110 (733), 75-80.
- Minkowitz, T. (2017). CRPD and transformative equality. *International Journal of Law in Context. Special Issue: Legal Capacity and Human Rights*, 13(1), 77-86. doi: <https://doi.org/10.1017/S1744552316000483>
- Oliveri, M. L. (2020). *Envejecimiento y atención a la dependencia en Argentina*. Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Envejecimiento-y-atencion-a-la-dependencia-en-Argentina.pdf>
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- Rawls, J. (1993). *Teoría de la justicia*, primera edición, segunda reimpresión. Traducido por M. D. González. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Rosales, P. O. (2012). *Discapacidad, justicia y Estado: acceso a la justicia de personas con discapacidad*. Buenos Aires: Infojus.
- Smith, A. (2014). Are guardianship laws and practices consistent with human rights instruments? In A. K. Dayton (ed.), *Comparative perspectives on adult guardianship*. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, pp. 247-271.



# Medio ambiente

**CSJN. “Gahan, Juana María y otros c/ Provincia de Córdoba s/amparo ambiental”, 4 de junio de 2020; “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Control Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/incidente de medida cautelar”, 2 de julio de 2020 y “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 16 de julio de 2020**

*Por Juan Pablo Vismara<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

En el presente comentario analizaré brevemente tres sentencias de gran relevancia en materia de derecho ambiental dictados por la CSJN en el año 2020.

En el primer caso, ante la falta de consensos en las negociaciones entre las provincias de La Pampa y Mendoza, debió fallar en el histórico conflicto por el río Atuel, aprovechando esa oportunidad para sentar algunas importantes afirmaciones sobre cuestiones ambientales. En el segundo fallo hizo lugar a un recurso extraordinario federal planteado contra el rechazo a un amparo que pretendía frenar la actividad de una importante fábrica en la provincia de Buenos Aires por riesgos que introducía en el ambiente. Finalmente, en el tercero, decidió no aceptar la competencia originaria ante el planteo que unos vecinos hicieron con relación a una gran obra hidráulica en la provincia de Córdoba, por falta de interjurisdiccionalidad.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Profesor de Derecho del Ambiente y de los Recursos Naturales (UNDAV) y de la Diplomatura en Litigio de Derechos Sociales y Ambientales (UNPAZ). Integrante de proyectos de investigación en derecho (DECYT y UNPAZCYT). Integrante del Colectivo de Derechos Humanos Yopoi.

## 2. El Caso “La Pampa c/ Mendoza”

El conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza por el río Atuel se viene prorrogando por décadas y la Corte debió intervenir en distintas ocasiones. Por eso, antes de entrar a analizar su último fallo, es importante recordar algunos aspectos de los anteriores.

En 1987 el Tribunal dictó un fallo en el que declaró al río Atuel como interprovincial, exhortando a las partes a celebrar convenios tendientes a una participación razonable y equitativa en los usos futuros de las aguas. Asimismo, declaró que no estaba acreditado que Mendoza estuviera haciendo un uso abusivo del río y, por ende, no debía verse afectada en los usos consuntivos aplicados sobre la superficie en ese tiempo regada, calculadas en 75.761 hectáreas.<sup>2</sup>

A instancias de esa sentencia, en los años 1989, 1992 y 2008, las provincias en litigio celebraron distintos acuerdos, pero nunca arribaron a resultados concretos que dieran por terminado el conflicto.

Teniendo en cuenta ello, la provincia de La Pampa se presentó nuevamente ante la CSJN denunciando que la provincia de Mendoza había incumplido la sentencia de 1987, en especial en lo relativo a la obligación de celebrar convenios para lograr una participación razonable y equitativa en los usos de las aguas. Asimismo, denunció “daño ambiental colectivo (incluyendo daño moral colectivo, daño a la actividad económica, aves, caza, pesca, invasión de especies)” y reclamó por “la recomposición del ambiente”.<sup>3</sup>

De esa forma la CSJN debió volver a intervenir, dictando un nuevo fallo el 1° de diciembre de 2017. En esa oportunidad sostuvo que los hechos y el derecho que constituían este caso diferían de los resueltos en la sentencia de 1987. Específicamente, explicó que

la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. Esta visión, que en gran medida está presente en el conflicto resuelto mediante la sentencia de 1987, ha cambiado sustancialmente en los últimos años. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estaduales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente.<sup>4</sup>

---

2 CSJN, *Fallos* 310:2478, considerandos 107 y 116.

3 CSJN, *Fallos* 340:1695, considerandos II y VIII.

4 Ídem, nota 3, considerando V.



Dijo la Corte también que

el ambiente no es para la Constitución Nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario.<sup>5</sup>

Ello es así, sostuvo recordando el fallo “Mendoza”, porque el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible y el agua, como micro bien ambiental, presenta los mismos caracteres.<sup>6</sup>

Por esa razón, explicó el Tribunal, la solución debía orientarse a promover una solución enfocada en la sustentabilidad del ecosistema interprovincial y en el respeto del derecho a gozar del ambiente de las generaciones futuras.<sup>7</sup>

También tuvo en cuenta la CSJN, para resolver el caso, el derecho humano al acceso al agua potable que, sostuvo,

incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y –en particular– en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia.

Recordó que la Corte IDH ha dicho que “el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida”. En este caso en particular, explicó, “el derecho al agua potable se especifica en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema”.<sup>8</sup>

Por otro lado, la CSJN entendió que otra cuestión jurídica relevante se relaciona con la desertificación, pues de las constancias de las causas “surge de manera clara el estado de sequía y desertificación que caracteriza la región pampeana en la cuenca”. Ello tiene implicancias jurídicas, ya que nuestro país suscribió la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África, según la cual “la Nación debe otorgar la debida prioridad a la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía y asignar recursos suficientes, conforme a sus capacidades y circunstancias”. En ese sentido, el

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*, con cita de CSJN, *Fallos* 329:2316.

7 *Ibidem*.

8 *Ídem*, nota 3, considerando XI, con citas de Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2010. Serie C No. 218, párr. 215 y *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196, párr. 148.

Tribunal sostuvo que “la lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta de agua, y no solo en el derecho al agua como demanda”.<sup>9</sup>

Asimismo, la CSJN recurrió al concepto jurídico de cuenca como ámbito de competencia de su actuación dirimente, afirmando que “se entiende por cuenca hidrográfica el espacio geográfico delimitado por la línea divisoria de las aguas que fluyen hacia una salida o depósito común”. Explicó que “las cuencas son ámbitos físicos dentro de los cuales los distintos usos y efectos de los recursos hídricos y los demás recursos naturales son naturalmente interdependientes y por tal motivo deben ser usados y conservados de manera integrada”.<sup>10</sup>

En particular, respecto a la cuenca del río Atuel, entendió que

es un sistema integral, que se refleja en la estrecha interdependencia entre las diversas partes del curso de agua, incluyendo glaciares que pueden ser sus fuentes o aguas subterráneas. Por ejemplo, la degradación de las aguas de superficie puede amenazar las subterráneas y viceversa, y con ello poner en jaque a todo el ecosistema (comprensivo del entorno natural y cultural) suelo, flora, fauna, biodiversidad, y ambiente humano, del entorno que sostiene.<sup>11</sup>

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, concluyó que estaba acreditada la necesidad de fijar un caudal hídrico que asegurara la supervivencia y la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa. Sin embargo, en esa instancia la CSJN prefirió evitar fijarlo y optó por adoptar “una función de cooperación, control y monitoreo, sin asumir atribuciones de gestión, de tal manera que se favorezca y garantice, pero no interfiera, en la adopción por parte de las provincias de una solución al conflicto”. En consecuencia, decidió ordenar a las partes que fijaran un caudal hídrico apto para la recomposición del ecosistema afectado en el noroeste de la provincia de La Pampa.<sup>12</sup>

Para la CSJN el órgano adecuado para avanzar en ese camino era la Comisión Interprovincial del Atuel Inferior (CIAI) y, por eso, las partes, incluyendo al Estado nacional, debían ponerla en funcionamiento otorgándole los recursos necesarios para su fortalecimiento institucional. En ese ámbito, dijo la Corte, deberá ordenarse

un programa de ejecución de obras que contemple diversas alternativas de solución técnica de las previstas en relación a la problemática del Atuel, como así también los costos de la construcción de las obras respectivas y su modo de distribución, sus beneficios, las urgencias de las poblaciones circundantes, la defensa del acceso al agua potable, la participación de las comunidades originarias radicadas en la región, como asimismo la sostenibilidad de la actividad económica productiva, y la sostenibilidad del ecosistema.

---

9 Ídem, nota 3, considerando XII.

10 Íbidem, considerando XIII.

11 Ídem, nota 10.

12 Ídem, nota 3, considerando XV.

La presentación de ese programa debía ser sometido a la aprobación del Tribunal dentro del plazo de ciento veinte días.<sup>13</sup>

En el año 2018, mediante un nuevo pronunciamiento, la CSJN decidió, en el marco del programa de recomposición de ecosistemas y atención de la desertificación del Atuel, extender el plazo por noventa días para que las partes arribaran a una solución dirimente del conflicto e indiquen el porcentaje de los costos de las obras que cada una de las jurisdicciones afrontará.<sup>14</sup>

Aunque se inició un proceso de diálogos dentro de la CIAI, por presentar las partes posiciones demasiado antagónicas, el acuerdo fue imposible. La Pampa había propuesto un método holístico que incluía la construcción de escenarios que consideraran aspectos geológicos, hidrológicos, florísticos, faunísticos y sociales. El caudal mínimo propuesto por ella era de 4,5 m<sup>3</sup>/s. Por su parte, Mendoza había sostenido que, según la UNESCO, los métodos hidrológicos son los más utilizados mundialmente para la determinación del caudal ecológico y que, además, el plazo fijado por el Tribunal no permitía aplicar el método propuesto por La Pampa. El caudal mínimo propuesto por la demandada fue de 1,3 m<sup>3</sup>/s. Por otro lado, La Pampa entendía que el caudal hídrico apto que se fije debe hacerse efectivo en forma inmediata, independientemente de la realización de obra alguna. Por su parte, Mendoza consideraba que debía llevarse a cabo progresivamente, de acuerdo a las obras que permitieran instrumentarlo.<sup>15</sup>

Así las cosas, la CSJN debió emitir un nuevo pronunciamiento en 2020. Allí entendió que, si bien en la sentencia de 2017 había decidido que fueran las partes quienes arribaran a la solución, “al persistir las posiciones controvertidas no queda otro remedio a esta Corte, en ejercicio de su jurisdicción dirimente prevista en el art. 127 de la Constitución Nacional, que determinar el camino a seguir”.<sup>16</sup>

Antes de avanzar, la Corte recordó que su competencia dirimente reviste diversa naturaleza de la jurisdiccional y reconoció las siguientes pautas para su ejercicio: a) se trata de una función de naturaleza prudencial; b) el Tribunal debe ejercer las potestades necesarias para arribar a la resolución del conflicto, lo que implica reconocerle amplias facultades para determinar el derecho aplicable al litigio y modular la estructura procesal de su ejercicio; c) la discrecionalidad propia de la naturaleza prudencial de esta competencia dirimente no debe conducir a la arbitrariedad, pues su ejercicio se inspira en la equidad y los principios propios del sistema federal constitucional; d) el Tribunal debe utilizar las herramientas necesarias para arribar a una solución del conflicto de modo gradual; e) las decisiones del Tribunal deberán ser aplicadas por las partes conforme al criterio de “buena fe”.<sup>17</sup>

---

13 Ídem, nota 3.

14 CSJN, *Fallos* 341:560.

15 CSJN, “La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas”, 16 de julio de 2020, *Fallos* 343:603, considerando II.

16 Ídem, nota 15, considerando V.

17 *Ibidem*, considerando VI.

Reiteró, en iguales términos, aquello que había dicho en la sentencia de 2017 respecto de la necesidad de resolver el conflicto, atendiendo que excede la dimensión bilateral por estar afectados bienes colectivos de pertenencia comunitaria como el ambiente y el agua.<sup>18</sup>

En definitiva, “como instrumento de posible cese del daño ambiental ocasionado por la falta de escurrimiento del río Atuel en territorio pampeano”, resolvió fijar, como meta interina, un caudal de agua en el límite entre ambas provincias de 3,2 m<sup>3</sup>/s. Llegó a esa solución al inclinarse por la propuesta realizada por el Estado nacional, quien había tomado como base un estudio realizado por el Instituto Nacional del Agua (INA) que, desde una perspectiva hidrológica, mediante una tarea estadística y como promedio de los resultados obtenidos con los diferentes métodos, estimó ese valor mínimo de referencia, que se podría alcanzar una vez que se realizaran una serie de obras e inversiones. Esa propuesta, además, es intermedia entre las que habían hecho las provincias. Asimismo, la Corte fijó como “valor inicial” de caudal 2,2 m<sup>3</sup>/s, que, según el informe del citado organismo, se podría alcanzar a la mayor brevedad posible y mantenerlo como mínimo”.<sup>19</sup>

La CSJN destacó que a la solución del conflicto debe llegarse de modo gradual. El principio de progresividad, propio del derecho ambiental,

es especialmente aplicable al caso en la medida en que, al perseguirse una recomposición natural o pasiva del ecosistema afectado en el noroeste de la Provincia de La Pampa, no es posible conocer anticipadamente el tiempo necesario para alcanzarla, ya que dependerá de la capacidad de auto-regeneración del ecosistema.<sup>20</sup>

Decidido eso, exhortó a las partes a diagramar

un programa de monitoreo permanente que permita el control de la provisión del caudal mínimo fijado en el tiempo y de la evolución de los parámetros principales mencionados, entendiendo que el monitoreo permanente permitirá evaluar las condiciones locales del régimen del río Atuel y evaluar potenciales variaciones según las características propias de la cuenca.<sup>21</sup>

---

18 *Ibíd.*, considerandos VII y VIII.

19 *Ibíd.*, considerandos XI, XIV y XVI.

20 *Ibíd.*, considerando XIII. El principio de progresividad establece que “Los objetivos ambientales deberán ser logrados en forma gradual, a través de metas interinas y finales, proyectadas en un cronograma temporal que facilite la adecuación correspondiente a las actividades relacionadas con esos objetivos” (art. 4°, Ley General del Ambiente N° 25675).

21 *Ibíd.*, considerando XV.

Finalmente, sin desvalorizar el trabajo de la CIAI, le requirió a las jurisdicciones provinciales que, para la continuación del proceso de concertación, consideraran la conformación de la Comisión Interjurisdiccional del Río Atuel (CIRA), en reemplazo de aquella. Dijo la Corte que

la constitución de organismos de cuencas interjurisdiccionales tiene una vasta tradición en nuestro país debido a que la mayoría de sus ríos atraviesan límites interprovinciales o internacionales o forman parte de los límites de las jurisdicciones. La experiencia ha demostrado que estos organismos constituyen un ámbito adecuado para la construcción de la confianza que es necesaria para poder generar soluciones a los problemas compartidos, que sean aceptables para todas las partes y, en su caso, para prevenir y/o solucionar posibles conflictos que se susciten.<sup>22</sup>

### **3. El caso “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná Control Contaminación y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otros”**

En este caso, la CSJN debió resolver sobre una medida cautelar presentada por una asociación civil defensora del ambiente del río Paraná contra la empresa Carboquímica del Paraná S.A., el Organismo Provincial para el Desarrollo Sostenible (OPDS) y Siderar (SAIC).

La pretensión de la actora consistió en el cese de la actividad de la empresa demandada y en la recomposición o indemnización sustitutiva del daño ambiental causado por las emanaciones de efluentes gaseosos y los líquidos vertidos sobre el río, así como por el enterramiento de residuos peligrosos. Los hechos también dieron lugar a una causa penal que, adjuntada al amparo, sirvió a la Corte como elemento de análisis.<sup>23</sup>

El Juzgado Federal de Primera Instancia N° 1 de San Nicolás dictó, como medida cautelar, la suspensión de la actividad de la empresa demandada por la falta de la declaración de impacto ambiental prevista en el artículo 11 de la Ley General del Ambiente (LGA), con fundamento en el principio precautorio previsto en el artículo 4° de la misma norma.<sup>24</sup>

Recurrida la medida, la Sala B de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario resolvió dejar sin efecto la medida cautelar, pues el cese provisorio de la actividad podría ocasionar a la demandada y a sus empleados un perjuicio de imposible o de muy difícil reparación ulterior. También tuvo en cuenta que, si bien el OPDS había dispuesto la clausura preventiva total del establecimiento y prohibido la generación de residuos de cualquier tipo, luego de realizadas determinadas tareas de saneamiento según las pautas establecidas con motivo de la clausura, el mismo organismo ordenó su levantamiento.<sup>25</sup> Contra

<sup>22</sup> Ídem, nota 15, considerando XVIII. Con cita de CSJN *Fallos* 342:2136.

<sup>23</sup> CSJN, “Asociación Civil Protecc. Ambiental del Río Paraná Ctról. Contam. y Restauración del Hábitat y otro c/ Carboquímica del Paraná S.A. y otro s/ incidente de medida cautelar”, 2 de julio de 2020, *Fallos* 343:519, considerando I.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

la resolución de segunda instancia la actora presentó un recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a la queja que finalmente fue aceptada la CSJN.

En primer lugar, la Corte entendió necesario recordar que el principio según el cual las resoluciones que se refieren a medidas cautelares no autorizan el otorgamiento del recurso extraordinario, ya que no revisten el carácter de sentencias definitivas, “admite excepción cuando la medida dispuesta es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior”.<sup>26</sup>

El Tribunal destacó que la interpretación de esa doctrina, esbozada con claridad en “Cruz”,

debe efectuarse desde una moderna concepción de las medidas necesarias para la protección del medio ambiente, pues el art. 4° (de la LGA) introduce en la materia los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles.<sup>27</sup>

También en el citado precedente había dicho que estos principios “apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el artículo 41 de la CN”.<sup>28</sup>

Luego de analizar las constancias de la causa, la Corte concluyó que la sentencia recurrida debía calificarse como arbitraria por no constituir una derivación razonada del derecho vigente y por afectar de modo directo e inmediato el derecho al debido proceso adjetivo (art. 18 de la Constitución Nacional).

Para el Tribunal, la Cámara no tuvo en cuenta que la empresa estaba incluida en los establecimientos industriales que deben obtener, con anterioridad al inicio de sus actividades, una declaración de impacto ambiental. Incluso la Cámara omitió considerar que del texto de la disposición de levantamiento de la clausura de la OPDS se desprendía que la empresa demandada aún no había cumplido con la presentación del estudio de impacto ambiental y que el organismo le había otorgado un plazo perentorio para cumplir con ello.<sup>29</sup>

La CSJN destacó que tanto la LGA –en sus artículos 11, 12 y 13–, como la Ley de Protección del Ambiente de la Provincia de Buenos Aires –artículo 10– establecen la obligatoriedad de cumplir con el procedimiento de impacto ambiental antes de la ejecución de toda actividad que sea susceptible de degradar al ambiente de forma significativa.<sup>30</sup>

Tampoco consideró la Cámara, según la Corte, que de los informes técnicos que obraban en la causa penal surgía que presentaba irregularidades ambientales; que la tierra del predio industrial estaba mez-

---

26 *Ibíd.*, considerando 3.

27 *Ibíd.*, considerando III, con cita de *Fallos* 339:142.

28 *Ídem*, nota 27.

29 *Ídem*, nota 23, considerando IV.

30 *Ídem*, nota 29, con cita de *Fallos* 339:201.

clada con alquitrán, brea o derivados del petróleo; y que se había verificado la existencia de residuos sólidos y líquidos en los predios lindantes.<sup>31</sup>

Finalmente, la CSJN sostuvo que, al haber omitido considerar los hechos aludidos, quedó evidenciado que el tribunal de segunda instancia no realizó el juicio de ponderación al que obliga la aplicación del principio precautorio previsto en la LGA.<sup>32</sup>

#### 4. El caso “Gahan c/ Provincia de Córdoba”

Los propietarios de un establecimiento rural ubicado en el departamento de Marcos Juárez, sureste de la provincia de Córdoba, presentaron una acción de amparo contra la Provincia con motivo de una canalización a cielo abierto que tenía por objeto transferir mediante drenaje los excedentes hídricos que afectaban a la localidad de Arias hacia la laguna de Jume.<sup>33</sup>

Los actores, con fundamento en el eventual daño a su propiedad y en la protección del interés colectivo a un ambiente sano, solicitaron que antes de la ejecución de la obra hidráulica se ordenara a la Provincia que ejecutara un estudio de impacto ambiental y una consulta pública de manera conjunta y coordinada con la provincia de Santa Fe y el Estado nacional. Simultáneamente, pretendieron que se dispusiera cautelarmente la suspensión de las obras hasta que se resolviera el fondo del asunto. Por último, solicitaron la citación como tercero de la provincia de Santa Fe, en cuanto el efecto dañoso de las obras se proyectaría sobre su territorio, y del Estado nacional, toda vez que se sitúan en la zona media de la cuenca hídrica interjurisdiccional del río Carcarañá, que atraviesa ambas provincias, desembocando en el río Paraná.<sup>34</sup>

El Juzgado Federal de Córdoba N° 1 se declaró incompetente por considerar que la causa debía tramitarse ante la competencia originaria de la CSJN, al estar citadas otras dos jurisdicciones. La Sala A de la Cámara Federal de la misma provincia confirmó lo decidido en la instancia inferior.<sup>35</sup>

La parte actora actualizó los hechos en dos oportunidades. En un primer momento presentó un informe técnico sobre impactos y daños ambientales y un acta de constatación notarial de la cual surgía el avance de la obra. Luego, manifestó que mediante la Resolución General N° 13/2018 de la Administración Provincial de Recursos Hídricos se estaba avanzando en el proceso expropiatorio relacionado con la obra cuestionada y solicitó que, además de suspenderse la ejecución de las obras, se suspendieran los efectos de la mencionada resolución y de todo el proceso expropiatorio hasta tanto se resolviera la cuestión de fondo.<sup>36</sup>

En el fallo que aquí comento, con relación a los procesos referidos a cuestiones ambientales, la CSJN afirmó que la competencia originaria procede si es parte una provincia y la causa reviste naturaleza

31 Ídem, nota 23, considerandos IV y V.

32 Ídem, considerando VI.

33 CSJN, “Gahan, Juana María y otros c/ Provincia de Córdoba s/amparo ambiental”, 4 de junio de 2020, Fallos 343:319, considerando 1.

34 Ídem, nota 33.

35 Ídem, nota 33.

36 Ídem, nota 33.

exclusivamente federal, para lo cual es necesario que se configure la interjurisdiccionalidad prevista en el artículo 7° de la LGA.<sup>37</sup>

Para determinar la procedencia de dicha competencia en razón de la materia ambiental, es preciso, dijo la Corte, delimitar el ámbito territorial afectado y, de esa forma, determinar “si se trata de un recurso ambiental interjurisdiccional” o “de un área geográfica que se extienda más allá de la frontera provincial”. Es decir, que “tiene que tratarse de un asunto que incluya problemas ambientales compartidos por más de una jurisdicción”.<sup>38</sup>

La CSJN reiteró aquello que viene sosteniendo desde “ASSUPA”, en el que afirmó que, si bien la interdependencia es inherente al ambiente y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional, para valorar las diferentes situaciones que se plantean debe focalizarse el análisis en la localización del factor degradante. En ese sentido, aclaró que la indiscutible migración de los cursos de agua y de elementos integrados a ella como consecuencia de la acción antrópica no son suficientes para tener por acreditada la interjurisdiccionalidad.<sup>39</sup>

En función de lo expuesto, y luego de valorar los elementos obrantes en la causa, la Corte entendió que el carácter interjurisdiccional del recurso afectado no resultaba manifiesto, porque el área en la cual se debía ejecutar la obra se circunscribía íntegramente a la jurisdicción de la provincia de Córdoba, de manera que el manejo de los excedentes hídricos generados en el sistema sería sistematizado de manera integral dentro de la misma jurisdicción. Resultaba claro, entonces, que el factor degradante, en el caso de existir, estaría ubicado en el territorio cordobés.<sup>40</sup>

En ese sentido, afirmó, es solo la provincia de Córdoba quien deberá responder y llevar a cabo los actos necesarios para impedir que se genere el daño ambiental invocado por los actores, en el caso en que se determine que ha incurrido en actos u omisiones en el ejercicio de facultades propias, fundadas en su poder de policía ambiental. Por ello, la participación obligada de la provincia de Santa Fe en la causa resultaba improcedente.<sup>41</sup>

En cuanto al Estado nacional, señaló que, en las condiciones indicadas, no resultaba exigible *prima facie* el permiso del comité de cuenca para la utilización de las aguas previsto en el artículo 6° de la Ley N° 25688 Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, pues dicha autorización debía obtenerse en el caso de las cuencas interjurisdiccionales “cuando el impacto ambiental sobre alguna de las otras jurisdicciones sea significativo”.

Sin perjuicio de ello, resaltó que el “Convenio entre el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, la Provincia de Córdoba y la Provincia de Santa Fe para la creación de la Comisión Interjurisdiccional de la Cuenca del Río Carcaraña” fue suscripto *ad referendum* del Honorable Congreso de la Nación y de las

---

37 *Ibidem*, considerando 3.

38 *Ídem*, nota 37, con citas de *Fallos* 329:2316 y 330:4234.

39 *Ídem*, nota 33, considerando 4, con cita de *Fallos* 330:4234, considerando 14.

40 *Ibidem*, considerandos 3 y 4.

41 *Ibidem*, considerandos 4 y 5.



respectivas legislaturas provinciales y, si bien estas últimas dictaron su aprobación, estaba pendiente de ratificación por el Congreso de la Nación, circunstancia que obstaba su entrada en vigor.<sup>42</sup>

De este modo, la CSJN resolvió que los hechos de la causa demostraban que únicamente había una jurisdicción involucrada y, por lo tanto, no correspondía que el asunto tramitara bajo su competencia originaria.

## 5. Observaciones finales

En su nueva intervención en el histórico conflicto entre las provincias de La Pampa y Mendoza, la CSJN dio un paso más para lograr su solución, pero serán las provincias y el Estado nacional quienes deberán avanzar, teniendo especialmente en cuenta la existencia de bienes colectivos en juego, hacia el remedio definitivo. Quedó claro, sin embargo, que el Tribunal está dispuesto a intervenir las veces que sean necesarias si las tres jurisdicciones involucradas no muestran voluntad de cumplir con lo ordenado.

La Corte reiteró que conflictos como el del río Atuel exceden los intereses de las partes involucradas y, por eso, la búsqueda de la solución debe enfocarse en la sustentabilidad del ecosistema y en el respeto del derecho a gozar del ambiente de las generaciones futuras.

Así debe ser porque el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos ambientales ha cambiado, es ahora ecocéntrico o sistémico y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales. Ha quedado atrás el modelo antropocéntrico según el cual los bienes ambientales son objetos destinados al exclusivo servicio del ser humano, bienes apropiables en función de su voluntad, de sus necesidades y de la tecnología disponible. El ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible, y el agua, como otros micro bienes ambientales, presenta los mismos caracteres.

En el segundo caso comentado, la Corte ratificó, una vez más, que es competente para resolver sobre una medida de naturaleza cautelar cuando es susceptible de producir un agravio al medio ambiente que, por su magnitud y circunstancias de hecho, puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Los principios de prevención del daño ambiental y de precaución, introducidos por la LGA, apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el artículo 41 de la CN.

Finalmente, en “Gahan” se ocupó de explicar detenidamente cuándo procede su competencia originaria en materia ambiental. Si bien la interdependencia es inherente al ambiente y sobre la base de ella podría afirmarse que siempre se puede aludir al carácter interjurisdiccional de un daño, para valorar las diferentes situaciones que se plantean debe focalizarse el análisis en la localización del factor degradante y, de esa manera, definir cuál es la jurisdicción que debe prevenir y, en todo caso, remediar el daño ambiental.

---

<sup>42</sup> Ídem, nota 33, considerando 6.



# Derecho a asociarse sindicalmente. Fuerzas penitenciarias CSJN. “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo”, 13 de agosto de 2020

*Por Mario Luis Gambacorta<sup>1</sup>*

---

## 1. El caso que nos ocupa

Se me ha solicitado un breve comentario sobre el fallo “Rearte” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En primer término, quiero agradecer al director de la revista por la invitación a participar en esta destacable publicación, felicitándolo por esta iniciativa editorial.

Ingresando en el tratamiento del fallo que nos ocupa, cabe señalar que llegó a la Corte a partir de los resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, en cuanto había confirmado la sentencia de un tribunal local que había rechazado el amparo presentado por la parte actora con el propósito de que se autorizase al personal del Servicio Penitenciario de dicha provincia a asociarse sindicalmente.

En el caso se había planteado la inconstitucionalidad del artículo 19, inciso 10, de la Ley N° 8231, orgánica del Servicio Penitenciario provincial de Córdoba, en cuanto vedaba a los agentes penitenciarios la posibilidad de agremiarse.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Doctor en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Globalización y Estado Social (Universidad de Castilla-La Mancha). Especialista para la Magistratura (UNSAM). Investigador y profesor de grado y posgrado (UNPAZ, UBA, FLACSO, UMET, UMSA y UNLZ).

Se indicó que el Tribunal Superior provincial basó su fundamentación en que la Constitución Nacional recepta el principio de la libertad sindical, conforme las previsiones del Convenio N° 87 en su artículo 9; y que su alcance puede ser establecido en términos de “la autonomía legislativa de los Estados miembros” de la OIT, respecto de la sindicación de las fuerzas armadas y la policía.

Además, refirió dicho Tribunal que las materias propias del empleo público se encuentran entre las no delegadas por los Estados provinciales a la Nación; coligiéndose que la provincia de Córdoba había decidido no permitir la posibilidad de agremiarse a los integrantes del Servicio Penitenciario en su jurisdicción.

Este último temperamento, fue el que se entendió contrario a la Constitución Nacional por la parte actora, interponiendo recurso extraordinario por entender la existencia de cuestión federal en tanto se cuestionó la validez constitucional de la norma local. Asimismo, planteó la arbitrariedad del fallo por considerar que omitió argumentos conducentes para su dilucidación, tal como la opinión del Comité de Libertad Sindical de la OIT respecto de la posibilidad de sindicación para personal penitenciario.

El recurso fue considerado procedente por la CSJN en cuanto al cuestionamiento de la validez de la legislación provincial respecto de la normativa federal, habilitándose también el examen de los agravios respecto de la arbitrariedad expresada.

La Corte caracterizó la cuestión, “en cuanto a su sustancia”, como análoga a la del caso “Sindicato Policial Buenos Aires c/ Ministerio de Trabajo s/ ley de asociaciones sindicales”.<sup>2</sup> Por su parte, si bien se mencionó que el Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical de la OIT han diferenciado al personal penitenciario respecto de las fuerzas policiales y las fuerzas armadas en casos como los de Fiji, Botswana, Ghana y Kasajistán –ver considerando 6° del voto de la mayoría–, se explicitó que se trataba de situaciones puntuales, con diferencias entre sí en cuanto a su “historia, organización institucional, tradiciones políticas y jurídicas”.

La CSJN, a la vez, aclaró que había coincidencias en el “cometido” encomendado a sus integrantes; reforzando luego lo expuesto con el hecho de que se habían agrupado para conformar asociaciones de carácter mixto como la Federación Argentina de Sindicatos Policiales y Penitenciarios (FASIPP).

Por todo ello, entendió la mayoría de la Corte que tanto las fuerzas policiales, como las de un servicio penitenciario, se hallan sujetas a las restricciones o a la prohibición que surjan de una ley formal. Consecuentemente, e invocando la distribución de competencias entre los Estados provinciales y nacional, la cuestión quedaba en cabeza del legislador provincial, para autorizarlo o no, por tratarse de empleo público local. Es decir, por mayoría, se confirmó la sentencia apelada.

---

<sup>2</sup> Fallos 340:437.

## 2. Algunas apreciaciones sobre competencias y jurisdicciones

Llegados a este punto, queremos advertir sobre algunas cuestiones emergentes del fallo y de su potencial alcance.

En términos sindicales nos quedan dudas si se están atendiendo, como una integralidad, las complejidades que pueden conllevar, en prospectiva, algunas de las valoraciones interpretativas de los tribunales intervinientes.

En tal sentido, por ejemplo, recordamos que, conforme lo dispuesto por la Ley N° 23551, el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación es la autoridad de aplicación. Asimismo, es competencia exclusiva de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo conocer en los casos previstos en el artículo 62 de la ley citada.

Apreciamos que, se abriría, en virtud de lo referido respecto de las facultades no delegadas sobre empleo público, potenciales diferenciaciones, sustentadas en el marco que brindan ciertos aspectos de las respectivas competencias provinciales; pudiendo emerger en la práctica alcances diversos en cuanto a la aplicación de la Ley N° 23551, y consecuentemente, en las facultades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su carácter de autoridad de aplicación.

Entendemos que el anclaje interpretativo en las competencias provinciales proyecta dificultades al resolverse la problemática que nos ocupa en forma autónoma y/o diferenciada. Percibimos un *fraccionamiento jurisdiccional* del ejercicio del derecho de sindicalización de fuerzas policiales o servicios penitenciarios.

Lo anterior, en tanto se abre una potencialidad que habilitaría para las fuerzas policiales y/o penitenciarias de algunas provincias derechos sindicales y para otras no. Sería menester también reflexionar en torno a los alcances y responsabilidades de las competencias nacionales, en vista a orientarse a establecer un *criterio homogéneo no diferenciador* para el ejercicio de los derechos sindicales, y en especial del de sindicación (fuere en más o en menos), pero con un denominador común.

En tal razonamiento, las normas sobre relaciones laborales en los ámbitos locales deberían limitarse, en términos de la armonización institucional que requiere un país federal, a regular sobre los derechos sindicales; y ello, sin desmedro de la regulación local genérica para el empleo público provincial.

A nuestro criterio, no cabría, al menos exclusivamente, a las jurisdicciones provinciales legislar en materia de asociaciones sindicales para estos casos. Cabe recordar que, con relación a la libertad sindical, la regulación y la responsabilidad estatal nacional están directamente relacionadas.

Somos conscientes de que se trata de situaciones complejas que se presentan en un país federal como la Argentina, donde las jurisdicciones y los alcances de las competencias suelen evidenciar vacíos y barreras no siempre apreciables explícitamente.

Un aporte adicional que refuerza la complejidad, y que se entronca con la necesaria dilucidación de situaciones como la expuesta, sería el hecho de que, más allá de lo dispuesto por la ley provincial para su servicio penitenciario, será la autoridad de aplicación nacional quien tendrá que resolver el otorgamiento de la simple inscripción y eventualmente de la personería gremial. Debiendo para ello aplicar, primigeniamente, las previsiones de la Ley N° 23551 y el Convenio N° 87 de la OIT en el marco constitucional.

En ese caso, los alcances de la normativa provincial se integrarían también (más o menos armónicamente) con lo que resolviera la autoridad de aplicación nacional y el eventual control que pudiera realizar el Poder Judicial de la Nación a través de la Cámara de su fuero laboral. Se habilitarían potenciales discordancias con lo que se resolviera en el ámbito provincial. De hecho, lo dispuesto por el órgano legislativo provincial sobre el particular podría apreciarse como insuficiente ante la autoridad administrativa y en los alcances de la jurisdicción nacional.

Por otra parte, podría llegar a considerarse la existencia de un vacío legal, por no estar el derecho de sindicación de las fuerzas policiales o penitenciarias expresamente prohibido por una ley.

Recordamos aquí que el artículo 9 del Convenio N° 87 de la OIT se refiere en su punto 1 a “La legislación nacional” como quien debe “determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio”.

Consideramos entonces como válido cuestionarse: ¿cuál es el alcance interpretativo que cabe al término legislación nacional? ¿Cómo se la califica? ¿Alcanzan las previsiones de la Ley N° 23551 y las del Convenio N° 87 para resolver la cuestión? ¿Se requiere una norma especial en tal sentido? ¿Cómo se interpreta más sistémica y armónicamente esta problemática en un país federal?

Colegimos que sería atendible que los derechos sindicales, en los ámbitos personales, territoriales y funcionales que fueren, no sean objeto de desigualdades y sean comúnmente aplicables o no, sobre todo por tratarse de derechos de raigambre federal.

Por su parte, el punto 2 del artículo 9 del Convenio N° 87 de la OIT señala que

no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescritas por el presente Convenio.

Es decir, que no podría restringirse lo que se hubiere concedido; pero, nos preguntamos también si la discrecionalidad que contempla el artículo 9, ¿implica que haya que regularla formalmente por ley para efectivizarla?

Se constata una progresividad de derechos que no debería verse afectada por la ratificación; pero, a su vez, la ratificación del Convenio parecería no violentar, *ipso facto*, derechos de las fuerzas armadas, policiales y, en nuestro caso, las penitenciarias, por no estar explícitamente prohibida su sindicación, mediante el dictado de una ley especial.

### 3. Consideraciones sobre el voto minoritario en disidencia

El voto en disidencia del juez Horacio Rosatti merecería algunas consideraciones especiales, amén de tratarse de un voto en minoría, en el cual se reconoce la aplicación directa del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, sin impedir por ello que, por vía de la legislación local se restrinja, limite y/o “en el extremo” prohíba el ejercicio de derechos emergentes de la sindicalización. En síntesis, reconoce el derecho a la sindicación, admitiendo restricciones en su ejercicio.

En este voto se refiere al amparo colectivo; respecto del cual cabría reflexionar en términos de la efectiva representación sindical, de quien o quienes lo ejercen.<sup>3</sup> En efecto, los mecanismos para determinar los alcances de la legitimidad no siempre son trasladables linealmente a los universos laborales que se trata de involucrar. La norma cuestionada se refiere al personal en actividad, pero el planteo es llevado adelante por alguien que está en situación de retiro y por una ONG.

Se plantea una calificación propia del modelo sindical como “libre democrático y desburocratizado”, la cual se menciona citando voto en diferentes sentencias,<sup>4</sup> pasándose luego a caracterizar tales conceptos mediante una categorización que, al menos, implicaría una interpretación que desatiende, a nuestro respetuoso juicio, aspectos relevantes y esenciales del modelo sindical argentino; con lo que se habilitarían confusiones, en cuanto a la lógica y esencia de este.

Es sabido que las principales características del modelo sindical argentino son la unicidad y la concentración sindical, las cuales no colisionan ni confrontan, por sí mismas, con las denominaciones mencionadas en el voto minoritario, en cuanto a uno “libre, democrático y desburocratizado”.

Sin embargo, del desarrollo de los considerandos del voto en disidencia podría hasta llegar a colegirse que fueran contradictorios entre ellos. Es nuestra intención formular aportes que se orienten a evitar se produzcan confusiones en las conceptualizaciones.

Me encuentro impulsando, al presente, *un enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales*, en el que postulo, entre otras temáticas, una especial atención a la necesidad de aportar a una reforzada taxonomía laboral. Así, vengo trabajando para contribuir a categorizaciones que devengan más precisas, en vista al desarrollo de una gramática laboral que refuerce el carácter protectorio del derecho del trabajo, el cual a menudo sufre afectaciones o embates de diversa índole.

<sup>3</sup> Gambacorta, M. L. (2017). Amparo colectivo, acción preventiva y accionar sindical: lo preexistente y lo nuevo para potenciar la representatividad y la defensa de los intereses de los trabajadores. *Doctrina Laboral y Previsional* (384). Errepar.

<sup>4</sup> Fallos 340:437; 342:197; Fallos 342:654.

En línea con lo antes expresado, también se podría señalar el uso del término “concentrado” en el voto en disidencia.<sup>5</sup> Es dable explicitar entonces que el concepto concentrado o mejor dicho, de concentración sindical, en términos de derecho sindical no es sinónimo de modelo sindical monopólico.

La concentración no es sino una característica, en mayor o menor grado, con la que puede contar determinada estructura sindical. Hace, a su vez, a la estructura de un modelo sindical dado; y ello no es solo propio del modelo sindical argentino. Hay otros modelos sindicales que también son concentrados y no por ello monopólicos.

En síntesis, quiero explicitar, en términos de una reforzada taxonomía laboral, que concentrado y monopólico no son sinónimos en términos de derecho sindical. Los modelos desconcentrados suelen ser aquellos donde prevalece la organización sindical por empresa y no por actividad, como es en el caso, este último, de nuestro modelo sindical.

Reiteramos que se trata de una forma de estructura sindical que se impulsa para fortalecer la acción de las organizaciones gremiales, y que se encuentra prevista en la Ley N° 23551, al igual que la unicidad. Y esto lo considero una herramienta estratégica en *el enfoque crítico tutelar de las relaciones laborales*.

Por *contrario sensu*, la concentración suele ser desalentada, pero ya en un sentido flexibilizador desprotectorio. Apreciamos entonces que, lo que a menudo se trata, gira en torno a llevar adelante o no una *intervención estatal tutelar*, a la que hemos hecho referencia y explicitado en otro trabajo.<sup>6</sup>

Cabe observar, por su parte, que se habla en el voto en minoría de la simple inscripción, pero no se atiende la personería gremial. Con ello, en nuestra inteligencia, se ratificaría que, desde algunos fallos de la CSJN, pareciera tratarse la temática de la representación sindical, cuestionando el modelo sindical, y con visiones propias de impulso a otras formas de organización gremial.

En tales interpretaciones se pone especial foco en el sector público, el cual tiene características propias y diferenciadas, como la pluralidad sindical, o como el fallo “Rearte”, que se proyecta desde un servicio penitenciario provincial.

Sin querer extendernos por demás sobre el particular, en términos de autonomía sindical y respecto de las características históricas de organización sindical en la Argentina, destacamos que esta ha sido convalidada mayoritariamente por el propio movimiento sindical argentino. Por ello, a veces, nos preguntamos si lo que se encuentra en debate no son intentos de establecer un nuevo modelo sindical, pero por vía de regulación judicial.

Además, es dable interpretar que cuando se señala en el voto que “[e]l derecho de sindicalización no confronta con valores constitucionales”,<sup>7</sup> colegimos una aplicación directa del artículo 14 bis, com-

5 CSJN (13/08/2020). “Rearte, Adriana Sandra y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba s/ amparo”, considerando 6° del voto del juez Rosatti.

6 Gambacorta, M. L. (2018), *La estructura de la negociación colectiva como proyección del modelo sindical vigente*. Buenos Aires: Editorial UMSA.

7 Ídem, nota 5, considerando 7° del voto del juez Rosatti.



plementada por la argumentación de que las normas internacionales no pueden ser entendidas como disminución o restricción a los derechos y garantías de la Constitución Nacional; podría llegarse al extremo de una situación que tornara absoluto un derecho que no lo es.

Sin desmedro de lo anterior, y en cuanto sea pertinente, consideramos, desde una humilde y respetuosa discrepancia, que la caracterización genérica que se realiza, en vista del criterio general de reconocimiento de un derecho, no llegaría a dejar sin efecto características y situaciones que merecen ser contempladas y reguladas, tales como la posibilidad o no de sindicación para fuerzas armadas, policiales o servicios penitenciarios.

De lo contrario, con relación al derecho de huelga, y a modo de ejemplo, podríamos concluir en un razonamiento casi similar, que implica no establecer reglamentaciones ni restricciones ante los denominados servicios esenciales, porque tampoco están previstos en la Constitución Nacional sino en otras normativas.

Sin embargo, en el voto minoritario hay restricciones que sí serían atendidas, en cuanto al alcance de la amplitud de los derechos y garantías, en vista de la articulación de los derechos sectoriales con los de la sociedad toda; lo cual no terminamos de apreciar como resuelto en armonía con el PIDESC.

Se nos evidencia la amplitud de interpretaciones y, en consecuencia, lo fluctuante de lo que he categorizado, en términos de la enseñanza del derecho del trabajo (sobre todo con relación a la efectividad y eficacia de la normativa internacional incorporada a ordenamientos nacionales), como estándares laborales.

En tal sentido, podríamos recordar que la propia OIT cuando reguló la negociación colectiva en el Convenio N° 98 admitió la restricción de esta para el sector público, al no tratar la situación de los funcionarios públicos en la administración del Estado; o la problemática para concretar un convenio colectivo de trabajo para las y los trabajadores judiciales, ya que la CSJN se ha negado a negociar colectivamente en tal sentido.

También se entiende, del voto minoritario, que la temática tendrá que ser resuelta por los respectivos órganos legislativos en el marco del régimen político de cuño federal. Se abren aquí, nuevamente, algunas de las complejidades que *ut supra* hemos mencionado.

#### **4. Para finalizar: un debate a resolver desde lo jurídico para armonizar lo interjurisdiccional**

La temática de la posibilidad de sindicalización de las fuerzas policiales y penitenciarias es un debate de larga data que suele reaparecer con fuerza; a menudo en el marco de situaciones de conflicto gremial y/o político —en sentido amplio—, teñidas de parcialidades o intereses diversos, que suelen exceder la problemática estrictamente laboral.

No podemos olvidar al momento de valorar y resolver que, en torno a este debate, hay situaciones que han sido caracterizadas tanto como reclamo laboral genérico, medidas de fuerza, y hasta sedición.

El fallo “Rearte” agrega componentes y dificultades propios de los ámbitos locales, que amplían y diversifican la complejidad de los escenarios a que se enfrenta el conflicto en torno a la sindicación o no de las fuerzas de seguridad.

Si bien pareciera fijarse un criterio que abriría la posibilidad de soluciones, estas se nos presentan, a la vez, con contraposiciones por los alcances de lo interjurisdiccional.

Cabría entonces nuestras observaciones sobre la materia: prever ante lo establecido por esta sentencia de la Corte la necesidad de una mayor y más eficiente articulación institucional entre los poderes de los Estados provinciales y la Nación para atender esta problemática. Todo, en el marco de un ejercicio integrador de las competencias; para orientarse a una mejor armonización de intereses particulares, locales y generales.

Sin desmedro de lo anterior, es apreciable que este fallo también evidencia una suerte de retroceso en las facultades y regulaciones desde la Nación sobre la materia sindical; el cual debería ser encausado, en términos de equilibrio entre las jurisdicciones y el actuar de sus respectivos poderes. Y entendido esto en el sentido de no implicar, con ello, ni imposición desde la Nación, ni atomización desde los ámbitos locales.

Formalmente, una ley nacional podría presentarse como una posibilidad para intentar cerrar un debate que requiere ser encausado y delimitado en posibilidades y efectos. Esta requeriría debates y consensos que, por lo menos al momento de la elaboración de este comentario, se dificultan en nuestro país. Mientras tanto, subsistirían, de hecho, diversos ámbitos de regulación que podrían actuar, en forma paralela, sobre la sindicación de las fuerzas que nos han ocupado a lo largo de este trabajo.

Postulamos que es hora de internalizar que lo normativo no resuelve mágicamente los problemas que nos aquejan y que las sentencias no siempre alcanzan criterios sistémicos e integradores. Se requeriría, a nuestro criterio, considerar, asimismo, otros complejos aspectos que convergen e inciden en estas problemáticas; tales como lo sociológico, los valores y realidades en juego, así como los no siempre claros intereses en torno de un tema tan complejo como la sindicación de las fuerzas policiales y penitenciarias. Quizás, si atendiéramos en profundidad variables como estas, superaríamos lo meramente normológico; acercándonos, un poco más, a una integralidad que merecería llamarse jurídica.

# Despido. Discriminación basada en el género

CSJN. “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A. s/ despido”, 24 de septiembre de 2020

Por Julieta Lobato<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En Argentina el derecho del trabajo se estructura, principalmente, a partir de dos grandes cuerpos legales: en la faz individual, la Ley de Contrato de Trabajo (LCT N° 20744), y en la faz colectiva, la Ley de Asociaciones Sindicales (N° 23551). Estas normas se articulan con los convenios colectivos de trabajo, producto de la autonomía colectiva imperante en este ámbito jurídico.

Si bien en las últimas décadas la LCT ha tenido modificaciones significativas, un aspecto que permanece rezagado se vincula con los impactos de los estudios de género y los feminismos jurídicos en esta particular rama del derecho. Es que la LCT se estructura en torno al modelo clásico de relación laboral fordista que, a su vez, reposa sobre un dispositivo de distribución del trabajo de reproducción arcaico: padre proveedor y madre cuidadora. Hemos comprobado que la LCT utiliza estereotipos de género, que contribuyen a legitimar la posición desigual que las mujeres detentan en el mercado laboral formal y que construye, como telón de fondo, una representación del trabajo femenino asalariado como temporal y complementario, propia de las legislaciones laborales de principios del siglo XX.<sup>2</sup>

1 Abogada (UBA). Doctoranda (UBA). Investigadora en formación en “Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja” (FDER-UBA). Docente de Derecho del Trabajo (UBA).

2 Lobato, J. (2021). *La insuficiencia de la regulación laboral para dar respuesta a situaciones de desigualdad estructural. Propuesta de revisión de la noción de igualdad desde una perspectiva de género*. Tesis correspondiente a la maestría en Derecho del Trabajo, Facultad de Derecho, UBA, inédita.

En este panorama, uno de los ejes más controversiales es la protección al matrimonio. La LCT establece la prohibición de despido por causa de matrimonio (art. 180),<sup>3</sup> una presunción que opera sobre las desvinculaciones que se produzcan en un plazo de tres meses anteriores y seis posteriores a la fecha de matrimonio notificada por medio fehaciente (art. 181)<sup>4</sup> y, finalmente, una indemnización especial para el caso de violación a la prohibición (art. 182).<sup>5</sup>

Sobre este último aspecto versa la sentencia de la CSJN que en esta ocasión se comenta.<sup>6</sup>

## 2. El caso

En “Puig” la contienda versó sobre el despido sin causa de un trabajador varón, dentro del plazo establecido por el artículo 181 de la LCT. De este modo, la acción estaba dirigida a obtener la indemnización del artículo 182 LCT, por despido discriminatorio a causa del matrimonio del Sr. Puig.

El reclamo había sido rechazado tanto en primera<sup>7</sup> como en segunda instancia.<sup>8</sup> Para así decidir, lxs magistradxs habían sostenido que, si bien la indemnización era aplicable a casos de despido de trabajadores varones que habían contraído matrimonio en los plazos de sospecha, no corría la misma suerte la presunción establecida en el artículo 181 LCT.

El actor había cumplido el requisito de la notificación, pero el meollo de la cuestión circuló en torno a que en la causa no habría quedado “probado” que el despido tuviese como causa el matrimonio. Concretamente, las instancias inferiores entendieron que al ser un trabajador varón, no estaba alcanzado por la presunción del artículo 181 LCT. Los argumentos principales de la Cámara fueron:

Si bien cabe extender la indemnización agravada del artículo 182 LCT para trabajadores varones (conforme plenario “Drewes”), no corre la misma suerte la presunción del artículo 181 LCT dado que, al encontrarse en el título de protección a las mujeres, es una garantía para ellas en la lógica de las acciones positivas.

3 Argentina, Ley N° 20744, art. 180: “Serán nulos y sin valor los actos o contratos de cualquier naturaleza que se celebren entre las partes o las reglamentaciones internas que se dicten, que establezcan para su personal el despido por causa de matrimonio”.

4 Argentina, Ley N° 20744, art. 181: “Se considera que el despido responde a la causa mencionada cuando el mismo fuese dispuesto sin invocación de causa por el empleador, o no fuese probada la que se invocare, y el despido se produjere dentro de los tres (3) meses anteriores o seis (6) meses posteriores al matrimonio y siempre que haya mediado notificación fehaciente del mismo a su empleador, no pudiendo esta notificación efectuarse con anterioridad o posterioridad a los plazos señalados”.

5 Argentina, Ley N° 20744, art. 182: “En caso de incumplimiento de esta prohibición, el empleador abonará una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, que se acumulará a la establecida en el artículo 245”.

6 CSJN, “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz S.A s/despido”, 24/09/2020, *Fallos* 343:1037.

7 JNTrab., nro. 11, sentencia de fecha 17 de julio de 2014.

8 CNTrab, Sala VI sentencia definitiva nro. 67290 de fecha 27 de febrero de 2015.

Además de no aplicar la presunción del artículo 181 LCT, tampoco es aplicable la doctrina “Pellicori”<sup>9</sup> (y por nuestra parte agregamos “Sisnero”<sup>10</sup>), porque la parte actora no habría aportado indicios.

No surge de las declaraciones testimoniales que la empresa llevare adelante “una práctica discriminatoria respecto de aquellos empleados o empleadas que contraen matrimonio”,<sup>11</sup> en base al artículo 1 de la Ley N° 23592.

Estos argumentos son endeble. En primer lugar, la presunción establecida en el artículo 181 LCT no puede ser concebida como una medida de acción positiva en favor de las mujeres cis, en tanto estas medidas son instauradas con el objetivo de desandar la situación de desigualdad estructural en la que se encuentran las mujeres (art. 75.23 CN). Limitar la presunción únicamente a las mujeres cis, además de resultar discriminatorio en relación con personas con identidades sexo-genéricas diversas, petrifica la distribución desigual del trabajo de cuidados.

En segundo lugar, con relación a que no correspondía aplicar la doctrina de los fallos “Pellicori” y “Sisnero”, cabe recordar que en la causa se encontraba acreditada la notificación fehaciente del matrimonio. Por lo tanto, ¿la notificación del matrimonio no es indicio suficiente para presumir la discriminación? Vemos aquí que se desarrolla una mirada restrictiva de la doctrina de la CSJN en materia probatoria en casos de discriminación laboral, a través de la adjetivación de los indicios como “serios e idóneos”.<sup>12</sup> Este giro en la interpretación de los parámetros para la valoración probatoria en casos de discriminación laboral ha sido inaugurado por la CSJN en el caso “Varela”.<sup>13</sup>

Finalmente, en cuanto a que la parte actora no habría probado una “práctica discriminatoria” de acuerdo a la Ley N° 23592, es necesario poner de resalto que la ley antidiscriminatoria no requiere la comprobación de una sucesión de actos discriminatorios.<sup>14</sup> Por lo tanto, la argumentación de la CNAT tampoco se sostiene en este punto.

Ahora bien, el fallo “Puig” se vincula estrechamente con el fallo plenario “Drewes”, convocado por la CNAT en 1990 para determinar si la indemnización agravada prevista por el artículo 182 LCT comprendía a los trabajadores varones, o únicamente a las trabajadoras mujeres. La delimitación de la cuestión a decidir fue la siguiente: “En caso de acreditarse que el despido del trabajador varón obede-

9 CSJN, (15/11/2011). “Pellicori Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, s/ amparo”. Fallos 334:1387.

10 CSJN, (20/05/2104). “Sisnero Mirta Graciela y otros c/ Taldelva S.R.L y otros s/ amparo”. Fallos 337:611.

11 Ídem, nota 6, cons. 2º.

12 En palabras de la CNAT: “En el caso, la ausencia de indicios serios e idóneos que permitan presumir, *prima facie*, la existencia de un acto discriminatorio por causa de matrimonio impide, en mi opinión, receptor la pretensión deducida en el escrito inaugural” (CNAT, “Puig...”, pto. II).

13 SCJN, (4/09/2018) “Varela, José Gilberto c/ Disco, S.A s/ Amparo Sindical”. Fallos 341:1106. En esta ocasión, si bien la CSJN ratificó la doctrina sentada en “Álvarez”, “Pellicori” y “Sisnero”, sostuvo que las personas que accionen por tratos discriminatorios en el ámbito laboral deberán demostrar de forma “verosímil” los indicios (CSJN, “Varela”, cons. 9º). Esta adjetivación puede ser leída como un giro en la jurisprudencia de la CSJN, en dirección a restringir los alcances del estándar.

14 Argentina, Ley N° 23592, art. 1: “Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados”.

ce a causas de matrimonio, ¿es procedente la indemnización prevista en el artículo 182 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o 1976)?”.

Esta disputa se originaba en la opinión de parte de la doctrina<sup>15</sup> que consideraba que la protección al matrimonio solo alcanzaba a las trabajadoras mujeres, en tanto dicho capítulo se encuentra inserto en el título VII de la LCT (Trabajo de Mujeres). Esta postura, que aún al día de hoy sigue siendo sostenida por autoras/es, funda su argumento en la derogación del originario artículo 299 (mediante Ley N° 21297), que permitía extender la indemnización agravada al trabajador varón (estipulada en el artículo 198 del texto original de la LCT).<sup>16</sup>

Ante esa supresión, en la jurisprudencia de la CNAT durante la década de los ochenta, se suscitó el debate acerca de si la indemnización en virtud de un despido con causa en el matrimonio del trabajador era extensible o no a los varones. Los argumentos centrales de la postura más restrictiva eran: 1) La ubicación de estos artículos en la ley; 2) La efectiva supresión de la cláusula transitoria del artículo 299 texto original. Esta falta de uniformidad en la jurisprudencia de la CNAT condujo a que se convocara el plenario “Drewes”.

En “Drewes” la CNAT resolvió que, efectivamente, la indemnización agravada era extensible a los trabajadores varones, en tanto y en cuanto el móvil discriminatorio por razón de matrimonio se encontrare probado. Es decir, la aplicación de la presunción del artículo 181 LCT quedó fuera de la discusión.

Volviendo a “Puig”, arribada la causa al máximo tribunal nacional, la CSJN se hizo eco del dictamen de la Procuración y revocó el fallo. El voto en mayoría<sup>17</sup> sostuvo que “[n]o hay en la literalidad de los arts. 180, 181 y 182 de la LCT [...] elemento alguno que autorice a excluir de sus disposiciones al trabajador varón”. Además, efectuó una lectura integral de dichas cláusulas junto a las pautas igualitarias de la LCT (arts. 17 y 81). Los argumentos principales son:

1. Más allá de la ubicación del capítulo de la protección del matrimonio dentro del título VII de la LCT correspondiente al “Trabajo de las Mujeres”, en ninguna de las tres normas (arts. 180, 181, 182) se expresa que sea una protección específica para mujeres.
2. Una lectura histórica refuerza la solución, en tanto la redacción original de la LCT contenía una disposición complementaria en el artículo 299, que permitía extender la tutela de los actuales 180, 181 y 182 al caso del trabajador varón de acuerdo a las circunstancias de cada caso. De este modo, la CSJN establece que las leyes deben ser interpretadas conforme las condiciones actuales y no solamente a través de una mirada histórica, de acuerdo a la obligación de evitar “restricciones regresivas”.

15 Litterio, L. (2010), Algunas normas laborales y de la seguridad social a la luz de la ley 26.618. En D. T., 2010, p. 2599.

16 Argentina, Ley N° 20744, art. 299 (1974): “Lo dispuesto en el artículo 198 de esta ley podrá extenderse excepcionalmente al caso del trabajador despedido, de acuerdo a las circunstancias de cada caso, apreciado con criterio restrictivo”.

17 Conformada por Elena Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y Ricardo Lorenzetti.

Todo ello condujo a la CSJN a revocar la sentencia de la CNAT, en tanto dicho pronunciamiento había omitido: “examinar la significación de las normas en juego en el actual contexto en el cual el modelo sociocultural que asignaba únicamente a la mujer la responsabilidad de la crianza de los hijos y de las tareas domésticas se encuentra en pleno proceso de cambio”.<sup>18</sup>

### 3. Análisis jurídico de la argumentación de la CSJN

La CSJN y el dictamen de la Procuración<sup>19</sup> establecieron el centro de la contienda en torno a la defensa del derecho a la protección integral de la familia, desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, la CSJN se apoyó en el marco fecundo de normativa proveniente del derecho internacional de los derechos humanos. La más paradigmática de estas normas es el “Convenio de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (núm. 156)”.<sup>20</sup> Específicamente en lo que respecta a la controversia suscitada en “Puig”, el artículo 8 del convenio establece: “La responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”. De tal forma, la sola aplicación de esta disposición alcanzaba para zanjar la contienda.<sup>21</sup>

En el ámbito interno, esta norma se potencia por la cláusula contenida en el artículo 402 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece:

Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

La inclusión de esta cláusula en la argumentación del fallo es muy importante porque se adelanta a posibles reclamos futuros en que se niegue la protección por matrimonio a personas trans, no binarias e identidades genéricas que no responden al tradicional binomio mujer-varón. Especialmente teniendo en cuenta el impacto de las leyes 26618 y 26743 en el derecho del trabajo.

<sup>18</sup> Ídem, nota 6, cons. 8º.

<sup>19</sup> Dictamen de la Procuración en la causa “Puig, Fernando Rodolfo c/ Minera Santa Cruz SA s/ despido”, 13 de noviembre de 2017.

<sup>20</sup> Adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1981. Fue ratificado por Argentina en 1988. Este convenio se complementa con la “Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (nro. 165)”. Los alcances de este convenio fueron establecidos por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR): OIT, *Estudio General de las memorias sobre el Convenio (núm. 156) y la Recomendación (núm. 165) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*, 1981, Conferencia Internacional del Trabajo, 80º reunión, 1993. Para profundizar sobre este convenio y su vínculo con la LCT, ver: Lobato, J. (2018). El cuidado en la mira. En *Lecciones y Ensayos*, 100, 171-192.

<sup>21</sup> Si bien los convenios de la OIT tienen ciertas especificidades que los diferencian de los tratados internacionales convencionales, tienen este carácter y como tales poseen jerarquía supralegal e infraconstitucional. La única excepción es el “Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (núm. 87)” que detenta jerarquía constitucional por la remisión que a él efectúa tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 22.3) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 8.3), según la interpretación trazada por la CSJN en el precedente “Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de asociaciones sindicales” (Fallos 331:2499).

De tal modo, el argumento principal para extender la presunción reside en que el objetivo de la norma en cuestión (art. 181 LCT) es la protección de la familia y no de las mujeres, en razón de su sexo-género. Esta opinión también es compartida por la doctrina.<sup>22</sup>

Sin perjuicio de ello, por nuestra parte creemos que existe otra línea argumental de gran relevancia que abona a la solución adoptada por la CSJN en “Puig”. Se trata de un aspecto de técnica jurídica, proveniente del derecho antidiscriminatorio.

Como sostienen Clérico y Aldao,<sup>23</sup> la igualdad implica siempre una comparación entre personas o grupos de personas, que se puede expresar de dos formas: (i) una persona que es tratada en forma diferente a otra, quiere ser tratada igual; (ii) una persona que es tratada igual a otra, quiere ser tratada de forma diferente. El caso “Puig” se desarrolla en el primer sentido.

Para construir el sistema tuitivo al matrimonio (y también a la maternidad), la LCT construye un trípode: (i) la presunción del carácter discriminatorio del acto; (ii) la distribución dinámica de las cargas de prueba; (iii) el establecimiento de una indemnización agravada. De tal modo, la ausencia de alguno de estos vectores hace que el dispositivo protectorio pierda eficacia, debido a las especificidades propias de las causas que versan sobre actos discriminatorios. Es que una prohibición de discriminación sin presunción pierde virtualidad porque, precisamente, el *quid* de la cuestión en los casos de discriminación es la dificultad probatoria. Esta solución también es tenida en cuenta por la CSJN en “Puig” cuando establece:

Los arts. 180 a 182 de la LCT conforman un sistema de protección mediante el cual el legislador ha procurado desalentar ese tipo de medidas extintivas claramente discriminatorias que afectan a quienes deciden unirse en matrimonio y conformar una familia. En tal contexto, la presunción del art. 181 es una pieza fundamental de ese sistema de garantías pues permite superar las dificultades que normalmente se presentan a la hora de probar la real motivación discriminatoria de un despido.<sup>24</sup>

#### 4. A modo de cierre

En suma, la sentencia recaída en “Puig” es importante porque colabora en desandar los nudos críticos de una legislación profundamente discriminatoria en términos sexo-genéricos. Pero este pronunciamiento tiene evidentes limitaciones. Una de las más preocupantes es la circunscripción de la protección a las mujeres cis, situación que no se condice con el paradigma constitucional actual en Argentina y tampoco con los avances políticos, sociales y culturales de las últimas décadas.

22 Pinotti, M. (2020). Lagunas esenciales de la Ley de Contrato de Trabajo y los colectivos LGTB. En G. Vázquez y M. E. Plaza (coords.), *Géneros, justicia y relaciones de trabajo*, tomo VII de Herrera, M., De la Torre, N. y Fernández, S. (coords.) *Géneros, Derecho y Justicia*. Rubinzal-Culzoni, p. 105.

23 Clérico, L. y Aldao, M. (2011). La igualdad como redistribución y como reconocimiento: derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Estudios Constitucionales*, año 9, 1, pp. 157-198.

24 Ídem, nota 6, cons. 9, p. 9/10.



Por lo tanto, necesitamos más del Poder Judicial en términos de discriminación laboral hacia las mujeres. Es necesario salir de estas formas un poco estrechas y monolíticas de pensar las desigualdades de género y enfrentar la pregunta punzante acerca de cómo el derecho del trabajo produce identidades genéricas, pivota sobre un sujeto de derecho que, lejos de ser abstracto y universal, es muy específico (varón blanco, heterosexual) y cómo a modo de círculos concéntricos se van erigiendo alrededor de esa figura capas de desigualdad. Así, la envergadura de las preguntas se magnifica.

Con todo, “Puig” es una sentencia importante del último año de la CSJN, que expande protecciones. Habrá que ver cuánto de los fundamentos desplegados por el máximo tribunal se solidifican en las instancias inferiores y tienen la capacidad de traccionar cambios de mayor envergadura en la legislación laboral.



# Violencia de género. Restitución internacional de niños CSJN. “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”, 22 de octubre de 2020

*Por Nieve Rubaja<sup>1</sup> y Emilia Gortari Wirz<sup>2</sup>*

---

## 1. Introducción

Van Loon ha sostenido:

El impacto de la globalización en el desarrollo del Derecho internacional privado en materia de personas y de familia a nivel global, se hace particularmente manifiesto cuando el Derecho internacional privado es llamado a ofrecer protección contra los riesgos de la globalización, sobre todo para los niños. Y una vez más, observamos un cambio notorio, desde una visión anclada en el (foro) espacio del Estado-nación, hacia una perspectiva transnacional, o más bien, global. La cooperación directa institucionalizada entre autoridades administrativas especializadas (incluso, en algunos casos, agencias privadas especiales) y tribunales, se ha expandido alrededor del globo, trascendiendo fronteras en función del interés de los niños y las familias, dándole también forma concreta a normas globales de derechos humanos.<sup>3</sup>

1 Abogada y especialista en Derecho de Familia (UBA). Profesora de Derecho Internacional Privado (UBA, UNPAZ y UNDAV). Corresponsal y coordinadora del equipo de colaboradores en la preparación de sumarios para la base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT).

2 Abogada y maestranda en Derecho Internacional Privado (UBA). Auxiliar docente de Derecho Internacional Privado (UBA). Colaboradora en la preparación de sumarios para la base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCADAT).

3 Van Loon, H. (2020). *El horizonte global y el Derecho Internacional Privado*. (Traducción de la obra *The Global Horizon of Private International Law, Inaugural Lecture 2015, Recueil des Cours de l'Académie de La Haya*, Vol. 380, 2016, pp. 9-108, realizada por Javier Laureano Ochoa Muñoz, Gonzalo Salazar, Saúl Blanco, Giancarlo

Estas palabras del Prof. Van Loon captan la situación que deja a la luz el flagelo de la sustracción internacional de niños como consecuencia de la creciente globalización que se ha dado a nivel mundial. Es decir, situaciones en las que uno de los progenitores de un niño, niña o adolescente (en adelante, NNA), de manera unilateral intenta modificar su residencia habitual, sin el debido consentimiento o autorización del otro/a progenitor/a y sin la venia supletoria de las autoridades competentes en caso de resultar necesaria. Frente a estos casos en los que diversos derechos humanos de los NNA se encuentran en juego, los Estados nacionales han diseñado mecanismos para la restitución internacional de NNA, con un claro sustento en la cooperación internacional, como una vía concreta para restablecer los derechos humanos vulnerados.

Nuestro país se encuentra vinculado internacionalmente por dos instrumentos internacionales a tales efectos: uno de ellos elaborado en un foro universal, el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya o CH 1980),<sup>4</sup> y el otro, elaborado en un foro regional, la Convención Interamericana sobre sustracción internacional de menores (en adelante, Convención Interamericana).<sup>5</sup> Tras tantos años de vigencia de estos instrumentos, es sabido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) ha mantenido estrictos estándares en la interpretación y aplicación de sus disposiciones a los fines de cumplir con la finalidad de los mismos y con las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país.<sup>6</sup> Asimismo, en la interpretación de estos instrumentos, y para alcanzar tales estándares y promover su uniformidad, han tenido un importante lugar diversos instrumentos de *soft law* elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), como también en la labor posconvenio que esta viene desarrollando (entre otros, el informe elaborado por la Prof. Pérez Vera, la base de datos INCADAT y las Guías de Buenas Prácticas).<sup>7</sup>

Sin embargo, en el caso que sirve como disparador para este comentario, la CSJN, por primera vez, se ha expedido por el rechazo de una restitución. Para así decidir, ha tomado especial relevancia en su análisis la consideración del concepto “residencia habitual” en el marco del proceso de restitución y las particulares circunstancias del caso, la corta edad de la niña y la falta de un acuerdo de los progenitores en su determinación.<sup>8</sup> Pero, además, en el caso se presentan interesantes argumentos por las partes vinculados a la relación entre los convenios de restitución, la Convención sobre los derechos del niño

---

Carrazza, Krizia Cincotti, Marian de Abreu, Shaday Forero, Ivette Fortuny, María Alejandra García, Rafael Gómez, Rafael González, Diana Iglesias, Freddy Medina, Harold Miñarro, Andreína Mussa, Cecilia Rivero, Ana Schepmans y Edgar Vivas). Caracas: Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), Editorial RVLJ (Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, C. A.). Recuperado de [www.asadip.org](http://www.asadip.org)

4 Aprobado por Ley N° 23857 del 27 de septiembre de 1990. A julio de 2019 se vinculan por este instrumento 101 Estados. Ver estado de ratificación en [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

5 Aprobada por Ley N° 25358 del 29 de noviembre de 2000. A la fecha se vinculan 14 Estados por este instrumento. Ver estado de ratificación en [www.oas.org](http://www.oas.org).

6 Cabe recordar que la finalidad de los convenios en materia de sustracción internacional de NNA es “garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante”.

7 Estos instrumentos se encuentran disponibles en la Sección Sustracción de Niños del sitio web de la HCCH: [www.hcch.net](http://www.hcch.net)

8 Hemos profundizado sobre ese aspecto en: Rubaja, N. y Gortari Wirz, E., Rechazo de una restitución internacional: el quid de la residencia habitual en una reciente jurisprudencia de la CSJN. *Revista Derecho de Familia* (en prensa).

(en adelante, CDN), otras convenciones de derechos humanos y, en particular, la Convención sobre todas las formas de eliminación de la violencia contra la mujer (en adelante, CEDAW, por sus siglas en inglés). Además, se cuestiona el nivel de profundidad de análisis que permiten los mecanismos de restitución internacional de NNA plasmados en los instrumentos internacionales vigentes y la celeridad en la resolución de estos casos y, si todo ello, no condiciona la interpretación del interés superior del niño.

Sobre estos aspectos nos proponemos reflexionar en el presente comentario. Para ello, partiremos de considerar que en la búsqueda del restablecimiento y concreción de los derechos humanos de los NNA que se encuentran vulnerados en estos casos, los convenios sobre restitución internacional de NNA devienen en instrumentos de derechos humanos y aspiran a la protección de su interés superior, delimitando tal interés en función del ámbito de conocimiento y finalidad de los instrumentos. Luego, profundizaremos sobre las situaciones en las que, además, se ponen en juego los derechos humanos de otras personas involucradas: concretamente los de las madres cuando ellas son las que sustraen ilícitamente a los NNA. Finalmente, procuraremos analizar cómo la solución en esos casos debe tender a la armonización de los derechos de todas las personas involucradas y cuáles son las herramientas disponibles para aspirar a ese objetivo. Los procesos de restitución internacional de NNA han devenido en una solución adecuada ante la complejidad de los escenarios que los caracterizan, coadyuvando al restablecimiento de los derechos humanos vulnerados dentro del ámbito familiar; ciertamente su aplicación práctica aún presenta importantes desafíos pero, sin lugar a dudas, sus aportes a la protección internacional de la niñez continúan siendo invaluable y la mejor alternativa disponible.

## **2. El caso “V., M. c/ S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”**

Surge de las distintas resoluciones judiciales que el padre de la niña, de nacionalidad francesa, y la madre, de nacionalidad chilena y residente en nuestro país desde los 12 años, se conocieron en la ciudad de Buenos Aires por un viaje que realizó aquel a la Argentina en 2016. Al principio mantuvieron un vínculo a la distancia, pero en abril de 2017 el actor regresó al país para comenzar una relación de pareja. Convivieron en la casa de la madre de la demandada y, a los tres meses de la relación, C.R.S.Y. quedó embarazada. Contrajeron matrimonio en Buenos Aires en marzo de 2018 y en abril de ese mismo año nació la niña. El padre se desempeñaba como profesor de francés y en una editorial periodística, mientras que la madre trabajaba en la Embajada del Líbano hasta su renuncia en junio de 2018. El 22/9/2018 los tres emprendieron un viaje a Europa en donde recorrieron distintas ciudades y finalmente llegaron a Burdeos, ciudad de residencia de la familia paterna, donde permanecieron un poco más de un mes. La pareja había planeado que en enero de 2019 la niña y su madre viajarían a la Argentina y a Chile, y que luego de su retorno a Francia, viajarían todos juntos a Vietnam. A tales fines, el 27/11/2018 acudieron ante el tribunal francés correspondiente y suscribieron las autorizaciones de salida del país para el 9/1/2019, con retorno a Francia el 12/3/2019. La niña y la madre no regresaron en la fecha acordada, lo que motivó la solicitud de la restitución internacional de la niña por parte del padre.

En primera instancia se rechazó la restitución.<sup>9</sup> Destacaremos dos aspectos que consideramos centrales en el fallo, en aras de la brevedad: por un lado, se contempla que la madre en ningún momento había consentido formar una familia en Francia, por lo cual su retorno a nuestro país y estancia en Argentina no podía calificarse como ilícito en los términos del Convenio de La Haya. Por el otro, se analizan las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país para combatir la violencia de género —como se verá en el apartado 4.1.1— y, en tal inteligencia, se entiende que

imponerle a la madre de su hija que nuevamente viva en Francia, lugar de su exilio, no sólo resulta una imposición que deviene en una forma de violencia específica —imponer residencia en forma unilateral—, sino que en el caso específico del lugar, dada la historia personal de la demandada, podría hasta resultar una cruel imposición compatible con formas aún más categóricas de modalidades violentas contra la mujer, y por ello resulta de aplicación la excepción prevista en el artículo 20 de la Convención de Restitución Internacional de Niños de 1980.

Vale la pena mencionar que C.R.S.Y. se había exiliado durante la dictadura de Pinochet.

A su turno, la Cámara de Apelaciones, Sala de FERIA, revocó la decisión de la anterior instancia e hizo lugar a la restitución.<sup>10</sup> Entre otras consideraciones, el tribunal sostuvo que la CEDAW y el Convenio de La Haya deben ser interpretados armónicamente a los fines de lograr la más adecuada protección de todos los derechos en juego y que entre ellos no hay incompatibilidad. Además, se entendió que la controversia versaba sobre el motivo del traslado a Francia; es decir, si se había realizado con el objeto de residir o radicarse en la ciudad de Burdeos o con fines turísticos. A partir de la valoración de la prueba documental acompañada, se concluyó que el lugar de residencia habitual se encontraba en Francia, lugar al que la madre se había comprometido a retornar y que, por lo tanto, la permanencia de la niña en Argentina, en contra de la voluntad de su padre, revelaba una retención ilícita en los términos de los artículos 1 y 3 del Convenio de La Haya. En función de ello, de otras circunstancias fácticas tenidas en cuenta, y puesto que no se había probado el grave riesgo en los términos del artículo 13.1.b. del Convenio de La Haya, se ordenó la restitución de la niña a Francia. Contra ese pronunciamiento, la demandada opuso recurso extraordinario que fue rechazado y luego interpuso recurso de queja.

La CSJN consideró admisible formalmente al recurso extraordinario, dado que se había puesto en tela de juicio la inteligencia de convenios internacionales (art. 14, inc. 3, Ley 48). Para responder a los agravios vertidos por las partes, en el fallo de la CSJN se parte por tener por reproducidos todos los criterios interpretativos sentados por ese tribunal respecto del Convenio de La Haya. Sin perjuicio de ello, y atendiendo a las particularidades fácticas de esta causa y a los argumentos de las partes, se con-

9 JNCiv. N° 82 (26/12/2019) “V., M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños.” Cita online: AR/JUR/63715/2019.

10 CNCiv., sala de feria (30/01/2020) “V., M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niños”. Cita online: AR/JUR/60147/2020.

sideró que resultaba apropiado precisar el alcance de algunos conceptos. Así: i) se recordó la posición de la Corte en cuanto a la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre el Convenio de La Haya y la CDN; ii) se recordó que a partir de la urgencia establecida en el artículo 11 del Convenio de La Haya, el tribunal ya había enfatizado que la celeridad en la resolución de estos conflictos constituye un mandato central que compromete la responsabilidad del Estado argentino y que, a la luz de esa premisa, se había exhortado al Poder Legislativo para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones para dictar una ley que se ajuste a la finalidad de los convenios sobre sustracción internacional de NNA y así dar cumplimiento con las obligaciones asumidas por nuestro país al suscribirlos. Entiende el tribunal que, en la actualidad, y ante la ausencia aún de una fuente específica que regule estos tipos de procesos a nivel nacional, el Protocolo de Actuación resulta una herramienta útil y orientadora para todos los operadores judiciales de los convenios sobre la sustracción internacional de NNA en tanto brinda pautas de actuación para llevar a cabo el procedimiento en un tiempo reducido (considerando 9); iii) El tribunal entendió que, además, resultaba necesario precisar el alcance del concepto de residencia habitual, tanto desde un punto de vista abstracto o genérico, como desde una perspectiva circunstanciada a la plataforma fáctica de este caso. Este análisis ha sido el que finalmente condujo al rechazo de la restitución. Al respecto la Corte concluyó:

Que frente a este panorama y a la luz de la interpretación del concepto de residencia habitual referido, la ausencia de una permanencia prolongada en la ciudad de Burdeos, así como de la acreditación de una voluntad precisa, concluyente y compartida por ambos progenitores de trasladar el hogar familiar a Francia, conducen a descartar a dicha ciudad como lugar de residencia habitual y, por ende, a rechazar la solicitud de restitución requerida por no configurarse un supuesto de retención ilícita.<sup>11</sup>

### **3. Los convenios sobre restitución internacional de NNA como instrumentos de derechos humanos**

Los derechos de los NNA que se encuentran en juego en casos de sustracción internacional están contemplados en diversos instrumentos de derechos humanos y, en consecuencia, el Estado argentino ha asumido la obligación internacional de velar por su protección, restablecimiento y concreción. Así, cabe mencionar en el ámbito de la CDN el derecho del NNA a no ser separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9.1); el derecho del NNA cuyos padres residan en Estados diferentes a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres (art. 10.2); y el derecho del NNA que esté en condiciones de formarse un juicio propio de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez del niño (art. 12). Además,

<sup>11</sup> Ídem, nota 8.

los Estados partes han asumido las obligaciones de: poner el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño (art. 18); adoptar medidas para luchar contra los traslados y retenciones ilícitas de niños en el extranjero (art. 11); y tomar todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (art. 35).<sup>12</sup> Sumado a ello, no debe perderse de vista el principio que emana del artículo 3.1. de la CDN que establece la consideración primordial del interés superior del niño en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Sin ánimos de exhaustividad, mencionaremos también que en el ámbito de la CADH los Estados partes asumen la obligación de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos (art. 17). Asimismo, se asume la obligación general respecto del “derecho del niño a las medidas de protección que su condición de menor requieren [requiere] por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19). Merece especial atención la protección del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, comprendidos en un sentido amplio: desde la posibilidad de acceder a la jurisdicción hasta la propia efectividad de la sentencia, todo ello, ineludiblemente, en un plazo razonable (art. 8 CADH).<sup>13</sup> En definitiva, son numerosos los derechos a proteger en procesos de restitución internacional de NNA e igualmente las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país en su resguardo.

En esta línea, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha señalado que el *corpus iuris* de protección de los derechos de los niños comprende la CDN y la CADH (especialmente, en la Opinión Consultiva OC-17/2002).<sup>14</sup> Asimismo, en dicha observación se destaca que en el siglo XX se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales que protegen los derechos de los niños, entre los cuales se enuncian al CH 1980 y a la Convención Interamericana. En tal sentido, es sabido que los convenios sobre sustracción internacional de NNA consagran un mecanismo con eje en la cooperación jurídica internacional, tendiente a combatir este flagelo y a restablecer los derechos humanos de los NNA víctimas de aquellos.

12 En ciertos escenarios pueden ponerse en juego también otros derechos, por ejemplo, a la vida, a la educación, al sustento o alimentos, etc.

13 La Corte IDH ha sentado importantes estándares al respecto: “El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”. Corte IDH. *Caso Forneron e hija Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 66 y *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012 Serie C No. 240, párr. 255.

14 Cabe apuntar que el Tribunal calificó como un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños”. Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 24.



En el caso en comentario se cuestionó la compatibilidad entre el CH 1980 y la CDN. En respuesta, la CSJN recordó su propia jurisprudencia conforme la cual se había sostenido la inexistencia de incompatibilidad o contradicción entre ambos instrumentos en razón de que ambas propenden a la protección del interés superior del niño. Sintéticamente, en esta oportunidad, se sostuvo que en cumplimiento de los artículos 3 y 11 de la CDN, el Estado argentino había suscripto los convenios sobre restitución internacional de NNA, puesto que ambos contemplan un proceso urgente para paliar los traslados o retenciones ilícitas de los menores de edad, en la inteligencia de que la mejor protección del interés del niño se alcanza volviendo en forma inmediata al *statu quo* anterior al acto de desplazamiento o retención ilícitos. Ello, a fin de que sean los tribunales con competencia en el lugar de su residencia habitual los que decidan acerca de las cuestiones de fondo atinentes a la guarda, el cuidado personal del niño o la niña, el régimen de comunicación y a la cuota alimentaria, entre otros (considerandos 7 y 8).

Al respecto, con acierto Pérez Manrique ha señalado que, aunque la CDN viera la luz con posterioridad al CH 80, en el año 1989, allí se incluyó el artículo 11 y, por lo tanto, se partió necesariamente de la existencia del CH 80 como el instrumento adecuado para que la comunidad internacional responda a la sustracción de niños. En tal sentido, existe una relación de medio a fin entre ambos convenios, puesto que la forma de hacer efectivo el compromiso de luchar contra los traslados o retenciones ilícitas es mediante la adhesión a convenios existentes, que indudablemente se refiere CH 80; en definitiva, esta es la vía para garantizar ese derecho humano. En esta línea, compartimos la conclusión de Pérez Manrique cuando afirma: “el Convenio de La Haya de 1980 es a la vez una norma de cooperación judicial, pero participa de las características *lato sensu* de un convenio de derechos humanos”.<sup>15</sup>

Es por esta razón que estos convenios deben armonizarse e interpretarse de un modo coherente y sistemático, en clave de derechos humanos. Cualquier interpretación de los mismos en otro sentido conllevaría a privar de protección y concreción al interés superior de cada NNA víctima del flagelo de la sustracción internacional en cada caso y, asimismo, contribuiría a abandonar la lucha de la comunidad jurídica internacional para hacer frente a esta problemática.

Sin embargo, aún podemos preguntarnos si la aplicación armónica de los instrumentos sobre sustracción internacional de NNA y los de derechos humanos (especialmente la CDN) se ve impactada por la jerarquía que establece la CN en el artículo 75, inciso 22. Recordemos que la CDN, la CADH, entre otros tratados de derechos humanos, gozan en nuestro país de jerarquía constitucional, mientras que los convenios de restitución internacional de NNA poseen una jerarquía suprallegal, pero infra-

<sup>15</sup> Pérez Manrique, R. C. (2017). La problemática de la sustracción internacional de niños y su vínculo con la protección de los derechos humanos. Relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y la Convención Sobre los Derechos del Niño. En L. Tenorio Godínez; N. Rubaja y F. Castro (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica* (pp. 14 y ss.). México: Porrúa. En el mismo sentido el autor había sostenido “Esta relación de complementariedad, determina que el Convenio de La Haya de 1980 [...] es algo más que un instrumento procesal, revistiendo también el carácter de un instrumento de derechos humanos. Ello es así en cuanto garantiza y permite hacer efectivos los derechos previstos en los arts. 9.3 y 11 de la CDN”. Pérez Manrique, R. C. (marzo de 2012). The principle of “the best interest of the child” in the context of The 1980 Hague Convention: guidelines concerning its interpretation. *International Family Law*, 31 y ss.

constitucional. Nos inclinamos por la negativa, al menos, por las siguientes razones. En primer lugar, puesto que no hay contradicción alguna entre estos instrumentos; como hemos destacado, en todos ellos se busca restablecer los derechos humanos de los NNA vulnerados en situaciones de sustracción internacional y luchar contra este flagelo. En segundo lugar, si se atiende a las directivas que surgen de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados<sup>16</sup> –especialmente al artículo 31.1, que dispone los tratados se interpretan de acuerdo a la buena fe, conforme al sentido y en los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin–, corresponde efectuar la interpretación de los convenios de restitución atendiendo a la protección de los derechos humanos que estos buscan proteger. Sumado a ello, no debe perderse de vista que el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyCN) también impone una interpretación con transversalidad en los derechos humanos. Por último, si este interrogante se centra en la satisfacción del interés superior de los NNA que protagonizan estos casos, no debe perderse de vista que este es el norte que debe orientar a los tribunales a la hora de decidir los casos en la materia, priorizando su satisfacción por sobre la de otros intereses cuando sean irreconciliables. En todo caso, la contextualización de tal interés en función de los derechos que se encuentran en juego y de los mecanismos de restitución, no implica en modo alguno que este principio sea desatendido. Por el contrario, se encuentra cabalmente justificado. El debate en torno a esta cuestión ha llevado a la jurisprudencia de tribunales de derechos humanos,<sup>17</sup> a la doctrina<sup>18</sup> y a la comunidad jurídica<sup>19</sup> a concordar en que el interés superior de un NNA víctima del flagelo de la sustracción internacional importa la protección de su derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente, a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la

<sup>16</sup> Aprobada por Ley N° 19865.

<sup>17</sup> Especialmente, TEDH, *X c. Letonia*, Application N° 27853/09, 26 de noviembre de 2013, luego de la cuestionada decisión de ese tribunal en *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, Aplicación N° 41.615/07, Gran Sala, 6 de julio de 2010. Nótese que en un reciente caso fallado por el Tribunal se sostuvo que “[e]xiste un amplio consenso, incluso en el derecho internacional, en apoyo de la idea de que en todas las decisiones relativas a los niños, su interés superior debe ser primordial. La misma filosofía es inherente a la Convención de La Haya, que asocia este interés con el restablecimiento del *statu quo* mediante una decisión que ordena el regreso inmediato del niño a su país de residencia habitual en caso de sustracción ilegal, teniendo en cuenta que el hecho de que la no devolución puede resultar en ocasiones justificada por razones objetivas que corresponden a los intereses del niño, lo que explica la existencia de excepciones, específicamente en el caso de un riesgo grave de que la devolución del niño lo exponga a daños físicos, psicológicos o de otro tipo. colocar al niño en una situación intolerable (art. 13 (b))”. TEDH. *Case of Thompson v. Russia*, Application. N° 36048/17, 30 de noviembre de 2021, la traducción es propia.

<sup>18</sup> Entre otros, en nuestra región cabe mencionar: Najurieta, M. S. (2020). La centralidad de la correcta interpretación del interés superior del niño en los conflictos de restitución internacional de menores de edad. *Revista Electrónica. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, 23, 122-149; Rubaja, N. (2017). El interés superior del niño en el contexto de los procesos de restitución internacional de niños. En L. Tenorio Godínez; N. Rubaja y F. Castro (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica* (p. 22 y ss.). México: Porrúa; Pérez Manrique, R. (2012). El interés superior del niño en el Convenio de La Haya de 1980. Orientaciones para su interpretación. *Revista Derecho de Familia*, 56, 235 y ss.

<sup>19</sup> Nótese que en la Ley Modelo sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios sobre Sustracción Internacional de Niños desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya y el Instituto Interamericano del Niño, se dispuso en el art. 2, segundo párrafo, “Se consagra como criterio orientador de interpretación y en su caso de integración, el del interés superior del niño. Considerándose por tal a los efectos de la presente ley, el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”. Se puede acceder al texto de la misma en [http://www.hcch.net/upload/iap28ml\\_s.pdf](http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf). En igual sentido se recoge este principio en el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños, aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de la Corte Suprema en el año 2017.

decisión sobre su custodia, a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias durante el proceso de restitución y hasta su reintegro, a obtener una rápida resolución y ejecución de la solicitud de restitución, a que se respete su derecho a ser escuchado en el proceso –en función de su edad y/o grado de madurez, y a perseguir el regreso seguro del NNA cuando fuera necesario. En tal sentido, cuando el interés superior del NNA fuera no ser restituido/a, aquel deberá encauzarse en algunas de las causales que taxativamente prevén los convenios internacionales para que el juez se aparte del deber de restituir.

#### **4. Armonización entre los derechos humanos del NNA y de la madre en casos de violencia**

La comunidad jurídica internacional ha advertido con preocupación que las sustracciones ilícitas de NNA muchas veces son cometidas por madres que alegan haber escapado de situaciones de violencia de género o familiar.<sup>20</sup> El abordaje de estos casos resulta especialmente complejo porque no solo se ponen en juego derechos humanos del NNA, sino también derechos humanos reconocidos a las mujeres en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en nuestro país. Nos referimos, esencialmente, a la CEDAW, que en nuestro país goza de jerarquía constitucional conf. artículo 75, inciso 22 CN, y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –también conocida como la Convención de Belém do Pará–, en virtud de las cuales los Estados parte se han obligado internacionalmente a adoptar y aplicar medidas para hacer frente a la discriminación y a la violencia por razón del género contra las mujeres, con el fin de asegurarles el goce efectivo y pleno de sus derechos.

A tales efectos, debe tenerse en cuenta que la expresión “discriminación contra la mujer” denota

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (art. 1 de la CEDAW).

Mientras que por “violencia contra la mujer” debe entenderse “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1 de la Convención de Belém do Pará). Sin perjuicio de esta distinción conceptual, cabe recordar que el Comité de la CEDAW ha indicado que la violencia por

20 Conclusiones y recomendaciones de la primera parte de la Sexta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (2011). Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6224&dtid=57>

razón de género contra la mujer constituye una discriminación que, en consecuencia, afecta a todas las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Convención.<sup>21</sup>

La transversalidad que caracteriza a la perspectiva de género también tiene su impacto en el marco de los procesos de restitución internacional de NNA,<sup>22</sup> en los que las alegaciones de violencia de género deben ser atendidas con la debida seriedad, aunque la naturaleza de estos procesos impida un abordaje integral de la problemática. De allí que estas alegaciones tendrán incidencia en dichos procesos, conforme veremos a continuación, pero para su apropiado tratamiento deberán ser encauzadas –antes, durante o después– en los procesos específicos que a tales fines estén previstos en el Estado que corresponda, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género.

A su vez, el tratamiento de estas cuestiones tendrá otras características en el proceso sobre el fondo del derecho de custodia. En este sentido, el Comité de la CEDAW afirma que los derechos o reclamaciones de los autores o presuntos autores de violencia contra la mujer, durante y después de los procedimientos judiciales, en particular en lo que respecta a la propiedad, la privacidad, la custodia de los hijos, el acceso, los contactos y las visitas, deberían determinarse a la luz de los derechos humanos de las mujeres y los niños a la vida y la integridad física, sexual y psicológica y regirse por el principio del interés superior del niño.<sup>23</sup> En todo caso, el juez que entiende en el proceso de restitución internacional cuenta con diversos recursos para asegurar la integridad de la madre, sin desatender el interés superior del niño que, en definitiva, es el criterio orientador en la materia.

#### 4.1. La violencia de género en los convenios de restitución internacional de NNA

Los convenios de restitución internacional de NNA idearon un procedimiento que se caracteriza por su acotado marco de conocimiento, en el sentido de que los tribunales del Estado donde el NNA se encuentra solo pueden decidir si corresponde ordenar la restitución o no, pero sin inmiscuirse en las cuestiones de fondo del derecho de custodia (art. 16 del Convenio de La Haya y art. 16 de la Convención Interamericana).

En efecto, este procedimiento tiene por objeto determinar si se produjo una sustracción ilícita y, en su caso, si se configura alguna de las causales que taxativamente prevén los convenios como excepciones al principio restitutorio. Esta limitada competencia de los tribunales del Estado donde el NNA se encuentra responde a la necesidad de arribar de forma urgente a una decisión sobre la restitución, para que luego sean los tribunales con competencia en el Estado de la residencia habitual del NNA los

21 CEDAW, Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón del género contra la mujer, 26 de julio de 2017, párr. 21.

22 Se ha señalado la amplitud de situaciones que pueden ser discriminatorias, por acción u omisión del Estado en la perspectiva de género, y, por lo tanto, su necesario tratamiento como eje transversal a toda acción de monitoreo y cumplimiento de los derechos. Pautassi, L. (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Lecciones y Ensayos*, 89, 287.

23 Ídem, nota 21, párr. 31.a.ii.

que decidan acerca de las cuestiones de fondo, en concordancia con la concepción del interés superior del niño antes descripta. Por consiguiente, en los procesos de restitución internacional de NNA, las alegaciones de violencia de género por parte de la madre sustractora generalmente aparecen vinculadas con alguna/s de las defensas que admite el acotado marco de conocimiento de los convenios. Teniendo ello en cuenta, a continuación, proponemos analizar dos posibles escenarios.

#### 4.1.1. Falta de ilicitud del traslado o retención

En el caso bajo estudio, las alegaciones de violencia por parte de la madre de la niña se vincularon principalmente con la falta de ilicitud de la sustracción. Concretamente, la madre sostenía que el padre la había engañado sobre el objetivo del viaje a Europa con la intención de imponer una nueva residencia del grupo familiar en Francia, a pesar de conocer que ella había vivido de pequeña en este país europeo, exiliada de la dictadura de Pinochet en Chile, y que residir allí le hacía revivir esta dolorosa experiencia. En definitiva, ella sostenía que el plan familiar era realizar ese viaje con fines turísticos, no para establecerse de forma permanente, por lo que no importaba una modificación en la residencia habitual de la niña, que siempre había estado en Argentina. Así las cosas, la estadía de la niña en nuestro país no suponía una retención ilícita en los términos del Convenio de La Haya. Si no mediaba ilicitud, tampoco obligación de restituir.

En definitiva, resultaba clave para la resolución de este caso determinar si la residencia habitual de la niña se encontraba en Argentina o en Francia. A tal fin, lo primero era precisar el concepto de residencia habitual, puesto que los convenios de restitución internacional de NNA carecen de una calificación autónoma o definición del concepto.<sup>24</sup> En términos generales, cabe recordar que existen en la jurisprudencia internacional tres enfoques diferentes en torno a la interpretación de la noción de “residencia habitual” en el contexto de los procesos de restitución internacional de NNA. En primer lugar, el enfoque de la intención parental examina la intención compartida de los progenitores respecto del lugar donde han decidido que resida el NNA. En segundo lugar, el enfoque centrado en el NNA, en cambio, enfatiza la realidad fáctica del NNA, que incluye elementos tales como la educación, la interacción social y las relaciones familiares, entre otros aspectos de su vida. Finalmente, un enfoque intermedio o mixto toma en consideración tanto las intenciones parentales, como la vida del NNA atendiendo a las circunstancias particulares del caso (entre ellos, cabe destacar la relevancia de la percepción del NNA de acuerdo a su edad y grado de madurez).

En el caso que comentamos, la CSJN se enroló en el enfoque mixto, puesto que en su análisis se valoraron, por un lado, las cuestiones fácticas en torno de la situación de la niña y su entorno familiar –especialmente atendiendo a su edad– y, por otro, la intención de los progenitores en la determinación de la residencia habitual. La adopción de este enfoque le permitió oscilar entre las posiciones

<sup>24</sup> En cuanto a la razón de ser de esta indefinición conceptual y a los lineamientos generales que surgen del prolífico *soft law* elaborado en el seno de la HCCH para la interpretación uniforme de este concepto, nos remitimos a nota 8.

más extremas, pero sin fragmentar la realidad de la niña, ya que sigue un abordaje integral del caso, en función del cual deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que rodean al NNA, incluida la intención de sus progenitores. La CSJN no se expresó acerca de las alegaciones de violencia efectuadas por la madre. Sin embargo, sopesó otros elementos fácticos o probatorios obrantes en la causa que le permitieron concluir que no había existido consenso entre los progenitores sobre el cambio de la residencia habitual de la niña a Francia.<sup>25</sup>

Sin perjuicio de ello, entendemos que a través de un enfoque mixto es posible evaluar si la violencia ejercida contra la madre le ha impedido participar en la elección del lugar de residencia habitual de sus hijos. En efecto, se ha destacado que debe prestarse especial atención a la determinación de la residencia habitual en casos que se caracterizan por poseer dinámicas familiares violentas, puesto que lo contrario podría contribuir a perpetuar un mayor daño a las mujeres y a los NNA en estas situaciones.<sup>26</sup> Por ello, consideramos que el enfoque propuesto es permeable a una perspectiva de género,<sup>27</sup> sin desatender la importancia de proteger el centro de vida del NNA, contribuyendo a lograr un deseable equilibrio en la protección de los derechos de las mujeres y de los NNA involucrados en casos de sustracción internacional.

#### 4.1.2. Grave riesgo

Otro escenario posible es el que se presenta cuando la madre que se opone a la restitución invoca situaciones de violencia de género para fundar la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13.1.b del Convenio de La Haya y artículo 11.1.b de la Convención Interamericana. Estas disposiciones establecen que las autoridades del Estado donde el NNA se encuentra podrán rechazar la solicitud de restitución cuando quien se opone demuestra un grave riesgo de que la restitución del NNA lo exponga a un peligro psíquico o físico. Además, en el Convenio de La Haya se extendió esta excepción a los supuestos en los que la restitución expusiera al NNA a una situación intolerable, entre otras razones, porque algunos de sus redactores consideraron que existían situaciones no cubiertas por la expresión “peligro psíquico o físico”, como la de los NNA que no eran víctimas directas de la violencia familiar sufrida por uno de sus progenitores.<sup>28</sup>

25 En el Dictamen del Procurador se enfatizó el deber de analizar las alegaciones de violencia formuladas por la demandada en el transcurso del proceso en relación con ella (agresiones verbales, engaños y degradación psicológica durante su estadía en Francia), y en relación con la niña (menciona un episodio en el que el progenitor dejó encerrada en el auto a la niña sola, y que no le permitía amamantar a su hija). En efecto, estimó conveniente dar intervención a la Oficina de Violencia Doméstica para que se le tome testimonio a la accionada en relación con las circunstancias referidas.

26 Edleson, J. y Lindhorst, T. (2012). Battered Mothers Seeking Safety Across International Borders: Examining Hague Convention Cases Involving Allegations of Domestic Violence. *The Judges' Newsletter*, XVIII, 23.

27 En este sentido se ha sostenido que para lograr la universalidad desde un enfoque de género es preciso deconstruir el concepto identificando la presencia de una estructura de poder asimétrica que otorga distintos valores, lugares, capacidades a mujeres y varones, de modo que la promoción de la igualdad no implique únicamente una equiparación de derechos y oportunidades entre ambos sexos sino que la misma se integre dentro de un proceso de revisión de las estructuras de poder que han provocado situaciones de asimetría y de desigualdad entre ambos sexos. Ídem, nota 22, p. 280.

28 Fourteenth Session of the Hague Conference on Private International Law (1980), Actes et documents de la Quatorzième session, t. III, Enlèvement d'enfants, Child abduction (p. 302). Recuperado de <https://assets.hcch.net/docs/05998e0c-af56-4977-839a-e7db3f0ea6a9.pdf>

No obstante, en la actualidad se sabe que los NNA que están expuestos a situaciones de violencia entre sus progenitores pueden sufrir daños psicológicos similares a aquellos que son víctimas directas de violencia física.<sup>29</sup> En este sentido, la Organización Mundial de la Salud ha advertido que

la violencia ejercida contra la mujer tiene unas repercusiones mucho mayores que el daño inmediato causado a la víctima. Tiene consecuencias devastadoras para las mujeres que la experimentan y un efecto traumático para los que la presencian, en particular los niños.<sup>30</sup>

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el concepto de violencia mental, comprendido en la expresión “perjuicio o abuso...mental” que utiliza el artículo 19 de la CDN, puede consistir en la exposición a situaciones de violencia doméstica.<sup>31</sup> Por consiguiente, consideramos que una interpretación adecuada de la excepción de grave riesgo permite tener en cuenta las alegaciones de violencia familiar, aun cuando el NNA no sea la víctima directa.

Dado que la interpretación y aplicación de esta excepción ha importado grandes desafíos para los intérpretes de los Convenios en la materia, la HCCH ha trabajado durante varios años y, finalmente, vio la luz en diciembre de 2019 la Guía de Buenas Prácticas del artículo 13.1.b.<sup>32</sup> Este instrumento de *soft law* por su naturaleza no resulta vinculante, aunque puede servir de un gran aporte si se atiende a su objetivo de promover a nivel global la apropiada y consistente aplicación de la excepción de grave riesgo de acuerdo a los términos propuestos en el propio Convenio. En particular, en la Guía se señala que, si bien la terminología empleada en el inciso 13.1.b alude al niño como el sujeto que debe padecer el grave riesgo para que se configure la excepción, se aclara que este puede darse de manera directa o indirecta, por ejemplo, en caso de que el daño directo lo sufra quien sustrae al NNA y, por lo tanto, eso implique un grave riesgo para el NNA de modo indirecto, siempre que hubiese suficiente evidencia que dé cuenta de ello. A su vez, es dable atender que en la Guía se propone que la excepción sea interpretada “en prospectiva”, con una mirada a futuro, puesto que lo que debe probarse es el riesgo que implicará para el NNA la restitución al otro Estado.

Finalmente, no debe perderse de vista que la excepción de grave riesgo debe interpretarse de forma restrictiva, pues el principio es la inmediata restitución del NNA al Estado de su residencia habitual anterior. En este sentido se ha expresado Pérez Vera en el Informe Explicativo del Convenio de La Haya, advirtiendo que una invocación sistemática de las excepciones haría que se derrumbe todo el

29 Ídem, nota 26, p. 24.

30 Organización Mundial de la Salud (2005) Estudio multipaís sobre salud de la mujer y violencia doméstica contra la mujer: primeros resultados sobre prevalencia, eventos relativos a la salud y respuestas de las mujeres a dicha violencia: resumen del informe. Recuperado de [https://www.who.int/topics/gender\\_based\\_violence/es/](https://www.who.int/topics/gender_based_violence/es/)

31 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 13, 20 de mayo de 2011, párr. 21.

32 La Guía se encuentra disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6de308cc-a588-4154-acc0-bf8c-15c51b12.pdf>

edificio convencional al vaciarlo del espíritu de confianza mutua que lo ha inspirado.<sup>33</sup> Esta línea es seguida por la CSJN, que en relación a la excepción de grave riesgo ha sostenido:

la causal no apunta solamente a rechazar el regreso ante una situación de peligro externo en el país requirente, sino también a ponderar si la reinstalación en la situación anterior a la retención ilícita coloca al menor en peligro psíquico, lo cual es un grado acentuado de perturbación, muy superior al impacto emocional que normalmente se deriva en un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres.<sup>34</sup>

En el caso que aquí comentamos, la madre había opuesto la excepción de grave riesgo con fundamento en la personalidad violenta y agresiva del padre. Contra la decisión de primera instancia, la Cámara de Apelaciones entendió que, si bien este tipo de circunstancias resultaba relevante para decidir el reintegro en el marco del Convenio, tales alegaciones no habían sido debidamente acreditadas en el expediente. La CSJN no se expidió al respecto, pues consideró que la residencia habitual de la niña se encontraba en Argentina.

## 4.2. Algunos recursos que contribuyen a la armonización entre el interés superior de los NNA y los derechos humanos de la madre víctima de violencia de género

A continuación, enunciaremos algunos recursos que pueden contribuir a compatibilizar el interés superior de los NNA víctimas del flagelo de la sustracción internacional con los derechos humanos de las madres cuando son víctimas de violencia de género, en el marco de los procesos de restitución internacional.

### 4.2.1. La Guía de Buenas Prácticas artículo 13(1) (b) “grave riesgo”

La Guía ofrece información y establece lineamientos en la interpretación y aplicación de la excepción de grave riesgo y, a su vez, comparte numerosos ejemplos de buenas prácticas que han sido seguidas en diferentes jurisdicciones a fin de alcanzar su objetivo: promover su interpretación uniforme. Sin embargo, la finalidad de la Guía no se agota aquí, sino que avanza –incluso más allá de la letra del Convenio– proponiendo que una vez que se haya detectado el grave riesgo, con la exigencia o rigor que establece la excepción, se procuren instrumentar medidas de protección en el Estado de la residencia habitual anterior de modo que se consiga concretar la restitución del niño sin dejarlo expuesto

33 Pérez Vera, E. (1982). Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980, párr. 34. Recuperado de <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>

34 CSJN, Fallos 318:1269.



a ese grave riesgo. Es decir, se busca que las autoridades del Estado de la residencia habitual anterior aseguren determinadas medidas que podrían conducir a paliar el riesgo en el caso concreto.<sup>35</sup>

La Guía ha contemplado especialmente las situaciones de violencia y, por ello, aporta ciertas herramientas que pueden resultar de utilidad en casos en los que se alega que la madre sustractora es víctima de violencia de género en el marco de la excepción de grave riesgo. Destacaremos a continuación algunos aportes de la guía respecto de los desafíos en torno a la prueba y la importancia de las medidas de protección que puedan tomarse en el Estado de la residencia habitual para contrarrestar o evitar que se produzca el riesgo alegado.

En la Guía se hace una especial referencia a la dificultad que se plantea en general para constatar la configuración del grave riesgo –aspectos procedimentales y probatorios– tanto para lograr acreditar la excepción con el rigor que exige el Convenio, como para intentar paliar el riesgo mediante medidas de protección. En este sentido, es dable considerar que, si la prueba de la violencia muchas veces resulta un desafío, la internacionalidad de las situaciones –en las que en general la violencia alegada ocurrió en otro Estado– lo redobla. Por ello, deviene de una fundamental trascendencia las riquezas que la trama de la cooperación internacional puede aportar a estos casos, dado que en general la prueba de la violencia debe ser recabada en el extranjero y luego, en función de la propuesta general captada por la Guía, también deberá recabarse información sobre las posibles medidas de protección que puedan tomarse en el Estado de la residencia habitual como un medio de paliar el grave riesgo, la asistencia o auxilio jurisdiccional internacional devendrá esencial. Esta cooperación puede canalizarse por medio de las Autoridades Centrales, de los Jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya,<sup>36</sup> e incluso mediante comunicaciones judiciales directas que puedan establecer las autoridades competentes de cada Estado.

En cuanto a las medidas de protección, en la Guía se advierte que son consideradas con mayor frecuencia en casos de abuso infantil o violencia doméstica. Podrían versar sobre servicios, asistencia y apoyo existentes en el Estado de la residencia habitual, incluido el acceso a servicios legales, asistencia financiera, asistencia para vivienda, servicios de salud, refugios y otras formas de asistencia o apoyo a víctimas de violencia doméstica, así como respuestas de la policía y a través de sistema de justicia criminal. A su vez, las medidas deberán ser proporcionales al riesgo que se intenta paliar y deben tener una duración limitada, hasta tanto la autoridad competente del Estado pueda determinar qué medidas de protección son apropiadas para el caso. Incluso, se reconoce que, en ciertas circunstancias, las medidas de protección pueden no ser suficientes para abordar eficazmente el grave riesgo, aunque existan y estén disponibles (por ejemplo, cuando quien reclama la restitución ya ha violado repetida-

35 Rubaja, N. (2020). La nueva “Guía de Buenas Prácticas” para la aplicación del art. 13.1.b) –“excepción de grave riesgo”– del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En A. Kemelmajer de Carlucci; V. Duran y M. Herrera (dirs.), *Práctica de las relaciones de familia y sucesorias. A un lustro del Código Civil y Comercial. Libro a la memoria de Nora Lloveras* (p. 701- 718). Buenos Aires: Rubinzal.

36 La Red Internacional de Jueces de La Haya se creó en el ámbito de la HCCH con la finalidad facilitar las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional y ayudar a asegurar la operación efectiva del Convenio de La Haya de 1980. En nuestro país, son miembros de la Red las Dras. Graciela Tagle de Ferreyra y Marcela Sandra Trillini.

mente las órdenes de protección). Entre las medidas de protección en la Guía también se hace alusión a los *undertakings* o compromisos que puedan asumir las partes para asegurar la restitución; al respecto, se deja notar que la eficacia de estos compromisos depende de su ejecutabilidad en el Estado de la residencia habitual –por ello, estas medidas son desalentadas cuando el cumplimiento sería voluntario por parte del solicitante de la restitución y si se tratara de un caso de violencia–.

#### 4.2.2. Las disposiciones de derecho internacional privado (DIPr) del CCyCN

El artículo 2642 del CCyCN regula diversos aspectos de la sustracción internacional de NNA que, hasta su entrada en vigencia, carecían de soluciones en la fuente autónoma. Así, en su primer párrafo, se confirma la aplicación de los convenios internacionales vigentes en materia de restitución internacional de NNA y se establece que, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. Esta solución implica que todos los casos contarán con gran parte de las bondades de estos convenios, así como del *soft law* emergente en la especie.<sup>37</sup>

El segundo párrafo se refiere a la etapa de ejecución de la sentencia que ordena la restitución internacional de un NNA. Al respecto, se establece que el juez competente debe supervisar el regreso seguro del NNA, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión. Conforme se ha destacado anteriormente, la obligación de garantizar el regreso seguro del NNA se justifica especialmente –pero no exclusivamente– en casos en los que se ha alegado la excepción de grave riesgo, pues pese a haberse descartado la aplicación de la excepción, se impone asegurar la protección del NNA en todo momento. En particular, en los casos en que se ha alegado violencia de género o familiar, es preciso tener en cuenta que el hecho de que no se hayan considerado acreditados en el expediente de restitución los extremos que exige la aplicación de la excepción de grave riesgo no implica negar la existencia de la situación de violencia, ni soslayar su importancia. De allí que igualmente deban adoptarse las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad del NNA y de su madre hasta tanto las autoridades competentes conozcan del fondo del asunto y realicen las indagaciones pertinentes.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 2642 establece que, a petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un NNA cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que lo acompaña. La disposición no especifica las medidas a ordenar, lo que dependerá de la creatividad de los jueces en función de las particularidades del caso, pudiendo comprender la retención de los pasaportes, el apersonamiento ante una dependencia policial del adulto responsable, la fijación del domicilio en el que deberá residir transitoriamente el niño en nuestro país, la custodia policial –si el

37 Rubaja, N. (2015). Comentario al art. 2642. En C. Caramelo; S. Picasso y M. Herrera, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (pp. 405 - 409). Buenos Aires: Infojus.

caso lo requiriera—, entre otras.<sup>38</sup> Cabe destacar que la norma hace extensible las medidas anticipadas de protección a los adultos que acompañan al NNA, aspecto que adquiere especial relevancia en casos en los que se alega violencia de género o familiar. A su vez, esta disposición extiende el deber de cooperación de los jueces de nuestro país que emana de los convenios a la etapa de ejecución, sobre todo cuando la Argentina sea el Estado de residencia habitual del NNA sustraído en el extranjero.<sup>39</sup>

Es preciso señalar que el CCyCN también ha incorporado disposiciones generales en materia de cooperación judicial y asistencia procesal internacional que podrían facilitar la obtención de pruebas sobre la violencia en el extranjero, tanto para acreditar el grave riesgo, como la falta de ilicitud de la conducta. Entre ellas, es dable destacar el artículo 2612, que reconoce a los jueces argentinos la facultad de establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, cuando la situación lo requiera y en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Este recurso permitiría al juez del Estado donde el NNA se encuentra tomar contacto directo con su par en el Estado de la residencia habitual del NNA, a los fines de que este le informe sobre antecedentes penales del actor, existencia y estado de causas por violencia de familiar radicadas en su jurisdicción, informes o pericias realizadas en el marco de esas causas, etcétera. Además, las comunicaciones judiciales directas son clave para obtener información sobre las medidas de protección disponibles en el otro Estado y para coordinar el regreso seguro del NNA, en su caso. Todo ello, evitando los costos y demoras que insume la comunicación vía exhorto, en atención a la urgencia que caracteriza a los procesos de restitución internacional de NNA.

#### 4.2.3. Otros recursos

Entre otros recursos que pueden coadyuvar a armonizar los derechos humanos de los NNA y de las madres sustractoras en situaciones en los que se haya alegado violencia de género, también caben considerar los aportes del Convenio de La Haya de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.<sup>40</sup> En efecto, este instrumento puede servir como un complemento al CH 1980, especialmente porque contiene disposiciones para la toma de medidas de protección y la correspondiente cooperación internacional a tales fines. Aunque no está vigente en nuestro país, esperamos que ello ocurra prontamente.<sup>41</sup> Además, como hemos adelantado, en toda la trama de cooperación

38 *Ibidem*.

39 En este sentido cabe igualmente mencionar el deber general de cooperación internacional que surge del art. 2611 del CCyCN.

40 Castro, F. y Rubaja, N. (2017). El Convenio de La Haya de 1996 y los procesos de restitución internacional de niños. En L. Tenorio Godínez; N. Rubaja y F. Castro (coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional de niños en Latinoamérica*, cit., p.409 y ss.

41 Nuestro país ha firmado el Convenio el 11/6/2015, y ha sido aprobado por Ley N° 27237. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 61.2.a) del tratado, entrará en vigor en nuestro país el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación. A marzo de 2020 esto aún no ha sucedido, aunque se ha dado nuevamente trámite parlamentario a este Convenio en atención a ciertos errores detectados en la traducción del mismo al momento de su aprobación.

pueden resultar muy provechosos los aportes y experiencia de las Autoridades Centrales y de los jueces de la Red Internacional de Jueces de La Haya.

En el ámbito regional se cuenta también con instrumentos de cooperación cautelar que podrían resultar provechosos para la toma de medidas de protección en Estados que se encuentren vinculados por los mismos. Así, la Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Cautelares,<sup>42</sup> en el artículo 9 expresamente prevé que

[c]uando la medida cautelar se refiera a custodia de menores, el juez o tribunal del Estado requerido podrá limitar, con alcance estrictamente territorial, los efectos de la medida a la espera de lo que resuelva en definitiva el juez del proceso principal.

En el ámbito del Mercosur, el Protocolo de Ouro Preto<sup>43</sup> cuenta con una disposición similar en su artículo 12. Además, a nivel regional se han creado diversas redes para la cooperación internacional, entre ellas, la Red de Cooperación Jurídica Hemisférica en Materia de Derecho de Familia y Niñez,<sup>44</sup> creada en el ámbito de la OEA, y la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed).<sup>45</sup>

## 5. Conclusiones

Las situaciones que dan origen a los procesos de restitución internacional de NNA ponen en juego sus derechos humanos. Los convenios sobre sustracción internacional de NNA han diseñado mecanismos tendientes a paliar estas situaciones, por lo que deben considerarse como una vía idónea para proteger y restablecer sus derechos, al menos hasta que el juez del Estado de la residencia habitual de los NNA dilucide la cuestión de fondo en torno de la atribución y ejercicio del derecho de custodia.

Así, con elocuentes palabras, Pérez Manrique ha sostenido:

[L]os convenios de restitución internacional integran el Derecho Internacional de los derechos humanos, *corpus iuris* internacional en términos de la Corte IDH, pues su objetivo es hacer efectivos derechos hu-

---

42 Aprobada por Ley N° 22921.

43 Aprobado por Ley N° 24579.

44 Se originó en la "Séptima Reunión de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de las Américas" (REMJA VII, Brasilia 2010). En dicha reunión se encomendó a la Secretaría General la creación de un proyecto interamericano de cooperación jurídica y asistencia mutua en materia de derecho de familia y niñez. La red está disponible en el sitio web de la OEA: [http://www.oas.org/dil/esp/derecho\\_de\\_familia.htm](http://www.oas.org/dil/esp/derecho_de_familia.htm). La OEA apoyó los trabajos iniciales de la Red mediante la carga de información en el sitio web; sin embargo, el apoyo financiero indispensable para la concreción del tercer componente nunca fue proporcionado por los Estados.

45 Es una estructura formada por Autoridades Centrales y por puntos de contacto procedentes de los Ministerios de Justicia, Fiscalías y Ministerios Públicos, y Poderes Judiciales de 22 países de la región. Fue creada en el año 2004. El Reglamento y la información relativa a esta red se encuentra disponible en: [www.iberred.org](http://www.iberred.org).

manos esenciales de los niños, tales como custodia, visitas o contacto y la integración familiar mediante el combate de los traslados o retenciones ilícitas.<sup>46</sup>

Los convenios en materia de restitución y los instrumentos que tienden a proteger los derechos humanos de los NNA deben armonizarse e interpretarse de un modo coherente y sistemático, en clave de derechos humanos. Cualquier interpretación de los mismos en otro sentido conllevaría a privar de protección y concreción al interés superior de cada NNA víctima del flagelo de la sustracción internacional en cada caso y, asimismo, contribuiría a abandonar la lucha de la comunidad jurídica internacional para hacer frente a esta problemática.

Además de vulnerarse los derechos humanos de los NNA, resulta cada vez más frecuente la alegación de la vulneración de los derechos de la madre que ha sustraído al NNA a raíz del padecimiento de violencia de género. En tal contexto, estas alegaciones deben ser atendidas en los procesos de restitución internacional de NNA conforme a una perspectiva de género, no porque se trate de un fin en sí mismo, sino porque es un medio para conseguir la igualdad.<sup>47</sup> Sin embargo, dado que la naturaleza de estos procesos impide un abordaje integral de la problemática, estas alegaciones tendrán incidencia en los mismos dentro del ámbito de conocimiento admitido, pero para su apropiado tratamiento deberán ser encauzadas –antes, durante o después– en los procesos específicos que a tales fines estén previstos en el Estado que corresponda, con el fin de garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia de género. A su vez, el tratamiento de estas cuestiones tendrá otras características en el proceso sobre el fondo del derecho de custodia.

En todo caso, el juez que entiende en el proceso de restitución internacional cuenta con diversos recursos para asegurar la integridad de la madre, sin desatender el interés superior del niño que, en definitiva, es el criterio orientador en la materia. Así, deviene de una fundamental trascendencia las riquezas que la trama de la cooperación internacional puede aportar a estas situaciones.

---

<sup>46</sup> Ídem, nota 15, p.15.

<sup>47</sup> Dreyzin de Klor, A. (2020). Perspectiva de género en derecho internacional privado. *La Ley*, 2020-A, pp. 1080 y ss. La autora además sostiene que adoptar la estrategia de la perspectiva de género implica ascender un escalón en la consecuencia de la igualdad de género.



# Derecho a la salud. Discapacidad. Obras sociales CSJN. “Padilla, Laura Rosario c/ Hospital de General Roca y otros s/ amparo – apelación”, 12 de noviembre de 2020

*Por Florencia G. Plazas<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

El 12 de noviembre de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el caso “Padilla”.<sup>2</sup> Revocó la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, que había ordenado al Estado provincial y al Hospital Público “Francisco López Lima” cubrir las prestaciones de salud solicitadas por una persona con discapacidad. Consideró que la sentencia era arbitraria por haber omitido analizar las circunstancias particulares del caso y por carecer de un análisis integral de la normativa aplicable.

A través de una atenta lectura de los hechos del caso y el estudio de otros precedentes de la CSJN se intentará enunciar la regla –y sus excepciones– que define quién tiene a cargo la obligación de cubrir las prestaciones médico-asistenciales requeridas por las personas con discapacidad reconocidas por la Ley N° 24901.

---

<sup>1</sup> Abogada (Diploma de honor, UBA). LLM (Southwestern Law School, USA). Becaria Fulbright 2009/2010. Estudios de posgrado en Derecho Constitucional (UP). Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Federales de CABA. Co-Titular de la Comisión sobre Temáticas de Género de la Defensoría General de la Nación. Representante del Ministerio Público de la Defensa en el Órgano de Revisión Nacional de Salud Mental.

<sup>2</sup> CSJN, *Fallos* 343:1673.

## 2. Derecho a la salud y discapacidad. La ley N° 24901

Si bien este breve comentario tiene como objeto analizar el fallo “Padilla”, en el presente acápite se realizará un breve abordaje sobre el derecho a la salud de las personas con discapacidad con el fin de facilitar su lectura a aquellas personas que no se encuentren familiarizadas con la temática.

El derecho a la salud se encuentra reconocido en diversos artículos de la Constitución Nacional (arts. 33, 14 bis, 42 y 75 inc. 22). En el ámbito universal, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que goza de jerarquía constitucional, reconoce en su artículo 12 el derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Según lo establecido por la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23), las personas con discapacidad deben gozar de un ámbito de protección especial y el Estado tiene la obligación de adoptar medidas de acción positiva para garantizarles el pleno goce y acceso a sus derechos fundamentales. Por su parte, en lo relativo al derecho a la salud, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que “[l]os Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad” (art. 25).

Es jurisprudencia sostenida de la CSJN<sup>3</sup> que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida, resulta imprescindible para ejercer la autonomía personal y constituye un presupuesto para el pleno goce del resto de los derechos.

En el ámbito universal y regional, tanto el Comité DESC<sup>4</sup> como la Corte IDH<sup>5</sup> han otorgado un alcance amplio al derecho a la salud, que involucra la obligación de los Estados de asegurar el acceso a los servicios esenciales de salud. Específicamente respecto de las personas con discapacidad, la Corte IDH señaló que los Estados deben adoptar medidas positivas en su favor, especialmente si viven en situación de pobreza, como brindar tratamiento preferencial apropiado a su condición.<sup>6</sup>

En el ámbito interno, la Ley N° 24901 establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art.1). La norma detalla el tipo de prestaciones que deberán asegurarse a las personas con discapacidad y define que su cobertura estará a cargo de las obras sociales (art. 2) y del Estado, a través de sus diferentes organismos, si no se encontrare afiliada a ninguna obra social (art. 4).

El Decreto N° 1193/98, que reglamentó la Ley N° 24901, facultó al Ministerio de Salud y Acción Social a dictar las normas complementarias necesarias. En ese marco se dictó la Resolución Ministerial

3 CSJN, Fallos 329:4918, 329:2552, 326:4931, entre otros.

4 Comité DESC. Observación General Nro. 14: *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11 de agosto de 2000.

5 Corte IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile* Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 8 de marzo de 2018 Serie C Nro. 349.

6 Corte IDH. *Caso Guachala Chimbo y otros Vs. Ecuador*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C. Nro 423.



N° 428/1999, que estableció el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad, que fija los módulos de las prestaciones específicas y sus valores, los que se van actualizando periódicamente.

La CSJN decidió en diversos precedentes que resulta constitucional establecer topes a la cobertura de las prestaciones.<sup>7</sup> Si bien pondera el carácter fundamental del derecho a la salud y la especial atención que merecen las personas con discapacidad, reconoce que esos derechos no son absolutos, sino que deben ser ejercidos con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, con la única condición de no ser alterados en su substancia. La Corte dispuso que el sistema implementado por la Ley N° 24901 resulta compatible con la aplicación de topes arancelarios y por ello, aunque el agente de servicios de salud se encuentre necesariamente comprendido en el régimen legal, no está obligado a asumir el gasto total de las prestaciones reconocidas.

### 3. El caso “Padilla”

#### 3.1. Hechos y antecedentes

La Sra. L. P. presentó un amparo contra el Hospital “Francisco López Lima” de General Roca, el Ministerio de Salud Pública Provincial y la Provincia de Río Negro, con el objeto de que se ordene la cobertura al 100% de diversas prestaciones médicas (referidas a salud mental, odontología, traumatología, dermatología y neumonología). También solicitó la entrega de anteojos, audífonos y de variada medicación que se le había prescripto.

Surge de la lectura de los antecedentes, que la actora había estado recibiendo atención en el hospital público demandado entre los años 2014 y 2016, a pesar de que se encontraba afiliada a una obra social (OSDOP) y que no había solicitado las prestaciones requeridas a ese agente del seguro de salud. Asimismo, había firmado un convenio con el Estado provincial como consecuencia de un litigio previo de índole patrimonial.

A pesar de que no tenía relación directa con el objeto del amparo, las defensoras públicas patrocinantes fundaron el reclamo en el supuesto incumplimiento de las obligaciones establecidas en ese convenio previo. Sin embargo, surge del fallo de la CSJN que la propia Defensora General provincial reconoció que la actora había sido mal asesorada por las funcionarias intervinientes, ya que del referido acuerdo no se derivaba ninguna obligación en materia de salud y que el acceso a la salud resultaba una obligación primaria del Estado provincial.

Por último, resulta relevante para el análisis del caso que la provincia de Río Negro, a través de la Ley provincial N° 3467, adhirió al sistema de prestaciones básicas para la atención integral de las personas

---

<sup>7</sup> CSJN, Fallos 340:1269; 340:1600; 343:1800.

con discapacidad previstas en la Ley N° 24901 y dispuso de las medidas necesarias para poder implementar y financiar las prestaciones allí previstas.

En primera instancia, la jueza a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 9 de la Ciudad de General Roca rechazó el amparo. Consideró que no constituía una vía procesal adecuada para hacer valer un acuerdo transaccional. Además, sostuvo que como la amparista estaba afiliada a una obra social debía recurrir a ella para solicitar la cobertura.

En cuanto a la imposibilidad alegada por la actora para afrontar los copagos solicitados, entendió que no podía constituir un obstáculo en tanto se trataba de una persona con discapacidad amparada por la Ley N° 24901. Asimismo, destacó que no existía una situación de urgencia, ya que las prestaciones solicitadas correspondían a turnos médicos y a la entrega de suministros que no ponían en juego su vida.

Por último, la jueza fundó su rechazo en la existencia del Sistema Nacional de Salud creado por la Ley N° 23660 y puntualizó que

sería imposible para el Estado Provincial que a través de sus Ministerios (Salud Pública) pudiese cubrir y absorber la totalidad de las necesidades y prestaciones de salud de todos los habitantes de la Provincia y es por ello que las leyes 23.660 y 23.661 crearon un sistema de prestación de salud por medio de las obras sociales, el que se solventa con recursos propios integrados por sus afiliados.

Esta decisión fue recurrida por la actora a través de recurso de apelación ante el STJ de Río Negro, de acuerdo con el procedimiento dispuesto por la Ley provincial N° 2921. Se planteó que el rechazo del amparo había sido arbitrario en atención a la abundante prueba acompañada de la que surgía que la amparista no podía hacer frente a los gastos en medicamentos, tratamientos y consultas médicas, debido a su situación económica. Se informó también que se encontraba tramitando una pensión no contributiva por discapacidad. Además, se argumentó que la amparista debía tener acceso al sistema de salud en el hospital público ante la posibilidad del Estado de repetir de la obra social los gastos efectuados, criterio que ya había adoptado en casos previos el STJ de Río Negro.

Al contestar los agravios planteados, la abogada del Estado provincial manifestó que, en realidad, la amparista estaba solicitando un trato preferencial por parte del hospital público respecto al resto de las personas con discapacidad que acudían en procura de prestaciones médicas, basada en el trato preferente que supuestamente le otorgaría el acuerdo transaccional previo. Respecto de la posibilidad del Estado de repetir contra la obra social lo desembolsado, sostuvo que no resultaban asimilables las situaciones fácticas de los fallos citados, ya que en el presente caso no existía una situación de urgencia que comprometiera la salud de la Sra. L.P.

### 3.2. La decisión del STJ de Río Negro

El STJ de Río Negro, por mayoría,<sup>8</sup> revocó la sentencia y ordenó que se brindara cobertura al 100% de las prestaciones médicas solicitadas. Detalló que se debían tomar los recaudos necesarios a fin de brindar la cobertura integral de las prestaciones que sean indicadas por los médicos tratantes, sin que ello implique trato diferenciado respecto de otros pacientes con discapacidad atendidos por el sistema de salud y sin perjuicio de reclamar posteriormente a la obra social.

Para ello tuvo en cuenta la delicada situación de salud de la actora y sus escasos ingresos económicos que no le permitían afrontar por su cuenta el costo de los coseguros que le exige la obra social. Además, se consideró que de las actuaciones no surgían elementos de prueba que resultaran atendibles para justificar la negativa del acceso de la accionante a la salud pública y que la Sra. L. P. había sido atendida con regularidad en el Hospital “Francisco López Lima” de General Roca hasta mediados del año 2016, lo que constituía un acto propio del Estado, cuya contradicción no podía ser convalidada por la jurisdicción.

Por último, se consideró que el solo hecho de figurar la accionante como afiliada a una obra social resultaba insuficiente para desligar al Estado de las obligaciones que pesan, en general, sobre el conjunto de los agentes que integran el sistema de salud y que involucran el resguardo de derechos reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la legislación vigente.

### 3.3. El fallo de la CSJN

La CSJN, por mayoría,<sup>9</sup> hizo lugar a la queja por el recurso extraordinario federal denegado y revocó la decisión del STJ por considerarla arbitraria.

El recurso extraordinario federal resultó admisible porque la vulneración de la garantía de la defensa en juicio de la parte recurrente constituía cuestión federal suficiente. Se sostuvo que se había otorgado un tratamiento inadecuado a la controversia al haberse apartado de las circunstancias del caso y de las normas aplicables.

Respecto de las primeras, la CSJN consideró que el STJ no había tenido en cuenta que el convenio transaccional aludido por la actora no resultaba fuente de las obligaciones en materia de salud requeridas, no había ponderado adecuadamente que la amparista se encontraba afiliada a una obra social y había solicitado la atención con carácter preferente por parte de especialistas y la entrega de medicamentos, anteojos y audífonos, entre otras prestaciones.

En cuanto a la normativa, manifestó que el STJ había realizado un análisis general de la Ley N° 24901, pero no había aplicado la normativa que resolvía de manera expresa el asunto planteado. Así, hizo referencia al artículo 2 que establece que el Estado se halla obligado a brindar las prestaciones

<sup>8</sup> Los jueces Barotto y Apccarian votaron en disidencia.

<sup>9</sup> Con el voto de Highton, Rosenkrantz, Lorenzetti y Maqueda.

enunciadas en la Ley N° 24901 solo de manera subsidiaria, pues dicha cobertura corresponde primariamente a las obras sociales, si el/la solicitante se encuentra afiliado/a alguna.

En definitiva, la Corte concluyó que la resolución impugnada resultaba dogmática, ya que a pesar de que la normativa preveía la solución expresa para controversia planteada, el STJ omitió cualquier referencia y terminó desoyendo lo dispuesto legalmente.

Continuando con la línea argumental utilizada en numerosos precedentes en materia de salud, la CSJN destacó que aún en los casos en los que se encuentre en juego el derecho a la salud, tan ligado al derecho a la vida, la obligación de fundar razonablemente las resoluciones judiciales no cede ni se relaja. El derecho a la defensa en juicio y a la tutela judicial efectiva de todas las partes en el proceso requiere que las sentencias se motiven en argumentos fundados y que sean razonables en su análisis, más allá de la trascendencia del derecho sobre el que versen. Expresamente sostuvo que

en esta clase de asuntos no hay razones que justifiquen eximir ni mitigar el deber de fundar las sentencias que pesa sobre los tribunales de justicia de la República. De ahí, pues, que es enteramente aplicable la exigencia arraigada en la Constitución Nacional y en la CADH de que los fallos cuenten con argumentos consistentes y racionalmente sostenibles, al encontrarse comprometidas las garantías de defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes.

#### **4. Otros precedentes de la CSJN**

Con la finalidad de poder realizar un análisis más profundo del fallo “Padilla” y extraer algunas conclusiones, resulta necesario el estudio de otros precedentes de la Corte Suprema que versan sobre una temática similar.

Uno de los fallos más emblemáticos en materia de derecho a la salud, es “Campodónico Beviacqua”.<sup>10</sup> La Corte obligó al Estado nacional a la entrega de un costoso medicamento necesario para preservar la salud de un niño cordobés que contaba con obra social.

En el caso, se había interpuesto un amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, la Secretaría de Programas de Salud y el Banco de Drogas Antineoplásicas frente a la decisión de interrumpir el suministro de la mediación especial requerida. Si bien, como fuera adelantado, el niño se encontraba afiliado a una obra social, esta no había dado respuesta a la necesidad imperiosa de contar con la medicación en tiempo oportuno.

En el transcurso del litigio se presentaron informes oficiales acerca de las características de la enfermedad que padecía el niño, se demostró la imposibilidad económica de la familia de pagar el elevado costo del medicamento y se acompañó el certificado de discapacidad del niño. Asimismo, se acercaron

---

<sup>10</sup> CSJN, Fallos 323:3229.

constancias con el diagnóstico dado por especialistas que demostraban tanto la gravedad de la patología, como la urgencia de mantener el tratamiento en forma permanente e ininterrumpida.

Se observan hasta aquí, sustanciales diferencias fácticas entre “Padilla” y “Campodónico Beviacqua”. En este último, existía una situación de urgencia con graves consecuencias para la salud del niño en el caso de interrumpir el tratamiento, situación que no se alegó ni comprobó en el caso analizado. Además, si bien en ambos la persona con discapacidad contaba con obra social, en “Padilla” no se había realizado ningún reclamo ante la obra social, lo que sí ocurrió en “Campodónico Beviacqua”, pero no se obtuvo una respuesta satisfactoria.

Estas sustanciales diferencias podrían explicar las diversas soluciones adoptadas por la Corte en ambos casos.

En “Padilla” se decidió que la sentencia recurrida era arbitraria y se ordenó el dictado de una nueva resolución que respetara los lineamientos fijados por la CSJN en cuanto a la existencia de normativa específica –art. 2 de la Ley N° 24901– que brindaba la específica solución del conflicto planteado: que era la obra social la que debía cumplir con la cobertura requerida.

En cambio, en “Campodónico Beviacqua” la Corte analizó el fondo de la controversia planteada. Sostuvo que a pesar de existir una obra social obligada a cubrir el Programa Médico Obligatorio y dar cobertura a las prestaciones derivadas de la Ley N° 24901, el Estado nacional no podía eludir las obligaciones que tenía derivadas del derecho internacional. Así se entendió que de acuerdo con la “cláusula federal” (art. 28 de CADH) es obligación del Estado nacional garantizar el derecho a la salud de las personas cuando las obras sociales, las entidades de la medicina prepaga e incluso las jurisdicciones locales no hayan dado adecuado acceso a la salud. Expresamente se destacó que

la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.

La Corte concluyó que adoptar una solución distinta basada en las obligaciones puestas a cargo de la obra social no solo hubiera perjudicado al niño, sino que habría constituido un supuesto de discriminación inversa,

ya que amén de no contar con prestaciones oportunas del organismo al que está asociado, carecería absolutamente del derecho a la atención sanitaria pública, lo que colocaría al Estado Nacional en flagrante violación de los compromisos asumidos en el cuidado de la salud.

De esta forma, no solo ponderó la obligación del Estado federal frente a obras sociales y prepagas, sino que también lo hizo respecto a las jurisdicciones locales. La Corte reafirmó que es el Estado federal el que debe articular y coordinar los servicios asistenciales que prestan las obras sociales comprendidas en la Ley N° 23660, los establecimientos públicos y los prestadores privados “en un sistema de cobertura universal, estructura pluralista y participativa y administración descentralizada que responda a la organización federal de nuestro país”.

En cuanto a las obligaciones de las jurisdicciones locales, dispuso que la decisión de mantener el tratamiento no afectaba el principio de federalismo ni ponía en crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud. Sin embargo, no liberó a los gobiernos locales de la responsabilidad que les cabe también en esta materia.

Más recientemente, en el año 2015, en “P.A.”<sup>11</sup> la Corte con los votos de Highton, Fayt, Lorenzetti y Maqueda falló en un caso muy similar a “Padilla”. Una persona con discapacidad, a pesar de contar con obra social, solicitó prestaciones de salud en los términos de la Ley N° 24901 al Servicio Nacional de Rehabilitación y a la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas.

El recurso extraordinario resultó admisible, ya que se encontraba en discusión el alcance de una norma federal. En cuanto al fondo, la Corte sostuvo que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal había aplicado erróneamente la Ley N° 24901 al obligar al Estado nacional a cubrir las prestaciones solicitadas por la persona con discapacidad que se encontraba afiliada a una obra social. Sostuvo que la correcta aplicación de los artículos 2 y 4 de la mencionada norma implicaba que no se pudiera atribuir, sin más, la obligación de la cobertura al Estado nacional.

Se ponderó que la actora se encontraba afiliada a una obra social y ese supuesto estaba expresamente contemplado por la normativa aplicable. Puntualmente, la CSJN expresó que

[u]na solución de esa especie importaría prescindir del texto legal, extendiendo la cobertura integral de las prestaciones previstas en la ley 24.901 a cargo del Estado, a un supuesto específicamente excluido por el legislador, mediante la indebida realización de consideraciones que exceden las circunstancias expresamente contempladas por la norma que, al no exigir esfuerzo de interpretación, debe ser directamente aplicada.

Así, la Corte revocó la decisión que había obligado al Estado nacional a brindar una cobertura que, según la letra de la ley –que no planteaba dudas– no le resultaba imponible. En definitiva, concluyó que la claridad de las normas referidas impedía que pudiera suponerse inconsecuencia o falta de previsión del legislador.

---

11 CSJN, *Fallos* 338:488.

En el año 2017, la Corte en “SJL”<sup>12</sup>, por mayoría, reafirmó lo decidido en “P.A.”. Consideró que se trataba de un caso similar al ya decidido y simplemente se remitió a lo ya fallado.

En este caso, a través de una acción de amparo, se había solicitado al Estado nacional la cobertura de escolaridad especial de jornada simple y el transporte desde el domicilio hasta el lugar de rehabilitación de una persona con discapacidad que se encontraba afiliada al Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán.

En su decisión la Corte confirmó la sentencia dictada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, que había decidido rechazar el amparo. Remitiéndose a la doctrina fijada en “P.A.”, la Cámara Federal había entendido que la obligación del Estado nacional era subsidiaria y que el actor no cumplía con los requisitos exigidos por la ley nacional en tanto estaba afiliado a una obra social y no había demostrado que no podía solventar los gastos de las prestaciones reclamadas.

Por su parte, el juez Rosatti votó en disidencia, retomando los lineamientos fijados en “Campodónico Beviacqua”. Sostuvo que la sentencia debía ser revocada, ya que existía una obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las prepagas.

En su análisis destacó que el actor se encontraba afiliado al Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán, pero que dicha provincia había adherido a la Ley N° 24901 optando por una incorporación gradual. Por ello, si bien la tutela de los derechos se encontraba jurídicamente reconocida, su concreción con carácter gradual, no aseguraba a la persona con discapacidad el acceso a la prestación reclamada.

Rosatti entendió que en el caso concreto la omisión de la obra social de cumplir con la cobertura de las prestaciones no podía conllevar la vulneración del derecho a la salud del actor. Así, como se había fallado en “Campodónico Beviacqua”, concluyó que el Estado nacional debía responder en el caso, sin perjuicio de que se pudiese ejercer posteriormente el derecho de repetir del Estado provincial lo que se considere legítimo.

En cuanto a una posible afectación del federalismo, señaló que

[e]ste razonamiento no implica afectar el principio de federalismo ni pone en crisis las facultades reservadas por los gobiernos locales en la organización de su sistema de salud, que debe ser concebido -en el caso específico en que se analiza- en base a un federalismo de concertación, en el que la omisión del Estado provincial de adoptar las medidas legislativas necesarias no puede sostenerse como óbice para la efectiva vigencia de derechos constitucionales fundamentales, dejando establecida la responsabilidad que cabe también en esta materia a las jurisdicciones provinciales.

12 CSJN. “S., J. L. c/ Comisión Nac. Asesora para la Int. de Personas Discapac. y otro, s/ amparo”, 5/12/17.

## 5. Conclusiones

Del análisis conjunto de todos los fallos mencionados pueden extraerse algunas conclusiones:

- 1) El deber de los órganos jurisdiccionales de fundar de manera adecuada y razonable sus decisiones no cede ni se relaja aún en casos en los que el derecho a la salud se encuentre en juego. El derecho de defensa, el debido proceso y la tutela judicial efectiva deben garantizarse a todas las partes del proceso y ello exige un adecuado análisis de los agravios planteados y la adopción de decisiones razonadas.
- 2) El Estado nacional tiene el rol de *garante final* del cumplimiento de las obligaciones internacionales adoptadas relativas al derecho a la salud (art. 28 CADH, cláusula federal). Sin embargo, ello no implica que los Estados locales puedan eludir su propia obligación de asegurar el acceso al derecho a la salud.
- 3) Las prestaciones médico-asistenciales reconocidas por la Ley N° 24901 deben ser cubiertas por las obras sociales en aquellos casos en los que el/la peticionante se encuentre afiliado a una de ellas. Sin embargo, pueden existir circunstancias especiales que habiliten a solicitar esa cobertura al Estado nacional o local. Debe demostrarse la existencia de situaciones de especial gravedad y manifiesta afectación a la salud de las personas. También la Corte ha excepcionado esa regla cuando se ha comprobado en el litigio que, a pesar de haber solicitado la cobertura a la obra social, no se haya garantizado el acceso a la prestación solicitada.



# Plazo razonable de duración del proceso

## CSJN. “Escudero Maximiliano Daniel s/ recurso de casación”, 23 de marzo de 2021

*Por Marisol D’Onofrio<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

El tiempo del proceso ocupa un lugar central en lo que debe ser un juicio y es una de las cuestiones que se encuentra íntimamente vinculada a la garantía del debido proceso. Es un aspecto que define a la actividad jurisdiccional en la dimensión de su duración, junto con otros elementos esenciales como el derecho de defensa, el principio de legalidad y el de juez natural.

Por ende, un proceso que persiste ilimitadamente o por tiempos desmedidos no es un juicio justo, pese a que se cumplan las otras condiciones apuntadas. En tal sentido, el tiempo se erige en un derecho a que los conflictos ventilados en la justicia sean resueltos en un plazo razonable.

En el ámbito del derecho penal, el tiempo trasunta un derecho desde dos caras. Por un lado, abarca el interés de los imputados a que su situación procesal sea resuelta en un tiempo razonable munido de todas las garantías constitucionales y, por ende, no ser mantenidos indefinidamente en un estado de incertidumbre, aspecto este que hace al derecho de defensa.<sup>2</sup> Por el otro, cubre el interés de las víctimas a que la justicia investigue y, en su caso, condene a los responsables de sus padecimientos en

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universitá di Bologna).

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

un tiempo oportuno y adecuado, a fin de evitar que dilaciones y entorpecimientos procesales generen la frustración de su derecho a la protección judicial.<sup>3</sup>

Además, versa en relación al momento en que debe comenzar un proceso, como también al momento en que debe concluir y pronunciarse la sentencia; todas las etapas del proceso deben producirse “sin dilación indebida”.

En el orden internacional, tales garantías han sido reconocidas de forma expresa bajo los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro bloque constitucional federal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, tanto en el artículo 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De conformidad con ello, la tramitación de las causas judiciales en tiempos razonables se erige en una obligación internacional que el Estado ha asumido al aprobar los instrumentos internacionales aludidos y hacerlos partícipes de nuestro derecho interno. Esta situación, a su vez, en la perspectiva de la función jurisdiccional del Estado, genera una competencia configurada por un “doble control de constitucionalidad y de convencionalidad” dada por la necesidad de que los procesos judiciales sean resueltos en tiempos razonables de acuerdo al pacto y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

## 2. Los hechos del caso

En el caso “Escudero” se condenó al imputado, en primera instancia,<sup>4</sup> a la pena de seis años de prisión por considerarlo coautor del delito de robo doblemente calificado por el uso de arma y por haberse llevado a cabo en lugar poblado y en banda, cometido en el año 1998.

Contra dicho pronunciamiento, la defensa interpuso recurso de casación, que fue admitido el 24/5/2001 por la Sala II de la Casación bonaerense y, en virtud de ello, se revocó parcialmente la sentencia impugnada por aplicación errónea de la ley sustantiva en referencia al agravante “banda”. En consecuencia, se calificó al hecho como constitutivo del delito robo agravado por el uso de arma. No obstante ello, se mantuvo la pena de seis años impuesta por el tribunal de primera instancia.

Frente a tal pronunciamiento, la defensa articuló recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, que la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires rechazó y, contra ese pronunciamiento, se interpuso recurso extraordinario federal, cuya denegación por parte de la Corte local motivó la presentación de queja ante el Máximo Tribunal Federal.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>5</sup> el 10/4/2007 hizo lugar al recurso por haberse rechazado el planteo relativo a la *reformatio in pejus*, derivado de la decisión de la casación de suprimir la agra-

3 Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

4 Sentencia del Tribunal en lo Criminal N° 1 de Zárate-Campana del 6/9/1999.

5 CSJN, *Fallos* 330:1478.

vante, pero mantener la pena impuesta. En razón de ello, envió la causa al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento.

Remitidas nuevamente las actuaciones al Superior Tribunal provincial, este trató el agravio, pero lo rechazó, circunstancia que motivó un segundo recurso extraordinario federal.

### 3. La sentencia de la CSJN

Frente a tal contexto, el Máximo Tribunal –en primer lugar– se expidió en torno a la cuestión federal que involucraba la afectación de la garantía a ser juzgado en un plazo razonable, ya que, pese a que el caso trataba de un ilícito común sin mayores complejidades probatorias, su juzgamiento habría irrogado más de veintidós años.

En efecto, consideró que la prosecución de un pleito indebidamente prolongado –máxime de naturaleza penal– conculcaría el derecho de defensa de los acusados (conf. “Mattei”, Fallo: 272:188), en tanto

debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre [...] que comporta el enjuiciamiento penal,<sup>6</sup>

por lo que debería resolverse esta cuestión en forma previa a todas las demás.

Bajo tales premisas, apuntó que el principio cuya violación se analiza no solo es un corolario del derecho de defensa en juicio (reconocido en el artículo 18 de la Constitución Nacional), sino que también se encuentra previsto expresamente en los tratados incorporados a aquella como parte del debido proceso legal y de la garantía de acceso a justicia. Esa constelación normativa es la que ha servido de guía para elaborar la fundamentación de los diferentes estándares emanados de los precedentes de la CSJN sobre la cuestión del plazo razonable, tanto en materia no penal<sup>7</sup> como la del caso bajo estudio.<sup>8</sup>

A partir de ahí, ha señalado que el derecho de acceso a la justicia “debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable”, ya que una demora prolongada o “falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales”.<sup>9</sup>

6 CSJN. “Escudero Maximiliano Daniel s/ recurso de casación”, 23 de marzo de 2021, considerando 3º.

7 CSJN, *Fallos* 331:760; 332:1492; 334:1302 y 1264; 335:1126 y 2565 y 336:2184.

8 CSJN, *Fallos* 323:982; 327:327; 327:4815; 329:445; 330:3640; 331:600, entre otros, y, más recientemente, en lo que a la violación de la garantía en etapas recursivas se refiere, *Fallos* 331:2319; 332:1512; 333:1639; 342:584.

9 Ídem, nota 6, considerando 6º.

Sentado ello, y a fin de establecer la razonabilidad del plazo y los elementos que deben tomarse en cuenta para ello, citó las pautas establecidas por la Corte IDH y por el TEDH y señaló que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento –incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse–, hasta que se dicte sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción.<sup>10</sup>

Con tales parámetros en mente, afirmó que

resulta evidente que en el *sub examine* se ha conculcado el derecho de Maximiliano Daniel Escudero a ser juzgado en un plazo razonable, toda vez que [...], tratándose de un ilícito común y que no presentaba mayores complejidades probatorias, el tiempo irrogado desde el momento del hecho y hasta la sentencia condenatoria fue inferior a un año; mientras que, *hasta la fecha, la etapa recursiva –cuyo más elemental objetivo es la búsqueda de mejor derecho– ha insumido más de veintiún años sin que el encausado pueda contar con un pronunciamiento definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada.*<sup>11</sup>

A fin de sustentar tal afirmación, la CSJN detalló todos los actos procesales que se llevaron a cabo desde el inicio de las actuaciones. De esta forma, ilustró que

la condena contra Maximiliano Daniel Escudero se dictó [el] 6 de septiembre de 1999, [...] once meses después de cometidos los hechos materia de juzgamiento (lo que tuvo lugar el 2 de octubre de 1998). [...] [L]a Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires resolvió, [el] 24 de mayo de 2001, modificar la calificación legal asignada a los hechos por los que fuera condenado el imputado por una menos grave, pero mantener intacta la pena de seis años de prisión oportunamente aplicada. Frente a ello, la defensa dedujo recurso de inaplicabilidad de ley, el cual fue desestimado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires [el] 25 de septiembre de 2002, lo que a su vez derivó en la interposición de un primer recurso extraordinario federal y queja por su denegación –el 6 de agosto de 2003– ante esta Corte Suprema de Justicia de la Nación, que –tras correr vista al Procurador General de la Nación el 16 de abril de 2004, que se expidió el 28 de febrero de 2005, y solicitar el envío de los autos principales el 11 de mayo de 2006, recibiendo en esta sede el 28 de agosto del mismo año– resolvió, el 10 de abril de 2007, dejar sin efecto la sentencia apelada. [...] Devueltas las actuaciones al tribunal a quo, este dispuso conceder el recurso de inaplicabilidad de ley el 18 de julio de 2007 y se expidió, rechazándolo, el 15 de abril de 2009. Contra esta decisión la defensa interpuso un segundo recurso extraordinario federal el 19 de junio de 2009, el cual fue concedido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 26 de octubre de 2010. Recibida nuevamente la causa en esta sede, con fecha 4 de diciembre de 2012 el Tribunal resolvió suspender el trámite del recurso en razón de que podría encontrarse prescripta la acción penal en los autos principales, devolviendo el expediente al tribunal de origen a fin de

<sup>10</sup> Ídem, nota 2, párr. 71; en igual sentido, TEDH. *Robins v. the United Kingdom*, 23/09/1997; *Silva Pontes v. Portugal*, 23/03/1994; *Di Pede v. Italy*, 26/09/1996; *Zappia v. Italy*, 26/09/1996; *Bouilly v. France*, 7/12/1999; *Pinto de Oliveira v. Portugal*, 8/03/2002; *Mocie v. France*, 8/03/2003.

<sup>11</sup> Ídem, nota 6, considerando 7º, destacado añadido.

que resuelva en orden a dicha cuestión. Así las cosas, se remitieron las actuaciones al tribunal de origen, que las recibió el 14 de marzo de 2013. Sin embargo, transcurrieron cinco años hasta que el Tribunal en lo Criminal n° 1 de Zárate-Campana se pronunció sobre dicha cuestión el 10 de abril de 2018 declarando que no se encontraba prescripta la acción penal en el sub examine; pudiendo apreciarse a partir del cotejo de las actuaciones que, durante ese lapso, el referido tribunal demoró más de tres años (entre el 4 de abril de 2013 y el 12 de mayo de 2016) en reiterar el pedido de remisión de antecedentes que no había sido cumplido, además de dejarse constancia actuarial del hallazgo de la causa –que se encontraba “trasapelada”– el 6 de diciembre de 2017.<sup>12</sup>

Reitera que el juzgamiento de un delito de muy escasa complejidad se ha extendido por más de veintidós años sin que se haya arribado aún a una sentencia que determine, en forma definitiva, la situación procesal del imputado. Como así también que la inmensa mayoría de ese tiempo correspondió al trámite –todavía inconcluso– de la impugnación deducida por la defensa contra la condena primigenia y los fallos posteriores de los tribunales intermedios que la confirmaron, a cuya morosidad ha contribuido de un modo decisivo la injustificada reiteración de “tiempos muertos”, siendo el ejemplo más notorio la demora de cinco años registrada por el Tribunal en lo Criminal N° 1 de Zárate-Campana para expedirse respecto de la vigencia de la acción penal en los autos principales.

En base a ello aseveró que en el caso resulta de aplicación lo ya expresado en “Espíndola” (*Fallos* 342:584) sobre la afectación a la garantía del plazo razonable durante la etapa recursiva.

Por último, reiteró su preocupación en torno a la excesiva duración de los trámites recursivos en el fuero penal de la provincia de Buenos Aires y, en consecuencia, exhortó a la Suprema Corte de Justicia de dicha provincia, en su calidad de máxima autoridad del Poder Judicial provincial –y, por su intermedio, a los órganos que corresponda– para que adopte, con carácter de urgente, medidas conducentes a hacer cesar la problemática descripta.<sup>13</sup>

Con fundamento en todas las cuestiones esgrimidas, resolvió revocar la sentencia apelada, declarar extinguida por prescripción la acción penal en la causa y disponer el sobreseimiento de Maximiliano Daniel Escudero.

#### 4. Conclusiones finales

De lo hasta aquí reseñado se desprende sin mayores dificultades que el tema bajo análisis ha sido sujeto de estudio y regulación no solo por parte de nuestro orden normativo nacional, sino también del internacional al cual nuestra Carta Magna incorpora.

En ese sentido, desde la óptica doctrinaria y normativa, el tiempo del proceso ocupa un lugar central en la idea de lo que debe durar un proceso judicial, ya que se encuentra íntimamente ligado con la

<sup>12</sup> *Ibidem*, considerando 7.

<sup>13</sup> *Ibidem*, considerando 9.

garantía constitucional del debido proceso y del derecho de defensa en juicio. Empero la justicia no se limita ni se circunscribe a bucear en el universo de normas vigentes, sino que, además, debe sumergirse e integrar tales normas a la realidad del tiempo e instante en que debe tomar una decisión en un caso concreto.

A tenor de lo que surge del fallo comentado, en la práctica tribunalicia pareciera que dichas garantías, reconocidas tanto en el orden nacional como en el internacional, se convierten en un mero catálogo de ilusiones, dada la duración eterna de los procesos judiciales en donde los derechos de las personas se ven vulnerados y/o ultrajados. Circunstancia que genera en la sociedad toda, en el justiciable y en el acusado no solo desconfianza en el sistema de justicia, sino también incertidumbre jurídica y vulneración de los derechos constitucionales tal elementales como los aquí debatidos.

Una de las acepciones que define a la justicia la refiere como un principio moral que lleva a dar a cada uno lo que le corresponde o pertenece.<sup>14</sup> ¿Corresponde, entonces, que una persona transite un juicio durante 22 años sin tener hasta el momento una sentencia que ponga fin al conflicto debatido? ¿Es eso justicia? La respuesta negativa se impone.

En un Estado de derecho como el nuestro, el proceso judicial debe velar para que las garantías constitucionales puedan ser gozadas por sus titulares. Para ello, urge modificar situaciones como las sucedidas en el fallo en comentario y compeler a nuestro sistema judicial a revertir las condiciones de un sistema judicial que falla y que, muchas veces, dista de garantizar los derechos constitucionales tan importantes en tiempo y forma.

En tanto se imparta justicia, recae la obligación de arrimar una solución que resuelva el conflicto con razonabilidad haciendo frente a los retos jurídicos traídos a su decisión. En definitiva, se espera de ella que dé una respuesta comprometida con la realidad, a la par que con las necesidades de quienes acuden en su demanda.

---

<sup>14</sup> Primera acepción brindada por la RAE.

# Pueblos Indígenas. Derecho a la consulta y participación

## CSJN. “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén s/ acción de inconstitucionalidad”, 8 de abril de 2021

*Por Fernando Kosovsky<sup>1</sup>*

### 1. Resumen de los hechos del caso

En esta causa se debatió el alcance del derecho a la consulta y a la participación de los pueblos indígenas frente a la decisión de crear un municipio sobre un territorio tradicionalmente ocupado por comunidades indígenas, y convocar a elecciones para definir sus autoridades.

La Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina –CMN–<sup>2</sup> interpusieron una acción de inconstitucionalidad contra la Ley provincial N° 2439 que creó el municipio de Villa Pehuenia y el Decreto provincial N° 2/04 que convocó a elecciones para conformar la respectiva Comisión Municipal, por considerarlas violatorias de los derechos de participación y de consulta previa libre e informada previstos en el artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional, en los tratados internacionales con jerarquía constitucional y en el Convenio N° 169 de la OIT.

El Tribunal Superior de Justicia neuquino la rechazó. Contra ello, las actoras interpusieron el recurso extraordinario federal que fue concedido.

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Fundador del Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT) y de la Asociación de Abogadas/os de Derecho Indígena. Ganador de la Beca de Pasantía de Investigación Osgoode Law School (2017) y tutor de investigadores en materia de Derecho de Pueblos Indígenas. Organizador de cursos sobre genocidio y crímenes de Lesa Humanidad contra los pueblos indígenas (2017-2018).

<sup>2</sup> La CMN se compone de seis zonales. La zona Pehuenche es la que nuclea a las comunidades afectadas en este conflicto.

El 8 de septiembre de 2014 la Procuradora General de la Nación dictaminó hacer lugar al recurso y, sin anular los actos recurridos, condenar a la provincia a establecer los mecanismos de participación y de consulta adecuados para garantizar el derecho al pueblo mapuche.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia siete años después, basada en los fundamentos de la PGN –salvo el apartado VIII– e hizo lugar al recurso. Aunque admitió la validez de la creación del municipio y de los actos cumplidos y que estén produciendo efectos (punto 2), condenó a Neuquén a que, en un plazo razonable, y conjuntamente con las comunidades indígenas, establezca una mesa de diálogo con la Comunidad Mapuche Catalán y la Confederación Indígena Neuquina para que implementen la consulta que fuera omitida y para que diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta para que los pueblos originarios puedan participar en la determinación de las políticas y decisiones municipales que los involucren para adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

En el punto 4, la CSJN estableció que el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén controlará la ejecución de la sentencia y recibirá informes con los avances logrados en la Mesa de Diálogo.

## **2. La participación y la consulta previa, libre e informada: garantías del derecho público territorial colectivo**

Los indígenas siempre han sido sujetos de derecho especiales en cada texto constitucional. Los constituyentes de la Confederación de 1853 establecieron como atribución del Congreso Nacional, “[p]roveer a la seguridad de las fronteras; conservando el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo” (art. 64 inc.15). Antes, los constituyentes de 1819 dijeron que “[e]l Cuerpo Legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado” (Basterra, 2015: 45).

Aun caracterizados como destinatarios de políticas de seguridad “internacional”, tratados en la literatura jurídica argentina del siglo XIX como incivilizados, incapaces, subalternos a someter, asimilar y convertir al catolicismo, siempre fueron grupos sujetos de derecho público constitucional.

Es recién con el texto de 1994 (artículo 75, inciso 17) que se los reconoce como pueblos preexistentes. Este es el primer componente clave para comprender el fallo de la Corte en el caso “Catalán”. Se trata de un sujeto colectivo de derecho público cuya libre determinación tiene efectos jurídicos institucionales que obligan al Estado a respetar las propias formas autonómicas al momento de responder el interrogante de quién puede participar y con quién tiene la obligación de consultar previo a adoptar decisiones que, potencialmente, puedan afectar intereses de esos pueblos. Esta referencia no es caprichosa, porque en torno a ella los Estados han esgrimido restricciones o introducido confusiones controversiales a las que haremos mención al tratar el grado de implementación de la sentencia de la CSJN.

El derecho de participación y el derecho a la consulta previa, libre e informada operan como garantías del debido proceso legal de los pueblos indígenas para el ejercicio de todos sus derechos. Estos derechos



están previstos en tratados internacionales de derechos humanos, siendo el más destacado el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribunales –arts. 6, 7, 14 y 15– ampliados por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 –arts. 18 y 19–.

Desde la Asociación de Abogadas/os de Derecho Indígena compilamos un Dossier de trabajos en el cual estos derechos y garantías fueron explicados, conceptualizados e ilustrados con los estándares jurisprudenciales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Rodríguez Duch, 2020: 137-139), propuestas indígenas para su regulación e implementación (Sola, 2020: 55), así como las dificultades para lograr la protección judicial en caso de incumplimientos (Salgado, 2000: 107; Kosovsky, 2020: 77). A ellos me remito para ingresar de lleno al comentario de la sentencia de la CSJN en “Catalán”, reiterando que tanto la participación, como la consulta son derechos colectivos que les corresponden a los pueblos indígenas en cualquier asunto que pueda afectar sus intereses.

Como prolegómeno de la sentencia, cabe recordar que en el marco de su visita a la Argentina hace casi diez años, el Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas expresó su preocupación por la violación sistemática del Estado a estos derechos recepcionando el informe de un conjunto de organizaciones avocadas a esta temática llamado “La Agenda Pendiente”, que indicó:

En la República Argentina, las decisiones fundamentales de gobierno que interesan a los indígenas las diseñan, programan, presupuestan, aprueban y ejecutan los no indígenas sin consulta ni participación previa libre ni informada de los pueblos indígenas. El Consejo de Participación Indígena, es un órgano creado por el gobierno nacional que carece de autonomía y de presupuesto propio. Sus decisiones no son vinculantes ni tenidas en cuenta por el Estado que no lo convoca en la gran mayoría de las cuestiones que afectan intereses indígenas.

Como antecedentes, resultan relevantes dos casos resueltos por la Corte IDH. En *Pueblo Saramaka vs Surinam* (2007), la Corte sustentó su sentencia en los derechos de participación, consulta previa y consentimiento libre, informado y previo respecto de planes de inversión y desarrollo, así como respecto exploración o explotación de recursos naturales en los territorios que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera y que pueden afectarles. La Corte fijó allí los estándares de supuestos en los cuales debe realizarse la consulta y en los que, además, se debe lograr el consentimiento previo a adoptar ciertas medidas.

En el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (2012), la Corte IDH declaró al Estado responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en perjuicio del pueblo indígena por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración en su territorio desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente.

Con dicho marco teórico y en este contexto debemos analizar el caso “Catalán”, cuya importancia radica en haber sido el primer caso en el cual el máximo tribunal argentino se pronunció sobre la cuestión de la participación y de la consulta con los pueblos indígenas.

### 3. El valor de la sentencia

“Es un avance muy grande, porque a partir de ahora no son súbditos del Estado”.<sup>3</sup> De este modo, Juan Manuel Salgado, abogado de la actora, resumió el valor político-jurídico del caso “Catalán”. Explicó que lo central es que los jueces de la CSJN han reconocido el derecho a la participación política de los pueblos y de las comunidades indígenas en los propios términos en las que estos se organizan, como un sujeto de derecho público del cual no se puede prescindir.

Tal apreciación, que comparto, se desprende claramente del fallo y del dictamen de la PGN. En este sentido, la CSJN aplica los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH de los casos “Saramaka” y “Kichwa de Sarayaku” con un alcance aún mayor. En efecto, en aquellos el Estado había omitido la participación indígena y la consulta y el consentimiento en proyectos de terceros que requerían una autorización estatal. En el caso “Catalán” era el propio Estado provincial quien afectó los derechos. Otro aspecto destacado es que, a diferencia de los casos citados, en “Catalán” no había una actividad o proyecto específico, sino una afectación generalizada al territorio del pueblo.

Es este aspecto el más interesante, a mi juicio, del fallo: se enfoca en la noción de territorio de un pueblo indígena, que la Corte, también siguiendo el dictamen de la PGN, había proclamado por primera vez en el caso de Las Huaytekas (Fallos 338:1277), en el cual destacó que del mismo “depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente”.

La sentencia deja en claro que en los términos del art. 15 del Convenio N° 169 de la OIT y 19 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los poderes legislativos no son soberanos sobre los pueblos indígenas y que su actuación debe garantizar la participación, la consulta y el consentimiento en los supuestos que impliquen afectaciones territoriales, tales como crear una municipalidad en sus territorios.

### 4. Ejecución y efectos de la sentencia

A ocho meses de su dictado, la sentencia de la CSJN sigue siendo incumplida. Consultados para este trabajo en noviembre de 2021 sobre el cumplimiento de la sentencia por parte de la provincia de

3 Entrevista realizada por el autor con el profesor Juan Manuel Salgado, apoderado de la Confederación Mapuche Neuquina, que patrocinó el caso comentado. Salgado fue presidente de la Asociación de Abogadas/os de Derecho Indígena, Juez Penal en Neuquén, Defensor Público en el área penal en Chubut y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Comahue. Director del Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas de Neuquén.

Neuquén, tanto el apoderado de la actora como un referente mapuche<sup>4</sup> indican que “el estado actual de implementación es prácticamente nulo. El Superior Tribunal de Justicia de Neuquén aún no ha convocado a las partes”.

Indican que han requerido al máximo tribunal provincial que convoque a las partes para encausar el proceso y que el STJN solo hizo comunicaciones preliminares, pero aún no convocó formalmente a establecer la mesa de diálogo con la Comunidad y la Confederación Indígena Neuquina para que implementen la consulta omitida y para que diseñen mecanismos permanentes de comunicación y consulta.

Advierten que desde el gobierno provincial intentaron limitar la participación a la comunidad actora con la intención de restringir los alcances del caso a una sola comunidad cuando con “Catalán” son seis las comunidades que se ven afectadas por la creación de un municipio.

Subrayan que ello fue rechazado de plano por la Confederación Mapuche de Neuquén, que exigió darles intervención a las demás comunidades afectadas por la creación inconsulta y sin participación indígena del municipio de Villa Pehuenia y esta cuestión estaría superada.

La sentencia marca un límite al gobierno provincial para que adecue toda su normativa al bloque constitucional, implica un claro llamado de atención a la legislatura y al poder ejecutivo provincial, así como a los municipios: a pesar de estar los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y Provincial no tienen aplicación práctica por parte de las autoridades.

En cuanto a efectos, apuntan que tras la sentencia hubo algunas causas penales que involucraban a comunidades y a la Municipalidad de Villa Pehuenia que se resolvieron aplicando el caso “Catalán”. También ha tenido un sentido práctico en otras discusiones políticas que atraviesan al pueblo mapuche: el Nor Feal, que es el derecho del pueblo mapuche. Se hizo una prueba piloto en la zona del Pehuenche –que abarca Pulmarí–, para la reforma del Código Procesal Penal. La Procuración lo amplió a toda la provincia sin hacer la consulta previa. En ese aspecto, el fallo de la Corte en “Catalán” tuvo un impacto notorio, porque tuvieron que remediar esa falencia y el Ministerio Público Fiscal restringió la aplicación únicamente al sector que había sido consultado para la prueba piloto y asumieron el compromiso de realizar la consulta con el pueblo mapuche en el resto de la Provincia.

La consulta a las zonales de la Confederación Mapuche en octubre de 2021 sobre cómo se iba a aplicar el relevamiento de la Ley N° 26160 fue otro aspecto en el que el fallo de la Corte tuvo incidencia. La fuerte reticencia del gobierno provincial a cumplir la sentencia se explica por los grandes intereses territoriales, ya que las concesiones de Vaca Muerta han sido entregadas sin participación ni consulta del pueblo mapuche del Neuquén.

---

4 Entrevista a Lef Nahuel, 16-11-2021. Werkén de su comunidad y referente Mapuche en la provincia del Neuquén.

En cuanto a los alcances y los destinatarios de las consultas, es importante también el caso de las represas de Santa Cruz,<sup>5</sup> proceso al que se incorporaron la totalidad –14– de las comunidades originarias de la provincia de Santa Cruz.

El amparo fue promovido por la Comunidad Mapuche Tehuelche Lof Fem Mapu contra: I) el Estado Nacional, involucrando a los siguientes organismos de él dependientes: i) Ministerio de Energía y Minería, ii) Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y iii) Secretaria de Derechos Humanos y Pluralismo Cultural –Instituto Nacional de Asuntos Indígenas–; II) El Estado Provincial, involucrando a: i) Secretaria de Estado de Medio Ambiente, ii) Ministerio de la Producción Comercio e Industria y iii) Secretaria de Estado de Cultura, y III) Represas PATAGONIA ELING – CGGC – HCSA – UTE.

Las pretensiones de la actora fueron: a) que se ordene a los Poderes Ejecutivos Nacionales y Provinciales que implementen el procedimiento que garantice el derecho a la consulta libre previa e informada de la comunidad que representa el actor y de las demás comunidades y organizaciones indígenas para poder brindar el consentimiento libre, previo e informado y participar en la toma de decisiones y protección del patrimonio cultural y de los restos mortales indígenas, en relación con el proyecto “Aprovechamientos Hidroeléctricos del Río Santa Cruz Presidente Dr. Néstor Carlos Kirchner - Gobernador Jorge Cepernic”; b) que se ordene a ambos Poderes Ejecutivos y a la UTE el cese de actividades que dañen el patrimonio cultural, arqueológico, paisajístico e histórico, actual y futuro y que se proceda a la prevención, recuperación, recomposición, reparación y/o restauración o indemnización sustitutiva a favor de los pueblos indígenas; c) Se ordene la finalización total de los relevamientos –previo al inicio de las obras– y la generación de información ambiental sobre enterratorios indígenas identificados o que se puedan identificar, contando dichos relevamientos con veedores indígenas y con diversas autoridades de aplicación y académicas; d) Se ordene a las demandadas resguardar, preservar y proteger los restos mortales indígenas en el estado y lugar en que se encuentren, garantizando a las comunidades su participación en dicho proceso, aunque conlleve modificar el proyecto o incluso no realizarlo; e) Si se ordena la reubicación de los restos mencionados, que sea realizada previo procedimiento de consulta, y f) Se declare la nulidad e inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 333/2017 de la Secretaria de Ambiente y la N° 147/2017 del Ministerio de la Producción, Comercio e Industria, en ambos casos de la Provincia de Santa Cruz y de la Resolución Conjunta N° RESFC-2017-1-APN-MAD, por considerar que dicho plafón normativo es violatorio de derechos de incidencia colectiva reconocidos en la Constitución Nacional.

En lo que aquí nos convoca, la sentencia ordenó al Estado realizar la consulta previa libre e informada con los pueblos originarios de la provincia, aun cuando no tocan la propiedad de las tierras de las comunidades, sino que afecta al territorio como un todo.

5 Juzgado Federal de Río Gallegos, “COMUNIDAD MAPUCHE TEHUELCHÉ LOF FEM MAPU c/ ESTADO NACIONAL - MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA Y OTROS s/AMPARO LEY 16.986”, Expte. N° 8129/2017, sentencia de 30/10/2017.

El caso interesa pues expandió fuertemente, en sentido político del territorio, el ámbito de aplicación del derecho de participación y consulta al romper con el molde civilista de propietario/inquilino/tenedor o de permisionario/concesionario de las tierras como criterio legitimante para accionar y encuadra a los pueblos como los sujetos políticos titulares de derechos territoriales, más allá de la ocupación de las tierras, como legitimados para defender los intereses que puedan verse afectados en los términos del art. 6 del Convenio 169 de la OIT. El INAI fue condenado a llevar adelante la consulta.

Como desde el año 2017 el Estado nacional incumplió con la sentencia sin dar inicio al proceso de consulta previa, libre e informada, el proceso quedó totalmente paralizado, incumplándose así los acuerdos de las partes que habían sido alcanzados en una mesa de diálogo y que debían cumplirse dentro de un plazo razonable. Tampoco se brindó a las actoras información sobre los impactos sociales, culturales y ambientales que producen las obras –que continuaron–, situación que difícilmente pueda ser revertida y reparada por el Estado nacional -INAI-, por falta de interés, compromiso y conocimiento sobre cómo garantizar y llevar adelante el mismo efectivamente.

De este modo, tras tres años y medio de la sentencia definitiva, son las propias comunidades, como parte más vulnerable de la relación jurídica, quienes deben seguir exigiéndole al Estado que cumpla con las obligaciones asumidas tanto a nivel nacional como internacional y que haga efectivo el proceso de consulta. Los actores denunciaron el incumplimiento de la medida cautelar y del fondo en sendos incidentes para lograr la ejecución de sentencia.

Por sentencia del 4 de mayo de 2021 el juez federal de Río Gallegos dio curso a la denuncia activando el proceso de ejecución. En los considerandos jurídicos (punto 5), se aplican los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH en los casos “Saramaka” y “Kichwa de Sarayaku” y de la CSJN en “Catalán”.

El juez aplicó el fallo “Catalán” de la Corte Suprema del siguiente modo:

el actual art. 75, inciso 17, que da cuenta de la adopción de un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Esta disposición, luego de afirmar la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas, les garantiza un conjunto de derechos específicos basados en el deber de asegurar ‘el respeto a su identidad cultural’, entre los que destaca como instrumento para hacerlos efectivos el derecho a la participación en la gestión referida a los recursos naturales y otros intereses que los afecten. [...] Esta prerrogativa importa ‘oír la voz de los pueblos indígenas’ con el fin de tomar en cuenta sus intereses, opiniones y puntos de vista en determinados asuntos y prevenir posibles lesiones a su identidad cultural cuando se adopten medidas que puedan afectar su forma de vida o sus costumbres tradicionales. Esta participación debe permitir que los pueblos indígenas expresen sus inquietudes, propuestas y apreciaciones en una etapa oportuna por medio de procedimientos apropiados para resguardar sus derechos e intereses [...] No se trata de crear un Estado dentro de otro Estado, pues está claro que en nuestro país las diversas etnias, culturas y nacionalidades que habitan el suelo argentino se congregan, a los fines institucionales y con sus matices, bajo el mismo techo constitucional. De lo que se trata es de hacer viable

la máxima vigencia posible de los derechos diferenciales reconocidos, y no de minimizarlos considerándolos implícitos dentro de las prerrogativas comunes al resto de la población.

Agrega que

Finalmente, el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación en dicha causa sostiene: “Con esos fines, la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales consagran los derechos colectivos de los pueblos indígenas a ser consultados ya participar en la toma de decisiones sobre cuestiones que afecten sus intereses. Estas prerrogativas han sido calificadas como la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en tanto son instrumentos esenciales para asegurar que las comunidades indígenas gocen, en pie de igualdad con los restantes miembros de la población, la totalidad de sus derechos reconocidos en ese Convenio y en los restantes instrumentos internacionales, así como en las normas de derecho interno” [...] Por su parte, como se expresó, el derecho de participación de los pueblos indígenas se traduce en una obligación positiva para los Estados, que deben “establecer los medios” para que los pueblos y comunidades puedan participar, “por lo menos en la misma medida que los demás”, en instituciones electivas y organismos administrativos o de otra índole (art. 6, inc. b, Convenio 169 de la OIT). Conjuntamente, el artículo 18 de la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas estipula que “los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones”.

Cabe destacar que –como forma de participación integral– el juez federal ordenó la interpretación y publicación con la sentencia en lengua Mapuzungún, de un resumen de lo resuelto.

A la fecha, los abogados del caso<sup>6</sup> informan que el Estado nacional –INAI– no ha logrado crear un canal de diálogo fluido, efectivo y confiable con las comunidades indígenas de la provincia de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte IDH, lo cual atenta también contra la buena fe que debe primar en el proceso de consulta. Tampoco se ha ejercido su rol de facilitador entre las partes, reputando su actuación totalmente ineficaz e imperceptible en todo el tiempo que lleva el proceso.

## 5. Palabras finales

A pesar de no haber anulado la creación del municipio de Villa Pehuenia realizada sin participación ni consulta previa al pueblo mapuche, la sentencia del caso “Catalán” tiene el valor de haber expandido el ámbito de protección de los derechos territoriales de los pueblos indígenas.

<sup>6</sup> Entrevista con Matías Schraer, secretario de la AADI y abogado de las Comunidades Mapuche Tehuelche en Santa Cruz.

Su importancia radica en haber limitado el poder estatal en relación con los pueblos indígenas. En ese aspecto, la sentencia de la CSJN les impide a los Estados decidir sobre los pueblos indígenas debiendo darles participación y cumplir con la consulta previa libre e informada como mecanismo federal con fuente constitucional y supralegal y les impone subsanar esos vicios mediante la adopción de mecanismos estables de participación en los asuntos gubernamentales, poniendo en la máxima autoridad judicial el contralor. El otro factor destacado es que consolida la línea jurisprudencial de la CSJN de considerar a los pueblos como el sujeto colectivo de derecho titular de los derechos territoriales.

Los efectos directos de la sentencia se han comenzado a plasmar tanto en el caso del Neuquén como indirectamente en el caso de las represas de Santa Cruz.

Creo que el contexto de pandemia por el COVID-19 y la complejidad de toda forma de vinculación intercultural, sugiere prudencia, paciencia y perseverancia para avanzar en la ejecución de las sentencias donde, como hemos visto, siempre recae en la parte más vulnerable de la relación tener que denunciar y reclamar su concreción. Dado el patrón de incumplimientos, llama la atención que los responsables de los Ministerios Públicos de las Defensas Nacional y provinciales y los Ministerios de Justicia y Derechos Humanos no hayan establecido defensorías especializadas en pueblos indígenas permanentes para facilitar el acceso a la justicia: los más vulnerables son los que menos recursos públicos reciben del sistema de justicia, lo que profundiza la desigualdad e inequidad.

Entiendo que es aún prematuro aventurar si el incumplimiento se mantendrá o si los responsables de los poderes del Estado asumirán sus obligaciones para dedicar recursos efectivos para facilitar al pueblo mapuche la participación en la elaboración de los mecanismos para la participación amplia, efectiva y cumplir con los estándares de la consulta como garantías para avanzar hacia un estado pluricultural y plurijurídico.

## Bibliografía

- Basterra, M. (2015). Constitución de las Provincias Unidas en Sudamérica. En *Constituciones argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario* (p. 45). Buenos Aires: INFOJUS.SAIJ. Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones\\_argentinas.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf)
- Kosovsky, F. (2020). La aplicación judicial del derecho de consulta. En D. Rodríguez Duch y S. L. Ivanoff (comps.), *Consulta y participación indígena* (pp. 77-95). Comodoro Rivadavia: EDUPA.
- Ramírez, S. (coord.); Vicente, R. (dir.) (2018). *Derechos colectivos de los pueblos indígenas*. Buenos Aires: SAIJ. Id SAIJ: LB 000237 (pp... 10-11; 21; 55, 62).
- Salgado, J. M. (2020). La Participación Indígena en el laberinto Judicial en D. Rodríguez Duch y S. L. Ivanoff, *Consulta y participación indígena* (pp. 107-120). Comodoro Rivadavia: EDUPA.
- Sola, R. (2020). Kachi Yupi: la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas en acción Estado. En D. Rodríguez Duch y S. L. Ivanoff (coords.), *Consulta y participación indígena*. (pp. 51-76). Comodoro Rivadavia: EDUPA.

Rodríguez Duch, D. (2020). *La Consulta a los Pueblos Indígenas como responsabilidad del Estado*. En D. Rodríguez Duch y S. L. Ivanoff (coords.), *Consulta y participación indígena* (pp. 137-166). Comodoro Rivadavia: EDUPA.

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.



# Derechos políticos

## CSJN. “Sisti, Pedro Luis y otro c/ Estado Nacional y otros s/ amparo”, 15 de abril de 2021

*Por Natalia L. Monti<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción<sup>2</sup>

En este breve artículo intentaremos analizar si la composición actual de la Cámara de Diputados de la Nación se corresponde con lo previsto en la Constitución Nacional. Para ello, tomaremos en cuenta los recientes planteos en los que se pronunció la justicia, donde se cuestionó la falta de actualización de la representación al último censo poblacional realizado en el país. En este sentido, la actual composición de la Cámara de Diputados se ajusta a lo prescripto por el Decreto-Ley N° 22847 de convocatoria a comicios generales, sin haber tenido ninguna actualización a lo largo de los últimos casi cuarenta años.

1 Abogada (UM). Magíster oficial de la Unión Europea en Protección Internacional de los Derechos Humanos (Universidad Alcalá de Henares). Miembro de la Asociación por los Derechos Civiles (1998-2012). Actualmente es directora de Tus Derechos y subdirectora del CPDP, Defensoría del Pueblo CABA.

2 Se aclara que sobre el uso del lenguaje y dado que no hay acuerdo en el idioma castellano sobre la manera de visibilizar a todos los géneros, en este artículo se optó por evitar expresiones discriminatorias y visibilizar el género solo cuando la situación comunicativa lo requiera.

## 2. Situación actual. La falta de actualización de la Ley Bignone

La normativa vigente que establece la actual composición de la Cámara de Diputados de la Nación se encuentra regulada por el Decreto-Ley N° 22847 (B.O. N° 25214, del 14 de julio de 1983), que convocó para el día 30 de octubre de 1983 a comicios generales para la elección de autoridades nacionales, provinciales y municipales:

Artículo 3°: El número de diputados nacionales a elegir será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500. A dicha representación se agregará, por cada distrito, la cantidad de tres diputados, no pudiendo en ningún caso ser menor de cinco diputados ni inferior a la que cada distrito tenía al 23 de marzo de 1976. El Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, elegirá dos (2) diputados.

Artículo 4°: Las autoridades a cargo del Poder Ejecutivo de la Nación, de las provincias y del Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sud, dictarán dentro de los diez (10) días corridos de la publicación de la presente ley, las respectivas convocatorias para la elección de autoridades locales en las que se incluirá, en lo pertinente y de acuerdo a lo prescripto en el artículo 3°, la siguiente representación en el orden nacional, tomando como base a tal efecto el censo practicado en 1980. Asimismo en la convocatoria electoral de cada distrito se especificará el número de suplentes de electores y de diputados nacionales de conformidad con lo prescripto por el artículo 7° de la Ley N° 22.838.

Por otra parte, se aclara que a la cantidad de representantes tenida en cuenta por el Decreto-Ley N° 22847, de acuerdo al censo de 1980, solo se modificó el número de representantes de la provincia de Tierra del Fuego, aumentando de 2 a 5 diputados/as al provincializarse el referido Territorio Nacional (Ley N° 23775).

Tal es así que la composición actual de la Cámara de Diputados se realiza tomando como base la cantidad de habitantes de acuerdo al censo practicado en Argentina en 1980 y en relación con el número de un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción no menor a 80.500. Esto da como resultado, de acuerdo a lo establecido en la Ley Bignone: Capital Federal (que por la Reforma de la Constitución Nacional de 1994 pasó a ser la Ciudad Autónoma de Buenos Aires): 25 diputados/as; provincia de Buenos Aires: 70 diputados/as; Catamarca: 5 diputados/as; Córdoba: 18 diputados/as; Corrientes: 7 diputados/as; Chaco: 7 diputados/as; Chubut: 5 diputados/as; Entre Ríos: 9 diputados/as; Formosa: 5 diputados/as; Jujuy: 6 diputados/as; La Pampa: 5 diputados/as; La Rioja: 5 diputados/as; Mendoza: 10 diputados/as; Misiones: 7 diputados/as; Neuquén: 5 diputados/as; Río Negro: 5 diputados/as; Salta: 7 diputados/as; San Juan: 6 diputados/as; San Luis: 5 diputados/as; Santa Cruz: 5 diputados/as; Santa Fe: 19 diputados/as; Santiago del Estero: 7 diputados/as, Tierra del Fuego: 5 diputados/as y Tucumán: 9 diputados/as.

### 3. El planteo del caso “Sisti”

En el año 2016 y mediante una acción de amparo originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se presentaron el señor Pedro Luis Sisti, por derecho propio, y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y promovieron la acción contra el Estado nacional, con la finalidad que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 3 y 4 del Decreto-Ley N° 22847, y que se ordene al Congreso Nacional que, para las próximas elecciones de diputados nacionales, actualice la representación al último censo poblacional realizado en el país.

En concreto, el pedido de la acción se basó en cuestionar los criterios para la asignación de bancas en la Cámara de Diputados, establecidos en los arts. 3° y 4° del decreto-ley 22.847. Ya que por cierto desde el año 1980 se mantiene la misma representación, a pesar de haberse realizado a lo largo de estos años otros 3 (tres) censos que demuestran una clara variación del nivel demográfico del país<sup>3</sup> (INDEC, 2021).

Es interesante observar lo planteado en la presentación de la causa, donde se demuestra el impacto en los números de representantes que trae aparejada esta falta de actualización. Se alegó que “al comparar los dos extremos poblacionales se ve reflejada la distorsión en la representatividad”. En tal sentido, por ejemplo, si se toman en cuenta los resultados del censo realizado en 2010 y se dividen por la cantidad de diputados que actualmente tiene asignados la provincia de Buenos Aires (setenta en total, art. 4 del Decreto-Ley N° 22847), la representación actual en dicha provincia es de uno cada 222.778 habitantes, mientras que en el caso de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que cuenta con cinco diputados (conf. art. 3 de la norma citada), la proporción es de uno cada 25.238 electores.

Por lo que tal situación afecta directamente en la cantidad de votos necesarios para obtener una banca, y se observa que hace falta una cantidad inferior en los distritos con menor población. Esto conlleva, de acuerdo al planteo en estudio, a una subrepresentación política a los grupos que habitan territorios con más crecimiento poblacional.<sup>4</sup>

De esta manera y sobre la revisión de los derechos en juego tras la situación planteada, quienes accionaron observaron la clara violación a derechos constitucionales. Sostuvieron que los criterios establecidos en el Decreto-Ley N° 22847

3 1980: 27.949.480 habitantes; 1991: 32.615.528 habitantes; 2001: 36.260.130 habitantes; 2010: 40.117.096 habitantes. Información aportada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

4 De la lectura del fallo “Sisti” surge del planteo de la acción que las provincias que tendrían una subrepresentación en la Cámara de Diputados por la normativa impugnada son: Buenos Aires, Córdoba, Mendoza, Salta y Santa Cruz. Por su parte, aquellas que tendrían sobrerrepresentación: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Catamarca, Chubut, Corrientes, Entre Ríos, Formosa, Jujuy, La Pampa, La Rioja, Neuquén, Río Negro, San Juan, San Luis, Santa Cruz, Santiago del Estero y Tierra del Fuego. Finalmente, hay provincias en las cuales su representación no varía de actualizarse el número de diputados: Chaco, Misiones y Tucumán.

afectan el principio de representación igualitaria previsto en los arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, 1.1, 23.1.b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el principio de proporcionalidad que establecen los arts. 45 y 46 de nuestra Ley Fundamental, [por lo que la aplicación de los criterios del Decreto-Ley vigente] deforman la manda constitucional y alteran injustificadamente la representación que constitucionalmente debe tener la Cámara de Diputados.

En este sentido, el planteo se basó en la vulneración del principio de proporcionalidad que establecen los artículos 45 y 46 de la Constitución, con el argumento que “genera un agravio concreto en el derecho a voto de los electores de las provincias subrepresentadas”. Por lo que entendieron, el Sr. Sisti y la ADC, el Estado nacional estaría incurriendo en una violación, por omisión, del mandato explícito contenido en la parte final del artículo 45, en cuanto establece que “Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado”.

Por lo tanto, aducen que a los efectos de que la Cámara de Diputados cumpla fielmente con su representatividad al pueblo de la nación,

la asignación de bancas debe ser proporcional a la población de cada provincia, y que dicha proporcionalidad –establecida en el mismo art. 45, con los límites fijados por el art. 46 de dos (2) diputados como mínimo por distrito– se ve afectada por las previsiones contenidas en la norma cuestionada.<sup>5</sup>

A su vez, con específica referencia a los topes mínimos consagrados por el decreto-ley impugnado, sostienen que se desnaturalizan las previsiones de la norma fundamental argentina, conforme a la cual “El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos” (art. 45), y se ordena al Congreso adecuar el número de representantes al censo poblacional que se realice cada diez años (art. 47), pudiendo aumentarla, pero no disminuirla (art. 45).

5 Constitución Nacional Argentina:

“Artículo 45.- La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será de uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.

Artículo 46.- Los diputados para la primera Legislatura se nombrarán en la proporción siguiente: por la provincia de Buenos Aires doce; por la de Córdoba seis; por la de Catamarca tres; por la de Corrientes cuatro; por la de Entre Ríos dos; por la de Jujuy dos; por la de Mendoza tres; por la de La Rioja dos; por la de Salta tres; por la de Santiago cuatro; por la de San Juan dos; por la de Santa Fe dos; por la de San Luis dos; y por la de Tucumán tres.

Artículo 47.- Para la segunda Legislatura deberá realizarse el censo general, y arreglarse el número de diputados; pero este censo sólo podrá renovarse cada diez años”.

## 4. El fallo de la Corte Suprema

### 4.1. Incompetencia originaria como voto mayoritario

Con referencia al voto mayoritario de los miembros del tribunal, se consideró declarar que la causa era ajena a la competencia originaria de la CSJN. Principalmente, porque las provincias no tendrían el carácter de partes sustanciales en el proceso, teniendo en cuenta que solo sería parte el Estado nacional “a través del Poder Legislativo, el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de los derechos que se denuncian como violados”.<sup>6</sup>

En relación con el objeto perseguido con la acción de amparo –la pretensión proponía que se convoque a las provincias subrepresentadas como terceras interesadas o legitimadas activas y a las que tienen sobrerrepresentación como legitimadas pasivas o terceras interesadas, además de invocar también en calidad de terceras interesadas a las provincias en las cuales su representación no varía de actualizarse las cifras–, la Corte Suprema entendió que eso

importaría tanto como convertir al Tribunal en un órgano deliberativo con el fin último de obtener una sentencia que determine los criterios a los cuales debería ajustarse el legislador a los efectos del dictado de la norma omitida, pretensión que exigiría apartarse del procedimiento habilitado por la Constitución para la formación de las leyes, arrogándose el Poder Judicial mayores facultades que las que le han sido conferidas expresamente, e invadiendo de ese modo la órbita de competencias exclusivas del Congreso Nacional, al que el constituyente le encomendó expresamente su dictado (art. 45, Constitución Nacional).<sup>7</sup>

### 4.2. Eventualmente podrá intervenir la Corte por vía de apelación y ordenar poner en marcha una norma programática

Por otra parte, se destacan las consideraciones del voto del ministro Horacio Rosatti, quien advirtió que el tema en discusión “se vincula de manera directa con el sistema democrático consagrado por la Constitución Nacional y la fuerza normativa de los mandatos constitucionales”.

En este sentido, citando a Bidart Campos, expresó que

para que la Constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el

<sup>6</sup> CSJN. Fallos 344:603, voto de la mayoría, cons. 4.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, cons. 5.

efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio.<sup>8</sup>

No obstante, el voto cuestiona que sea a través de la jurisdicción originaria que se aborde el presente caso y deja abierta la posibilidad para analizar un planteo sobre el mismo tema por vía de apelación. Así manifestó que

la decisión que se adopta no implica que esta Corte abdique de su rol de guardián de los principios republicanos [...] Por el contrario, eventualmente podrá intervenir en una causa como la presente en caso de cuestionarse el principio de igualdad titularizado no ya por una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –por las razones antedichas– sino *por uno o varios electores –sea en un proceso individual o colectivo–*; en tal caso la intervención de este Tribunal corresponderá, de así entenderlo, por la vía de apelación.<sup>9</sup>

#### 4.3. “[L]as reglas que gobiernan un acto cúlmene de autogobierno como las elecciones de Diputados son hasta hoy reglas que supo dictar un gobierno de facto”

Por último, se destacan los argumentos de la disidencia al voto de la mayoría del ministro Juan Carlos Maqueda. Tal es así que luego de analizar el proceso histórico y los alcances de la Constitución en relación con la composición de la Cámara de Diputados consideró que la CSJN debería entender en competencia originaria, teniendo “presente que en esta instancia se define la competencia originaria sin sellar la suerte sobre la pregunta constitucional de fondo, esto es, qué significa que los diputados sean elegidos ‘por el pueblo de las provincias’”.<sup>10</sup>

En este sentido, entendió el ministro que en casos recientes el máximo tribunal ha considerado que en virtud de un largo tiempo transcurrido resultaba imposible justificar razonablemente una demora en el cumplimiento de los mandatos constitucionales y advirtió entonces que “la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto” (*Fallos* 337:1263 y 342:509).<sup>11</sup>

8 *Op. cit.*, voto del ministro Rosatti, cons. 3, (la negrita ha sido agregada). Bidart Campos, G. (1995). *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires: Ediar, p. 21.

9 *Op. cit.*, cons. 7.

10 *Op. cit.*, voto del ministro Juan Carlos Maqueda, cons. 16.

11 *Op. cit.*, cons. 15.

Tal es así, que destacó Maqueda que las regulaciones electorales cuestionadas en la presente causa “dirimen el poder de cada banca de influir en la toma de decisión mayoritaria y, por ende, el poder de cada voto ciudadano de influir en el autogobierno”.<sup>12</sup>

Ahora bien, el ministro concluyó que “paradójicamente, la demanda enderezada a proteger el fiel funcionamiento del sistema democrático diseñado en la Constitución Nacional pone en evidencia que las reglas que gobiernan un acto cúlmine de autogobierno como las elecciones de Diputados son hasta hoy reglas que supo dictar un gobierno de facto”.<sup>13</sup>

## 5. Pronunciamiento previo de la Cámara Nacional Electoral

Resulta curioso para el análisis de fallo que venimos desarrollando, destacar la sentencia de la Cámara Nacional Electoral del 5 de julio de 2018, cuyo planteo tiene gran similitud con el caso “Sisti”.

Tal es así, que llegó por apelación a la Cámara Nacional Electoral una acción de amparo iniciada por un particular que consideró vulnerados sus derechos constitucionales, planteando que el mandato del artículo 45 de la Constitución Nacional no ha habido sido cumplido por el Poder Legislativo, por lo cual entendía que la integración de la Cámara de Diputados –según el número de miembros previsto en el Decreto-Ley N° 22.847– “violenta de manera manifiesta los parámetros de representación establecidos por el [a]rt. 45 de la Constitución Nacional”.<sup>14</sup>

El objeto de la acción del particular afectado, en su carácter de ciudadano elector de la provincia de Córdoba, se basó en la posibilidad de que la justicia ordene al Poder Legislativo de la Nación que “dicte la ley de representación de la Cámara de Diputados en orden al censo poblacional del 2010”.<sup>15</sup>

Al respecto, la Cámara Nacional Electoral, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad e igualdad, advirtió que

la manera de producir la representación del pueblo en los órganos legislativos para que refleje del mejor modo posible la voluntad del cuerpo electoral expresada a través del sufragio, depende de diversos aspectos –vinculados con el sistema electoral y la igualdad en el poder de los votos– entre los que ubica un lugar destacado la cuestión del número de miembros que deben componer dichos órganos.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> *Op. cit.*, cons. 6.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, cons. 17.

<sup>14</sup> Cámara Nacional Electoral, Expte. N° CNE 8912/2016/1/CA2, “Incidente de Encuentro Vecinal Córdoba H. Cámara de Diputados de la Nación H. Senado de la Nación Estado Nacional – Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda en autos Encuentro Vecinal Córdoba c/Cámara Diputados s/amparo”, 2018, cons. 1.

<sup>15</sup> *Op. cit.*

<sup>16</sup> *Op. cit.*, cons. 5.

Por otra parte, “la Cámara de Diputados representa los intereses del pueblo de la Nación, a través de una distribución proporcional de sus integrantes, según la población”.<sup>17</sup>

Incluso, resulta interesante el análisis que efectúa la Cámara Nacional Electoral en relación con el carácter imperativo del artículo 45 de la Constitución Nacional. En este sentido, “la opinión de la doctrina más autorizada permite sostener que la referida actualización, después de cada censo, no es una medida opcional para el legislador, sino que resulta un mandato concreto de hacer”.<sup>18</sup>

En este sentido, la Cámara Nacional Electoral ordenó que se pusiera en conocimiento del Congreso de la Nación el contenido de la sentencia “con el objeto de que, en ejercicio de sus atribuciones, extirpe los recaudos para ejecutar el mandato que establece el artículo 45 de la Constitución Nacional”.<sup>19</sup> Aclaró la Cámara que la decisión que tomó no suponía una intromisión en la esfera legislativa, sino que en su función de juzgar pretendía la coordinación y complementación del accionar de los poderes del Estado, resguardando el equilibrio del sistema constitucional.<sup>20</sup>

## 6. Necesarios cambios legislativos, una cuestión de derechos

Ahora bien, ¿cuál es la situación actual? Por lo pronto, no se han implementado cambios que adviertan sobre las necesarias actualizaciones en la cantidad de bancas que componen la Cámara de Diputados de la Nación.

En este sentido, consultado el estado actual de los trámites parlamentarios en el Congreso de la Nación Argentina, no se ubicaron proyectos de ley (con estado parlamentario) que tengan por finalidad la puesta en marcha del artículo 45 de la Constitución Nacional.

No obstante, se encontró el Proyecto N° 4152-D-2018, que proponía una composición de la Cámara baja según censo 2010, pero que sin embargo ya perdió estado parlamentario. El mismo fue presentado ante la Cámara de Diputados por el PTS-Frente de Izquierda, precisamente el mismo día en el que se dictó la sentencia de la Cámara Nacional Electoral (5 de julio de 2018).<sup>21</sup>

Estos necesarios cambios legislativos deben contemplarse por el Congreso, pues además de la propia advertencia que comunicó la Cámara Nacional Electoral, también por un claro mandato en el *cumplimiento de los derechos que quedan vulnerados ante la falta de actualización* en la composición del

17 *Op. cit.*, cons. 8.

18 Citando a Pablo Tonelli señaló la Cámara Nacional Electoral, “refiriéndose al anterior artículo 37 de la Constitución Nacional –actual artículo 45–, que “[l]a tarea a realizar no es optativa o facultativa. La Constitución ha utilizado el modo imperativo (‘fijará’), por lo que no es posible soslayar la obligación, ya que hacerlo implicaría violar los deberes que los legisladores han asumido” (conf. Tonelli, P. G. [2001]. El censo y los diputados. *La Ley*, [1992-C], 935, cita online: AR/DOC/17929/ 2001), *op. cit.*, cons. 13.

19 *Op. cit.*, cons. 15.

20 *Op. cit.*

21 Proyecto de Ley N° 4152-D-2018, aclara el sumario que “El número de Diputados nacionales será de uno por cada 161.000 habitantes o fracción no menor de 80.500; composición según censo 2010. Se agrega, por cada distrito, tres Diputados no pudiendo ser menor de cinco Diputados ni inferior a la cantidad que cada distrito tenía a la sanción de esta Ley”.



cuerpo deliberativo, violentando principios del funcionamiento democrático, como la igualdad y la proporcionalidad.

En este sentido, ha expresado la Corte IDH que

es del caso considerar que el principio democrático permea la Convención y, en general, el Sistema Interamericano, en el cual, la relación entre derechos humanos, democracia representativa y derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana [...] En los términos de la Carta Democrática, el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la [OEA] y aquella se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional. El ejercicio efectivo de la democracia en los Estados americanos constituye, entonces, una obligación jurídica internacional y estos soberanamente han consentido en que dicho ejercicio ha dejado de ser únicamente un asunto de su jurisdicción doméstica, interna o exclusiva.<sup>22</sup>

Por otra parte, el cumplimiento de las consideraciones precedentes demuestra la importancia de tener en cuenta los principios básicos de representatividad y pluralismo político que subyacen a otros criterios fundamentales del funcionamiento democrático, como el derecho al voto, la igualdad (arts. 16 y 37 de la Constitución Nacional, 1.1, 23.1.b y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 y 25.b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y proporcionalidad en la representación territorial y poblacional, todos ellos exigen un diseño normativo adecuado en concordancia con las obligaciones constitucionales (arts. 45, 46 y 47 de la Constitución Nacional).

Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha remarcado que la existencia del

concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esta soberanía, elige a sus representantes –en las democracias indirectas– para que ejerzan el poder político. Estos representantes, además, son elegidos por los ciudadanos para aplicar medidas políticas determinadas, lo cual a su vez implica que haya existido un amplio debate sobre la naturaleza de las políticas a aplicar –libertad de expresión– entre grupos políticos organizados –libertad de asociación– que han tenido la oportunidad de expresarse y reunirse públicamente –derecho de reunión– (Informe N° 1/90, CIDH 1990a; Informe Anual, CIDH 1991, cap. V, III, párr. 11; Informe N° 14/93, CIDH 1993a, caso 10.956, pág. 7; Informe N° 137/99, CIDH 1999b, caso 11.863, 27 de diciembre de 1999, párr. 38).<sup>23</sup>

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

23 Citado en Dalla Vía, A. (2011). *Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 26.

A todo esto, un estudio realizado en Costa Rica observó que en relación con el principio de representatividad, lo que debe llamarnos a reflexión profunda es la concentración o sobrerrepresentación de algunas zonas geográficas del país en detrimento de otras que están visiblemente subrepresentadas. En este sentido, hay un problema material de representatividad que se ha mantenido muy al cubierto en el país.<sup>24</sup>

En definitiva, queda demostrado en este breve repaso que la actual composición de la Cámara de Diputados es inconstitucional en la cantidad de bancas que representan al pueblo en su distribución geográfica por las distintas provincias del país y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Desde el Poder Legislativo no se advierten decisiones concretas para poner al día los números de bancas, de acuerdo a lo que fija la Constitución Nacional, a pesar de los llamados de atención sugeridos desde el Poder Judicial.

---

<sup>24</sup> Ramírez, B. A. (2013). Sobre y Sub representación Política Parlamentaria. *Revista Parlamentaria*, 20(1), 15.

# Derecho a la educación. Federalismo. Pandemia COVID-19 CSJN. “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 4 de mayo de 2021

Por Walter Javier Viegas<sup>1</sup>

---

## 1. Introducción

Conceptos tales como *institución*, *organización*, *administración* y *gestión* se encuentran estrechamente ligados de tal manera que cada uno opera sobre los restantes y, al mismo tiempo, es determinado por los demás, por lo político y por la política. En cuanto a estos últimos, resulta casi imposible resistir la tentación mouffiana de oponer al sentido común liberal de aspirar a una humanidad reconciliada, la irreductibilidad de los antagonismos.

Es así que asumimos con la autora la diferencia entre “lo político”, en tanto dimensión del antagonismo constitutivo de las sociedades humanas, y “la política”, como el conjunto de prácticas e instituciones a través de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político (Mouffe, 2011).

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Traductor público en idioma francés (UBA). Magíster en Política y Gestión de la Educación (UNLu). Director de la carrera de Abogacía (UNPAZ). Profesor Titular de Práctica Profesional Territorial (UNPAZ).

No obstante, podemos y debemos intentar alguna conceptualización. Llamaremos *institución* a aquel espacio delimitado jurídicamente que sujeta a los individuos a un marco normativo y que, a la vez, constituye sujetos con capacidad, dentro de ciertas condiciones, de modificar dicho espacio en su sustancia y/o en su extensión. Ello así debido a que piensan, hablan y actúan. Por lo tanto, cuentan con un capital simbólico adicional que, si bien no es la institución en sí misma, se encuentra presente en cada uno de sus actos de pensamiento, de habla o de acción. Señalo esto porque entiendo que ninguna aproximación teórica al fenómeno de la administración de justicia debe prescindir de ese universo simbólico.

La *organización* es la materialización de la institución. El ordenamiento de los elementos personales, materiales, funcionales y simbólicos que la componen son parte de su esencia, pero no es exactamente su esencia. Tal vez, si seguimos a Friedman (2012), quien propone explorar y rastrear el “lado oscuro” de las organizaciones, debemos renunciar a conocer su esencia a través de conceptos analíticos y sobrepasar las fronteras entre el arte y la ciencia empleando metáforas. Conviene estar alerta. La dinámica de la organización siempre es provisional debido al juego de, entre otros factores, individuos que piensan, hablan y actúan; que la cuestionan o no. Que ponen en tela de juicio sus principios, o que se integran a ella por aceptar y/o coincidir con ellos, a veces de manera explícita otras irracionalmente o incluso otras, por qué no, hasta perversas.

En el final de *La traición de la opulencia*, Dupuy y Robert (1979) nos traen el siguiente párrafo:

Castoriadis recuerda la agudeza de Rosa Luxemburgo: “Si toda la población supiera, el régimen capitalista no se sostendría veinticuatro horas”. Es cierto, dice Castoriadis –con la condición de entender saber también por querer–, pero es un silogismo, porque no es una casualidad que la población no sepa y no quiera: la organización capitalista industrial es tal, que resulta más fácil y menos doloroso no hablarse y, por tanto, renunciar al saber y al querer. La palabra que quiebre tamaño encadenamiento, o que se eleve, será un acto de valentía y una liberación.

*Administración* es actuar por decisión de otro. Durante mucho tiempo los términos administración y organización fueron utilizados indistintamente. Sin embargo, hoy podemos distinguirlos y considerar que uno de los elementos de la organización es la administración, pero aquella no agota en esta última, tal como se lo señaló en el párrafo anterior, su existencia.

Términos tales como descentralización, autonomía, profesionalización, cultura, calidad no son ajenos al concepto de administración. Efectivamente se trata de un “cuerpo utilizado por parte de la instancia política para instrumentar determinados procedimientos encaminados a lograr las metas políticamente formuladas; de ahí que la lógica con que opera nunca sea de fines sino de medios” (Beltrán Llavador, 2010). La administración se estructura en torno al principio de la jerarquía, de allí que se sucedan una serie de tensiones y así los funcionarios, y por ende burócratas, ingresan en una zona de conflicto en la que conviven la naturaleza contractual de su trabajo con la naturaleza profesional del mismo.

Finalmente, entendemos por *gestión* una actuación en términos de una política que se inscribe dentro de una organización. En esta concepción los sujetos no son meros ejecutores de una serie de operaciones prefijadas para aplicar reglas de composición, sino que son protagonistas en la definición y orientación de los cambios en torno a las formas estructurales existentes en una “ideología organizativa” que cohesiona la organización y dota de sentido de identidad y pertenencia a sus actores, que tienden a definirse en relación a ella compartiéndola u oponiéndose (Beltrán Llavador, 2010).

En este sentido, y parafraseando al mismo autor, las instituciones judiciales tienen un funcionamiento en apariencia muy estable, desde el punto de vista organizativo, que preserva su identidad a lo largo del tiempo. Por eso, lo que permite explicar esa estabilidad no hay que buscarlo en su apariencia sino en lo que le subyace. En la superficie podemos acercarnos a los roles o centralización, burocratización, participación formal, relaciones con el medio, etc. Sin embargo, nos falta acceder al nivel más profundo, constituido por algunas peculiares relaciones, que sirve de soporte y sostiene todas aquellas regularidades, conformando una red no sujeta a regulaciones formales, como la gestión, sino a unas reglas peculiares que le permiten responder, o no, a decisiones externas.

## 2. El litigio

En abril de 2021 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 235/2021, mediante el cual aprobó diversas disposiciones sobre vigilancia de la salud a través de medidas generales de prevención y disposiciones locales y focalizadas de contención, basadas en evidencia científica y en la dinámica epidemiológica, a fin de mitigar la propagación del virus SARS-CoV-2 y su impacto sanitario, por un tiempo determinado.

Apenas una semana después, mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 241/2021 en el marco de la evaluación diaria de la situación sanitaria y epidemiológica del Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA), y ante el crecimiento exponencial de contagios en ese ámbito geográfico, el PEN suspendió las clases presenciales en todos los niveles y en todas sus modalidades y las actividades educativas no escolares presenciales.

El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCABA) impugnó la última medida y se presentó ante la CSJN iniciando una acción declarativa, para hacer cesar, según su posición, un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de la relación jurídica generada a partir del artículo 2° del DNU 241/2021. Sostuvo que la norma violaba de manera flagrante lo dispuesto por la Constitución Nacional, en cuanto a la autonomía de las provincias, y específicamente la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129). En definitiva, solicitó la declaración de inconstitucionalidad de dicho artículo.

### 3. La decisión de la Corte Suprema

La CSJN asumió su competencia originaria en los términos de los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional y se avocó a resolver la cuestión de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, y luego la legalidad de DNU 241/2021 impugnado.

El tribunal hizo lugar a la demanda y determinó que en el caso concreto el Poder Ejecutivo Nacional violó la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cito a continuación, en apretadísima síntesis, algunos de sus argumentos más conspicuos:

- El federalismo es un sistema cultural de convivencia, en el que el ejercicio de las competencias de las partes que lo integran debe ser ponderado como una interacción articulada. Y en el caso argentino se funda en el principio de “lealtad federal” o “buena fe federal”.
- El Poder Judicial es el encargado de garantizar ese federalismo.
- Desde 1994 la Ciudad de Buenos Aires tiene un lugar equiparable al de las provincias, lo que le da derecho a la competencia originaria de la Corte, consolidándose como “ciudad constitucional federada”.
- La competencia que se disputan la Nación y la Ciudad para regular la modalidad de la enseñanza en medio de una de las mayores crisis sanitarias mundiales se corresponde con el derecho constitucional a acceder a la educación de los habitantes de la Ciudad.
- La educación puede ser regulada por el Estado Nacional como por las provincias, porque conforme el artículo 75, inciso 19 de la Constitución Nacional “el Estado Nacional delinea la ‘base de la educación’ respetando las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la “educación primaria” de acuerdo al art. 5°.
- El DNU N° 241/2021 fue dictado con el fin de contener y mitigar la propagación de la epidemia de COVID-19 y de preservar la salud pública.
- Respecto de la regulación de la salud, la Corte ha reconocido desde antaño la convivencia de atribuciones de la Nación y las provincias.
- La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires para definir la modalidad educativa y la atribución federal para atender a una emergencia sanitaria deben entenderse en el marco del federalismo que ordena la Constitución Nacional. Y en caso de conflictos de competencia debe decidirse por la prevalencia de la norma local en los términos de los artículos 5° y 31 citados.
- En este caso corresponde examinar “la competencia sanitaria por parte del Estado Nacional al dictar el DNU 241/2021 para regular sobre los modos de garantizar la educación”, en lo que aquí importa, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Es así que la falta de justificación suficiente para ejercer una competencia sanitaria que alcance a suspender la modalidad presencial de la educación en la Ciudad

deja al descubierto que, en este caso, el Estado Federal en lugar de ejercer una atribución propia invadió una que le resulta ajena.

- El aglomerado urbano denominado “Área Metropolitana de Buenos Aires (AMBA)”, comprensivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y treinta y cinco partidos de la provincia de Buenos Aires, aunque haya sido formulado por el Decreto 125/2021, no tiene la virtualidad necesaria para ser tratado como una región. Por lo tanto, no es un área sobre la que se puedan adoptar políticas específicas en materia epidemiológica por el Estado Nacional.

- Aunque la regulación se hubiera instrumentado mediante una ley formal del Congreso Nacional, la conclusión a que arriba sobre la vulneración de la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires se mantendría incólume.

- La CSJN es el guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado. De allí que se encuentra obligada a velar porque se respete el sistema institucional de división de poderes que establece la Constitución (art. 1°), tanto en su aspecto material en el marco del sistema republicano de gobierno (ramas legislativa, ejecutiva y judicial), como en su dimensión territorial propio del sistema federal argentino (en el que se articulan de manera coordinada las potestades del Estado Nacional, provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipios).

#### **4. Algunos señalamientos**

En primer lugar, a propósito de nuestro sistema federal y del rol de la CSJN, en ese sentido resulta pertinente recordar que la creación del máximo tribunal fue establecida en la Constitución de 1853, pero recién varios años después se establecería el mecanismo para designar a sus integrantes. El gobierno de la Confederación Argentina en 1854 nominó a un grupo de juristas para integrar la Corte, pero no prosperó. Recién luego del triunfo de Buenos Aires en Pavón en 1861 y de la llegada de Mitre a la presidencia se sancionó la Ley N° 27 de organización del Poder Judicial y dos días más tarde propuso una lista de candidatos a integrarla.

El primer hombre fuerte al crearse la Corte fue un avezado político: Salvador María del Carril, elegido para garantizar el Pacto de Pavón entre Urquiza y Mitre. En 1828 jugó un papel importantísimo presionando al general Lavalle para que fusilara al gobernador de Buenos Aires Manuel Dorrego. Fue autor de la Carta de Mayo, ministro de Rivadavia, gobernador de San Juan, constituyente de 1852, ministro del interior de Urquiza, vicepresidente de la Nación en 1853, constituyente de 1860, senador nacional en 1862...

En esa primera composición del tribunal lo acompañaron Francisco de las Carreras (ex ministro de Hacienda de Buenos Aires), Francisco Delgado (antiguo unitario), José Barros Pazos (miembro de la generación del 37 y rector de la Universidad de Buenos Aires) y Valentín Alsina (opositor a Mitre,

quien renunció y es reemplazado por José Benjamín Gorostiaga, ex ministro de interior de Urquiza) y Francisco Pico como procurador general.

Ya en esos tiempos mostró su clara vocación antipopular y su vocación de subordinación al poder real.

En segundo lugar, son numerosos los casos en los que una actividad estatal es competencia del Poder Ejecutivo Nacional, aunque se desarrolle en una jurisdicción local: en materia de salud mental, salvo respecto de regulaciones locales más beneficiosas, en materia de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, en materia de obras sociales, en materia de transporte, etcétera.

No va de suyo que las epidemias conozcan de competencias en razón del territorio, o en razón de la materia, o del régimen de gobierno, si se trata de una monarquía o de una república, o de la forma de organización del Estado, si es unitario o federal.

Por último, por más que la CSJN sostenga que el AMBA no existe, la propia Ciudad Autónoma lo reconoció y lo definió como una zona urbana común, o mega ciudad, conformada por la CABA y cuarenta municipios de la provincia de Buenos Aires, que se extiende desde Campana hasta La Plata, con una superficie de 13.285 km<sup>2</sup> y según el censo de 2010, con 14.800.000 habitantes, que representan el 37% de los habitantes de la Argentina.

La propia CABA señala que

se precisa de un desarrollo equilibrado y sustentable común, servicios interjurisdiccionales más eficientes, y una mayor cercanía y cooperación entre los gobiernos locales para mejorar la calidad de vida del ciudadano metropolitano, ya que las diferentes problemáticas que atraviesan su cotidianeidad no reconocen fronteras (GCBA, 2021).

## 5. Conclusiones

Algunas particularidades de la historia de la experiencia de lo jurídico llaman la atención. Serán, tal vez, caprichos del devenir de las instituciones y de los pueblos. En el caso que nos ocupó hasta aquí aparecen dos nombres propios no mencionados, aunque vale la pena traerlos. El jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el procurador general de la nación en septiembre de 1930 eran homónimos. O el mismo.

La organización judicial es una historia con final abierto. Volver a sus sentencias es un intento de conocerla. También asumir que, a veces, la mayoría, lo prescriptivo deviene vano e infructuoso. Sin embargo, el derecho aún sigue, de algún modo, recreando lo real, en su generalidad y en su singularidad, remitiéndose todo el tiempo a la “realidad” de lo político y de la política, constituyéndose en expresión de verdades, parciales, a medias, pero con una propuesta de profunda reflexión sobre su condición.



La tentación de prescriptiva conlleva el peligro de clausurar el debate y de obturar la posibilidad de nuevos enfoques que nos permitan seguir evidenciando el devenir las instituciones, particularmente las judiciales. El fluir de las singularidades incomoda a la persistencia organizada de un orden “pretendido racional”. Sin embargo, la crítica nos convoca a continuar la búsqueda y a resistir contra la alienación y el sofocamiento, sabiendo que no hay verdades reveladas, sino el desafío de un des orden.

## Referencias bibliográficas

Beltrán Llavador, F. (2010). *Organización de instituciones socioeducativas: imposibilidad y desórdenes*. Valencia: Universitat de Valencia-Reproexpres.

Dupuy, J. P. y Robert, J. (1979). *La traición de la opulencia*. Barcelona: Gedisa.

Friedmann, R. (2012). Demonología organizacional y saberes vampiros. El lado oscuro de las organizaciones. Un viaje guiado al inframundo organizacional. *Revista Enfoques*, X(16), 89-111.

GCBA (2021). ¿Qué es AMBA? Recuperado de <https://www.buenosaires.gob.ar/gobierno/idades%20de%20proyectos%20especiales%20y%20puerto/que-es-amba>

Mouffe, C. (2011). *En torno a lo político*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.



# Despido discriminatorio. Estándares probatorios

## CSJN. “Caminos, Graciela Edith c/ Colegio e Instituto Nuestra Señora de Loreto s/ despido”, 10 de junio de 2021

*Por Héctor Hugo Boleso<sup>1</sup>*

---

### 1. El caso “Caminos”

Una trabajadora demandó por despido discriminatorio, solicitando la nulidad del acto rescisorio, su reinstalación y reparaciones pertinentes. La petición fue denegada por la Sala Cuarta de la Cámara del Trabajo de la Provincia de Córdoba y confirmada a su vez por el TSJ provincial.

La Cámara, si bien reconoció la contemporaneidad entre el despido y la difusión pública de la relación sentimental entre la actora y un ex alumno, consideró que el derecho a elegir pareja y expresarlo libremente no se encontraba protegido por la Ley N° 23592. Por lo tanto, entendió que no se había configurado el supuesto despido discriminatorio.

Argumentó que para que haya discriminación, debe ocurrir en un ámbito donde pueda compararse la situación de unos –los excluidos– respecto de otros –aquéllos a quienes se concede o reconoce un derecho–. Y la actora no había indicado ni demostrado que a sus compañeros de trabajo, en igualdad de circunstancias, les hubiere sido reconocido o se les hubiere permitido ejercer el derecho que alegó vulnerado.

---

<sup>1</sup> Ex juez del Juzgado Laboral N° 1, Corrientes, Capital. Ex Profesor Titular de Sociología en Instituto de Ciencias Criminalísticas y Criminología. Profesor Titular Cátedra Libre de Derechos Humanos y Participación Ciudadana (UNNE). Autor de libros y publicaciones sobre Derecho del Trabajo, Derecho Procesal Laboral y Derechos Humanos.

Finalmente refirió que el despido se produjo luego de que la trabajadora apareciera en un programa televisivo donde se hizo pública su relación de pareja con un ex alumno de la institución educativa en la que se desempeñaba como preceptora, de modo que el distracto laboral fue el resultado de sus propios actos, ya que incumplió los deberes a su cargo.

El TSJ expresó que las circunstancias que rodearon el despido obedecieron al cumplimiento de obligaciones laborales en el desempeño de la función de la trabajadora de manera contraria a las directivas emanadas de su empleador.

La CSJN revocó la sentencia apelada, con remisión los fundamentos del dictamen del procurador fiscal, quien decidió que la postura del tribunal recurrido había desconocido los estándares vigentes para analizar los supuestos de despido discriminatorio según la Ley N° 23592, que debe ser interpretada en concordancia con el artículo 16 de la CN y los instrumentos internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

## 2. Los estándares mínimos según el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Nuestro sistema de derechos se alimenta de dos fuentes: la interna de cada Estado y la internacional. Ambas se potencian para hallar en una u otra la norma que, para cada caso concreto, sea más favorable a la persona humana y al sistema de derecho, y deben facilitar y promover la apertura del sistema mediante el reconocimiento de derechos implícitos; mientras que aquellos ya reconocidos son irreversibles, atento al principio de progresividad.

La decisión de la CSJN es auspiciosa, ya que hace operativos el principio protector –artículo 14 bis CN– y tutela derechos fundamentales de la mujer trabajadora, en consonancia con el sistema de derechos expuesto. Además, mantiene el criterio expuesto en “Pellícori”, del que luego fue alejándose sutilmente, en postura regresiva.

Con relación al principio de igualdad y no discriminación, la Corte IDH ha resuelto que

posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno [...] En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.<sup>2</sup>

En el caso que nos ocupa, cuando la CSJN decidió que la regla interpretativa para establecer si en un caso existe trato discriminatorio no consiste en la realización de un examen comparativo referencial,

<sup>2</sup> Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 88, 101.

sino en establecer si el trato cuestionado tiene una justificación objetiva y razonable, no hizo nada más que aplicar el estándar fijado por el Tribunal Interamericano, quien decidió que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”.<sup>3</sup>

Sostuvimos que, ante cada decisión, el juez debe concretar la operatividad efectiva, en el caso concreto, del principio protector y la garantía del debido proceso, a través de una correcta aplicación de la distribución de la carga probatoria, puesto que se vulnera el principio protector y el debido proceso cuando el Órgano Jurisdiccional decide una cuestión, distribuyendo erróneamente la carga de la prueba.<sup>4</sup>

Una de las cuestiones centrales del fallo “Camino” es la decisión relativa a la errónea imposición por parte de la Cámara y del TSJ de la carga de la prueba. En las instancias primigenias, se impuso a la trabajadora, pese a que se tuvo por acreditado que el despido se había producido de manera concomitante con la difusión pública de la relación, luego que la empleadora le comunicó las repercusiones negativas del hecho en la comunidad escolar. Tales circunstancias demuestran que la decisión rescisoria verosíblemente podía tener un móvil discriminatorio. Se produjo, entonces, en tal circunstancia la inversión de la carga de la prueba, ahora en cabeza del principal.

La Corte IDH decidió que

La eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, invirtiéndose, además, la carga de la prueba, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.<sup>5</sup>

Tratándose de la prohibición de discriminación [...], la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso, “invirtiéndose, además, la carga de la prueba”, lo que significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.<sup>6</sup>

3 Corte IDH. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 200.

4 Boleso, H. H. (2014). Proceso laboral. La correcta distribución de la carga de la prueba como garantía del debido proceso, MJ-DOC-12284-AR | MJD12284.

5 Corte IDH. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, párr. 228.

6 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párr. 124.

Esta Corte reconoce la dificultad de demostrar casos de prejuicio [...] por parte de quienes son objeto de discriminación, por lo que coincide con el Tribunal Europeo en el sentido que, en ciertos casos de violaciones a derechos humanos motivados por discriminación, la carga de la prueba también recae en el Estado.<sup>7</sup>

La inversión justamente se produce por la desigualdad real existente entre los contendientes y la dificultad que implica probar el hecho o acto discriminatorio.

Se reconoce que

No hay igualdad cuando pactan –para formar una relación de trabajo– el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que solo dispone de sus brazos e intuye –o conoce perfectamente– que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal.<sup>8</sup>

En cuanto a trabajo y perspectiva de género sostuvo que

En el marco de la OIT, el Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), establece que los Estados deben llevar a cabo “una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto”.<sup>9</sup>

También es importante la protección otorgada en el caso, por la CSJN, a las acciones que integran la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja, que se encuentran reservadas a su fuero personal.

7 Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párr. 229.

8 Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, voto razonado concurrente de García Ramírez, párr. 18 y 19.

9 Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párr. 167.

Recordemos que el detonante del despido fue el hecho de que se hizo pública la relación sentimental de la actora con un ex alumno.

La decisión del más alto tribunal federal es compatible con lo expuesto en el sentido de que

El artículo 11 de la Convención Americana [...] Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas [...] el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros [...] La protección a la vida privada abarca [...] la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales [...] incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior.<sup>10</sup>

### 3. Los antecedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La sentencia “Caminos” es tuitiva en los términos del artículo 14 bis de la CN, y continúa la senda que el Tribunal había abierto en “Sisnero”.<sup>11</sup>

Señala que el *a quo* desconoció la otra pauta ya dada, en sentido que cuando se discute la existencia de medidas discriminatorias en el ámbito de la relación de empleo, dada la notoria dificultad, por la particularidad de estos casos, para la parte que afirma un motivo discriminatorio, resultará suficiente que esta acredite los hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia. En tal caso, corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que este tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación.<sup>12</sup>

El rechazo de la demanda por la Cámara se basó oportunamente en el argumento de que: “el derecho a elegir pareja –y expresarlo libremente– no se encontraba protegido por la cláusula antidiscriminatoria de la ley 23592”.

Con relación a la dignidad y el derecho a un plan de vida (art. 19 CN), inherentes a todo individuo, la CSJN en su decisión protegió las conductas, hábitos, sentimientos, condiciones o características personales o formas familiares, que integran la esfera íntima y autónoma de la persona que trabaja y que, por tal razón, se encuentran reservadas a su fuero personal y deben quedar inmunes a la injerencia arbitraria del Estado y de los particulares.<sup>13</sup>

Enfatizando que estos aspectos inherentes a la vida íntima de la trabajadora no pueden, *prima facie*, acarrear consecuencias jurídicas en la relación de empleo. Máxime cuando la LCT contiene dispo-

10 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 142 y 143.

11 CSJN, Fallos 337:611.

12 CSJN, Fallos 334:1387.

13 CSJN, Fallos 308:2268.

siciones dirigidas a preservar a los trabajadores de determinados comportamientos patronales que se reputan discriminatorios, precisamente por asignar consecuencias en la esfera contractual a actos que pertenecen a la vida privada.

#### **4. La interpretación y aplicación convencional, constitucional y legal de la CSJN**

Tanto el encuadre del caso, conforme las particulares circunstancias del mismo, como la aplicación de la CADH, demás instrumentos internacionales de derechos humanos y de la Constitución Nacional se compadecen con nuestro ordenamiento jurídico –derecho internacional e interno– vigente.

Lo mismo sucede con la interpretación y aplicación de la Ley N° 23592. Un acertado reproche de la CSJN, a los tribunales apelados, fue la desinterpretación de aquella.

Dice claramente que no correspondía imponer a la trabajadora, sin sustento legal alguno, la carga de acreditar que el trato recibido fue disímil del que la empleadora les habría otorgado a otros empleados en las mismas circunstancias. Tal imposición de esa prueba resulta absurda porque es improbable que la actora pueda acreditar una situación idéntica a la suya.

Pero, además, argumenta que si la conducta impugnada por el principal expresara una política de la institución dirigida a inmiscuirse por igual en aspectos de la vida íntima de todos los docentes y preceptores de la escuela, ello demostraría su eventual naturaleza discriminatoria.

#### **5. Conclusiones**

Nuestro Estado nacional se integró al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el compromiso de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.

Tal obligación se extiende a adoptar, con arreglo a su procedimiento constitucional y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, cuando el ejercicio de los derechos y libertades mencionados no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En el proceso laboral, el compromiso asumido debe hacerse operativo por el Órgano Jurisdiccional, tal como lo hizo la CSJN en “Camino”, ya que con la doctrina del control de convencionalidad, la Convención y la jurisprudencia de la Corte IDH deben informar, e inclusive guiar, las decisiones de cada juez en la región.

Cada juez nacional se ha convertido en un juez interamericano y de este diálogo entre la jurisdicción interamericana y las jurisdicciones nacionales, como del diálogo entre las Cortes Regionales de Dere-



chos Humanos entre sí, ha surgido un *corpus juris* que nutre al derecho común de derechos humanos en la región. Una especie de *Ius Constitutionale Commune* en América Latina.<sup>14</sup>

La garantía del proceso justo, de la igualdad ante la ley, el principio de no discriminación, la tutela de la dignidad y el derecho a un plan de vida deben asegurarse en nuestro ordenamiento local.

Ello se funda en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, es coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

De tal manera que es nuestro Estado Nacional el principal garante de los derechos laborales y humanos de las personas.

Si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales.

En “Caminos” la CSJN sostuvo que la Ley N° 23592 enumera como actos discriminatorios algunas motivaciones especialmente prohibidas, que no son taxativas, ya que aquellas conductas dirigidas a perseguir a grupos estructural o históricamente excluidos no agotan los supuestos de conductas discriminatorias que sanciona la ley. Reiteró la doctrina expuesta en “Pellícori”, preservando los derechos de la mujer trabajadora, y antes de iniciar un desplazamiento regresivo respecto a aquel, en materia de despido discriminatorio.<sup>15</sup>

14 Boleso, H. H. (2020). El proceso laboral y los estándares mínimos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, MJ-DOC-15448-AR|MJD15448.

15 Barciela, G. (2021). La desviación infinitesimal o cómo la Corte Suprema (re)escribe sus precedentes. Notas para examinar la causa “Fontana”, *Erreius, Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social*.



# Seguridad social. Veterano de guerra. Crímenes contra la humanidad

CSJN. “Rolón, Juan Carlos c/ ANSES s/ amparos y sumarísimos”, 1° de julio de 2021

*Por Romina Ronda<sup>1</sup>*

## 1. La dictadura y la guerra. Los represores en Malvinas

Desde la usurpación de las islas, el 3 de enero de 1833, hasta que tuvo lugar el conflicto bélico, se fue forjando en nuestro país la “cuestión Malvinas”: un entramado diplomático, histórico y jurídico que sustenta el reclamo argentino por la soberanía del archipiélago y que tuvo sus avances más importantes en la década de 1960 con las Resoluciones 1514 y 2065 de las Naciones Unidas que obligaban a Gran Bretaña a negociar. Malvinas fue una de las piezas fundamentales del proceso de consolidación del Estado nacional argentino.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Abogada (UNCuyo). Especialista en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (UBA). Secretaria letrada de la Procuración General de la Nación.

<sup>2</sup> La Convención Constituyente que reformó la Constitución Nacional en 1994 plasmó ese sentir nacional en la Primera Disposición Transitoria que, votada afirmativamente de pie y por aclamación, enuncia: “[l]a Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”. Al hacer uso de la palabra, Eduardo Menem, presidente de la Convención y único miembro informante de este despacho parcial de mayoría por decisión de sus pares, se refirió al proyecto en nombre del conjunto de la Asamblea y de la totalidad de los bloques y expresó que “el tema de las islas Malvinas lo llevamos en nuestra sangre, recorre nuestro cuerpo, circula constantemente por nuestras venas, hace vibrar nuestras fibras más íntimas y alienta en forma permanente esas ansias y esa sed de justicia que sentimos cuando estamos defendiendo una causa justa”. Recuperado de [http://www.infoleg.gob.ar/?page\\_id=63](http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=63)

Cuando el gobierno dictatorial decidió desembarcar en las islas el 2 de abril de 1982, dos días después de que tuviese lugar la mayor demostración de desacuerdo con el régimen desde que las Fuerzas Armadas habían tomado el poder en 1976, estaba apelando a un sentimiento nacional profundamente arraigado en la cultura y la política argentinas.<sup>3</sup> Por ello, después de la guerra, pensar Malvinas es pensar también el terrorismo de Estado, la represión, las complicidades civiles y mediáticas, el silencio, las negaciones y la lucha de las víctimas por la memoria, la verdad y la justicia; sin desconocer la permanencia y legitimidad de la causa.<sup>4</sup>

En ese contexto no puede perderse de vista que los jóvenes argentinos fueron convocados a tomar las armas mediante actos de autoridad viciados por haber tenido origen en el ejercicio ilegítimo de un poder usurpado, bajo la suspensión de la Constitución Nacional y la clausura del Congreso de la Nación.<sup>5</sup> Además, con el retorno de la democracia fueron develándose los horrores de aquellos años y los relatos sobre la guerra –en los que estuvieron siempre presentes las torturas y vejámenes cometidos por oficiales argentinos contra sus propios soldados– evidencian que Malvinas no escapó a las lógicas del aparato represivo, cuyo accionar en las islas es indisoluble de aquel que, desde 1975, asolaba el continente. Dicho de otro modo, los mismos oficiales que llevaron adelante el terrorismo de Estado en todo el país condujeron la guerra y, con los mismos métodos que usaban para interrogar disidentes políticos en los centros clandestinos de detención (abusos, estaqueos, simulacros de fusilamiento,

3 El 30 de marzo de 1982, la CGT Brasil, conducida por Saúl Ubaldini, convocó a una gran movilización hacia Plaza de Mayo, y en varias ciudades del país, bajo la consigna “Pan, Paz y Trabajo”, que fue salvajemente reprimida y terminó con miles de detenidos, decenas de heridos y el asesinato en Mendoza de dos militantes, entre ellos, el secretario general del sindicato minero, José Benedicto Ortiz. Dos días más tarde, el 2 de abril, tropas argentinas bajo órdenes de la Junta Militar desembarcaron en Puerto Argentino, rindieron a la reducida guarnición británica y establecieron una gobernación militar en las islas. Ese mismo día, una concentración multitudinaria en Plaza de Mayo expresó su apoyo a las acciones del gobierno. Véase Canal Encuentro, “Pensar Malvinas”, Episodio 5, “Las dos plazas”. Recuperado de <http://encuentro.gob.ar/programas/serie/8176/2350> (noviembre 2021).

4 El 14 de junio de 1982 el comandante de las fuerzas terrestres británicas Jeremy Moore aceptó la rendición del general argentino Mario Benjamín Menéndez y ambos bandos declararon el cese de las hostilidades. Durante los 74 días que duró la guerra, de los cuales 45 fueron de combate, murieron 649 combatientes argentinos y 255 británicos, además de tres civiles. La participación en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur de civiles en calidad de conscriptos jóvenes nacidos en 1962 y 1963 que acababan de obtener la baja o de ingresar al servicio militar obligatorio establecido por la Ley N° 4.031 fue una novedad sin precedentes en conflictos internacionales acaecidos entre dos fuerzas regulares. La grave derrota militar sufrida en Malvinas sorprendió a la población argentina, que creía hasta ese momento en un desarrollo favorable de la guerra, generó desconcierto y frustración, y motivó el desprestigio de sus fuerzas armadas. En tal sentido, Adamovsky, E. (2020). *Historia de la Argentina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Crítica, pág. 256. Un análisis acerca de las condiciones de posibilidad de la guerra y las características del apoyo social que tuvo esta estrategia política desplegada por la última dictadura militar para recuperar la soberanía sobre las islas puede encontrarse en el pódcast “Territorios del Pasado”, creado por el Núcleo de Historia Reciente del Instituto de Altos Estudios Sociales de la Universidad Nacional de San Martín (IDAES-UNSAM), episodio “La guerra de Malvinas” de Andrea Belén Rodríguez, octubre de 2020. Recuperado de <https://open.spotify.com/episode/1VbJmDR8710pypKfAlCdq?si=8WMW4ew1QmiLq-7MhjUCDw> (noviembre 2021).

5 El artículo 44 de la Constitución Nacional 1853-1860 y su símil 52 de la Constitución reformada en 1994 establecen que a la Cámara de Diputados le corresponde exclusivamente la iniciativa sobre el reclutamiento de tropas. Al respecto, Gelli sostiene que se trata de una de las excepciones posible al trámite legislativo cuyo inicio puede tener lugar en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por aplicación del más antiguo y clásico principio de representatividad democrática. En ese sentido, el pueblo no puede ser obligado a ingresar a las fuerzas armadas para la defensa de la Nación sin que, por medio de sus representantes, preste consentimiento acerca del alcance y extensión de aquellas obligaciones. Cfr. Gelli, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*. Buenos Aires: La Ley, pps. 453-454.

castigo físico y violencia psicológica, entre otros), disciplinaron a los conscriptos que fueron llamados a combatir en el Atlántico Sur.

Con ello se abren profundas contradicciones en el discurso que inscribe la experiencia de la guerra en la historia canónica oficial como un registro sin fisuras, semejante al de otros episodios bélicos de la historia nacional y que pueden ejemplificarse en la persona del primer caído: el capitán de la Infantería de Marina Pedro Edgardo Giachino, quien antes de morir en el asalto a la casa del gobernador británico había sido parte del Operativo Independencia e integrante también de los grupos de tareas de la Escuela de Mecánica de la Armada y de la Base Naval de Mar del Plata. Su muerte, sin embargo, lo instaló durante mucho tiempo en el panteón de los héroes de la patria.<sup>6</sup> ¿Es posible esta dualidad en un contexto histórico como el de la Argentina actual?

## 2. La lucha de los veteranos por la memoria y contra la desmalvinización

Terminada la guerra, que el Informe Rattenbach<sup>7</sup> calificó como una “aventura militar”, comenzó el operativo de retorno de los combatientes argentinos organizado a espaldas de la población. A ello siguieron la invisibilización de los soldados (a quienes se prohibió todo tipo de contacto en su llegada para ocultar las condiciones físicas y psicológicas en las que regresaban) y las acciones de inteligencia tendientes a que no hablaran de lo que habían vivido.

Así se dio inicio a una política de Estado —la existencia de políticas del olvido, con las que se persigue de manera expresa borrar de la memoria determinados acontecimientos, “es un hecho bien conocido”, según el reconocido historiador Henry Rousso— que, durante veinte años y a través de sucesivos gobiernos,

6 Lorenz, F. G. (2009). *Usos públicos y producciones historiográficas sobre la guerra de Malvinas en la post dictadura argentina*. XII Jornadas Interescuelas / Departamentos de Historia. Departamento de Historia, Facultad de Humanidades y Centro Regional Universitario Bariloche. Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche. Recuperado de <http://www.aacademica.org/000-008/1065> (noviembre 2021).

7 El Informe Final de la Comisión de Análisis y Evaluación de las Responsabilidades Políticas y Estratégico Militares en el Conflicto del Atlántico Sur (creada por decreto secreto el 2 de diciembre de 1982), conocido como “Informe Rattenbach” por el apellido de quien presidió la comisión, tenía como misión asesorar a la Junta Militar sobre el desempeño en el ejercicio y las responsabilidades respecto de la conducción política y estratégico militar de la guerra, y sobre las responsabilidades de cualquier persona que debieran ser investigadas o juzgadas por la jurisdicción común o militar. Para esto, la Comisión solicitó informes, documentos, antecedentes a organismos públicos, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, y tomó declaraciones testimoniales a los responsables máximos de los hechos analizados. Finalmente, el 16 de septiembre de 1983, la Comisión firmó el acta final y su contenido se encuadró dentro del Decreto N° 9390/63 como “secreto militar”. En febrero de 2012, a través del Decreto N° 200/12, la presidenta Cristina Fernández lo desclasificó y creó una comisión a tal fin, con el objetivo de no violar datos sensibles ni normas de seguridad nacional. Los 17 tomos del “Informe Rattenbach” y el informe producido por la comisión revisora pueden consultarse en <https://www.casarsosada.gob.ar/informacion/archivo/25773-informe-rattenbach> (noviembre 2021).

pretendió eliminar de la memoria social el dolor por la pérdida de las vidas humanas, pero tal vez de manera más acuciante, olvidar la vergüenza que provocaba el apoyo social que concitó la decisión militar de enviar conscriptos a una guerra para la que no estaban preparados.<sup>8</sup>

El fin último de la “desmalvinización” pudo haber sido, según diversos autores, el intento desesperado de la conducción militar de ocultar la derrota y mantenerse en el poder, la pretensión del progresismo de evitar por todos los medios el regreso de las fuerzas armadas al gobierno, o un modo de restaurar los lazos económicos entre ambas naciones, pero determinarlo excede los límites de este comentario. Lo que interesa destacar aquí es que esa política de desmemoria condujo a los ex combatientes a una situación de abandono muy grave, y que muchos de ellos, sin reconocimiento ni asistencia alguna por parte del Estado, se quitaron la vida durante la posguerra.<sup>9</sup>

Sin embargo, en estos casi cuarenta años desde la finalización del conflicto bélico y a fuerza de organización, con el apoyo de las memorias subterráneas que solo el pueblo fue capaz de sostener pese al silencio oficial, los veteranos no cesaron en sus reclamos por la soberanía de las islas, la reivindicación de su identidad como soldados en una lucha antiimperialista, la justiciabilidad de los delitos cometidos por los superiores en Malvinas,<sup>10</sup> el tratamiento de “héroes nacionales” y la identificación de los caídos enterrados como N.N. en el cementerio de Darwin (aunque este punto ha sido objeto de controversia

8 Acevedo, M. A. (2016). *Tras un manto de neblina: representaciones de la guerra Malvinas en dos momentos de la revista Fierro (1984/85-2012)*. Buenos Aires: CLACSO. Recuperado de [http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20160218053055/MACEVEDO\\_Clacso\\_2015\\_Malvinas.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20160218053055/MACEVEDO_Clacso_2015_Malvinas.pdf) (noviembre 2021).

9 No existen cifras oficiales al respecto, pero los veteranos registran entre 350 y 450 soldados que decidieron quitarse la vida luego de la guerra y coinciden en señalar que ello guarda relación con el trato que les dio la sociedad y el Estado durante las primeras décadas de la posguerra. Sobre este punto, véase la nota titulada “No cesan los suicidios de ex combatientes de Malvinas. Los veteranos denuncian la falta de atención del Estado”, publicada por el diario La Nación el 28 de febrero de 2006. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/politica/no-cesan-los-suicidios-de-ex-combatientes-de-malvinas-nid784519/> (noviembre 2021).

10 En 2007 el Centro de Ex Combatientes de Malvinas (CECIM) presentó una denuncia ante el Juzgado Federal de Río Grande, provincia de Tierra del Fuego, con más de 120 casos de torturas, estaqueamientos, violaciones y otros tratos inhumanos contra los soldados argentinos que combatieron en la guerra, y que incluyó el homicidio del soldado Remigio Fernández por inanición. La denuncia fue sostenida por el fiscal Marcelo Rapoport, con asistencia de la Unidad de Asistencia para causas por Violaciones a los Derechos Humanos durante el Terrorismo de Estado del Ministerio Público Fiscal. En febrero de 2015, uno de los militares imputados, el suboficial Jorge Eduardo Taranto, logró que la CSJN en un polémico fallo cerrara la investigación judicial en su caso, al rechazar formalmente el recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de la Cámara Federal de Casación Penal que había declarado la prescripción arguyendo que no se trataba de delitos de lesa humanidad. Al respecto, los ex combatientes presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Petición P-460-15) y solicitaron continuar las investigaciones con respecto a los demás militares denunciados. El 18 de octubre de 2018, la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia resolvió confirmar la sentencia del juez federal de Río Grande en el sentido de no hacer lugar al planteo defensivo de cosa juzgada y suspender el trámite de la excepción de falta de acción por prescripción hasta tanto se acumulasen las probanzas pertinentes a fin de dilucidar los hechos, teniendo en cuenta la categorización de lesa humanidad invocada por las partes acusadoras, pero dicha decisión fue revocada por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, pese a que el fiscal Javier De Luca había solicitado el rechazo del recurso de la defensa por entender que los hechos debían calificarse como crímenes de guerra o graves violaciones a los derechos humanos y que estaba en juego la responsabilidad internacional del Estado. La causa se encuentra actualmente en los estrados de la CSJN, que deberá decidir en definitiva acerca de la naturaleza de los hechos, si los mismos son imprescriptibles y, por lo tanto, si los responsables pueden ser juzgados. Las principales actuaciones del expediente FCR 63001777/2007, pueden consultarse en <https://www.cij.gov.ar/sentencias.html>

entre los ex combatientes) y el mejoramiento de las condiciones materiales de quienes se enfrentaron a un enemigo histórico en defensa de la patria y de la soberanía nacional.

### **3. La recuperación de la cuestión Malvinas en la agenda estatal. Breve análisis de una política reparatoria**

A partir del año 2003 la política de memoria y derechos humanos ocupó un lugar central en la agenda de gobierno y se inició un proceso de revisión del pasado reciente que implicó, entre otros acontecimientos, la instalación de nuevas efemérides, como las del 24 de marzo –Día Nacional de la Memoria por la Verdad y la Justicia en el que se conmemora a las víctimas de la última dictadura– y 20 de noviembre –Día de la Soberanía por el rechazo de las tropas anglo-francesas en la Vuelta de Obligado–; la publicación oficial del ya mencionado Informe Rattenbach; y la incorporación de la cuestión Malvinas en la agenda diplomática como parte de un reclamo regional que involucra a toda América Latina. Malvinas volvió a la discusión en las escuelas, en los círculos académicos y en los medios de comunicación y, en junio de 2014, se creó el Museo Malvinas e Islas del Atlántico Sur que funciona en el predio que pertenecía a la Escuela de Mecánica de la Armada.

En esos años también se sancionaron normas para el mejoramiento de las condiciones materiales de los ex combatientes. Así, por Decreto N° 1357 (B.O. 6 de octubre de 2004), se fijó el monto de las pensiones que reciben los veteranos de guerra o sus derechohabientes en tres haberes mínimos jubilatorios con más el pago de asignaciones familiares, y por Decreto N° 886 (B.O. 22 de julio de 2005) se estableció su compatibilidad con cualquier otro beneficio de carácter previsional permanente o de retiro otorgado en jurisdicción nacional, provincial o municipal, con la percepción de otro ingreso, con el subsidio extraordinario instituido por la Ley N° 22674 o con las pensiones graciables vitalicias otorgadas por las leyes N° 23598 y N° 24310.

Además, ante “la imperiosa necesidad de dar adecuada y oportuna respuesta [...] a las necesidades de los beneficiarios”, se creó un subsidio complementario honorífico no remunerativo, pagadero junto con la pensión (Decreto N° 1273, B.O. 13 de octubre de 2005).<sup>11</sup>

En este punto, es preciso señalar que la Ley N° 23109 (B.O. 1 de noviembre de 1984) fue la primera en establecer medidas de carácter reparatorio a quienes sufrieron de manera directa los rigores de la guerra a través del otorgamiento de prestaciones en materia de salud, trabajo, vivienda y educación.<sup>12</sup> Pero fue con posterioridad, concretamente a partir de la sanción de la Ley N° 23848 (B.O. 19 de octubre de 1990), que se creó el instituto de la pensión de guerra, “no sólo como una pequeña solución

11 Todos ellos fueron convalidados por las resoluciones S/N-23/2007 del Senado y S/N-29/2007 de la Cámara de Diputados de la Nación.

12 El Decreto reglamentario N° 509/88 definió la calidad de “veterano” y la extensión del “Teatro de Operaciones” establecidos en la ley, al prescribir su aplicación a los ex soldados conscriptos que participaron en las acciones bélicas desarrolladas en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS), cuya jurisdicción fuera determinada el 7 de abril de dicho año y que abarcaba la plataforma continental, las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur y el espacio aéreo correspondiente (art. 1).

económica, sino como una necesidad reivindicativa y un reconocimiento nacional para con los que lucharon por nuestra soberanía y ofrecieron todas sus fuerzas para el triunfo y dignidad de la Nación”.<sup>13</sup>

Se trata, en efecto, de un estipendio mensual, de carácter vitalicio y no contributivo, es decir, sin vinculación con la trayectoria laboral, dado que no tiene su origen en aportes realizados por el beneficiario, sino que la erogación es imputada a “Rentas Generales” de la Nación. Además de los ex soldados conscriptos de las fuerzas armadas que hubieren entrado efectivamente en combate en el Teatro de Operaciones del Atlántico Sur (TOAS) y los civiles que se encontraban cumpliendo funciones de servicio y/o apoyo allí, fueron beneficiados con esta pensión aquellos que estuvieron destinados en el Teatro de Operaciones Malvinas (TOM), aunque no hubieran participado del combate (Ley N° 24652, B.O. 27 de diciembre de 1996), así como los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Armadas y de Seguridad que, destinados en el TOM o habiendo combatido en el TOAS, se encontraran en situación de retiro o baja voluntaria (Ley N° 24892, B.O. 9 de diciembre de 1997) u obligatoria (Decreto N° 886/05, ya citado).

En suma, los antecedentes normativos reseñados permiten sostener la existencia de una política reparatoria del Estado argentino, a partir del “reconocimiento progresivo a sus héroes de guerra desde la óptica de los principios del Derecho de la Seguridad Social”.<sup>14</sup> En ese sentido, la Cámara Federal ha resaltado “los fines tuitivos que, para indemnizar o compensar los daños sufridos por el personal que participó en el conflicto armado del Atlántico Sur, han tenido todas las normas que hasta el momento se han dictado”.<sup>15</sup>

En ese marco, durante los primeros años del gobierno de Néstor Kirchner se produjeron dos importantes modificaciones que van a tener incidencia en la decisión judicial que aquí comentamos. En primer lugar, el Decreto N° 886/05 dispuso que estas pensiones pasen a denominarse “Pensiones Honoríficas de Veteranos de la Guerra del Atlántico Sur” y, en lo que hace a la naturaleza de dichos emolumentos, las definió como “un reconocimiento honorífico por los servicios prestados a la Patria” (razón por la cual modificó el régimen de incompatibilidades previsto por la legislación vigente). Por otra parte, se excluyó expresamente del beneficio a los veteranos de guerra que hubieran sido condenados, o resultaren condenados, por violación de los derechos humanos, por delitos de traición a la Patria, o por delitos contra el orden constitucional, la vida democrática u otros, tipificados en los Títulos IX, Capítulo I, y X, Capítulos I y II, del Código Penal (art. 6, Decreto N° 1357/04, ya citado).

13 Cámara de Diputados de la Nación, Diario de Sesiones, 39° Reunión, Continuación de la 11° Sesión Ordinaria, 26 de septiembre de 1990, pág. 3249. Los textos original y actualizado de la ley pueden consultarse en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=248>.

14 Dictamen N° 317.085 de la Fiscalía Federal N°1 de la Seguridad Social, de fecha 28 de mayo de 2019, en los autos N° 86.370/11, caratulados “Ramírez, Osvaldo Andrés y otros c/ANSeS s/pensiones”.

15 Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, sentencia del 4 de octubre de 2005 en los autos N° 24.643/93, caratulados “Silvero, José Isidoro y otros c/ Estado Nacional (Adm. Central-M° de Defensa) s/ juicios de conocimientos”, del voto del juez Coviello (considerando VI.A.2.).



## 4. El fallo Rolón

### 4.1. Los hechos

La Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSeS) suspendió preventivamente el pago de la pensión honorífica de veterano de guerra de Malvinas otorgada a Juan Carlos Rolón en los términos de la Ley N° 23848, por haber sido procesado y luego condenado por delitos de lesa humanidad. Contra esa decisión administrativa el interesado interpuso recurso de amparo, que fue rechazado en primera instancia y acogido por la Sala I de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Denegado el recurso extraordinario federal, ANSeS llegó en queja a la Corte Suprema.

### 4.2. La sentencia de la CSJN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el voto de tres de sus entonces miembros (el ministro Rosenkrantz y la ministra Highton se pronunciaron por su inadmisibilidad, en los términos del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), remitió al dictamen del procurador fiscal Víctor Abramovich para hacer lugar a la queja, declarar admisible el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda con costas (art. 16, segunda parte, Ley N° 48).<sup>16</sup>

### 4.3. El dictamen

El 13 de marzo de 2018, el procurador fiscal dictaminó que la suspensión del pago de una pensión honorífica de veterano de la guerra de Malvinas por haber sido su beneficiario procesado y luego condenado, en sentencia aún no firme, como autor de crímenes de lesa humanidad, no vulnera derechos fundamentales.

Al entender en la cuestión se refirió a los debates parlamentarios de la Ley N° 23848 y sus modificatorias para caracterizar la pensión honorífica de veterano guerra del Atlántico Sur como un beneficio otorgado en reconocimiento a los actos de servicio específicamente cumplidos por quienes lucharon por nuestra soberanía y ponderó que el fin honorífico de la misma resulta incompatible con el hecho de ser condenado por la comisión de delitos contra la humanidad, pues la participación en crímenes aberrantes ejecutados desde el aparato estatal o en hechos que atenten contra el sistema democrático repugna cualquier reconocimiento que pretenda fundarse en el honor de servir a la nación argentina.

En tal sentido, tuvo en cuenta que Rolón había sido condenado en la denominada “Causa ESMA Unificada” a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, por ser considerado coautor penalmente responsable de gravísimos delitos de lesa humanidad que incluyen privación ilegítima de

---

<sup>16</sup> CSJN, *Fallos* 344:1685.

libertad agravada, imposición de tormentos, homicidio y la sustracción, retención u ocultación de menores de diez años, todo ello en forma reiterada y en un total de 910 hechos.

Sin embargo, al tiempo del dictamen existían instancias recursivas pendientes. Por ello, Abramovich consideró dirimente que la suspensión provisoria no priva al beneficiario del derecho a la pensión honorífica y que este, en caso de resultar posteriormente absuelto, podría petitionar el restablecimiento del beneficio y la percepción de los haberes caídos.

Arguyó que la facultad excepcional ejercitada por la ANSeS encuentra fundamento normativo en el artículo 15 de la Ley N° 24241 y su Decreto reglamentario N° 1287/97, que exigen al organismo un estricto contralor de los beneficios otorgados y a otorgarse para que el desembolso de la prestación –en este caso, no contributiva– no se desvíe del objeto específico para el que fue creada y, de ese modo, preservar los recursos destinados al financiamiento del sistema público de previsión social y asegurar su sostenibilidad.

Por último, y en relación con la satisfacción del derecho a la seguridad social, el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo que, en tanto la pensión de guerra es compatible con cualquier otro beneficio previsional e incluso con la percepción de otros ingresos (en el caso, Rolón percibía el haber de retiro de la Ley N° 19101 y no se había acreditado una situación de desamparo de este y/o su grupo familiar), la suspensión del beneficio no colocaba al beneficiario en la imposibilidad de cubrir riesgos de subsistencia.

En virtud de estos argumentos, Abramovich concluyó que correspondía rechazar el amparo.

## **5. El problema jurídico del caso y la solución dada por la jurisprudencia**

En un importante antecedente jurisprudencial, la CSJN ya había hecho lugar a un recurso de la ANSeS y rechazado el amparo interpuesto por el ex marino de la ESMA Jorge Eduardo Acosta, condenado a prisión perpetua por la comisión de crímenes de lesa humanidad, al considerarlo incluido en el supuesto previsto por el artículo 6 del Decreto N° 1357/04. Empero, en esa oportunidad el máximo tribunal valoró que la decisión en materia penal se encontraba firme desde el rechazo de la queja por recurso extraordinario federal denegado, sentenciado por ese mismo tribunal unos meses antes del fallo previsional.<sup>17</sup>

Ahora, el asunto consistía en determinar si, a los fines de tener por modificadas las circunstancias que originaron el reconocimiento de la pensión honorífica y suspender preventivamente ese acto administrativo, bastaba con que el beneficiario hubiera sido condenado por los graves delitos que allí se enumeran o se exigía, además, que esa decisión estuviese firme.

---

<sup>17</sup> CSJN, *Fallos* 338:815.

El tema es de enorme trascendencia e involucra el interés general, pues coloca en tela de juicio la facultad de la Administración de suspender prestaciones de carácter dinerario cuando estas se encuentren afectadas de nulidad, pone en juego las garantías del debido proceso y, en términos filosóficos y políticos, exhibe que la guerra de Malvinas es una deuda aún no saldada de la democracia argentina.

Al analizar la razonabilidad de aquella decisión administrativa, la jurisprudencia comentada tiene esencialmente en cuenta el fin con el que la pensión fue creada, así como su compatibilidad con cualquier otro beneficio y/o con la percepción de ingresos. Lo primero guarda relación con la brecha existente entre quienes decidieron y condujeron esta guerra en posesión de un poder sustraído a los legítimos representantes del pueblo argentino y los aproximadamente diez mil soldados que fueron convocados a armarse en defensa de la patria sin intervención del Congreso Nacional, muchos de los cuales jamás habían pisado un cuartel.

Es que el legislador ideó el instituto jurídico bajo análisis como una forma de compensar el compromiso de haberse puesto íntegramente a disposición del Estado argentino, pero la intervención en el conflicto bélico no puede anular las prácticas aberrantes ejecutadas por algunos de esos mismos oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas como parte del plan sistemático de persecución, secuestro, tortura, desaparición, exterminio y apropiación de niños y niñas instaurado en el país durante esos años; de modo que cualquier reconocimiento basado en el mérito y honor de quien participó en la comisión de tales crímenes resulta a todas luces improponible para un Estado que sostiene políticas de memoria, verdad y justicia como parte del contrato social del pueblo argentino.

En consecuencia, la demostración judicial de haber formado parte del aparato represor no puede tener otra respuesta más que la pérdida de los honores que el Estado argentino solo debería reservar al personal militar y civil comprometido con las grandes causas nacionales.

En cuanto al régimen de compatibilidades, es preciso señalar que su amplitud permite satisfacer el fin tuitivo del derecho constitucional a la seguridad social, pues funciona como garantía de cobertura suficiente frente a las contingencias que afectan a toda persona. En esa lógica, la suspensión de esta pensión de guerra no pone en riesgo la subsistencia del beneficiario y ello resulta un argumento de fuste a la hora de pronunciarse restrictivamente acerca de su concesión y mantenimiento.

Por último, el dictamen hace hincapié en el hecho de que la medida es de naturaleza provisional y, por lo tanto, reversible. De ese modo, deja a salvo el debido proceso que, en materia penal, anuda la noción de sentencia firme al principio constitucional de inocencia, un estado jurídico que solo puede desvirtuarse como consecuencia del acto jurisdiccional que pone término a la actividad estatal.

## **6. A modo de epílogo**

A partir de los fallos “Acosta” y “Rolón”, la CSJN ha dejado claro que quien fue hallado penalmente responsable por la comisión de delitos de lesa humanidad no puede ser beneficiario de una pensión honorífica. En ambos casos el grado de convicción que se tenía respecto de la intervención de los

nombrados en crímenes de la dictadura al momento de fallar sobre la procedencia de la suspensión del beneficio era de certeza, pues en los procesos seguidos en su contra se habían dictado sendas sentencias de condena, aun cuando una de ellas no estuviese firme.

No obstante ello, las decisiones administrativas que fueron convalidadas judicialmente se habían dictado sobre la base de los respectivos autos de procesamiento, un acto procesal que, como se sabe, encierra una resolución provisoria sobre la culpabilidad del imputado en relación con el ilícito que se le reprocha. Cabe entonces la pregunta *obiter dictum* sobre si desde el momento en que el beneficiario se encuentra procesado por la comisión de delitos de lesa humanidad existe una razón suficiente para suspender, en forma provisoria y hasta tanto se resuelva la situación procesal de aquel, el pago de la pensión honorífica. Y la respuesta, a mi juicio, es afirmativa.

En primer lugar, el auto de procesamiento implica un juicio de probabilidad suficiente sobre la intervención de una persona en la comisión de un delito y habilita el dictado de la prisión preventiva que, a partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal, se determina en función de la gravedad de las circunstancias y naturaleza del hecho y de las condiciones del imputado, en tanto estas sirvan para decidir los criterios de peligro de fuga o entorpecimiento del proceso previstos en ese mismo instrumento legal.

En ese sentido, si la convicción que derivó en el procesamiento y la gravedad de los crímenes investigados son extremos que permiten a la judicatura ordenar la prisión preventiva del imputado, no sería lógico exigir más para suspender provisoriamente el goce de una pensión no contributiva, máxime cuando las circunstancias que habilitaron su concesión podrían ser las mismas que hicieron posible la comisión de los delitos endilgados.

Por otra parte, entiendo que esa es la solución que satisface de mejor manera el “Nunca Más”, que, a cuarenta años del fin de la guerra y de la dictadura, se ha convertido en un postulado indispensable para nuestra convivencia democrática.

# Seguridad social. Vulnerabilidad

## CSJN. “Giménez, Rosa Elisabeth c/ Comisión Médica Central y/o ANSES s/Recurso Directo Ley 24.241”, 15 de julio de 2021

Por Walter F. Carnota<sup>1</sup>

---

### 1. Introducción

Desde las declaraciones de derechos de fines del siglo XVIII, el derecho constitucional se caracterizó por la existencia de los “mínimos constitucionales”. En efecto, de allí en más quedaría claro que toda Constitución, para ser tal, tendría una “declaración de derechos” (los famosos *bill of rights*) y contendría además un diseño dividido del poder (el *frame of government*). Estos recaudos se presentaron en ambas márgenes del Atlántico, tanto en la Revolución norteamericana de 1776 como en la francesa de 1789, que codificó esa “bifurcación” en el artículo 16 de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

De algún modo, todo el ordenamiento jurídico está impregnado de esa división. O se reconocen derechos o se estructura el modo o la manera de ejercer la autoridad y hacer valer los primeros. Las normas procesales combinan también estos dos aspectos, ya que permanentemente reconocen facultades en cabeza de los justiciables, a la vez que concede atribuciones instructorias a los magistrados y otros funcionarios que dependen de la judicatura, que es diseñada y establecida con tales propósitos.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular Regular de Derecho de la Integración (UBA). Director Académico del Doctorado (UNLZ). Juez de Cámara Subrogante de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social.

Se suponía que la Ley N° 24241 del año 1993, que instauró el por entonces denominado “Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones” (posteriormente, y a partir de la Ley N° 26425, “Sistema Integral Previsional Argentino”) contiene las prescripciones necesarias para acceder a los beneficios jubilatorios y pensionarios. Poco dice esa legislación, mal redactada y peor sistematizada, acerca de la tramitación que requiere desplegarse para su obtención, más allá de alguna directriz de carácter general.

Una excepción lo configura el llamado “retiro por invalidez”, figura cuestionada y atacada por las autoridades ejecutivas en la década de los noventa. Esa prestación era considerada abusiva y deshonesta. Se incurría en una falsa generalización, ya que había jubilaciones por invalidez bien concedidas amén de las mal otorgadas. Por lo demás, y como contexto sabido, cabe recordar que el férreo individualismo de mercado prevalecía por sobre las consideraciones sociales.

Las prevenciones del legislador de 1993 no tardaron en hacerse notar. El artículo 48 prohíbe atender a las “incapacidades socioeconómicas” o de “ganancia”,<sup>2</sup> mientras que el artículo 49 contempla un complejo mecanismo para la revisión médica de la persona potencial y eventualmente discapacitada.<sup>3</sup>

Suena extraño que el legislador de una normativa de fondo, como lo es la Ley N° 24241, se haya detenido en la difusa caracterización de los organismos administrativos encargados de tal faena, vicio en que incurrirá también otra ley animada con el mismo espíritu regresivo: la Ley N° 24557 de riesgos del trabajo.

Las comisiones médicas han operado históricamente muchas veces como dispositivos para dilatar la percepción de beneficios. Las apodadas “comisiones médicas” y la pomposamente denominada “Comisión Médica Central” han estado imbuidas de la “lógica de mercado”, antes que de los principios tuitivos del derecho social.

Para que el sistema así instituido no fuese susceptible de objeción constitucional, el autor de la Ley N° 24241 puso en cabeza de la “Cámara Nacional de la Seguridad Social”<sup>4</sup> las “apelaciones” que se dedujeran contra lo actuado en la sede de las comisiones médicas. Se venía a centralizar, o a concentrar, esa revisión en la Ciudad de Buenos Aires, sede de dicho Tribunal.

Como estrategia paliativa de desconcentración de expedientes en esa Alzada, en 2014 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la sentencia “Pedraza, Héctor Hugo”,<sup>5</sup> el mismo día que expidió la Acordada N° 14 tendiente a lograr implementar el consenso arribado. El Tribunal cimero entendió que la Cámara capitalina no podía hacerse cargo de todo el “stock” de expedientes con sentencias oriundas de los juzgados federales del interior. Entendió que cuadraba mejor con el federalismo redistribuir esas causas,

---

2 CSJN, Fallos: 340:2021.

3 Carnota, W. F. (1998). *Procedimiento de la Seguridad Social* (p. 29). Buenos Aires: Depalma.

4 Recordemos que el nombre de ese Tribunal y la fecha de sanción de la mencionada ley era “Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social”, creada a partir del artículo 1 de la Ley N° 23473. Por medio del artículo 18 de la Ley N° 24463, dicha Alzada pasó a llamarse “Cámara Federal de la Seguridad Social”.

5 CSJN, Fallos 337:530.

mientras que en ellas no se hubiesen dictado “actos jurisdiccionales válidos”, a las Cámaras federales con asiento en el interior. Ello luego fue generalizado en “Constantino, Eduardo Francisco”.<sup>6</sup>

## 2. El caso “Giménez”<sup>7</sup>

En autos el derrotero que siguió el caso fue la lógica secuencia de la Comisión Médica local y de la Central. Puesta en el trance de tener que litigar en Buenos Aires ante los estrados de la Cámara Federal de la Seguridad Social, la parte actora encaró esta litis ante la Cámara Federal de Salta. Consideró, según el relato del dictamen fiscal y de los jueces Rosatti y Maqueda, que se trataba de una persona con diversas patologías, que la tornaban *especialmente vulnerable*, y que le resultaría muy dificultoso hacerse revisar a mil cuatrocientos kilómetros de su domicilio.

Como se anticipó, el dictamen del Ministerio Público Fiscal prolijamente enumera el potencial conflicto con los derechos humanos de la Sra. Giménez, en cuanto se le exigía ser revisada, en su actual estado de salud, tan lejos de su residencia habitual. Es decir: hay un cuadro de vulnerabilidad objetiva, dado por la dificultad de traslado de la paciente con sus costos consiguientes.

Se perfila de ese modo a la discapacidad como generadora de vulnerabilidad, lesionándose de ese modo las normas del artículo 75, inciso 23 CN sobre “medidas de acción positiva” y las que se encuentran contempladas dentro del “bloque constitucional”. Cabe recordar que esa norma, si bien con destinatario primario en el Congreso de la Nación, no agota sus destinatarios en dicho órgano y vincula también jueces y fiscales.

La jueza Highton adhiere sin más al dictamen del procurador Abramovich. El voto conjunto de los jueces Maqueda y Rosatti van a resaltar algunos de los fundamentos de la opinión fiscal, sin registrar apartamientos drásticos de lo allí puntualizado. Todo ello hace converger en aceptar la solicitud de inconstitucionalidad del artículo 49 citado.

En definitiva, la opinión del Ministerio Público (que, vale la pena recordarlo, se halla siempre interesado en los temas de competencia judicial, dado su manifiesto carácter de orden público) hace extensibles las doctrinas de “Pedraza” y de “Constantino” (que eliminó el tope del “acto típicamente jurisdiccional” fijada en el primero de los decisorios citados) a otras causas de la Cámara especializada. Aquí, en concreto, de su competencia originaria en asuntos de invalidez.

Queda claro, con cita de material normativo nacional e internacional, que en autos se ventila ni más ni menos que el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de una persona vulnerable por su estado de salud. De cómo se resuelva la inconstitucionalidad planteada acerca del artículo 49 de la Ley N° 24241 dependerá el éxito de su revisión médica y a la postre, de su reclamo por invalidez.

<sup>6</sup> CSJN, Fallos 339:740.

<sup>7</sup> CSJN, Fallos 344:1788.

Es que, por conducto del artículo 75.22 CN se refuerzan los postulados del debido proceso adjetivo reconocidos en sede constitucional con la interacción con la preceptiva internacional en la materia. En el campo interamericano, el voto conjunto trae a colación los proverbiales artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto prevén garantías y protección judiciales, respectivamente. Interesa sobre manera esta última regla en la medida en que los recursos en sede interna deben ser “efectivos” y no meramente teóricos. Ello es indudable eco del artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De la atenta lectura del precitado dictamen fiscal también se desprende la incidencia del derecho internacional de la discapacidad. En especial, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (cuya jerarquía constitucional fue consagrada por la Ley N° 27040) hablará de “ajustes de procedimiento” (art.13, inciso 1), como parte integrante –agregamos nosotros– de un “constitucionalismo compensatorio”<sup>8</sup> en donde la normativa internacional apuntala a la nacional. A las situaciones de vulnerabilidad –tal como la discapacidad, aquí en trato– hay que brindarles dispositivos que equilibren la desigualdad que generan, desde todos los ángulos y perspectivas posibles, tanto dentro como fuera del Estado nacional, y tanto desde el “hard law” mentado como del “soft law” (v.gr., las Cien Reglas de Brasilia, su adhesión por parte de la CSJN en la Acordada 5/2009).

La legislación de los noventa aquí en crisis no solamente no promovía una mejora de vida en la persona con discapacidad, sino que le aleja su “día en la corte”, impidiendo su acceso a la justicia. Ello hiere también a distintos componentes del bloque de constitucionalidad, como ya examinamos previamente.

Tal vez, desde un punto de vista complementario del derecho procesal constitucional, hubiese sido interesante que el alto tribunal federal suministrase alguna pauta organizativa complementaria, tal como hizo al fallar “Pedraza” con el dictado en paralelo o simultáneo de la Acordada 14/14.

En efecto, aquí el supremo tribunal recepitó el pedido de la tacha de inconstitucionalidad del aludido artículo 49 formulado por la parte actora, sobre las bases expuestas del acceso a la justicia, sin brindar reglas de funcionamiento ante casos análogos que existen por doquier de solicitudes de invalidez de justiciables que residen en el interior de nuestro Estado.

Sabido es que, en una lectura clásica del control de constitucionalidad, los efectos de la declaración alcanzan solo a las partes del litigio, sin que se contemple expandir o extender sus efectos a demás casos. Encima, la integración de la Corte Suprema que aquí votó la causa fue muy ajustada, ya que los jueces Lorenzetti y Rosenkratz no suscribieron la sentencia, mientras que Elena Highton dejó de pertenecer al alto tribunal a partir del 1° de noviembre de 2021.

8 Peters, A. (2009). The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 16(2), p. 404, punto IV.



Tememos que una buena doctrina, asentada en directrices constitucionales y convencionales, deje de ser “derecho judicial vigente” por déficit en la implementación del criterio seguido por la Corte. La experiencia de “Pedraza” en este sentido debería servir de lección, dado que, incluso aún con el dictado de la Acordada 14/14, fue necesario un nuevo pronunciamiento en “Constantino” dos años después para precisar mejor el criterio del Tribunal.

### 3. Reflexiones conclusivas

Al entramado procesal de la previsión social de los noventa no le ha ido bien en la instancia suprema. Así, en su momento se declaró la invalidez constitucional del artículo 24 de la Ley N° 24463, que prevé ni más ni menos que la retrogradación del procedimiento. Casi diez años después, el alto tribunal sostuvo la inconstitucionalidad del artículo 19 del mismo instrumento legal, en cuanto consagraba otra ruta adicional de acceso de estas causas al Supremo: el recurso ordinario de apelación. Dicho remedio fue derogado por el Congreso por medio de la Ley N° 26025.

Ya hemos referido la inconstitucionalidad del artículo 18 también de la Ley N° 24463, en cuanto centraliza las apelaciones de las decisiones en la Cámara Federal de la Seguridad Social, a través de “Pedraza” y de “Constantino” ya citados y que sirven de antecedente a la decisión bajo comentario.

En definitiva, nos encontramos con un decisorio ajustado a las mandas constitucionales y convencionales, que postula la inconstitucionalidad de un mecanismo que en la actualidad deviene irrazonable, obligando a colectivos vulnerables a litigar a muchos kilómetros de su domicilio. El meollo de la decisión arribada fue preanunciado en el dictamen fiscal que glosáramos en su momento de manera laudatoria.<sup>9</sup>

Podría esta definición haber sido precisada por otras directivas complementarias de superintendencia del Alto Tribunal disponiendo la apuntada desconcentración en la materia de invalidez de la Cámara Federal de la Seguridad Social, facilitando el trabajo de esta en la descongestión de dichas causas y su rápido envío al interior.

Compartimos entonces la letra y el espíritu de la sentencia que privilegió la contingencia social a cubrir y el acceso a la justicia frente a su denegación, lo cual ya estaba plasmado en el dictamen fiscal. Ello como vimos se ajusta al “ritmo” del derecho internacional de los derechos humanos, tanto en su faz procedimental como en la sustantiva. Queda como enseñanza y como equilibrada conclusión no haber encapsulado a la problemática bajo examen en los confines de la legislación previsional de los noventa del siglo pasado, sino haberla abordado bajo el prisma protectorio de los derechos humanos.

<sup>9</sup> Carnota, W. F. (22 de junio de 2020). Cuando la vulnerabilidad afecta al diagrama del debido proceso (La Procuración General de la Nación considera inconstitucional al art. 49 de la Ley 24.241 en el trámite de las invalideces). *Suplemento de Derecho Público*. Recuperado de [www.eldial.com](http://www.eldial.com)



# Derecho del trabajo. Plazo razonable

## Corte IDH, *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404

*Por Gabriel F. Bicinskas,<sup>1</sup> Marcos E. Filardi<sup>2</sup> y Juan Pablo Vismara<sup>3</sup>*

---

### 1. Introducción

Victorio Spoltore, un trabajador de la provincia de Buenos Aires que padeció una enfermedad profesional que lo dejó con un 70 % de discapacidad a los 50 años de edad, se encontró desamparado cuando quiso acudir al sistema judicial bonaerense a reclamar una justa indemnización. El proceso laboral, plagado de anomalías, se extendió durante más de doce años.

La Corte IDH aprovechó la oportunidad para dictar una sentencia que, en algunos aspectos, avanza en el camino hacia la más alta protección de los derechos humanos de las personas que habitan nuestra región. Sin embargo, también de la sentencia se desprende una limitación a las garantías judiciales esenciales para la tutela judicial de los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.

1 Abogado (UBA). Profesor de Derechos Humanos y Garantías (UNPAZ y UNDAV). Profesor de Terrorismo de Estado y Delitos de Lesa Humanidad y de Función Social de la Administración de Justicia (UNDAV). Integrante de proyectos de investigación en derecho (DECYT y UNPAZCYT). Integrante del Colectivo de Derechos Humanos Yopoi. Fue director general del Observatorio de Derechos Humanos de Quilmes. Durante más de doce años integró el Departamento de Justicia y Paz de la Diócesis de Quilmes.

2 Abogado (UBA). Integrante de la Cátedra Libre de Soberanía Alimentaria de la Escuela de Nutrición de la UBA, del Museo del Hambre, de la Red de Abogadas y Abogados por la Soberanía Alimentaria (REDASA) y del Colectivo de Derechos Humanos Yopoi. Profesor de Derechos Humanos y Garantías y de la Diplomatura en Litigio de Derechos Sociales y Ambientales (UNPAZ).

3 Abogado (UBA). Profesor de Derecho del Ambiente y de los Recursos Naturales (UNDAV) y de la Diplomatura en Litigio de Derechos Sociales y Ambientales (UNPAZ). Integrante de proyectos de investigación en derecho (DECYT y UNPAZCYT). Integrante del Colectivo de Derechos Humanos Yopoi.

A continuación expondremos brevemente los hechos del caso, luego destacaremos los aspectos jurídicos más importantes de la intervención de la CIDH y del fallo de la Corte IDH para, finalmente, compartir algunas observaciones.

## 2. Hechos del caso

El 30 de junio de 1988 el señor Spoltore presentó una demanda contra Cacique Camping S. A. reclamando una indemnización por enfermedad profesional y por daño moral que quedó radicada en el Tribunal del Trabajo N° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires.

En la demanda explicó que el día 14 de mayo de 1984, mientras trabajaba en los talleres de su empleadora, sufrió un infarto agudo de miocardio que le provocó un 40 % de incapacidad laboral. Señaló que, luego de un período insuficiente de recuperación, debió reinsertarse en el trabajo sin que su empleadora le efectuara los estudios médicos a los que estaba obligado en función de la legislación vigente y, mucho menos, dispusiera la reducción horaria o el cambio de tareas para salvaguardar su integridad física y psíquica. Por el contrario, afirmó Spoltore, la empresa le siguió exigiendo los mismos resultados que antes de sufrir el infarto y, encima, comenzó a infringirle hostigamiento y maltrato. Esas circunstancias lo llevaron a sufrir un segundo infarto el 11 de mayo de 1986 que le generó una incapacidad laboral del 70% cuando tan solo tenía 50 años de edad.<sup>4</sup>

El 30 de junio de 1997, habiendo pasado nueve años del inicio del proceso, el Tribunal del Trabajo dictó sentencia rechazando la pretensión.<sup>5</sup> Ante la inexistencia en la provincia de Buenos Aires de un recurso ordinario de revisión integral de las sentencias de los tribunales del trabajo,<sup>6</sup> el 2 de septiembre de 1997 Spoltore recurrió directamente, por vía extraordinaria, ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ( SCJPBA), mediante la interposición de los recursos de inaplicabilidad de ley y de nulidad.<sup>7</sup>

No conforme con ello, convencido de que era víctima de una denegación de justicia, el 16 de septiembre de 1997, mientras la SCJPBA tenía en trámite los recursos interpuestos, Spoltore se presentó ante la Inspección General de la SCJPBA solicitando se abriera una investigación administrativa discipli-

4 CIDH, Informe N° 65/08, Petición 460-00, Admisibilidad, Victorio Spoltore, Argentina, 25 de julio de 2008, párrs. 1 y 7; Constancias del expediente "Spoltore, Victorio c/ Cacique Camping S.A. s/ enf. Prof. (art. 1113)", expte. N° 12.515 del Tribunal del Trabajo N° 3 de San Isidro.

5 Ídem, párr. 13.

6 Argentina. Ley N° 11653, artículo 55: "contra las sentencias definitivas dictadas por los Tribunales, sólo podrán interponerse los recursos extraordinarios previstos en la Constitución de la Provincia". Por su parte, el artículo 161 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que "La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: [...] Conoce y resuelve en grado de apelación: a) De la aplicabilidad de la ley en que los tribunales de justicia en última instancia, funden su sentencia sobre la cuestión que por ella deciden, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan a esta clase de recursos, b) De la nulidad argüida contra las sentencias definitivas pronunciadas en última instancia por los tribunales de justicia, cuando se alegue violación de las normas contenidas en los artículos 168 y 171 de esta Constitución".

7 Ídem, nota 4, párrs. 15 y 29.

naria para analizar la conducta del Tribunal del Trabajo N° 3 por la evidente demora y negligencia en el proceso. Para dar curso a ese pedido se formó el expediente IGSCPBA N° 3.001-1.225/97.<sup>8</sup>

El 13 de abril de 1999, en este último expediente, la SCJPBA emitió la Resolución N° 856, mediante la cual tuvo por probadas “dos anomalías” procesales en el expediente tramitado ante el Tribunal del Trabajo N° 3 y, en base a ello, resolvió “llamar la atención” a la secretaria del Tribunal. Disconforme con esa resolución, el 18 de junio de 1999 Spoltore volvió a presentarse ante la Inspección General solicitando se revea lo resuelto ya que, desde su punto de vista, se “decidió sancionar solamente al personal jerárquico colaborador de los magistrados –sin capacidad de decisión– llevando a la realidad el dicho popular que dice ‘el hilo se corta por lo más delgado’”. Ese recurso fue desestimado inmediatamente.<sup>9</sup>

Finalmente, en el proceso laboral, el 16 de agosto de 2000, es decir, casi tres años después de ser presentados los recursos de inaplicabilidad y nulidad y más de doce años después de iniciarse la demanda, la SCJPBA, sin analizar el fondo del caso, rechazó los planteos de Spoltore y dejó firme el rechazo de su pretensión.<sup>10</sup>

### 3. Trámite ante el SIDH

El 11 de septiembre de 2000 Spoltore se presentó ante la CIDH denunciando que el Estado había incurrido en responsabilidad por denegación y retardo de justicia en su perjuicio.<sup>11</sup> A lo largo del proceso ante la CIDH hizo doce presentaciones distintas, siempre redactadas por él mismo y sin asesoramiento legal, en las que puede observarse la angustia que la denegación de justicia le generaba. La última presentación la hizo el 8 de septiembre de 2011, poco antes de morir.

El Estado se presentó el 17 de junio de 2004, luego de varias prórrogas otorgadas por la CIDH, oponiendo excepción de falta de agotamiento de los recursos internos y alegando que los hechos denunciados carecían de entidad para sustentar la denuncia.<sup>12</sup> Respecto de la excepción, afirmó que el peticionario, antes de acceder a la instancia internacional, debió haber iniciado una acción de daños y perjuicios contra el Estado provincial por el ejercicio anormal de su actividad judicial, con el propósito de reclamar una plena reparación del daño presuntamente causado.<sup>13</sup>

El 25 de julio de 2008 la CIDH decidió admitir la petición, rechazando la excepción interpuesta bajo el argumento de que

8 Ídem, nota 4, párr. 28; escrito presentado por Spoltore ante la Inspección General de la SCJBA el día 16 de septiembre de 1997 a partir del cual se formó el Expte. IGSCPBA N° 3.001-1.225/97.

9 Escrito presentado por Spoltore ante la Inspección General de la SCJBA el día 18 de junio de 1999 en Expte. IGSCPBA N° 3.001-1.225/97.

10 Ídem, nota 4, párr. 44.

11 Íbidem, párrs. 1 y 7.

12 Íbidem, párr. 9.

13 Íbidem, párrs. 18 y 23.

Spoltore intentó las vías procesales que tenía a su disposición para buscar una resolución oportuna de su proceso laboral. [...] Esperó nueve años en primera instancia por la resolución de su causa, presentando, dentro de dicho proceso, reclamos respecto a la demora; posteriormente, esperó tres años más por la resolución de los recursos de nulidad e inaplicabilidad y, paralelamente, interpuso una denuncia ante la Inspección General de la SCJPBA, que requirió dos años para resolverlo.<sup>14</sup>

Ante estas circunstancias, dijo la CIDH que

tras la demora registrada en el proceso laboral, no sería razonable exigir al peticionario que además agote otra serie de recursos. Ello supondría someterlo a una nueva espera frente a un sistema que ya había retardado el análisis del fondo del caso.<sup>15</sup>

En igual sentido, resaltó que

tras un análisis de la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina argentina [...] la acción de daños y perjuicios no ha mostrado ser viable, en la práctica, para reparar el daño causado por el Estado a los particulares en casos de retardo procesal, sino que, más bien, es una posibilidad teórica impulsada por un grupo de la doctrina, pero nunca desarrollada por las normas o la jurisprudencia de la CSJN.<sup>16</sup>

De esa forma concluyó que los hechos podían implicar una violación de los artículos 8.1 y 25, con relación al 1.1 de la CADH.<sup>17</sup>

Habiendo fracasado la instancia de solución amistosa, el 5 de julio de 2017 la CIDH aprobó informe sobre el fondo del caso, en el que señaló que los más de doce años que duró el proceso completo fueron excesivos y que las demoras procesales fueron imputables al Estado.<sup>18</sup> Considerando ello, declaró responsable al Estado por la violación a los artículos 8.1 y 25.1 de la CADH con relación al 1.1 del mismo instrumento y le recomendó reparar integralmente las violaciones con una justa compensación y adoptar las medidas necesarias para asegurar que los procesos judiciales de naturaleza laboral, incluyendo los que incorporen un reclamo indemnizatorio, sean resueltos oportunamente y dentro de un plazo razonable.<sup>19</sup> Ante la falta de respuesta por parte del Estado a las recomendaciones dictadas, la CIDH decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

---

14 *Ibídem*, párr. 29.

15 *Ibídem*, párr. 36.

16 *Ibídem*, párrs. 31 y 35.

17 *Ibídem*, párr. 36.

18 CIDH, Informe N° 74/17, Caso 12.656, Informe de Fondo, Victorio Spoltore, Argentina, 5 de julio de 2017, párrs. 63 y 64.

19 *Ídem*, nota 18, párr. 71.

El Colectivo de Derechos Humanos Yopoi asumió la representación de la familia de Spoltore durante la parte final del trámite ante la CIDH y durante todo el proceso ante la Corte IDH. Además de las violaciones mencionadas por la CIDH en el Informe de Fondo, alegaron que Spoltore sufrió la violación al artículo 26 de la CADH por haberse afectado su derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador como consecuencia de la violación a las garantías judiciales durante la tramitación del proceso judicial; la violación al artículo 8.2.h) y 2 de la CADH, en virtud de que la inexistencia en el ordenamiento jurídico provincial de un recurso ordinario de revisión integral de las sentencias del fuero laboral le impidió la revisión del rechazo de su pretensión; y al artículo 5.1 y 17.1 del tratado por las consecuencias que la denegación de justicia le provocó al Sr. Spoltore. Por último, la representación solicitó incluir a los familiares de Spoltore (su esposa, Rosalinda Campitelli, y sus hijos, Liliana y Alejandro) como víctimas de la violación al artículo 5.1 y 17.1 de la CADH, a pesar de no haber sido incluidas en el Informe de Fondo de la CIDH.<sup>20</sup>

El Estado reiteró la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos pero, en la audiencia pública, reconoció que en caso de que esta fuera rechazada, reconocería su responsabilidad por la violación al plazo razonable.<sup>21</sup>

Con relación a la excepción interpuesta, la Corte IDH entendió que el Estado no solo no pudo probar que la acción de daños y perjuicios era idónea sino que, además, había reconocido que no había sido utilizada en casos de demoras judiciales excesivas en procesos laborales. Por lo tanto, entendió que era una carga excesiva para la presunta víctima exigirle que agotara un recurso que no había sido utilizado en la práctica para los fines que el Estado alegó que tendría. Por ello, desestimó la excepción preliminar.<sup>22</sup>

Respecto de la solicitud de los representantes de incluir a los integrantes de la familia de Spoltore como presuntas víctimas, la Corte IDH señaló que ello era improcedente porque la CIDH no las había incluido en el Informe de Fondo como presuntas víctimas como indica el artículo 35.1 del Reglamento. Resolver lo contrario, señaló, afectaría el equilibrio procesal de las partes y el derecho de defensa del Estado. En consecuencia, solo consideró como presunta víctima a Victorio Spoltore.<sup>23</sup>

Con relación a la violación al plazo razonable por la duración del proceso de indemnización por enfermedad profesional, la Corte IDH consideró innecesario abrir la discusión sobre el punto por haber sido objeto del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado. Sin perjuicio de ello, recordó que en casos que involucran afectaciones de una persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, como las personas con discapacidad, las autoridades judiciales deben actuar con una mayor diligencia. En estos casos resulta imperante la priorización en la atención y resolución del

20 Corte IDH, *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párrs. 7 y 10.

21 Ídem, nota 20, párrs. 17 y 33.

22 Íbidem, párrs. 17 y 33. La excepción fue rechazada por la mayoría, compuesta por la presidenta del Tribunal, Elizabeth Odio Benito, y por los jueces L. Patricio Pazmiño Freire y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

23 Íbidem, párrs. 50 y 53.

procedimiento por parte de las autoridades a cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución o ejecución de los mismos.<sup>24</sup>

En cuanto a la alegada violación al derecho a recurrir la sentencia del Tribunal del Trabajo N° 3, la Corte IDH sostuvo que

el proceso iniciado por el señor Spoltore tenía la finalidad de solicitar una indemnización. No era un proceso penal en contra de la presunta víctima, ni un proceso administrativo que pudiera implicar una privación de libertad. Tampoco era un proceso administrativo de naturaleza sancionatorio, en el cual pueden ser aplicables las garantías incluidas del artículo 8.2 de la Convención según su naturaleza y alcance [...] el derecho contenido en el artículo 8.2.h) no es aplicable al proceso de indemnización por enfermedad profesional.<sup>25</sup>

De esa forma, consideró que el Estado no había violado el artículo 8.2.h) de la CADH.

La resolución de la violación al artículo 26 de la CADH es, indudablemente, uno de los aspectos más interesantes del caso, pues por primera vez la Corte IDH consideró que el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren la salud del trabajador está protegido por la CADH. Para llegar a esa conclusión recordó los razonamientos esgrimidos en “Lagos del Campo” sobre la protección del derecho al trabajo<sup>26</sup> y, en particular, destacó que en el artículo 45.b) de la Carta de la OEA<sup>27</sup> existe una referencia con el suficiente grado de especificidad al derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias como para derivar su existencia y reconocimiento implícito.<sup>28</sup>

Con la finalidad de determinar el alcance y contenido de ese derecho, la Corte IDH recurrió a las fuentes, principios y criterios del *corpus iuris* internacional sobre la materia. Entre las distintas normas que reconocen el mencionado derecho mencionó, además de la Carta de la OEA, el artículo XIV de la DADH, el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, el artículo 23 de la DUDH, el artículo 7 del PIDESC. Destacó también que está reconocido en el artículo 14 bis de la CN y en el artículo 39.1 de la Constitución de la PBA, respectivamente.<sup>29</sup>

En particular, la Corte IDH destacó que, como parte integrante del derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias, se encuentra la obligación estatal de prevenir accidentes y enfermedades profesionales, como medio para garantizar la salud del trabajador. Esto está reconocido ampliamente

24 *Ibidem*, párr. 45.

25 *Ibidem*, párr. 105.

26 Corte IDH, *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340, párr. 143.

27 Carta de la OEA, Artículo 45.b): “[e]l trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”.

28 Corte IDH, *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de junio de 2020. Serie C No. 404, párr. 84.

29 *Ibidem*, párrs. 80-93.



en el *corpus iuris* internacional, entre los que se encuentran la Observación General No. 23 del Comité DESC y el Convenio N° 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores.<sup>30</sup>

Asimismo, sostuvo que, tanto la Observación General No. 18 como la No. 23 del Comité DESC establecen que el derecho a acceder a la justicia forma parte del derecho al trabajo y a las condiciones de trabajo que aseguren la salud del trabajador. En ese sentido, destacó que en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la CADH, los Estados deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización.<sup>31</sup>

Por todo lo expuesto, resolvió que, dado que no se garantizó al señor Spoltore el acceso a la justicia en su búsqueda de una indemnización por una posible enfermedad profesional, el Estado resultaba responsable de la violación del artículo 26 de la CADH, en relación con los artículos 8, 25 y 1.1 de la misma.<sup>32</sup>

#### 4. Observaciones finales

Cuatro aspectos del fallo entendemos que merecen especial análisis: la amplia interpretación del artículo 26 de la CADH, la limitación expresa que el Tribunal puso al artículo 8.2.h) de la CADH, el rechazo a considerar a los familiares como víctimas y la omisión de exigir al Estado medidas de no repetición que impidan la reiteración de los hechos.

Respecto de la interpretación del artículo 26 de la CADH, consideramos que la Corte ha avanzado, una vez más, hacia la más alta protección de los derechos humanos. Ya en “Lagos del Campo” y, luego, en “Trabajadores de Petroperú”, había reconocido a los derechos laborales como comprendidos en el artículo 26 de la CADH. En esta ocasión fue aún más allá, por lo que hoy no caben dudas de que la CADH reconoce el derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias; que los Estados tienen la obligación de prevenir accidentes y enfermedades profesionales, como medio para garantizar la salud del trabajador; y que los Estados deben asegurar que los trabajadores afectados por un accidente o enfermedad profesional prevenible tengan acceso a mecanismos adecuados de reclamación, como los tribunales, para solicitar una reparación o indemnización.

Estas afirmaciones indudablemente jerarquizan un área muy sensible, y muchas veces postergada, del derecho laboral y obligan a los Estados parte de la CADH a fortalecer los sistemas de protección de la salud de los trabajadores, tanto los administrativos como los judiciales.

En segundo lugar, consideramos que la decisión de la Corte respecto del artículo 8.2.h) de la CADH, al excluir de la tutela de las garantías judiciales mínimas a un proceso con las características del iniciado por Spoltore, implicó que se haya apartado de su jurisprudencia constante.

---

30 *Ibidem*, párrs. 94-95.

31 *Ibidem*, párr. 99.

32 *Ibidem*, párr. 102.

En “Baena” la Corte había afirmado que

el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.<sup>33</sup>

La misma posición amplia y progresiva tuvo en “Familia Pacheco Tineo”. En esa ocasión el tribunal reiteró que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”.<sup>34</sup> En igual sentido, se expidió en la Opinión Consultiva N° 21.<sup>35</sup>

Estas afirmaciones de la Corte fueron ratificadas en “Montesinos Mejía”. Allí el Tribunal afirmó que la aplicación de las garantías judiciales “no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”.<sup>36</sup> Asimismo, señaló que “es un derecho humano el obtener todas las garantías mínimas que permitan alcanzar decisiones justas, las cuales deben respetarse en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.<sup>37</sup>

Teniendo en cuenta los pronunciamientos mencionados es posible afirmar que la Corte, hasta el fallo Spoltore, siempre y en forma constante, había interpretado que la aplicación de las garantías mínimas del artículo 8.2 de la CADH se aplican a todo proceso administrativo o jurisdiccional, de carácter laboral o de otra índole, en donde se definan la titularidad o el ejercicio y alcance de derechos.

Esa interpretación amplia, evolutiva y progresiva de la Convención es consecuente con las reglas generales de interpretación del artículo 29 del tratado. La Corte ha señalado reiteradamente que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.<sup>38</sup>

33 Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 125.

34 Corte IDH, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 130.

35 Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 112.

36 Corte IDH, *Caso Montesinos Mejía Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2020. Serie C No. 398, párr. 174.

37 Ídem, nota 36, párr. 176.

38 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 193; *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 245 y *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318, párr. 245.

Durante el proceso iniciado por el Sr. Spoltore ante los tribunales del trabajo se discutieron los alcances de derechos de naturaleza laboral de una persona con discapacidad que incluían cuestiones relacionadas con los derechos a la salud, al trabajo y a la protección familiar. Es importante recordar que la enfermedad contraída en su trabajo le ocasionó una discapacidad del 70 % que le impidió durante el resto de su vida generar los ingresos económicos que su familia necesitaba para subsistir. Ese fue, sin dudas, el proceso jurisdiccional más importante de la vida de Spoltore. Por eso necesitaba y tenía derecho a una decisión justa y la única manera de acercarse a una decisión justa era con la aplicación de todas las garantías mínimas del artículo 8.2. de la CADH, entre ellas, el derecho a revisar el fallo ante un tribunal superior consagrado en el inciso h).

La Corte IDH no lo entendió así. Luego de realizar un muy esmerado análisis para explicar que los Estados deben asegurar el acceso a la justicia para reclamar por un accidente o enfermedad profesional, paradójicamente, se ocupó de limitar muy expresamente la aplicación de las garantías judiciales en ese tipo de casos.

En tercer lugar, con relación al rechazo de considerar a la familia de Spoltore como presunta víctima, corresponde mencionar que la Corte IDH no hizo más que confirmar su última jurisprudencia. Sin embargo, la jurisprudencia sobre la materia no ha sido uniforme a lo largo de la historia. De hecho en el primer caso contencioso en el que la Corte IDH tuvo oportunidad de determinar violaciones a la CADH, declaró la responsabilidad internacional de Honduras por violaciones a los artículos 4, 5, 7 en relación con el 1.1 en perjuicio de Manfredo Velásquez Rodríguez, única víctima reconocida en la sentencia de fondo.<sup>39</sup> Pero en la sentencia de reparaciones y costas, expresó que “la justa indemnización [...] comprende la reparación a los familiares de la víctima de los daños y perjuicios materiales y morales que sufrieron con motivo de la desaparición forzada de Manfredo Velásquez”.<sup>40</sup> Ello a pesar de que en el Informe de Fondo del artículo 50 del caso no se mencionan y menos aún se individualizan a los familiares directos de Velásquez Rodríguez.<sup>41</sup>

Es decir, que desde el puntapié inicial de la aplicación del procedimiento contencioso, la Corte IDH ha considerado víctimas a personas que no habían sido ni señaladas, ni individualizadas en el informe del artículo 50. Entendió que ello correspondía como derivación de las obligaciones que impone el artículo 63.1 de la CADH al determinar las reparaciones que deben ordenarse a los Estados que han vulnerado la Convención. Los cambios en estos criterios antecieron a los que fueron plasmados en el Reglamento de la Corte IDH y desde dicha consolidación, el artículo 35 del Reglamento ha sido la fundamentación de las reiteradas decisiones que deniegan la calidad de víctimas a personas no señaladas en el Informe de Fondo de la CIDH.

Resulta importante señalar lo expuesto anteriormente, porque la lectura de las diversas decisiones de rechazo con base en el Reglamento parece reflejar una jurisprudencia constante, pero definitivamente

39 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, Párr. 194.

40 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7. párr. 39.

41 CIDH. Resolución Nº 22/86, Caso 7920, Honduras. 18 de abril de 1986.

esto no es así. El cambio jurisprudencial perjudica a las víctimas no reconocidas en el Informe de Fondo de la CIDH, lo cual es más grave si se tiene en cuenta que durante casi más de veinte años de ejercicio de su competencia contenciosa la Corte IDH no dejó sin reconocimiento ni reparación a víctimas de derechos humanos por razones procesales referidas a su falta de inclusión en el informe de fondo del artículo 50.

En “Spoltore” la Corte IDH tuvo la oportunidad de volver a esa senda de protección, pues como se argumentó en el *amicus curiae* presentado por el SERPAJ, con firma del premio nobel de la paz, Adolfo Pérez Esquivel:

se observa en el presente caso que los familiares del Sr. Spoltore se han visto alterados y socavados en el derecho a la integridad personal, ello, por todos los sufrimientos provocados por la denegación de justicia sufrida, que terminó de afectar la salud de Victorio Spoltore la que día a día se fue deteriorando arrastrando a toda su familia en un estado permanente de angustia. Como consecuencia, no sólo la víctima directa, si no ya las indirectas merecen la reparación acorde al daño causado por el accionar de los funcionarios públicos del Estado argentino.

Finalmente, resta señalar que la Corte IDH omitió exigir al Estado que tomara medidas internas que eviten la repetición de la violación sufrida por Spoltore. La violación que motivó este caso no fue aislada y excepcional; fue la consecuencia de un sistema judicial que no está en condiciones de contener los reclamos presentados por los trabajadores y las trabajadoras bonaerenses, en especial aquellos relacionados con enfermedades profesionales. Es importante recordar que en su Informe de Fondo la CIDH sí había recomendado al Estado que adoptara las medidas necesarias para asegurar que los procesos judiciales de naturaleza laboral, incluyendo los que incorporen un reclamo indemnizatorio, sean resueltos oportunamente y dentro de un plazo razonable. Sin embargo, más notable aún es que el propio Estado, luego de haber recibido el Informe de Fondo, propuso realizar medidas de no repetición.<sup>42</sup>

A pesar de ello la Corte IDH no entendió necesario exigirle al Estado la adopción de este tipo de medidas. Consideramos que si lo hubiera hecho, habría contribuido a evitar que las violaciones sufridas por Spoltore sean padecidas, en el futuro, por otro trabajador o trabajadora de la Argentina.

42 Presentaciones del Estado argentino ante la CIDH de fechas 7 de febrero, 13 de abril y 10 de diciembre de 2018. Expediente N° 12.656 CIDH.

# Derecho a la educación. Violencia de género

## Corte IDH. *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405

*Por Liliana M. Ronconi<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

La sentencia de la Corte IDH que aquí comento fue el primer pronunciamiento del Tribunal sobre las obligaciones de los Estados de la región de, entre otras, garantizar entornos educativos seguros y libres de violencia. Me gustaría enfocarme en este comentario en los impactos y desafíos de esta sentencia, en especial mi enfoque será desde Argentina. Para esto, en primer lugar me referiré brevemente a los hechos del caso y los estándares desarrollados por la Corte IDH. Luego, me enfocaré en el impacto y los desafíos de la sentencia, en particular pensando en las acciones que debe desarrollar el Estado argentino para cumplir con los estándares que allí se establecieron.<sup>2</sup> Por último, estableceré algunas conclusiones.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho, abogada y profesora para la enseñanza Media y Superior en Ciencias Jurídicas (UBA). Especialista en ciencias sociales con mención en Currículum y Prácticas Escolares (FLACSO). Profesora en la Facultad de Derecho (UBA). Becaria de posdoctorado del Conicet e investigadora adscripta del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA).

<sup>2</sup> Teniendo presente la reciente sanción de la Ley de Interrupción Legal del Embarazo (Ley N° 27610) y las resistencias que aún persisten al respecto.

## 2. Hechos del caso y estándares de la sentencia

La sentencia bajo análisis se trata del primer caso sobre violencia sexual en una institución educativa conocido por la Corte IDH. Entre sus 14 y 16 años de edad Paola Guzmán Albarracín sufrió hechos de violencia sexual de parte del personal de la institución educativa estatal a la que asistía, una institución pública solo para niñas, en particular de parte del vicerrector, quien en principio le solicitó que tuviera relaciones sexuales con él como condición para pasarla de año.

Paola tuvo relaciones sexuales con el vicerrector por casi dos años e incluso las amigas manifestaron que había estado embarazada. Asimismo, se consideró que el vicerrector le solicitó que se hiciera un aborto en manos del médico del colegio, quien también le solicitó favores sexuales a Paola para realizar la práctica.

Dos días después de cumplir 16 años, y en ocasión en que su mamá fuera citada por las autoridades educativas por cuestiones distintas a la de la “relación” con el vicerrector, Paola se suicidó, ingiriendo “diablillos” (pastillas que contienen fósforo blanco). Estuvo varias horas en la sala de primeros auxilios del colegio y finalmente fue trasladada por su mamá a la clínica donde murió.

Tras la muerte de Paola, la investigación y el proceso judicial tuvieron serios retrasos e irregularidades; muchas de ellas vinculadas a estereotipos respecto del accionar de Paola y su vínculo con el vicerrector.<sup>3</sup>

Los hechos de violencia sufridos por Paola eran conocidos por el personal de la comunidad educativa, incluso por el rector, quienes no hicieron nada para protegerla. Incluso, al momento de la investigación del caso, varias compañeras de Paola manifestaron haber sido intimidadas por muchas de estas personas para proteger al vicerrector. Para la época en que sucedieron los hechos, diversos informes mostraban las altas tasas de violencia y abusos hacia niños y niñas y en particular en el ámbito educativo en Ecuador. Así, la Corte IDH consideró que “los hechos propios del caso sucedieron en un ámbito educativo público que no solo carecía de medidas de prevención de actos de violencia sexual, sino que también normalizaba tales conductas”.<sup>4</sup> De este modo, el caso de Paola no era un caso aislado, sino que se trataba de una situación estructural de violencia.

La Corte IDH consideró que, en el caso, existió una violación al derecho de la niña a una vida libre de violencia sexual en el ámbito educativo. Esto implica que las

distintas violaciones a derechos humanos aducidas se relacionan de modo tal que, al menos en parte, cada una se generó a partir de otras o es resultado de las mismas. Es decir, existe una estrecha relación entre diversos derechos humanos implicados en actos de violencia sexual y las obligaciones correlativas

3 En este sentido, se consideró el hecho como estupro y no como acoso sexual, pues se entendió que existió seducción por parte de Paola para lograr ser promovida de curso.

4 Corte IDH, *Caso Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, párr. 47.

al derecho de una mujer a una vida libre de violencia y aquellas relacionadas a la protección de niñas y niños y el derecho a la educación.<sup>5</sup>

En este derecho a la vida libre de violencia en el ámbito educativo confluyen:

a) El derecho a la integridad personal y a la vida privada (arts. 5 y 11, CADH), que implican la libertad sexual y el control del propio cuerpo. Volveré sobre este punto más adelante.

b) El derecho de toda mujer a vivir una vida libre de violencias (art. 3, Convención Belém do Pará). El concepto de “violencia” que se utiliza para el examen de la responsabilidad estatal no se limita a la violencia física, sino que comprende “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (art. 1, Convención Belém do Pará). Identificó la Corte IDH que en el caso la violencia implicó un aprovechamiento de la relación de poder por parte del vicerrector. Esta situación de poder no solo era por la diferencia de edad y por tratarse de una niña de 14 años, sino también por la posición que ocupaba el vicerrector, pues la relación se dio en el marco de las funciones propias que este ejercía: era funcionario público y, por ende, compromete directamente la responsabilidad del Estado. Además, el cargo de vicerrector implicaba una relación de confianza con las alumnas, de la cual también hubo aprovechamiento (Gauché Marchetti, 2020).

c) Las obligaciones de los Estados respecto de la adopción de medidas de protección de niños y niñas (CDN). Un rol clave en este sentido lo constituye el derecho a la educación,<sup>6</sup> que tiene una doble cara: permite evitar e identificar hechos de violencia y asimismo es una herramienta de oportunidades a futuro (Ronconi, 2018). En especial, remarca la Corte IDH la importancia de la educación sexual. Para esto toma la definición del Comité DESC y sostiene que “la Educación Sexual Integral (ESI) implica educación basada en pruebas, científicamente rigurosa y adecuada a la edad” (Comité DESC, OG N° 22) y permite el entendimiento de las relaciones sexuales y afectivas, el consentimiento y el respeto a sus derechos sexuales y reproductivos. En el caso, Paola “no contó con educación que le permitiera comprender la violencia sexual implicada en los actos que sufrió, ni con un sistema institucional que le brindara apoyo para su tratamiento o denuncia. Por el contrario, la violencia referida fue convalidada, normalizada y tolerada por la institución”.<sup>7</sup>

d) Discriminación, no solo por ser mujer, sino también por ser niña. En el caso, la Corte identificó que la especial vulnerabilidad en la que se encontraba Paola no era solo por ser mujer sino también por ser una niña. Afirmó que “el “impacto” de la “violencia sexual” en “las niñas, niños y adolescentes víctimas” puede “verse severamente agravado, por lo que podrían sufrir un trauma emocional diferen-

<sup>5</sup> Ídem, párr. 107.

<sup>6</sup> Reconocido en el art. 13 del Protocolo de San Salvador, respecto del cual la Corte IDH ya ha manifestado su competencia en el *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2015.

<sup>7</sup> Ídem, nota 4, párr. 140.

ciado de los adultos, y un impacto sumamente profundo, en particular cuando el agresor mantiene un vínculo de confianza y autoridad con la víctima”.<sup>8</sup>

Todo esto conlleva a la obligación de los Estados de proteger a las niñas y adolescentes contra la violencia sexual en el ámbito escolar y de crear entornos educativos seguros. Dado que los niños y niñas suelen tener más probabilidades de sufrir actos de violencia, coacción y discriminación, los Estados deben: 1) establecer acciones para vigilar o monitorear la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y desarrollar políticas para su prevención, y 2) crear mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos puedan ser denunciados, investigados y sancionados.<sup>9</sup>

También se consideró la violación del *derecho a la vida (existencia digna)*<sup>10</sup> de Paola. Sostuvo la Corte IDH que el Estado no solo no adoptó acciones para protegerla, sino que directamente irrespetó sus derechos, tanto por los actos directos de violencia sexual como también por la tolerancia al respecto por parte de la institución educativa a la que asistía.

La violencia sexual generó un grave sufrimiento en Paola que se hizo evidente a partir de su suicidio. Las agresiones directas a los derechos de la niña y la tolerancia institucional respecto de las mismas generaron evidentes consecuencias perjudiciales en ella.<sup>11</sup> Además, luego de que las autoridades estatales escolares tomaron conocimiento del riesgo concreto a la vida de Paola por la ingesta de veneno, la conducta del Estado no fue diligente para procurar salvar su vida. Paola solo fue llevada a la enfermería, donde no recibió tratamiento alguno y fue obligada a “pedir perdón a Dios”. Fueron las compañeras de Paola quienes llamaron a la madre, quien logró llegar cerca de treinta minutos después y la llevó a un hospital, donde falleció al día siguiente. Así, entiende la Corte que el accionar de las autoridades del colegio no resultó diligente, omitiendo cumplir el deber de auxiliar a una persona sobre la cual tenían obligación de garantizar sus derechos. Así, es claro que el Estado no actuó con la diligencia debida para garantizar el derecho a la vida de la niña.

Por último, se consideró la *violación a las garantías judiciales y a la protección judicial*. En este punto la Corte IDH consideró: a) la violación del plazo razonable de la investigación, b) el uso de estereotipos de género, y c) el proceso judicial civil de reparación del daño. Me enfocaré en la cuestión de los estereotipos.

Los estereotipos implican una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir, haciendo innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro (Cook y Cusack, 2009).

---

8 Ídem, nota 4, párr. 141.

9 Ídem, nota 4, párr. 120.

10 Al respecto, ver Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63 y Beloff y Clérico (2014).

11 Ídem, nota 4, párr. 157.



Los estereotipos pueden ser de dos tipos: por los roles que implican o por las características del sujeto, estos se retroalimentan y no siempre somos conscientes de ellos. Sostuvo la Corte IDH que la justicia penal de Ecuador abordó el juzgamiento de la muerte y la violencia sexual contra Paola en el marco de un régimen jurídico discriminatorio en cuanto al género, y plagado de estereotipos y prejuicios, en forma contraria a lo que dispone la Convención de Belém do Pará.

En este sentido, por ejemplo, en la decisión de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil se consideró que no hubo delito de acoso sexual, pues no fue el vicerrector quién “persiguió” a Paola, sino que fue ella quien requirió sus “favores docentes”, siendo ello el “principio de la seducción”. La misma decisión entendió que la conducta del vicerrector configuraba “estupro”, y al explicar esto señaló que en ese delito la seducción se dirige a “alcanzar el consentimiento y lograr la cópula carnal, con mujer honesta”.<sup>12</sup> Existe un análisis sesgado en varios sentidos. En primer lugar, haciendo responsable a Paola, una niña, de actos de seducción que provocaron al vicerrector. De esta manera, no se analiza la responsabilidad del victimario ni se analiza el hecho como delito de acoso sexual. Además, se cuestiona la honestidad de Paola, su conducta previa que no era la que se esperaba de una “mujer honesta”.

### 3. Sobre el impacto y desafíos

Respecto de las instituciones educativas, la Corte IDH *establece la obligación de crear entornos educativos seguros*. Este es, sin duda, un eje medular de la sentencia. La pregunta que sigue es entonces, ¿qué implica crear entornos educativos seguros? ¿Qué entendemos por violencia?

El caso de Paola es a todas luces grave, gravísimo. Sin embargo, es necesario entender que en general en las escuelas, universidades y otras instituciones educativas la violencia aparece mucho más invisibilizada. Existe lo que llamo una “atmósfera de violencia” (Ronconi, 2020). De esta manera podemos ver casos de violencia extrema y explícita como de la que fue víctima Paola –aun cuando ella no pudo manifestar ni informar tales situaciones–.

Sin embargo, existen otras situaciones más transversales y diluidas que son “normalizadas” en el ámbito educativo. Por ejemplo, la forma en que se brinda (o no) la voz a las mujeres en las aulas, los casos e imágenes que se usan (INADI, 2014; MPF, 2020), el uso del lenguaje inclusivo, entre otras. Esto es lo que en educación se conoce como *currículum oculto*, aquellas enseñanzas que se transfieren en la escuela pero que no se “dicen”, que no aparecen explícitas pero están. Este currículum oculto puede tener un alto impacto en la comprensión de una vida libre de violencia hacia las mujeres y otras diversidades. A modo de referencia, si los ejemplos que se utilizan en clase siempre vinculan a mujeres con roles maternos, si las familias son estereotipadas en la forma “clásica”, si el varón sigue siendo visto como proveedor o quien tiene el monopolio de la fuerza, esto tiene un impacto en la enseñanza y genera contextos de violencia no física sino simbólica, de falta de reconocimiento en términos de Fraser (2006).

<sup>12</sup> Ídem, nota 4, párr. 190.

En este sentido, la enseñanza no está libre aún de estereotipos sexistas, que naturalizan una sociedad no igualitaria. De esta manera, la educación produce y reproduce estereotipos. Cuando hablamos de violencia no solo debemos enfocarnos en la violencia física, extrema como la que sufrió Paola; sino también en esta violencia simbólica que aparece mucho más invisibilizada, naturalizada, normalizada, difícil de identificar y percibir (y también, como en el caso de Paola, de “poner en palabras”).

TIPOS DE VIOLENCIA	Micro	Macro
VIOLENCIAS INDIVIDUALES	Ej.: No dar la palabra a una determinada estudiante	Ej.: Caso Paola
VIOLENCIAS ESTRUCTURALES	Ej.: Manuales de educación	Ej.: Contexto caso Paola

También estableció la Corte IDH *la obligación de que existan mecanismos sencillos de denuncia (protocolos) de situaciones de violencia* en diversos espacios. Debe tenerse presente que desde hace unos años han proliferado protocolos para realizar denuncias en instituciones educativas en casos de violencia. Solo quiero marcar aquí una advertencia respecto de este tipo de herramientas, vinculada a su efecto reparador (en algunos casos), pero no transformador. Estas medidas representan una respuesta individual al caso concreto, pero no modifican la situación más estructural de violencia, en especial de aquella que es normalizada. Además, llegan tarde, en general cuando la situación de violencia ya se ha vuelto intolerable. De esta manera, este tipo de herramienta por sí sola no cumple con la obligación de garantizar entornos educativos seguros.

Por otro lado, la Corte IDH *remarca la importancia de la educación sexual*. En este punto menciona algunos ejemplos de países que han avanzado en materia de ESI, entre ellos, Argentina. Sin embargo, parece relevante señalar algunas cuestiones respecto de la ESI en nuestro país.

En Argentina, el 4 de octubre de 2006 se sancionó la Ley de Educación Sexual Integral, que tiene como objetivo garantizar la ESI de todos/as los/as niños, niñas y adolescentes en establecimientos educativos públicos, de gestión estatal y privada. Define la educación sexual integral como aquella que articula aspectos biológicos, psicológicos, sociales, afectivos y éticos. Asimismo, establece que son objetivos de la ley “promover actitudes responsables ante la sexualidad”, “prevenir los problemas relacionados con la salud” y “procurar igualdad de trato y oportunidades para varones y mujeres”.

Las actividades buscan reconocer y reflexionar sobre “situaciones de violencia en las relaciones interpersonales, específicamente afectivas y sexuales”; y dar a conocer “los derechos de las diversidades sexuales y de la responsabilidad del Estado frente a situaciones de discriminación y violación de derechos”.

Sin embargo, es posible identificar algunos problemas:

a) A pesar de que la Ley se sancionó hace más de diez años, no todas las provincias han adherido a ella o han sancionado una norma similar, con lo cual la situación es diferente en cada una. Queda aún un largo camino por recorrer para universalizar la enseñanza de la ESI en el país.<sup>13</sup>

b) El artículo 5 dispone que “Cada comunidad educativa incluirá en el proceso de elaboración de su proyecto institucional, la adaptación de las propuestas a su realidad sociocultural, en el marco del respeto a su ideario institucional y a las convicciones de sus miembros”. Como consecuencia de esto, los contenidos a enseñar han sido limitados/eliminados o se enseña educación sexual de una manera biologicista, moralista o prohibicionista. Los establecimientos, en particular los privados confesionales, han adaptado la ESI a una forma de enseñanza que no se corresponde con el espíritu de la norma ni con lo que el principio de autonomía y el derecho a la educación imponen. Además, la enseñanza de la educación sexual está muy enfocada en las mujeres y diversidades. Sin embargo, es también necesario incorporar perspectivas de nuevas masculinidades con enfoques que interpelen y convoquen también a los varones cisgénero (Biondi y Petrone, 2020).

c) Los adultos y las adultas responsables se oponen a otro tipo de educación sexual para sus hijos/as, oposición fundada en el derecho de elegir la educación de sus hijos/as. Creo que es necesario profundizar el debate respecto de los límites a este “derecho de los padres de elegir la educación de sus hijos” (art. 13.3, PIDESC).

d) Otro aspecto relevante para analizar el impacto y efectivo cumplimiento de la Ley de ESI es el presupuestario: de las veinticuatro provincias alcanzadas por el Programa Nacional hubo cuatro que en el año 2019 no ejecutaron ni un peso del presupuesto asignado para ESI (Biondi y Petrone, 2020). En este sentido, debe tenerse presente que quienes se oponían a la legalización del aborto, han sostenido que la educación sexual es la herramienta adecuada para evitar embarazos no deseados. No obstante, también se han opuesto a ciertas modificaciones a la ley (como por ejemplo, la del art. 5),<sup>14</sup> y al momento de sancionar el presupuesto, los recursos que se destinan a ESI han bajado incluso después del 2018.<sup>15</sup>

También es posible identificar otros problemas que hacen que la plena vigencia de la ESI requiera aún de un accionar robusto del Estado, como la falta de información (sobre personal capacitado, mediciones sobre el impacto de la ESI, entre otros) y que la mayoría de las docentes son mujeres (con lo cual la formación en ESI, su abordaje, etc. implica una mayor carga de trabajo), lo que no es un dato menor si tenemos en cuenta la desvalorización del trabajo, incluso en términos económicos.

13 Al respecto, ver: <https://economiafeminista.com/por-que-les-adolescentes-argentinos-tienen-que-auto-educarse-un-panorama-de-la-educacion-sexual-integral-en-la-argentina/>

14 Al respecto, ver: <https://www.eldestapeweb.com/politica/congreso/los-diputados-celestes-que-se-opusieron-al-aborto-legal-tambien-estuvieron-en-contra-de-la-ley-de-educacion-sexual-2020121121320>. Sobre la reforma de la Ley de Educación Sexual, ver Ronconi (2021).

15 En el 2018 se llevó a cabo un debate sobre el proyecto de ley de interrupción voluntaria del embarazo. El proyecto fue aprobado en la Cámara de Diputados, pero rechazado en la Cámara de Senadores. Entre otros argumentos se sostuvo que para evitar embarazos alcanzaba con ampliar la educación sexual. Sobre el presupuesto para la implementación de la ESI, ver: <https://www.perfil.com/noticias/equipo-de-investigacion/educacion-sexual-integral-bajo-presupuesto-para-llevarla-a-cabo.phtml>

Por último, me gustaría referirme a la obligación de los Estados de eliminar *estereotipos en resoluciones judiciales* (*¿administrativas?*) y la *obligación de capacitación a funcionarios públicos* establecida por la Corte IDH. En este punto, Argentina ha dado un gran avance desde la sanción en el año 2018 de la Ley Micaela. Esta norma establece la capacitación obligatoria en género y violencia de género para todas las personas que se desempeñan en la función pública, en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.<sup>16</sup> Esta ley recibió adhesiones por diversas provincias, universidades y otros organismos, con lo cual también en muchos casos están obligados a realizar estas capacitaciones funcionarios y funcionarias provinciales. Sin embargo, la aplicación y puesta en práctica de esta ley no está ajena a conflictos y creo que es necesario reforzar su impacto a fin de que no se convierta en un curso más. Por el contrario, la eliminación de los estereotipos de género requiere además tener en consideración la perspectiva de género, por ejemplo, al momento de las evaluaciones para cargos en el Poder Judicial, entre otras.

#### 4. Para cerrar

No es posible cerrar este comentario sin mencionar que la sentencia de la Corte IDH llegó en un momento muy particular. La pandemia del COVID-19 impuso que casi la totalidad de las escuelas de la región permanezcan cerradas por un período aún incierto, lo que llevó, en el mejor de los casos, al dictado de clases en forma remota. De esta manera, se modificó el “contexto educativo”. En ciertos casos la virtualidad impuso el uso de plataformas que requerían, también, convertirse en entornos seguros (en lo relativo, por ejemplo, al uso de cámaras/imágenes). Así, las nuevas tecnologías entraron por la puerta grande al sistema educativo sin necesariamente reflexionar o que existan pautas claras sobre su impacto.

En otros casos, la educación desapareció, pues no se pudo garantizar para amplios sectores de la población. En este sentido, la educación en general y la ESI en particular tienen un gran potencial desde una doble cara: por un lado, permite identificar situaciones de abuso y violencia y, por otro, es la llave para hacer efectivos otros derechos, en especial, la autonomía. Me parece relevante marcar este punto de conexión. Las altas tasas de embarazo adolescente en la región muestran una ausencia muy grande de educación sexual que permita conocer, indagar, preguntar, por ejemplo, formas de evitar embarazos no deseados (en especial en adolescentes) pero también es necesario pensar la ESI como una herramienta emancipadora que permitirá mostrar otros planes de vida. Las mencionadas tasas se deben no solo a falta de ESI sino también a falta de oportunidades. El contexto nos exige entonces reforzar y repensar no solo la ESI sino la educación en general y atender no solo al currículum explícito sino también al currículum oculto.

<sup>16</sup> Argentina, Ley N° 27499. Se llama así en conmemoración de Micaela García, una joven de 21 años que fue víctima de femicidio. Esta norma en realidad recepta una obligación que había asumido el Estado argentino (por ejemplo, art. 5 de la CEDAW).

## Referencias bibliográficas

- Beloff, M. y Clérico, L. (2014). Derecho a condiciones de existencia digna y situación de vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, (145). Recuperado de [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/145](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/145)
- Biondi, A. y Petrone, L. (2020). *La batalla cultural: El rol de la ESI en la deconstrucción de las normas sociales de género*. Buenos Aires: CIPPEC. Recuperado de <https://www.cippec.org/publicacion/la-batalla-cultural/>
- Comité DESC, Observación General N° 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- Cook, R. J. y Cusack, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.
- Fraser, N. (2006). La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación. En N. Fraser y A. Honneth, *¿Redistribución o reconocimiento?* Madrid: Ediciones Morata.
- Gauché Marchetti, X. (2020). De la violencia sexual a niñas y adolescentes en la escuela y la Corte IDH. Recuperado de <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/de-la-violencia-sexual-a-ninas-y-adolescentes-en-la-escuela-y-la-corte-idh>
- INADI (2014). *Análisis de textos escolares desde una perspectiva de Derechos Humanos. Por una educación inclusiva y no discriminatoria*. Buenos Aires: INADI. Recuperado de <http://inadi.gob.ar/contenidos-digitales/producto/analisis-de-libros-escolares-desde-una-perspectiva-de-derechos-humanos/>
- Ministerio Público Fiscal, Dirección General de Políticas de Género (2020). *Herramientas para abordar temas de género en el ámbito educativo. Material teórico y práctico*. Recuperado de <https://www.mpf.gob.ar/direccion-general-de-politicas-de-genero/files/2020/08/Herramientas-para-abordar-temas-de-genero-en-el-ambito-educativo.pdf>
- Ronconi, L. (2018). *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- (2020). La violencia de género en las universidades. Análisis de las respuestas institucionales en la Facultad de Derecho de la UBA. ¿Hacia un cambio de mirada? En I. Jaramillo Sierra y L. Buchely Ibarra, *Perspectivas de género en la educación superior: una mirada latinoamericana*. Bogotá: Red ALAS/ICESI. Recuperado de <https://www.icesi.edu.co/editorial/perspectivas-de-genero/>
- (2021). Autonomía y Educación: Herramientas para la defensa de la Educación Sexual Integral. En S. Álvarez, J. Iosa y R. Gargarella (coords.), *El artículo 19 de la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni (en prensa).



# Destitución de magistrados. Libertad de expresión

Corte IDH. *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409

*Por Javier Cruz Angulo Nobara y José Antonio Caballero Juárez<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

La imagen del juez como una persona alejada de la sociedad es característica del paradigma que orienta el funcionamiento de la justicia desde hace más de 500 años. Los jueces aparecen como personas solemnes, intachables y alejadas del mundo, que aguardan pacientemente para resolver los conflictos que se les plantean. El halo monacal parece connatural a la función jurisdiccional. Dentro de esos deberes también se encontraba el de ser discretos. Jerónimo Castillo de Bobadilla en su clásica obra sobre la justicia señala lo siguiente en cuanto a los juzgadores (corregidores): “Tampoco el Corregidor ha de fer hablador, ni jactanciofo, porque con el mucho hablar fe envilece y causa pecado, y con loares a fi mifmo, pierde la honra de lo que bien haze...”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Javier Cruz Angulo obtuvo su licenciatura y doctorado en la Universidad Nacional Autónoma de México. Participó en el grupo redactor del Código Nacional de Procedimientos Penales de México. Es profesor de Derecho Procesal Constitucional y de Proceso Penal. José Antonio Caballero obtuvo su licenciatura en la Universidad Nacional Autónoma de México. Tiene una maestría por la Universidad de Stanford y el doctorado por la Universidad de Navarra. Ha participado en proyectos de reforma constitucional y en la redacción de leyes. Ha participado en proyectos de litigio de interés público desde hace más de diez años. Es coautor del libro blanco de la reforma judicial para México. Es profesor de Análisis Jurídico, Proceso Penal y Proceso Constitucional en la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas, Ciudad de México. Los autores, junto con Fabián Sánchez Matus, representaron al juez Daniel Urrutia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Castillo de Bobadilla, J. (1704). *Política para corregidores, y señores de vasallos, en tiempo de paz, y de guerra, y para jueces eclesiásticos y seglares: tomo primero / autor el licenciado Castillo de Bobadilla*, edición de 1640,

Esta imagen se ha repetido con pocas variantes en el transcurrir de los siglos. Aparentemente, la imagen busca salvaguardar la dignidad de la justicia, la confianza en el proceso jurisdiccional y la integridad de los jueces. Pero también, en buena medida, esta imagen se enfoca en garantizar la legitimidad e imparcialidad de los juzgadores frente a las tensiones naturales del proceso jurisdiccional. Blindarlos frente a los cuestionamientos que eventualmente enfrentarán cuando tomen una decisión sobre el caso que ha sido sometido a su consideración.<sup>3</sup>

La práctica judicial ha recibido, sin cuestionar, muchas de las normas y regulaciones tradicionales sobre los deberes y la conducta de los juzgadores. Una revisión rápida a diversos documentos éticos y normativos que rigen la actividad de los jueces nos muestran con toda claridad esta conexión. Por ello, podemos afirmar que, en buena medida, la búsqueda de la imparcialidad parece un elemento fundamental para la legitimación del modelo judicial tradicional y el contemporáneo.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial recoge esta tradición.<sup>4</sup> Su articulado refleja la imagen de juzgadores ajenos a cualquier tipo de influencia (artículo 3º), jueces que se mantienen ajenos a las actividades políticas (artículo 4º), moderación y prudencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (artículo 8º), e integridad para no comportarse de una manera que un observador razonable considere gravemente atentatoria contra los valores y sentimientos predominantes en la sociedad en la que presta su función.

En el marco del Estado constitucional contemporáneo, los deberes *ex officio* de los jueces aparecen acompañados de las garantías judiciales. Se trata de una serie de protecciones que buscan salvaguardar su independencia y autonomía.<sup>5</sup> En estos casos, lo que se busca es generar condiciones que permitan que los jueces puedan realizar sus funciones sin que factores externos los distraigan de su labor. Las garantías judiciales tienen que hacer guardar el balance entre la necesidad de asegurar que los juzgadores puedan realizar su trabajo sin interferencias ilegítimas y la de asegurar que los juzgadores que no tienen un comportamiento adecuado en el ejercicio de sus funciones sean disciplinados y, en su caso, separados del cargo.

Los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura de las Naciones Unidas detallan lo que podríamos denominar el conjunto estándar de las garantías judiciales.<sup>6</sup> Las garantías judicia-

---

reimpresa en Ambres, Iuan Bautista Verdussen, Libro I, capítulo 3, párrafo 33. Recuperado de <https://bvpb.mcu.es/es/consulta/registro.do?id=424702> (consultada el 6 de mayo de 2020).

3 Shapiro deconstruye el proceso jurisdiccional y la estructura judicial para identificar las tensiones que alimentan la operación del modelo y su permanente búsqueda de consenso. En esta explicación, la imagen de la independencia judicial juega un papel relevante. Shapiro, M. (1981). *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago: The University of Chicago Press.

4 Cumbre Judicial Iberoamericana (2014). Código Iberoamericano de Ética Judicial, Reformado el 2 de abril de 2014 en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, Santiago, Chile.

5 La independencia se entiende como la condición en la que un Poder Judicial como institución y los jueces que pertenecen a la misma se encuentran libres de intervenciones externas que buscan influir en el sentido de sus decisiones. En el caso de la autonomía, también conocida como independencia interna, busca proteger a los jueces de influencias internas. Es decir, de aquellas que provienen del entorno judicial. Esta cuestión es abordada en el voto concurrente del juez Pazmiño Freire en el Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile.

6 Organización de las Naciones Unidas (1985). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*, Asamblea General de las Naciones Unidas, resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.



les desarrollan diversos lineamientos que tienen como propósito brindar protección a los juzgadores desde su ingreso a la carrera judicial hasta su retiro. Uno de los aspectos más complejos en materia de garantías judiciales es el de la disciplina judicial. La regulación de la disciplina judicial busca hacer compatibles los principios que buscan garantizar independencia y autonomía a los juzgadores para emitir sus fallos con la necesidad de asegurar que tengan un desempeño y un comportamiento adecuado en el ejercicio de sus funciones y, en general, como integrantes de un Poder Judicial.

Dados los objetivos de la disciplina judicial, su ejercicio a cargo de los órganos de gobierno judicial suele ocasionar la aparición de tensiones con la autonomía de los jueces, pero también genera tensiones en cuanto a los alcances y naturaleza de los deberes y de la conducta que se espera de los juzgadores. Las tensiones se producen en dos ámbitos muy visibles. El primero es el debido proceso;<sup>7</sup> es decir, la forma en la que se inician los procesos disciplinarios en contra de los jueces, las reglas que los rigen y, en general, la equidad de los procesos. El segundo tiene que ver con los alcances de los deberes y la conducta que se espera de los jueces. Estas cuestiones se expresan típicamente mediante principios generales y no se encuentran desarrollados en reglas, salvo para cuestiones muy concretas. Pero incluso en estos casos, las reglas existentes pueden dar lugar a una alta subjetividad para decidir cuándo es conveniente iniciar procesos disciplinarios con motivo de su posible violación.

El caso del juez Daniel Urrutia Laubreaux es particularmente relevante para la anterior discusión porque involucra ambos tipos de tensión en un procedimiento disciplinario donde existen múltiples problemas de debido proceso. Junto a este procedimiento, existen otros, una decena, en los que no existen parámetros claros para iniciarlos, no hay tiempos de tramitación definidos y no existen garantías adecuadas para una debida defensa, como detallaremos más adelante. Pero la historia del juez Urrutia también involucra preguntas importantes sobre los alcances y la forma en la que deben interpretarse los deberes y la conducta esperada de los jueces. Al respecto, argumentamos que la postura tradicional que fue recibida por el Estado constitucional y por los documentos internacionales de derechos humanos no puede interpretarse con los parámetros del pasado, sino que tiene que leerse a la luz de una sociedad plural. La sociedad contemporánea en donde la libre manifestación de las ideas constituye una pieza fundamental para su articulación.

El caso del juez Urrutia empieza como un problema relacionado con el uso de su libertad de expresión para cuestionar hechos del pasado. Sin embargo, con el paso del tiempo, se transforma en una serie de cuestionamientos sobre los alcances de la libertad de expresión y, en general, la conducta de un juez comprometido con los valores del Estado constitucional contemporáneo y su aparente incompatibilidad con la función jurisdiccional. Estas cuestiones distan mucho de ser anecdóticas. En realidad, con distintos matices, pueden ser razonablemente representativas del tipo de problemas que enfrentan los jueces en la región. La jurisprudencia de la Corte IDH, así lo confirma.

<sup>7</sup> CIDH, *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II., Doc 44, 5 de diciembre de 2013, párr. 187.

Para abordar la problemática antes referida, empezaremos por exponer brevemente algunos hechos en torno al caso. No haremos un recuento pormenorizado porque esto ya está disponible en la documentación sobre el caso ante la Corte IDH. A continuación, analizaremos el tema de la libertad de expresión y la función jurisdiccional a propósito del caso. En tercer lugar, nos ocuparemos de los procesos disciplinarios y el debido proceso. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones.

## 2. Los hechos del caso

En 2004 el juez Urrutia envió a la Corte Suprema de Justicia de Chile el trabajo que escribió para completar el Diplomado en Derechos Humanos y Procesos de Democratización que cursó con la autorización del Poder Judicial chileno. El trabajo hacía críticas al rol del Poder Judicial de Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet. La posición crítica no cayó bien entre muchos jueces de la Corte, quienes decidieron enviarlo al Tribunal de la Serena, instancia superior al juez Urrutia, para que se le instruyera un procedimiento disciplinario. El Tribunal de la Serena instruyó el procedimiento disciplinario en cuestión y decidió sancionar al juez Urrutia por el contenido de su trabajo. El juez apeló la sanción y la Corte Suprema decidió modificar la resolución para sancionarlo con la mínima establecida por el Código Orgánico de Tribunales.

Por ello, el juez Urrutia presentó una denuncia ante la CIDH. Mientras trascurría el procedimiento de admisibilidad, fue sometido a múltiples procedimientos disciplinarios.<sup>8</sup> Así, por mencionar algunos procesos, en 2006 se le inició un proceso por una visita extraordinaria que realizó a la cárcel de Santiago con motivo de una denuncia. En ella, encontró que las condiciones de reclusión de las personas que estaban privadas de la libertad eran mucho menos que óptimas. Había más de cien reclusos que dormían a la intemperie en pleno invierno. El proceso se inició para determinar si el juez tenía atribuciones para realizar la visita. Duró un año y medio y concluyó con su absolución. En 2013 fue procesado disciplinariamente por haber ordenado a la autoridad electoral que garantizara el derecho al voto de las personas que estaban en prisión preventiva, sin que se lo hubiera notificado aún de la conclusión de este proceso. En 2015 se le abrió un procedimiento por presuntos malos tratos al personal del juzgado, en el que fue sobreseído a solicitud del fiscal. En el último año se han abierto dos procedimientos disciplinarios adicionales, con los que suma doce procedimientos disciplinarios entre 2005 y 2021. Si consideramos que el juez Urrutia no estuvo activo en la función jurisdiccional durante cuatro de esos dieciséis años, se le ha iniciado un procedimiento disciplinario por año en este lapso. Adicionalmente, se inició procedimiento disciplinario por la autorización emitida por el juez Urrutia para que reclusas adolescentes pudieran realizar visitas intrapenitenciarias a sus parejas y familiares. El juez argumentó que la orden era conforme a la normativa que protege los derechos de las personas en reclusión y en especial de las adolescentes. Señaló también que este tipo de autorizaciones son frecuentes. La fiscalía solicitó el sobreseimiento del caso. La instancia judicial a cargo del caso demoró

8 El informe de fondo de la CIDH detalla los procesos que se abrieron entre 2006 y 2013. CIDH, Informe No. 21/18, Informe de Fondo, Daniel Urrutia Laubreaux, Chile, 24 de febrero de 2018.

injustificadamente acordar sobre el sobreseimiento. En otra ocasión se cuestionó una decisión del juez Urrutia tomada en audiencia que involucró la libertad de 70 integrantes de la Asociación Nacional de Deudores Habitacionales. La medida fue revocada por la instancia superior que solicitó el inicio de procedimiento disciplinario. De igual manera, se inició una investigación penal por prevaricación en contra del juez Urrutia. La fiscalía ha decidido sobreseer la investigación penal y recomendó el sobreseimiento del procedimiento disciplinario. La superioridad encargada de la instrucción del procedimiento disciplinario nuevamente demoró acordar dicha solicitud. Cabe señalar también que el proceso contra las 70 personas terminó con la absolución de los encausados en sentencia dictada por otro juez con argumentos análogos a los utilizados por Urrutia.

Los procedimientos antes narrados son solo ejemplos de la amplitud de hipótesis que pueden generar una causa administrativa en contra de un juzgador, y la falta de garantías judiciales a favor de los propios juzgadores. La violación al debido proceso en contra de quien lo tutela es una de las grandes paradojas del caso “Urrutia”. Insistimos, este tipo de violaciones afectan a muchos juzgadores en la región.

### 3. Libertad de expresión y función judicial

La libertad de expresión tiene diversas dimensiones según la persona que la ejerce. Una ciudadana puede expresarse con mucha más libertad que la jefa de un gobierno. El límite para aquella sería la afectación a terceros o a la sociedad bajo un parámetro muy abierto. En el caso de la jefa de gobierno, el límite se establece al distinguir su comunicación como funcionaria pública de sus expresiones como ciudadana que no ejerce función pública alguna mientras se comunica. Pero incluso en este caso puede haber restricciones. Otro caso pueden ser los periodistas, quienes cuentan con un parámetro especial de protección, toda vez que la difusión de información *per se* cumple con una función pública en una sociedad democrática. Para los abogados, puede haber restricciones en función de sus deberes profesionales. Así, hay opiniones que establecen que sus expresiones sobre lo ocurrido en los tribunales no gozan de un derecho absoluto a la libertad de expresión.<sup>9</sup>

En el caso de los jueces, la situación es semejante. Incluso más compleja. Se espera que sean discretos, que no muestren inclinación por partidos políticos y que, en general, emitan pocas opiniones públicas, que no estén directamente relacionadas con sus sentencias.<sup>10</sup>

En el *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*, la cuestión sobre la libertad de expresión de los jueces aparece de nuevo en el SIDH y nos obliga a revisar el paradigma de la conducta y la libertad de expresión existente en muchos documentos que describen la función jurisdiccional.

En 1748 Montesquieu escribía la siguiente frase: “los jueces de la Nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, son seres inanimados que ni pueden moderar la fuerza ni el rigor de

<sup>9</sup> Tarkington M. (2010). A Free Speech to Impugn Judicial Integrity in Court Proceedings. *Boston College Law Review*, 51, 363.

<sup>10</sup> Smolla, R. A. (2015). Regulating the Speech of Judges and Lawyers: The First Amendment and the Soul of the Profession. *Florida Law Review*, 66, Issue 3, 961.

las leyes...”.<sup>11</sup> La cita refleja con toda claridad la necesidad de transformar al juez con amplio arbitrio judicial hacia la modernidad a la luz de los ideales que alimentaron la Revolución Francesa.

Sin embargo, los jueces, aquellos monjes descritos por la tradición medieval, no adquirirían nuevas atribuciones con la llegada de la Revolución. Por el contrario, su expresión se limitaba todavía más. Su papel estaba acotado a convertirlos en la boca de la ley. En este esquema los jueces parecen desvincularse de su condición humana para convertirse en meros aplicadores de la ley. Claramente estamos en una época de transición repleta de optimismo. Poco después de que Montesquieu hiciera estas caracterizaciones, los codificadores destacaban las bondades de sus obras y presumían que sus trabajos permitirían simplificar el funcionamiento del derecho y generar certeza. Desde luego que esta retórica veía con escepticismo la existencia de jueces activos en las interpretaciones judiciales. Así, la crítica al arbitrio judicial se insertaba como un elemento en el esquema clásico de la división de poderes. La imagen de un juez sin voz propia, que solo puede hablar para aplicar la norma jurídica en el caso concreto son las que alimentan al modelo. Ese panorama irradiaría sobre la expectativa del comportamiento de los jueces en una democracia en los siglos que vendrían, hasta llegar a la imagen de un juez con un tipo de voto de silencio, un operador de la justicia que no podía alzar la voz en las cosas públicas. La doctrina más tradicional impone varios frenos al juez/ciudadano para poder expresarse sobre asuntos políticos y ciertos asuntos públicos.<sup>12</sup>

En la configuración contemporánea del Estado los jueces son reconocidos como funcionarios públicos. Por esa sola razón están sujetos a las restricciones que se estiman apropiadas para todas las personas que ejercen una función pública. Entre ellas, aquellas que limitan su libertad de expresión. Las razones que alimentan estas restricciones para el caso de los jueces están estrechamente relacionadas con la ideología que los subordina a la ley. Pero también existen fundamentos válidos cuando se identifica la discreción con la construcción de la legitimidad de la función jurisdiccional.

Estas cuestiones pudieron permanecer sin grandes aspavientos por algunos siglos adicionales. Sin embargo, el fenómeno conocido como la expansión del Poder Judicial ha tenido como resultado que los juzgadores no solo tengan capacidad para decidir asuntos que nada más involucran a los particulares, sino que también se han convertido en verdaderos árbitros en los conflictos entre los poderes del Estado.<sup>13</sup> Así las cosas, cuando sus opiniones pueden adelantar el sentido de una sentencia que vinculará a un ciudadano u órgano de gobierno en el futuro, se pide prudencia judicial en cuanto a las expresiones. Aquí, tenemos que distinguir: (i) al juez en el ejercicio de sus funciones que se expresa; (ii) el juez/ciudadano impartiendo clase en una universidad; y (iii) el ciudadano/juez hablando de las cosas públicas en redes sociales o en un medio de comunicación.<sup>14</sup> Cada una de estas hipótesis tiene límites y ámbitos distintos, aunque la regla más tradicional es que el juez debe mantenerse con un voto de silencio. En las restricciones específicas sobre jueces se dice que el control del discurso judicial

11 Montesquieu (2005). *Del Espíritu de las Leyes*. México: Porrúa, p. 151.

12 Ídem, nota 9.

13 La obra que acuñó la expresión de la expansión del Poder Judicial es: Tate, Neal C. y Torbjorn Vallinder (1997). *The Global Expansion of Judicial Power*. Nueva York: New York University Press.

14 Smolla (2015) reflexiona sobre estas cuestiones. Ídem, nota 10.

tutela la imparcialidad y la independencia judicial, el Estado de derecho; preserva la legitimidad y la confianza en el sistema legal y la dignidad de la profesión.<sup>15</sup> Nótese que los valores antes enunciados son conceptos muy amplios, y que a la hora de su aplicación en casos concretos van a caer en zonas grises o en los llamados casos difíciles. Por ejemplo, ¿qué tipo de crítica de un juez hacia el Poder Judicial ofende la dignidad de ese poder?<sup>16</sup> Un juez que preside audiencia en pantalones cortos y en tenis ¿por qué afectaría la confianza en el sistema de administración de justicia? Estas preguntas son algunos de los retos prácticos que surgen cuando los valores jurídicos tienen que aterrizar en la vida real. La idea del juez monje o con un voto de silencio nos invita a pensar que a mayor solemnidad, será mayor el respeto por la judicatura o por la función judicial. La inercia de esta línea de pensamiento limitó por muchos años las libertades de los juzgadores. Sin embargo, las crisis constitucionales, los cambios sociales y las irregularidades en una democracia llaman a todos los ciudadanos a debatir. En efecto, las anomalías democráticas, las dictaduras, la simulación de ordenes democráticos hicieron que los jueces participaran en las cosas públicas desde su rol como protectores del ciudadano de la arbitrariedad y como ciudadanos criticando el autoritarismo o la dictadura. En principio, el centro del debate estuvo en el juez como servidor público. Ahora está el juez como ciudadano frente a la arbitrariedad política o las irregularidades democráticas.

En el año 2019 el Relator Especial de la ONU sobre la independencia de magistrados y abogados señaló que

Se reconoce cada vez más que los jueces y fiscales están facultados para ejercer los derechos a la libertad de expresión [...] así como los derechos políticos, en pie de igualdad con las demás personas. No obstante, también está claro que el ejercicio de esos derechos puede estar sujeto a restricciones concretas con el fin de salvaguardar la dignidad de su cargo y, en el caso de los jueces, la independencia e imparcialidad de los tribunales y cortes de justicia.<sup>17</sup>

Como se puede ver, la regla que veía a los jueces como un tipo de monje está cambiando en estos días, por lo cual el ciudadano/juez debería estar más activo y participativo en cualquier sociedad donde el poder político se desborde. Quienes se ocupan de la función jurisdiccional parecen tener una responsabilidad especial frente a su sociedad en momentos de crisis. Como ya se dijo, la raíz del cambio vino de la participación de los jueces en contra de las irregularidades democráticas, lo cual generó un círculo muy extraño. Cuando el juez detiene la arbitrariedad es atacado por los políticos que no en-

<sup>15</sup> Ídem, nota 14.

<sup>16</sup> En "Kudeshkina" el TEDH sostuvo que la jueza no violó ninguna norma cuando denunció la existencia de irregularidades al interior del Poder Judicial. TEDH, Case of Kudeshkina v. Russia, Application no. 29492/05, Court (First Section), 26 de febrero de 2009, párr. 93 y ss.

<sup>17</sup> Consejo de Derechos Humanos, Independencia de los magistrados y abogados, A/HRC/41/48, 29 de abril de 2019, párr. 8.

cuentran freno en sus actos y menos en sus expresiones. Cuando el juez hace uso de su voz ciudadana es criticado o sancionado por ser miembro del gobierno.<sup>18</sup>

Estos son algunos de los fenómenos que llevan a revisar la doctrina tradicional sobre libertad de expresión y jueces. Por un lado, nadie quiere un juez que esté insultando a las partes en una audiencia, pues ello comprometería la imparcialidad judicial y pondría en tela de juicio la confianza en el sistema de impartición de justicia. Asimismo, no es deseable un juez que fije postura en abstracto sobre el robo de un fámélico, pues ya sabemos cómo fallará todos los casos semejantes que se le presenten. Tampoco es deseable el juez que adelanta su postura sobre un asunto que todavía no recibe sentencia, incluso se puede cuestionar que lo use como ejercicio académico si el caso no está totalmente concluido. Estos son casos claros de los límites a la libertad de expresión. Por el otro, nadie desea que un juez no se manifieste contra la dictadura o el autoritarismo. La visión del Poder Judicial es un elemento que debe ser escuchado cuando se debaten asuntos públicos, sobre todo, en una irregularidad democrática. Mientras la regularidad democrática se mantiene es más viable pedir prudencia judicial; cuando se dan ataques a los jueces por su labor y el respeto a los derechos humanos “existe un deber moral de actuar de los jueces”.<sup>19</sup> Cuestión aparte merece la de los líderes de los poderes judiciales: en estos casos, parece que aunque sean también jueces, su posición en el gobierno judicial los obliga a ser particularmente asertivos cuando se requiere defender la independencia judicial.

El *Caso Urrutia vs. Chile* cierra un ciclo de decisiones judiciales del Tribunal de San José sobre libertad de expresión y jueces.<sup>20</sup> En primer término, la sentencia tiene como base conceptos esenciales acerca de la libertad de expresión. La motivación del fallo se sostiene a través de referencias a la sentencia conocida como “La Última Tentación de Cristo” o a la Opinión Consultiva sobre “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”.

En esta parte del fallo observamos la doctrina más estable sobre libertad de expresión en su dimensión individual y colectiva, así como derecho humano que permite articular a una sociedad democrática. No más, no menos. Esto es relevante, pues se está reafirmando la necesidad de voces críticas, el intercambio de ideas y la amenaza que se cierne sobre cualquier democracia cuando la libertad de expresión está bajo ataque. Esta sección de la sentencia nos indica que el paradigma del juez monje está cediendo bajo la necesidad del juez ciudadano, que tiene el deber moral de participar sobre las irregularidades democráticas como abundamos en el siguiente párrafo.<sup>21</sup> Incluso participar en la denuncia de las irregularidades existentes al interior de la propia institución y en su tradición.<sup>22</sup>

18 Véase, Corte IDH, *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*, 5 de octubre de 2015 y *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*, 8 de febrero de 2018 y TEDH. *Case of Baka v. Hungary*, Court (Great Chamber), 27 de mayo de 2014.

19 Ídem, nota 17.

20 El juez Zaffaroni deja muy clara esta postura en su voto concurrente.

21 En “López Lone y otros” la Corte IDH es clara en hacer la distinción entre juez y ciudadano a propósito de la libertad de expresión. Corte IDH. *Caso López Lone y otros Vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302, párr. 160 y ss.

22 El artículo 45 del Código Iberoamericano de Ética Judicial recoge con mucha timidez esta cuestión: “El juez debe denunciar ante quien corresponda los incumplimientos graves en los que puedan incurrir sus colegas”.

En un segundo momento, la Corte IDH entra a un análisis más detallado sobre la libertad de expresión de los jueces en particular. Aquí también encontramos que la sentencia se motiva a través de normas y otras sentencias que ya se consideran criterios pacíficos, pero que le dan un espacio al juez en el debate democrático y participación sobre las cosas públicas. La sentencia nos afirma que el trabajo académico no debió ser sancionado por la Corte Suprema chilena. Dentro del apartado de libertad de expresión y, poco a poco, el Tribunal de San José transita de la cuestión de libertad de expresión a la de complementariedad del sistema interamericano, para acabar en el punto de la independencia judicial. Dicho en otras palabras: un caso cuyo corazón parecía ser la libertad de expresión gira hacia la independencia judicial como centro de la decisión.<sup>23</sup> Aquí está la parte más relevante de este caso y donde están los aspectos más novedosos.

#### 4. Debido proceso y disciplina judicial

Las garantías judiciales tienen como propósito fundamental la protección de la independencia y la autonomía de los juzgadores. En la lógica de este esquema se plantea una necesaria salvaguarda que permite intervenir cuando un juzgador no es apto para la función que le ha sido encomendada.<sup>24</sup> Nadie en su sano juicio señala la necesidad de limitar los supuestos en los que los jueces pueden ser disciplinados. La disciplina judicial es un elemento indispensable para el modelo de independencia y autonomía que sostiene la estructura de los poderes judiciales. Sin embargo, sería ingenuo no reconocer que los procedimientos disciplinarios también pueden ser usados como mecanismos de presión en contra de jueces incómodos. El escrutinio del procedimiento disciplinario a la luz del debido proceso, en abstracto y en concreto, es una herramienta estupenda para tratar de minimizar los riesgos de abuso en el empleo de estos procedimientos como instrumentos de presión a los jueces. No hay herramientas infalibles. En el fondo, las instituciones tienen que funcionar con un espacio para la confianza en la operación ordinaria de sus procesos. Sin embargo, las salvaguardas del debido proceso contribuyen decididamente a asegurar que las cosas funcionen cotidianamente dentro de los parámetros de lo razonable.

La defensa de un procedimiento disciplinario apegado al debido proceso no es una etiqueta formal. Es un aspecto crítico dentro de la lógica de la carrera judicial (el servicio civil de carrera dentro de los poderes judiciales). Si los poderes judiciales invierten en el reclutamiento y capacitación de sus cuadros; si el acceso a la función jurisdiccional es producto de un proceso competitivo donde los méritos y las capacidades se emplean como criterios para seleccionar a las candidatas, tenemos que presumir que quienes desempeñan la función jurisdiccional tienen amplia capacidad para hacerlo.

23 Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, párr. 100 y ss.

24 El artículo 18 de los Principios Básicos de Naciones Unidas establece que “Los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones”.

Así, cuando se trata de encausar a algún juzgador por la vía disciplinaria no solo está en juego la independencia y autonomía del juez, sino también entra al juego la presunción de idoneidad que se produjo durante el proceso de selección, capacitación y concurso de ese juzgador. En esas condiciones, los procesos disciplinarios no solo afectan a los juzgadores encausados, sino también señalan la existencia de importantes deficiencias en la carrera judicial. Por ello, los procedimientos disciplinarios son cuestiones de la mayor trascendencia dentro de la carrera judicial.

Ahora bien, el debido proceso es un concepto muy difícil de encasillar. En realidad, opera como un principio bajo el que se trata de establecer la forma en la que irradia sobre los procedimientos en particular. Para decirlo en forma muy concreta: el debido proceso protege el derecho a un juicio justo, pero la amplitud de la fórmula dificulta mucho su aplicación. Para argumentarlo, es necesario que las irregularidades que se reclaman impacten de tal forma al proceso que el mismo termina por deslegitimarse.

La sentencia aquí comentada contribuye a ilustrar esta problemática. La Corte IDH se ocupa de deconstruir el procedimiento disciplinario que le fue aplicado al juez Urrutia y encuentra deficiencias que tienen el efecto de concluir que el principio de debido proceso no fue respetado.

El Tribunal empieza por establecer los alcances del derecho a conocer la acusación. No es posible generar una línea de defensa si no se sabe de qué se está acusando al procesado.<sup>25</sup> Peor aún, la falta de claridad en la acusación puede permitir que esta sea variada continuamente.

Más adelante, la Corte IDH enfatiza la necesidad de contar con procedimientos con etapas claras y que garanticen un efectivo derecho de audiencia.<sup>26</sup> Aquí destaca el diseño procesal como un mecanismo que contribuye a la legitimación de los procesos. No deja de ser irónico que los jueces, guardianes del debido proceso, sean a su vez víctimas de procedimientos con evidentes deficiencias de este tipo.

En tercer lugar, se cuestiona si el procedimiento se produjo ante una autoridad imparcial. La conclusión es que esto no ocurrió.<sup>27</sup> De nuevo la ironía se hace presente: la regulación judicial obliga a los juzgadores a la imparcialidad. La forma en la que se produjo la denuncia contra el juez Urrutia genera problemas de imparcialidad y de jerarquía judicial en los que incurrir quienes “celosamente” pretenden guardar el decoro judicial. Aquí cabe mencionar que este caso generó opiniones críticas minoritarias de muchos juzgadores chilenos que participaron en el procedimiento.

La Corte IDH también refuerza en su sentencia el principio de legalidad que debe regir en la tipificación de las conductas judiciales susceptibles de reproche. En este caso, manifiesta la necesidad de evitar la existencia de tipos abiertos que permitan interpretaciones discrecionales.<sup>28</sup> La cuestión no es sencilla. Si colocamos el contexto de la retórica tradicional que ha alimentado la imagen de los juzgadores en los siglos pasados, los márgenes serían necesariamente estrechos. Y, tal vez, lo tienen que

---

25 Ídem, nota 23, párr. 115.

26 Ídem, nota 23, párr. 117.

27 Ídem, nota 23, párr. 120 y ss.

28 Ídem, nota 23, párr. 134.



ser. Pero la redacción de los tipos tiene que hacerse cargo de la tensión que necesariamente se produce entre el balance de los derechos de los juzgadores, la carrera judicial y la autonomía. El reto está en reconocer que los jueces tienen, como cualquier persona, una forma de entender la vida y a su comunidad. El modelo homogéneo de la tradición simplemente no existe. Es una fantasía. Desde luego que eso no implica una licencia para que los juzgadores cuenten con un amplísimo margen de maniobra para el ejercicio de la función judicial. Ciertamente, debe haber límites razonables. Definirlos y generar seguridad jurídica en ese trance no es sencillo. Pero en ello está en juego la legitimidad democrática de todo el Poder Judicial. La pluralidad es sana en los poderes judiciales. Mientras exista sin rebasar los límites de la razonabilidad es incluso deseable. Los jueces, y no solo quienes tienen a su cargo el gobierno judicial, deben participar activamente en la definición de estos criterios.<sup>29</sup>

Una cuestión adicional que debe considerarse tiene que ver con el contexto en el que se produjeron los procedimientos disciplinarios. La defensa del juez Urrutia planteó la necesidad de entender la problemática del juez en el contexto de un clima institucional hostil.<sup>30</sup> El problema radica en la facilidad con la que se pueden iniciar procedimientos disciplinarios. Ningún esquema de disciplina judicial puede ser estable si no existen reglas claras para el inicio de procedimientos disciplinarios. Omitir esta cuestión deja el inicio de los procedimientos abiertos a convertirse en vehículos para debilitar la independencia y la autonomía de los jueces. Nuevamente señalamos que esta cuestión rebasa por mucho los hechos del caso “Urrutia”. Se trata de un problema en toda la región. La discrecionalidad y la secrecía.<sup>31</sup>

## 5. Conclusiones

Jagger y Richards señalan con mucha razón que no siempre puedes obtener lo que quieres, pero que, si tratas, tal vez obtengas lo que necesitas.<sup>32</sup> Creemos, como defensores del juez Urrutia, que desde el punto de vista individual el caso dejó abiertas muchas cuestiones. Lamentablemente, no todo ha concluido desde el punto de vista de disciplina judicial para el juez y será necesario que se siga luchando. Sin embargo, desde el punto de vista regional, hay que reconocer al caso como un avance importante para establecer parámetros sobre la forma en la que debe regirse el régimen disciplinario de los jueces.

Las presiones a la democracia que desde muchos ángulos reciben los países que integran nuestra región colocan a los jueces en un lugar central de nuestros sistemas constitucionales. Los jueces deben asumir el papel de guardianes de la Constitución en todos los niveles en los que desempeñan su labor. El deber de control *ex officio* así lo exige. Para hacerlo, es indispensable reconocerlos como personas

29 El juez Zaffaroni advierte en su voto sobre los peligros de una estructura judicial excesivamente verticalizada. Ídem nota 23, voto del Juez Zaffaroni, párr. 21.

30 El juez Pazmiño retoma esta cuestión en su voto, aunque reafirma la decisión de la mayoría. Ídem nota 23, voto del Juez Pazmiño, párrs. 8 y 9.

31 Reconocemos que el principio 17 de los Principios Básicos de Naciones Unidas señala que los procedimientos serán confidenciales. Nuestro punto es que esta confidencialidad puede generar más efectos adversos que benéficos sobre los procesados. Probablemente es necesario balancear este principio.

32 Jagger, M. y Richards, K. (1969). “You can’t always get what you want”, interpretada por The Rolling Stones, *Honkey Tonk Woman*.

que tienen derechos. La diversidad y la pluralidad es también una riqueza al interior de los poderes judiciales. Como funcionarios públicos que tienen protecciones para el ejercicio de su labor. Las protecciones no deben permitir excesos, pero sí deben ser rigurosas en la protección de quienes, como el juez Urrutia, están dispuestos a enfrentar obstáculos para garantizar una mejor justicia.

El caso del juez Urrutia también nos permitió entrar en contacto con la Asociación Nacional de Magistrados de Chile y con juezas y jueces altamente comprometidos con su labor y con la defensa de las garantías judiciales. Celebramos la existencia de esta organización y la convicción de sus integrantes por defender la independencia y autonomía de los juzgadores. Las asociaciones de jueces son también un tema cuyo desarrollo parece indispensable para la región. Esta es precisamente la pluralidad que se requiere como un complemento a la verticalidad que caracteriza a los órganos de gobierno judicial.

# Violencia policial. Detenciones arbitrarias. Afrodescendientes

## Corte IDH. Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020. Serie C No. 410

*Por Patricia Gomes<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

El presente trabajo tendrá como objetivo realizar un análisis del histórico fallo emitido por la Corte IDH en el caso Acosta Martínez y otros, en el que por primera vez en la historia el Estado argentino asume la responsabilidad, en una jurisdicción internacional, por la detención y muerte de una persona afrodescendiente motivada por el uso de perfiles raciales por parte de las fuerzas de seguridad.

José Delfín Acosta Martínez tenía 32 años de edad cuando fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía Federal. Unas horas más tardes fue sacado inconsciente de la Comisaría N° 5 de la Ciudad de Buenos Aires, falleciendo de camino al Hospital Ramos Mejía.

Acosta Martínez era afrodescendiente, oriundo de la República Oriental del Uruguay, y un reconocido activista antirracista y en favor de los derechos de las personas afrodescendientes y africanas del país. Esta sentencia, que vino a reconocer una problemática históricamente negada en la Argentina, como es el racismo estructural y la violencia institucional que padecen las comunidades afrodescendientes

---

<sup>1</sup> Afroargentina, activista afrofeminista y antirracista. Abogada y docente (UBA). Integrante de la Sociedad Caboverdeana y del Área de Género de la Comisión 8 de Noviembre "Día Nacional de lxs Afroargentinx y la Cultura Afro". Miembro fundadora de la Organización Afrodescendiente para la Formación y el Asesoramiento Jurídico (OAFRO). Asesora de la Secretaría de Políticas de Igualdad y Diversidad del Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad.

y africanas, significó un importante avance en la lucha de estas comunidades en la búsqueda de justicia por la muerte del que fue bautizado como “el mártir negro del Río de la Plata”.

## 2. Antecedentes del caso

El 5 de abril de 1996, José Delfín Acosta Martínez fue detenido por agentes de la Policía Federal Argentina a la salida del local bailable “Maluco Beleza”, ubicado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuando intervino en defensa de dos hermanos afrobrasileños que estaban siendo interceptados por este cuerpo de seguridad. Tanto Acosta Martínez como los hermanos Gonçalves da Luz fueron trasladados en diferentes patrulleros a la Comisaría N° 5 de la misma ciudad.

Según la versión de los agentes policiales, se presentaron en el lugar de la detención debido a una denuncia anónima de que en esa zona se encontraba una persona ebria y armada que estaba generando disturbios; en sus registros consta que José Delfín fue detenido en aplicación del edicto de ebriedad (Decreto-Ley N° 17189/56). A pesar de haber en el lugar muchas otras personas, los efectivos policiales decidieron interceptar a los hombres afrodescendientes y llevarlos detenidos, aunque comprobaron que no estaban armados y no tenían pedidos de captura.

En la comisaría, José Delfín fue separado de los otros dos hombres y llevado a otro sector. Según la versión policial, se encontraba alterado y bajo los efectos de drogas y alcohol, produciéndose autolesiones que desencadenaron una convulsión y un golpe que lo dejó inconsciente. Luego llegó la ambulancia y se produjo su deceso de camino al Hospital.

Los familiares de Acosta Martínez sostuvieron que la versión de los hechos sostenida por la Policía era falsa y que falleció producto de los golpes perpetrados por los efectivos policiales. Iniciado el proceso penal por la muerte de José Delfín, en el que su madre fue admitida como querellante, se practicó una autopsia cuyo informe concluyó que “la muerte de JOSÉ DELFÍN ACOSTA se debió a intoxicación aguda debida a cocaína y alcohol etílico”<sup>2</sup> y que los golpes que presentaba en su cuerpo no podían haber causado por sí mismos la muerte. Apenas 20 días después de la muerte de José Delfín, el juez de instrucción archivó la causa considerando la inexistencia de delito.

Los familiares decidieron repatriar el cuerpo de José Delfín a Uruguay donde consiguieron que se iniciara otra causa y practicar una nueva autopsia. El nuevo informe forense estableció que “con respecto a la causa de muerte no se puede determinar por esta segunda necropsia [ya que] por el tiempo transcurrido y la ausencia de órganos no se pudo corroborar el estudio toxicológico”. Al analizar el examen toxicológico argentino, la Junta determinó que “las cifras de dosificación de alcohol y cocaína en sangre que constan en autos, son lo suficientemente altas como para poder estimar que al momento

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020, párr. 55.

de la muerte eran mucho más altas” y que los resultados arrojados implicarían que Acosta Martínez “en el momento de la detención se encontraba en estado coma”.<sup>3</sup>

Con este informe, los familiares solicitaron la reapertura de la instrucción en Argentina que fue dispuesta el 12 de mayo de 1998. Se ordenó un nuevo informe forense, que se limitó a señalar que “de la lectura de las dos autopsias [se puede señalar] que los traumatismos allí detallados son el resultado del golpe o choque contra objeto duro, no siendo posible desde el punto de vista médico legal ampliar esta contestación”.<sup>4</sup> Respecto de las lesiones, el perito de parte determinó que “ninguna de las lesiones descritas, tanto las lumbares como las craneanas, tienen entidad de ser producidas por autolesionismo o convulsiones”.<sup>5</sup>

Este informe fue impugnado por la querrela, quien solicitó una nueva junta médica y que se profundizara la investigación. El 5 de agosto de 1999, el juez de instrucción archivó nuevamente la causa por inexistencia de delito, reiterando que José Delfín murió producto de su ingesta de drogas y alcohol, junto con las lesiones autoimpuestas. La querrela apeló el archivo, pero la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la decisión del a quo. El recurso de casación fue rechazado y el recurso de queja tuvo idéntico resultado. El recurso extraordinario fue declarado inadmisibles, por lo que la querrela interpuso recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que fue desestimado.

El 6 de junio de 2002, se presentó la petición ante la CIDH. Desde un primer momento, el Estado alegó que la petición resultaba inadmisibles por cuanto los hechos denunciados no comportaban violaciones a la CADH y que los/as peticionarios/as pretendían que la Comisión actuara como una cuarta instancia. En este sentido, sostuvo la versión policial sobre la detención y muerte de Acosta Martínez mencionada anteriormente, que, como veremos más adelante, se modificó a partir de diciembre de 2019.

El 11 de julio de 2013, la CIDH emitió su informe de Admisibilidad N° 36/13 y el 7 de diciembre de 2018 aprobó el Informe de Fondo N° 146/18 en el que concluyó que el Estado argentino es responsable por la violación de los derechos a la vida (art. 4.1), la integridad personal (art. 5.1 y 5.2), la libertad personal (art. 7.2, 7.3 y 7.4) y la igualdad ante la ley (art. 24) en relación con su obligación de respetar los derechos (art. 1.1) y de adoptar disposiciones de derecho interno para hacerlos efectivos (art. 2), de la CADH, en perjuicio de José Delfín Acosta Martínez. Asimismo, concluyó que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal (art. 5.1), las garantías judiciales (art. 8.1) y la protección judicial (art. 25.1) en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio de Ángel Acosta Martínez y Blanca Rosa Martínez, hermano y madre de José Delfín, respectivamente.

Para la CIDH era preciso determinar si existieron razones objetivas para detener a Acosta Martínez, concluyendo que este extremo no fue probado, ya que el hecho de que los efectivos policiales, luego de constatar que ninguno de los tres hombres estaba armado ni recaía sobre ellos pedido de captura,

3 *Ibidem*, párr. 56.

4 *Ibidem*, párr. 57.

5 *Ídem*.

decidieron igualmente llevarlos detenidos. Agrega que no existe ninguna documentación que exponga las razones de la detención aun luego de las mencionadas constataciones.

Para la Comisión, es un hecho determinante de este caso que se trate de personas extranjeras y afrodescendientes, situación que el propio José Delfín denunció en el momento de la detención de los dos hombres afrobrasileños. Es así que la CIDH sostuvo que

*las normas que facultan a la policía a privar de libertad a una persona con base en sospechas y por razones de seguridad ciudadana, si no están revestidas de las debidas salvaguardas para asegurar su objetividad, terminan siendo utilizadas arbitrariamente y con base en prejuicios y estereotipos respecto de ciertos grupos que coinciden con aquellos históricamente discriminados, como lo son las personas afrodescendientes. Así, ante la existencia de edictos que no establecían dichas salvaguardas, la ausencia total de fundamentación objetiva en el caso concreto y los elementos que se desprenden del contexto, incluyendo la propia percepción del mismo José Delfín –y no desvirtuado por el Estado mediante una investigación diligente– la Comisión determina que su detención, además de ilegal, ante la falta de tipicidad de las facultades aplicadas, también fue arbitraria y discriminatoria<sup>6</sup> (el resaltado me pertenece).*

Respecto del derecho a la vida y a la integridad personal de José Delfín, la CIDH llega a la conclusión de que tanto las lesiones como la muerte de José Delfín no solo ocurrieron estando este bajo la custodia del Estado, sino que, además, no se llevaron adelante investigaciones que establecieran “un esclarecimiento judicial definitivo de lo sucedido”.<sup>7</sup>

La CIDH es contundente al afirmar que la versión estatal sobre la causa de muerte de José Delfín es inverosímil por varias razones, pero cabe destacar el argumento por el cual sostiene que si el estado de ebriedad que presentaba el mencionado era tal que ponía en peligro su propia vida (y motivo por el cual debía ser esposado), los agentes policiales debían haber asistido de inmediato a José Delfín llevándolo a un servicio de urgencias y no esperar que la situación empeorara. Además, versiones de varios testigos sostienen que el estado de José Delfín no se condice con la descripción policial. Por lo expuesto, concluye que el Estado no logró desvirtuar la presunción que pesa en su contra sobre la responsabilidad por la vida e integridad de las personas bajo su custodia.

La Comisión también consideró que el Estado no proporcionó a la familia de la víctima recursos judiciales efectivos ni ofreció una respuesta sobre lo sucedido, al validar como legítima la versión policial sobre la detención y muerte de Acosta Martínez. Para el organismo “una debida investigación y activación de mecanismos de rendición de cuentas de la actuación policial, eran fundamentales además para esclarecer si el factor racial tuvo incidencia en dicha actuación, como surge de las circunstancias de la detención ya analizada”.<sup>8</sup>

6 CIDH. Informe de Fondo N° 146/18, 7 de diciembre de 2018, párr. 91.

7 *Ibidem*, párr. 97.

8 *Ídem*, párrafo 106.

Finalmente, la Comisión realiza una serie de recomendaciones, que no fueron cumplidas por el Estado, por lo que el 18 de abril de 2019 sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH, alegando que “permitirá el desarrollo de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos de las personas afrodescendientes”.<sup>9</sup> El 31 de agosto de 2020, la Corte emitió la histórica sentencia que analizaremos a continuación.

### 3. El caso ante la Corte IDH

El 10 de marzo de 2020 se llevó a cabo una audiencia pública ante la Corte IDH con la participación de las partes y la CIDH, donde el Estado argentino reconoció su responsabilidad por las violaciones a los derechos contenidos en el informe de fondo de la Comisión. Durante la audiencia, la representante estatal sostuvo que se trata de “un caso emblemático de violencia policial durante la década del 90 caracterizada en nuestro país por la brutalidad policial y la plena vigencia de los llamados ‘edictos policiales’”. Sobre esta legislación, precisó que los edictos “tipificaban así a una serie de figuras que describían con escasa precisión y castigaban con rigor tanto el llamado ‘desorden moral o político’ como la condición de personas”. Aceptó, en efecto, que la detención de José Delfín Acosta Martínez fue arbitraria e ilegal y que era paradigmática de la persecución y estigmatización del colectivo afrodescendiente en Argentina.<sup>10</sup>

En esta misma instancia el Estado se allanó a las reparaciones establecidas por la CIDH e informó que el 14 de marzo de 2019 se ordenó la reapertura de la causa judicial en el ámbito interno en donde se investiga la muerte de José Delfín, y que los edictos policiales que motivaron la detención del mencionado habían sido derogados en la mayor parte de las provincias argentinas, entre otras medidas adoptadas encaminadas a combatir la discriminación y mejorar las condiciones de detención.<sup>11</sup> Es importante destacar el cambio en la posición que venía teniendo el Estado a lo largo de todo el proceso, a partir del cambio de gestión producido en diciembre de 2019, cuando comenzó a aceptar su responsabilidad internacional en varios casos de violencia institucional.<sup>12</sup>

Los/as representantes de las víctimas consideraron que este reconocimiento no borra el hecho de que

durante 15 años el Estado Argentino continuó con la política de encubrimiento e impunidad que fue denunciada desde el 5 de abril de 1996. Con el agravante que, durante esos 15 años el encubrimiento estuvo en manos de los representantes estatales que deben velar por los derechos de las víctimas, y no por la impunidad de los victimarios.<sup>13</sup>

9 CIDH. Nota de remisión a la Corte IDH, 18 de abril de 2019.

10 Ídem nota 2, párr. 74.

11 Íbidem, párr. 16.

12 Un día después de la sentencia bajo estudio, la Corte IDH emite otro fallo donde el Estado reconoce su responsabilidad internacional por el actuar de agentes policiales en el Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina.

13 Ídem, párr. 17.

En primer lugar, la Corte IDH analizó el alcance del reconocimiento efectuado por el Estado. En este sentido, consideró que se trata de un reconocimiento total de la responsabilidad internacional, es decir que la detención de José Delfín fue ilegal y arbitraria, y su muerte no se produjo por accidente ni de forma fortuita toda vez que la víctima se encontraba bajo su custodia. Por ende, considera necesario dictar una sentencia para establecer cuáles fueron los hechos y el alcance de la responsabilidad del Estado por la actuación de la Policía Federal Argentina que devino en la detención y la muerte de José Delfín, así como determinar las reparaciones correspondientes, siendo esta sentencia una reparación en sí misma para la familia, pero también para las comunidades afrodescendientes, luego de décadas de lucha y amenazas sufridas en su búsqueda de justicia.

Es importante mencionar que la Corte IDH llama la atención por el largo período transcurrido entre la presentación de la petición ante la CIDH el sometimiento del caso a su jurisdicción (17 años), lo que confirma un hecho que es de público conocimiento: la excesiva demora para obtener una respuesta del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

### 3.1. Análisis del contexto

Uno de los puntos más relevantes de la sentencia es el análisis sobre el contexto en que se produjo la detención y muerte de Acosta Martínez. Por un lado, la Corte IDH analiza el contexto de discriminación racial que existía, y que lamentablemente aún existe en nuestro país, hacia la población afroargentina, afrodescendiente y africana, resaltando el hecho de que es el propio Estado quien, tanto en la audiencia pública como en sus alegatos finales, reconoce la existencia de racismo estructural, que se traduce en la sistemática invisibilización de estas comunidades y en las prácticas institucionales, entre ellas las de las fuerzas de seguridad, impregnadas de prejuicios racistas.

La Corte IDH cita un importante informe realizado por el Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes<sup>14</sup>, en el que se destaca la preocupación por

la invisibilidad de larga data, y una persistente discriminación estructural contra los/as afroargentinos, afrodescendientes y africanos, en general. La narrativa que prevalece es que las guerras y enfermedades disminuyó el número de afroargentinos/as, una comunidad muy grande en su momento. Esta narrativa ensombrece la realidad de que esta población afroargentina ha existido y sigue en la lucha para ser reconocida por la sociedad argentina. Aún se percibe a los/as afroargentinos/as como extranjeros en su propia tierra.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes, *Visita a la Argentina*, UN Doc. A/HRC/42/59/Add.2, 14 de agosto de 2019.

<sup>15</sup> Declaración a los medios del Grupo de Trabajo de Expertos de las Naciones Unidas sobre Afrodescendientes, al finalizar su visita oficial a la Argentina, realizada entre los días 11 y 18 de marzo de 2019.



También se cita un informe sobre Argentina del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial,<sup>16</sup> donde manifiesta su inquietud por el racismo estructural que afecta a las comunidades afrodescendientes.

Estos informes evidencian que, desde hace un largo tiempo, diversos organismos internacionales vienen mostrando su preocupación por el racismo en Argentina, que la clase dirigente y los sucesivos gobiernos argentinos nunca tuvieron, porque no existen en nuestro país políticas destinadas a combatir los siglos de exclusión y marginación, producto del racismo estructural en que se encuentran las poblaciones afroargentinas y afrodescendientes, al tiempo que se las sigue invisibilizando.

Es por ello que esta sentencia cobra una tremenda relevancia, por cuanto se constituye en una valiosa herramienta para que las organizaciones afro de nuestro país puedan seguir exigiendo las políticas, no solo de carácter reparatorio o de reconocimiento, sino de desarrollo, que ya son una deuda de la democracia para con estas poblaciones.

Siguiendo con el análisis del fallo, a este contexto de racismo y discriminación la Corte IDH suma el de violencia institucional y el uso de perfiles raciales en el accionar de las fuerzas de seguridad. El emblemático caso Bulacio,<sup>17</sup> sucedido también en los noventa, es citado como muestra del actuar sistemático de las fuerzas de seguridad en aquella época donde reinaban las detenciones arbitrarias motivadas por perfiles raciales o, como popularmente se conoce, “portación de cara”.

Los datos que se citan en la sentencia son realmente estremecedores y revelan prácticas institucionalizadas por parte de las fuerzas de seguridad: en 1995, año previo de la detención y muerte de José Delfín, el 61% de las detenciones fueron realizadas en aplicación de edictos policiales.<sup>18</sup> Varias organizaciones encargadas de denunciar la violencia institucional han dado cuenta que quienes más sufren la violencia policial son los/as jóvenes pobres. Un informe del Centro de Estudios Legales y Sociales revela que durante las décadas de 1980 y 1990,

las víctimas de las formas más graves de violencia institucional (muertes, torturas) provenían de las clases populares [...] En los últimos quince años, en correlación con distintas ‘olas de inseguridad’ y con el aumento sostenido del encarcelamiento, la violencia institucional se focaliza en los barrios pobres y, más precisamente, en los varones jóvenes de esos barrios.<sup>19</sup>

16 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales*, UN Doc. CERD/C/304/Add.112, 27 de abril de 2001.

17 Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

18 Ídem nota 2, párr. 38.

19 CELS (mayo de 2017). *Violencia institucional. Tensiones actuales de una categoría política central*. Recuperado de: [https://www.cels.org.ar/common/Violencia%20institucional\\_Perelman\\_Tufro.pdf](https://www.cels.org.ar/common/Violencia%20institucional_Perelman_Tufro.pdf)

Cualquier observador no muy experto, podrá ver que la mayor parte de quienes habitan los barrios populares son personas racializadas y que la violencia policial recae mayormente sobre ellas. No hay dudas de que las personas afrodescendientes son sometidas a una vigilancia policial excesiva y se les aplica sistemáticamente los perfiles raciales, que el aumento de la persecución y violencia desplegada, por ejemplo, por la policía de la Ciudad de Buenos Aires contra los migrantes senegaleses,<sup>20</sup> son apenas una muestra de esta situación que, además, está motivada por “[l]os estereotipos negativos de los afrodescendientes en el sentido de que son delincuentes peligrosos y violentos [...] lo que ha dado lugar a mecanismos selectivos y discrecionales para llevar a cabo detenciones e investigaciones arbitrarias”.<sup>21</sup>

Esta alarmante situación refleja cómo el racismo se expresa cotidianamente contra los cuerpos negros y el caso de José Delfín es la más acabada expresión de una práctica sistemática, institucionalizada y racista dirigida a criminalizar a comunidades que, históricamente, han sido víctimas de todo tipo de violencias, inclusive la simbólica, con la supresión de su existencia en el relato e historia oficial.

### 3.2. Análisis del fondo

La Corte IDH inicia su análisis del fondo considerando, por un lado, la legalidad y, por el otro, la arbitrariedad de la detención de Acosta Martínez, y su relación con el principio de igualdad y no discriminación. Respecto al primer punto, analiza el derecho a la libertad personal contenido en el artículo 7.1 de la CADH y la prerrogativa del artículo 7.2 a afectarse este derecho solo a través de una ley que, de antemano, establezca las causas y condiciones de la privación de la libertad física.

En el caso bajo examen, José Delfín fue detenido en aplicación del edicto policial de ebriedad que establecía que “serán reprimidos con multa de 300 a 1500 pesos o con arresto de 3 a 15 días los que *se encontraren en completo estado de ebriedad* en las calles, plazas, cafés, cabarets, almacenes, tabernas u otros despachos de bebidas o parajes públicos” (el resaltado me pertenece).

En cumplimiento del principio de legalidad, una norma jurídica que tipifique como delito una conducta debe delimitarla de manera lo más precisa que sea posible, para que permita a los/as ciudadanos/as orientar sus comportamientos. El mencionado edicto, según la Corte IDH, no cumple con estos extremos al punir a aquellos que estén en “completo estado de ebriedad”. Esto significa que se sanciona no una conducta, sino un estado transitorio de la persona, lo que permite que quien debe aplicar la norma (en este caso, efectivos policiales) pueda tener un amplio margen de discrecionalidad al considerar si una persona se encuentra o no en ese estado, y en qué grado, ya que la norma es im-

20 Defensoría del Pueblo de la Ciudad (noviembre de 2020) *Informe Comunidad Senegalesa en la Ciudad de Buenos Aires. Diagnósticos para una política pública integral. El trabajo de la Defensoría del Pueblo de la CABA 2018-2020*. Recuperado de: <https://defensoria.org.ar/noticias/nuevo-informe-sobre-la-poblacion-senegalesa-en-la-ciudad-de-buenos-aires/>

21 Ídem nota 14, párr. 30.

precisa y ambigua. Así, se pasa del derecho penal de acto al derecho penal de autor, desarrollado por la Corte en otros importantes fallos.<sup>22</sup>

Por lo tanto, concluye que la detención de Acosta Martínez en aplicación del edicto en cuestión constituye una violación, por parte del Estado, a su libertad física y al principio de legalidad, pero también se trata de una violación de la Convención al haber mantenido vigentes edictos que contrariaban lo dispuesto por ella.

En cuanto a la arbitrariedad de la detención, hace una conexión directa con el accionar policial motivado por los perfiles raciales,<sup>23</sup> que se dan en un contexto de discriminación racial sistemática y de violencia institucional hacia las comunidades afrodescendientes y africanas. La selectividad policial queda evidenciada a la hora de detener a los tres hombres afrodescendientes a la salida de un concurrido local bailable. El mismo José Delfín protestó que solo los arrestaban “por ser negros”.<sup>24</sup>

La Corte concluye que

los agentes de policía actuaron movidos más por un perfil racial, que por una verdadera sospecha de comisión de un ilícito. El carácter amplio de la normativa de los edictos policiales les permitió, *a posteriori*, justificar su intervención y darle una apariencia de legalidad. Sin embargo, estas motivaciones demuestran el carácter arbitrario de la detención del señor Acosta Martínez.<sup>25</sup>

Por los motivos anteriormente expuestos, la Corte IDH concluye que la privación de la libertad de José Delfín fue ilegal, arbitraria y discriminatoria.

### 3.3. Reparaciones

La jurisprudencia de la Corte IDH fue constante en sostener que toda violación de obligaciones internacionales por parte de un Estado, que haya producido un daño a las víctimas, comporta el deber de repararlo. Asimismo, esta reparación debe guardar un nexo de causalidad con los hechos del caso, las violaciones y los daños establecidos. En el caso bajo estudio a pesar de haber solicitado los/as representantes de las víctimas una serie de reparaciones de varias especies, la Corte IDH ha decidido que aquellas que son aptas y suficientes para reparar los daños producidos por las violaciones mencionadas, son las siguientes:

22 Dentro de los más recientes tenemos Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina (2020); y un poco más antiguo, Caso Fermín Ramírez (2005).

23 La Corte toma la definición de “perfiles raciales” del Programa de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, llevada a cabo en Durban, Sudáfrica, en 2001, que dice: “la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas”.

24 Ídem nota 2, párr. 43.

25 Íbidem, párr. 93.

-Obligación de investigar: como se mencionó anteriormente, el Estado informó que en marzo de 2019 se dispuso la reapertura de la causa judicial por la que se investiga la detención ilegal y muerte de José Delfín, la que está siendo instruida por la Fiscalía Especializada en Violencia Institucional (PRO-CUVIN). La Corte IDH, considerando este hecho, ordena al Estado proseguir las investigaciones que permitan sancionar a los responsables de lo sucedido, así como establecer la verdad que, en definitiva, es de los objetivos últimos de los procesos penales, teniendo en especial consideración el contexto que la Corte tan correctamente analizó.

-Medidas de satisfacción: el Estado publique en el Boletín Oficial y en un diario de amplia circulación nacional un resumen de la sentencia; asimismo, que publique la sentencia en su integridad por el periodo de un año en su página web oficial.

-Garantías de no repetición: establece la inclusión en la formación regular de los/as agentes de la Policía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Policía Federal de capacitaciones sobre el carácter discriminatorio que tienen los estereotipos de raza, color, nacionalidad u origen étnico, así como el uso de perfiles raciales en la aplicación de las facultades policiales para realizar detenciones, y la sensibilización sobre el impacto negativo que su utilización tiene sobre las personas afrodescendientes.<sup>26</sup>

Esta reparación es, a mi entender, un punto importante de la sentencia pues conmina al Estado a capacitar a sus cuerpos de seguridad en materia de racismo y discriminación hacia personas afrodescendientes. Es, quizás, de las medidas que mayor potencialidad tienen para modificar el actuar de las fuerzas. Es sabido que las prácticas de las diversas fuerzas de seguridad están arraigadas en una política represiva que heredamos de la última dictadura militar y que, evidentemente, no ha sido posible erradicarlas desde la vuelta de la democracia. Aún hoy estas fuerzas son protagonistas de casos de “gatillo fácil”, desapariciones y torturas mayormente hacia varones jóvenes de los barrios populares. Esta situación se ve seriamente agravada por el contexto de pandemia, en que el Gobierno nacional en más de una oportunidad recurrió a militarizar barrios populares a los fines de hacer cumplir las medidas de aislamiento social, preventivo y obligatorio, situación álgidamente denunciada por diversos organismos de derechos humanos.<sup>27</sup>

-Mecanismos de control y sistemas de registros: en otro aspecto que considero fundamental de esta sentencia, la Corte IDH requiere que el Estado implemente un mecanismo de denuncia de detenciones arbitrarias motivadas por perfiles raciales y un sistema de registro y estadísticas sobre las detenciones que afecten a personas afrodescendientes que permita establecer parámetros y comparaciones respecto de la población en general. Este punto es también relevante puesto que, producto del racismo estructural y la invisibilización histórica a la que se ha sometido a las poblaciones afroargentinas y afrodescendientes en Argentina, la falta de estadísticas y diagnósticos sobre estos colectivos es una constante en todos los ámbitos, pero especialmente en lo que respecta al sistema penitenciario. La

<sup>26</sup> *Ibíd.*, párr. 118.

<sup>27</sup> Ver <http://www.correpi.org/2021/la-segunda-ola/> y <http://www.correpi.org/2020/los-datos-de-la-represion-en-pandemia-al-9-8-2020/>

ausencia de datos desagregados sobre estas poblaciones es la consecuencia de un sistema estructural de racismo y discriminación.

-Indemnizaciones compensatorias: la Corte establece indemnizaciones monetarias para Ángel Acosta Martínez y Blanca Rosa Martínez, que contemplan tanto el daño material, incluyendo el daño emergente y el lucro cesante, como el daño inmaterial. Este último aspecto no es menor porque la familia de José Delfín, desde el mismo momento de su muerte, ha padecido innumerables situaciones que podríamos calificar como traumáticas. Su madre y su hermano, además del sufrimiento por la pérdida violenta de su ser querido, debieron soportar amenazas constantes, tanto ellos/as como familiares, y Ángel Acosta Martínez sufrió varios atentados contra su vida que lo empujaron a tener que exiliarse a España. Un peritaje psicológico al mencionado indicó que

la prolongada impunidad por la muerte de su hermano, que en el ámbito de la causa ante la justicia nacional ya lleva 24 años, imposibilita la evolución natural del duelo [...] Los efectos de la lucha contra la impunidad se manifiestan en impotencia, frustración y fatiga, que se reactualiza en él a partir de cada nueva traba, estancamiento y retroceso judicial.<sup>28</sup>

#### 4. Consideraciones finales

24 años tuvieron que pasar para que José Delfín Acosta Martínez y su familia encuentren justicia. El largo camino que tuvieron que atravesar fue doloroso pero perseverante. Esta sentencia tiene un valor incalculable para las comunidades afroargentinas, afrodescendientes y africanas de nuestro país, ya que viene a poner sobre la mesa un tema tabú para nuestra sociedad: el racismo. La utilización de los perfiles raciales o “la portación de cara” (que más de cara es de color de piel) por parte de las fuerzas de seguridad no son ninguna novedad para los/as afrodescendientes y africanos/as, ya que se trata de la continuación de la violencia colonial, hoy estatal, que se basa en la racialización negativa e inferiorizante de determinados grupos étnico-raciales.

Argentina, así como las naciones latinoamericanas poscoloniales y anteriormente esclavistas, conserva de aquella época ciertas estructuras sociales y económicas que ubican a ciertas comunidades, como las afrodescendientes e indígenas, en un lugar de eterna subalternidad. El racismo es también un sistema de control social que se vale del aparato represivo para mantener el *statu quo*.

Es cierto que en los últimos tiempos se han dado pequeños pasos en el reconocimiento de las comunidades afroargentinas<sup>29</sup> y que actualmente nos encontramos transitando el Decenio Internacional

<sup>28</sup> Ídem nota 2, párr. 142.

<sup>29</sup> Luego de casi 130 años de silenciamiento estadístico, el Censo Nacional de Población del año 2010 incorporó una pregunta sobre el origen afro de las personas. La pregunta fue incluida en el 10% de los formularios, dando como resultado que 149.493 personas de 62.642 hogares se reconocieran como afrodescendientes, lo que representa un 0,4 % del total de la población. Es importante mencionar que se trató de un muestreo (no podemos afirmar que sean datos que reflejen la realidad) y que el 92% de las personas que se reconocieron como afrodescendientes son argentinas, hecho que pone en jaque al mito de que no hay

para los/as Afrodescendientes,<sup>30</sup> para lo que el Estado argentino ha creado una Mesa Interministerial de Políticas para las Comunidades Afro.<sup>31</sup> Sin embargo, aún sigue siendo una deuda de la democracia.

Esta sentencia es un paso importante en este sentido. Erradicar prácticas represivas institucionalmente arraigadas requiere de verdadera voluntad y decisión política que pongan en marcha una reforma estructural de las fuerzas de seguridad. Pensar en una sociedad sin estas fuerzas represivas implica pensar en otro modelo de organización social, en tanto ellas son partes fundamentales y constitutivas de los Estados-naciones para mantener “el orden”.

Por lo pronto, el Estado argentino ha adoptado, desde diciembre de 2019 con el cambio de gobierno, una posición en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que vale la pena destacar, que es la de reconocer su responsabilidad por la violencia policial que ha arrebatado la vida de un sinnúmero de jóvenes, mayormente pobres y racializados/as.<sup>32</sup>

El desafío que queda por delante es dar efectivo cumplimiento a las medidas de reparación establecidas por la Corte IDH, especialmente aquella que ordena la creación de un sistema de denuncias de detenciones arbitrarias de personas afrodescendientes que permitirá, esperamos, comenzar a reflejar una realidad cada vez más evidente. Establecer mecanismos de control efectivos de los aparatos represivos estatales es urgente; quizás este sea el momento de que nuestros/as gobernantes piensen seriamente en el control popular de las fuerzas de seguridad.

---

afroargentinos/as. Asimismo, en el año 2013, se sancionó la Ley Nacional N° 26852, que establece el 8 de noviembre como el Día Nacional de los Afroargentinos y de la Cultura Afro, en conmemoración de María Remedios del Valle, mujer afroargentina considerada la “Madre de la Patria”.

30 Proclamado por la Organización de las Naciones Unidas (Resol. 68/237 del 23 de diciembre de 2013), que abarca el período que se extiende entre el 1° de enero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2024. El Decenio busca que los Estados adopten medidas concretas y prácticas mediante la aprobación y aplicación efectiva de marcos jurídicos nacionales e internacionales y de políticas y programas de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a que se enfrentan los afrodescendientes. Argentina adhirió al Decenio mediante el Decreto N° 658/2017 que instituye a la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación como el organismo rector del Decenio y es quien tiene que elaborar un programa nacional para la aplicación del Decenio, de conformidad con el Programa de actividades del Decenio Internacional para los Afrodescendientes, aprobado por las Naciones Unidas.

31 Ver <https://www.argentina.gob.ar/noticias/mesa-interministerial-para-la-comunidad-afro>

32 Solo para mencionar algunas víctimas de la violencia institucional de los últimos 30 años: Walter Bulacio, Miguel Bru, Iván Torres, Luciano Arruga, Darío Riquelme, Mariano Witis, Darío Santillán, Maximiliano Kosteki, Alan Tapia, Patricio Barros Cisneros, Lautaro Bugatto, Santiago Maldonado, Luis Armando Espinoza, Francisco Valentín Cruz y Facundo Astudillo Castro.

# Detenciones y requisas arbitrarias. Orden y control judicial. Igualdad y no discriminación

## Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 1 de septiembre de 2020. Serie C No. 411

Por Mariano Fernández Valle<sup>1</sup>

---

### I. Introducción

En las páginas que siguen se comenta el fallo de la Corte IDH en el caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*. A ese fin, se repasan sus antecedentes, el trámite internacional, la resolución emitida por el Tribunal interamericano y los desafíos que se presentan en la implementación de las reparaciones ordenadas.

### II. Antecedentes

El caso se constituye a partir de dos denuncias independientes, que a lo largo del proceso internacional se acumularon en un único proceso.

La situación de Carlos Alberto Fernández Prieto fue denunciada por la Defensoría General de la Nación ante la CIDH en el año 1999, luego de dictada la sentencia de la CSJN que selló su suerte en el ámbito interno.

---

<sup>1</sup> Abogado y Máster en Derecho, con orientación en Derecho Constitucional y Derechos Humanos (UP). Docente de Derechos Humanos y Garantías y Género y Derechos Humanos (UBA). Responsable del Programa para la Aplicación de Instrumentos de Derechos Humanos de la Defensoría General de la Nación. Las opiniones ofrecidas en este artículo son a título personal y no comprometen a ninguna de las instituciones mencionadas.

El Sr. Fernández Prieto fue interceptado por la Policía de la provincia de Buenos Aires el 26 de mayo de 1992, mientras se trasladaba en un auto junto con dos personas. La detención se realizó sin orden judicial y en razón de una presunta “actitud sospechosa”, que jamás fue especificada. En el marco del procedimiento, también sin orden judicial y sin urgencia, los agentes requisaron el vehículo, en el que hallaron –en lo que aquí interesa– estupefacientes.

El Sr. Fernández Prieto fue condenado por el Juzgado Federal N° 1 de Mar del Plata a la pena de cinco años de prisión y a una multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes, condena que fue confirmada por todas las instancias superiores. Por ese proceso, estuvo privado de la libertad cerca de tres años.

Por su lado, la situación de Carlos Alejandro Tumbeiro fue denunciada por la Defensoría General de la Nación a la CIDH en el año 2003, una vez agotadas las instancias internas.

El Sr. Tumbeiro fue detenido el 15 de enero de 1998 por la Policía Federal Argentina, cerca del mediodía, mientras caminaba por la Ciudad de Buenos Aires. A requerimiento de los policías, acreditó su identidad con su documento en regla. Sin embargo, los agentes consideraron que presentaba un “estado de nerviosismo” y que iba vestido con prendas que no se ajustaban a la vestimenta de la gente de la zona (un barrio de emergencia). Primero, le solicitaron que sacara lo que tuviera en sus bolsillos y que lo exhibiera. Luego, aun cuando no encontraron nada ilícito en su poder, lo “invitaron” a subir a un patrullero, donde le indicaron que se bajara los pantalones y la ropa interior. Finalmente, convocaron a dos testigos, a quienes les dijeron que se había hallado droga en poder del detenido, en un diario que se encontraba junto a él en el asiento trasero del patrullero. Todo el procedimiento reseñado se realizó sin ninguna orden judicial que lo habilitara y sin ninguna clase de urgencia. Los testigos no vieron lo que había sucedido durante su realización.

Por mayoría de votos, el 26 de agosto de 1998 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal resolvió condenar al Sr. Tumbeiro a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso, y a una multa de ciento cincuenta pesos por el delito de tenencia simple de estupefacientes. También se dispusieron reglas de conducta por un plazo de un año y medio, entre las que se incluyó la realización de tareas comunitarias. Si bien esa condena fue revertida por la Cámara Nacional de Casación, con posterioridad fue confirmada por la CSJN, que se ciñó a la jurisprudencia derivada de su fallo *Fernández Prieto*, y convalidó el procedimiento sobre la base de las razones ofrecidas por el personal policial.

En las denuncias internacionales la Defensoría General de la Nación alegó una afectación de los derechos a la libertad personal, a la vida privada, a las garantías del debido proceso y a la protección judicial en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro (arts. 7, 11, 8 y 25 de la CADH), mientras que respecto de este último se alegó también una violación al principio de igualdad y no discriminación por las razones aducidas para validar la intervención de las fuerzas de seguridad y por su convalidación jurisdiccional posterior (arts. 1.1 y 24 de la CADH).



Además, se cuestionó en ambos casos la existencia de regímenes legales laxos e indeterminados en lo que se refiere a la posibilidad de las fuerzas de seguridad de actuar sin orden judicial (art. 1.1 y 2 de la CADH).

Por la existencia de patrones comunes en ambas denuncias, vinculadas centralmente con el ejercicio abusivo de facultades policiales de detención y requisa y con la falta de control judicial anterior y posterior de esas intervenciones, fueron acumuladas por la CIDH y se analizaron de manera conjunta.

Ante la Comisión el trámite se extendió cerca de dieciocho años, lo que habla del problema de atraso procesal que atraviesa el organismo. Este asunto no es nuevo y ha motivado el diseño de estrategias específicas para enfrentarlo.<sup>2</sup> No obstante, en el caso particular, el tiempo transcurrido privó a las víctimas de ver el resultado de sus denuncias, dado que fallecieron durante su sustanciación.<sup>3</sup>

En el año 2012 la CIDH emitió el Informe de Admisibilidad N° 5/12.<sup>4</sup> Luego, resolvió el mérito del asunto en el Informe de Fondo N° 129/187,<sup>5</sup> en el que concluyó que el Estado argentino era responsable “por la violación de los derechos a la libertad personal, garantías judiciales y protección judicial [...] en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento”. A su vez, recomendó al Estado que reparara integralmente a las víctimas y que dispusiera medidas legislativas, administrativas o de otra índole para evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos declaradas.

### III. El caso ante la Corte IDH

El caso fue remitido a la Corte IDH el día 13 de noviembre de 2018, después de un compás de espera de un año dirigido a posibilitar que el Estado cumpliera las recomendaciones efectuadas por la CIDH en su informe de fondo, lo que nunca ocurrió.<sup>6</sup> Si bien existieron reuniones entre las partes durante ese período, no hubo acuerdos respecto de las acciones que deberían tener lugar para abordar las prácticas denunciadas. De hecho, una propuesta concreta de cumplimiento remitida por la parte peticionaria no obtuvo ninguna respuesta del Estado, lo que marcó el punto de inflexión que determinó la elevación del caso a la Corte IDH.

2 Véase, entre otros, CIDH. Resolución N° 1/16 y Plan Estratégico 2017-2021.

3 El Sr. Tumbeiro falleció en el año 2014, mientras tramitaba la etapa de fondo ante la CIDH, y el Sr. Fernández Prieto falleció en el año 2020, previo a celebrarse la audiencia ante la Corte IDH, instancia en la que se había ofrecido su declaración testimonial. Ambos casos pudieron continuar por decisión de sus familiares.

4 CIDH. Informe N° 5/12 e Informe 129/17, Caso 12.315, Admisibilidad, Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro, Argentina, 19 de marzo de 2012.

5 CIDH. Informe N° 129/17, Caso 12.315, OEA/Ser.L/V/II.165 Doc. 155, 25 octubre de 2017.

6 Si bien la CADH dispone en su artículo 51.1 un plazo de tres meses para la remisión del caso a la Corte IDH, el art. 46 del Reglamento de la CIDH establece la posibilidad de prorrogar ese plazo a solicitud del Estado involucrado, siempre que renuncie a la interposición de excepciones preliminares por vencimiento de plazo en un eventual litigio ante la Corte IDH y se den otras condiciones reglamentarias. Eso explica por qué, en la práctica, los casos no siempre se elevan al Tribunal dentro del plazo convencional, lo que por otra parte tiene lógica a tenor de la complejidad que en ocasiones reviste el cumplimiento de las recomendaciones de la CIDH.

En su nota de remisión, la CIDH expresó que

[a]demás de la necesidad de obtención de justicia, la Comisión destaca que el presente caso permitirá a la Corte profundizar su jurisprudencia sobre los requisitos y condiciones en las cuales las personas pueden ser detenidas por agentes policiales cuando no exista una orden judicial ni flagrancia. Particularmente, las salvaguardas para asegurar la legalidad y no arbitrariedad de facultades policiales de detención en base al criterio de “sospecha”; y la validez bajo la Convención Americana, del uso en el proceso penal de las pruebas obtenidas durante dicho acto.<sup>7</sup>

En el plazo reglamentario, la Defensoría General de la Nación, en representación de las víctimas, presentó su Escrito de Solicitudes, Argumentos y Pruebas (ESAP), que tomó las conclusiones de la CIDH en su informe de fondo, a la par que incluyó también afectaciones de derecho adicionales y detalló todo lo referido a las reparaciones. Sobre el primer punto, si bien la CIDH en su informe realizó consideraciones sobre el principio de igualdad y no discriminación respecto de la situación del Sr. Tumbeiro, no incluyó una violación específica a los artículos 1.1 y 24 de la CADH, aspecto que sí se incluyó en el ESAP en ejercicio de la facultad autónoma que tienen las víctimas para encuadrar jurídicamente la base fáctica. Por otro lado, las recomendaciones genéricas realizadas por la Comisión Interamericana a modo de reparación integral fueron objeto de tratamiento pormenorizado en el ESAP, conforme al detalle que se menciona en este trabajo.

El informe de fondo y la posición de las víctimas tuvieron originalmente una respuesta contenciosa por parte del Estado, en la que se continuó la línea esgrimida en el trámite ante la CIDH, se defendió la validez de los procesos locales y se solicitó que el caso se desestimara en todos sus términos. No obstante, poco antes de la celebración de la audiencia pública dispuesta por la Corte IDH en el caso, el Estado –representado por una nueva gestión de gobierno– modificó 180 grados su conducta procesal y reconoció su responsabilidad internacional por la afectación de derechos denunciada. Esta posición, primero plasmada en un documento conjunto firmado con la representación de las víctimas, fue ratificada en la audiencia pública mencionada y en los alegatos finales escritos de la representación estatal.

El reconocimiento de responsabilidad internacional no obtuvo el dictado de una sentencia de la Corte, ya que dentro de sus competencias está la de analizar los términos de un allanamiento estatal.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Véase nota de remisión del caso de fecha 13 de noviembre de 2018.

<sup>8</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*, Sentencia 1 de septiembre de 2020. Fondo y Reparaciones, párr. 19.

### III.1. El fallo

En su decisión, la Corte IDH valoró el reconocimiento de responsabilidad internacional del Estado y su contribución al proceso y a la vigencia de los principios que inspiran el SIDH.<sup>9</sup> Además, entendió que constituía un allanamiento compatible con la Convención, con alto valor simbólico. Sin perjuicio de ello, realizó diferentes consideraciones sobre los hechos, el derecho invocado y las medidas solicitadas, en tanto ello “contribuye a la reparación de las víctimas, a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos”.<sup>10</sup>

En lo que más interesa a este comentario, la Corte IDH tuvo por probado que la situación de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro se dio en un contexto general de detenciones y requisas arbitrarias en la Argentina, que persiste en la actualidad.<sup>11</sup> Luego, detuvo su análisis en los límites al uso de las facultades policiales de detención y requisas sin orden judicial, así como en el cuestionamiento de las deficiencias normativas que habilitan ese tipo de prácticas y en la falta de control judicial adecuado. A su vez, con base particular en el caso del Sr. Tumbeiro, la Corte IDH realizó importantes consideraciones sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en esta materia, y sobre las intervenciones policiales basadas en prejuicios y estereotipos.

El Tribunal cuestionó las detenciones por fuera de los supuestos legales y sin elementos objetivos, así como la inclinación jurisdiccional a convalidarlas sobre la base de los resultados obtenidos y los presuntos fines perseguidos –en el caso, la invocación genérica a “la prevención del delito” o la “lucha contra el narcotráfico”–. Indicó que las acciones policiales y judiciales no cumplieron con los estándares de legalidad y no arbitrariedad, a la par que significaron una afectación a la vida privada de las víctimas. A este respecto, fue especialmente ilustrativo el peritaje rendido por la Dra. Sofía Tiscornia en el caso, que puso en contexto histórico las prácticas cuestionadas y las fórmulas burocráticas a las que corrientemente apelan las fuerzas de seguridad ante la ausencia de indicadores objetivos que justifiquen su accionar.<sup>12</sup>

Además, la Corte IDH optó por realizar un pronunciamiento específico sobre el alcance del principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido, indicó que

las razones que motivaron la detención con fines de identificación del Sr. Tumbeiro parecieron responder a preconceptos sobre cómo debe verse una persona que transita en un determinado lugar, cómo debe comportarse ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar.

9 *Ibidem*, párr. 20.

10 *Ídem* nota 8, párr. 21.

11 *Ídem* nota 8, párrs. 33, 96 y 98.

12 En concreto, declaró la perita Tiscornia que “los motivos de detención que las fuerzas de seguridad esgrimen hacen referencia a una serie limitada de fórmulas burocráticas que lejos están de identificar la diversidad y particularidad de las circunstancias de las detenciones. Ello importa porque una identificación no formularia de las causas de detención habilitaría un control certero posterior a las mismas. Sin embargo, el uso de clichés tales como ‘gestos nerviosos’, ‘acelerar el paso’, ‘esquivar la mirada policial’, ‘merodear en las inmediaciones’, ‘alejarse del sitio en forma presurosa’, solo para dar unos pocos ejemplos, dan cuenta de la vaguedad de las razones aducidas”. Véase, además, párrafos 80 y 86 de la sentencia.

Agregó a su vez que

[a]nte la ausencia de elementos objetivos, la clasificación de determinada conducta o apariencia como sospechosa, o de cierta reacción o expresión corporal como nerviosa, obedece a las convicciones personales de los agentes intervinientes y a las prácticas de los propios cuerpos de seguridad, lo cual comporta un grado de arbitrariedad que es incompatible con el artículo 7.3 de la CADH. Cuando adicionalmente estas convicciones o apreciaciones personales se formulan sobre prejuicios respecto a las características o conductas supuestamente propias de determinada categoría o grupo de personas o a su estatus socio-económico, pueden derivar en una violación a los artículos 1.1 y 24 de la Convención.<sup>13</sup>

Estas apreciaciones cobran especial relevancia en el caso, ya que toman el posicionamiento autónomo de la representación de las víctimas sobre el punto, en la medida que la CIDH no había incluido una declaración específica de responsabilidad internacional por afectación de esos artículos.

Finalmente, en cuanto a los procedimientos de requisa de personas y vehículos, la Corte IDH recordó que solo pueden ser efectuados en los supuestos legales establecidos y previa orden judicial debidamente motivada. Señaló que en el caso del Sr. Fernández Prieto no estaba ni siquiera regulada legalmente la posibilidad de requisar un automóvil. Respecto del Sr. Tumbeiro, luego de analizar críticamente el procedimiento de registro corporal por inexistencia de criterios objetivos, falta de urgencia y desproporción, destacó que

si bien pueden existir situaciones excepcionales en las que la prevención del delito como un fin legítimo cuya consecución es atribuida a los cuerpos de seguridad estatales, y ante la imposibilidad de procurar una orden judicial previa, pueda justificar la práctica de una requisa, la Corte estima que esta en ningún caso puede resultar desproporcionada y tampoco puede superar el palpamiento superficial de las ropas de una persona, implicar su desnudez o atentar contra su integridad.<sup>14</sup>

Es decir, el Tribunal indicó que no sólo se requieren elementos objetivos que señalen la posible comisión de un delito para proceder a la realización de registros, sino que además se exige una situación de urgencia que imposibilite la obtención de una orden judicial. Y para los casos habilitados, estipuló condiciones específicas de realización del procedimiento, de modo de garantizar una adecuada ponderación de los derechos e intereses en conflicto.

El abordaje jurídico reseñado se ajusta a su vez a las reparaciones ordenadas por la Corte, otro de los aspectos medulares en juego. En el caso, los representantes de las víctimas habían solicitado una am-

13 Corte IDH. *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro*, cit., párr. 81. La Corte IDH apoya a su vez sus conclusiones en el peritaje rendido por Juan Pablo Gomara.

14 Ídem nota 13, párr. 109.

plia gama de medidas de reparación.<sup>15</sup> Si bien la Corte IDH fue algo más acotada en la disposición y en el detalle de las reparaciones acordadas, en lo principal siguió lo solicitado por los representantes. Entre las que más interesan a este trabajo, ordenó como medidas de no repetición la adecuación de la legislación interna a los estándares desarrollados en el caso, toda vez que consideró que aquella era de carácter vago, general y permitía una enorme discrecionalidad policial.<sup>16</sup> También impuso la creación de un sistema de recopilación de datos y cifras sobre detenciones, registros y requisas cuando no media orden judicial, que especifique los casos que fueron efectivamente judicializados e identifique el número de acusaciones, condenas y absoluciones. Por último, ordenó la realización de un ambicioso plan de capacitaciones a las fuerzas de seguridad, integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal, con lineamientos específicos.

### III.2. Algunas notas críticas

Entre los puntos críticos del desarrollo de estándares, puede mencionarse que la Corte IDH apenas abordó un aspecto que había sido destacado por la CIDH en su informe de fondo y en su nota de remisión del caso, y que también había sido objeto de una ocupación específica en el ESAP y en los peritajes rendidos, vinculado con la necesidad de excluir la prueba obtenida como producto de procedimientos viciados.

Este asunto era de vital importancia, ya que uno de los argumentos sostenidamente esgrimido por las defensas de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro en sus procesos locales fue la necesidad de declarar la nulidad de las intervenciones policiales y de excluir la prueba obtenida como consecuencia. Este argumento no tuvo recepción en sede interna; por el contrario, a través de los resultados obtenidos *ex post* las autoridades judiciales validaron una intervención policial viciada en su origen. De allí que se insistió en el ámbito internacional sobre el punto.

Sin embargo, lo referido a la regla de exclusión no fue exhaustivamente tratado, quizás por las distintas aristas que reviste según el caso o por la inexistencia de un consenso al respecto al interior del Tribunal. Si bien la Corte IDH señaló acertadamente que “una actuación originariamente inconvencional no puede derivar, en función de los resultados obtenidos, en la formulación válida de imputaciones penales”,<sup>17</sup> no aprovechó la posibilidad de tratar en mayor medida un punto que nunca fue abordado en su jurisprudencia, a no ser por las indicaciones específicas que existen en materia de exclusión de la prueba obtenida a través de tortura o coacción, supuestos distintos a los aquí involucrados.

15 Entre otras, indemnización para los familiares; anulación de las condenas impuestas y anotación marginal en las sentencias de la CSJN que las señale como violatorias de la CADH; reformas legislativas que clarifiquen taxativamente los supuestos de detenciones y requisas sin orden; establecimiento de protocolos ajustados a esas nuevas normativas; criterios de uniformidad en la aplicación a nivel federal y en las distintas jurisdicciones del país; capacitaciones de las fuerzas de seguridad y de los operadores del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal; y sistemas de información y de registro estadístico.

16 Ídem nota 8, párr. 122.

17 Ídem nota 8, párr. 83.

Otra nota crítica de la resolución de la causa se vincula, en mi mirada, con el escaso detalle ofrecido por la Corte IDH en materia de adecuación normativa. Si bien desarrolló estándares específicos que determinan reformas,<sup>18</sup> pudo ser aún más explícita en la disposición de la orden de reparación, sobre todo teniendo en cuenta las dificultades que por lo general presenta el cumplimiento de ese tipo de medidas y el riesgo de distorsión que existe en su proceso de discusión interna.

Es claro que la Corte IDH no se encuentra atada a lo que aleguen las partes respecto de este u otros puntos, pero resulta útil tener presente que el ESAP y los Alegatos Finales de la representación de las víctimas resultaban más detallados en este aspecto y ofrecían algunos lineamientos específicos para la reforma legal en materia de detenciones y requisas.<sup>19</sup> Estos aspectos no fueron expresamente incluidos en la orden de la Corte sobre el punto específico. No obstante, con sutiles diferencias, los mismos criterios fueron incluidos en la medida de reparación referida a las capacitaciones del personal policial y del sistema de administración de justicia. Es claro que también afectan a la orden de reparación aquí tratada, por cuanto no podrían establecerse criterios de capacitación respecto de estándares que no se exigen a la propia ley llamada a regular las acciones objeto de dicha capacitación.

#### IV. Conclusiones

El fallo reseñado es relevante por muchos factores. Por una parte, deriva de un caso íntegramente llevado adelante por la defensa pública, en ejercicio de una dimensión fundamental de su autonomía y en cumplimiento de su función de garantizar el acceso a la justicia. Por la otra, hace parte de una progenie de decisiones de la Corte IDH que en el ámbito argentino se han dirigido a cuestionar actuaciones policiales contrarias a estándares internacionales, como las adoptadas en los casos *Bulacio*,<sup>20</sup> *Torres Millacura*<sup>21</sup> o *Acosta Martínez*.<sup>22</sup> Este último fue resuelto el día anterior al aquí comentado, y profundiza en mayor medida todo lo referido al comportamiento discriminatorio de las fuerzas de seguridad y al uso prejuiciado de sus atribuciones.

Con independencia de lo señalado, el caso presenta algunos desafíos a futuro vinculados con la satisfacción de las medidas de reparación ordenadas. Entre ellas, destaca la que involucra la adecuación

---

18 Ídem nota 8, párr. 90.

19 En ese sentido, se solicitó que la legislación incorpore la necesidad de "(a) indicar las circunstancias objetivas en las que procede una detención y/o requisas sin orden judicial, y siempre con relación concreta a la comisión de un ilícito; (b) indicar que dichas circunstancias deberán ser de carácter previo a todo procedimiento y de interpretación restrictiva; (c) indicar que deben darse junto con una situación de urgencia que impida solicitar la correspondiente orden judicial; (d) indicar la carga de las fuerzas de seguridad de dejar constancia exhaustiva en las actas de procedimiento de los motivos y circunstancias que dieron origen a la detención y requisas, y que impidieron la obtención de la correspondiente orden judicial, tanto en aquellos casos en que existan resultados positivos como negativos, a fin de posibilitar un adecuado control judicial posterior; (e) indicar expresamente la prohibición de uso de perfiles discriminatorios".

20 Corte IDH. *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

21 Corte IDH. *Caso Torres Millacura y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2011.

22 Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2020.

de la legislación cuestionada. Este tipo de órdenes de reparación es indispensable, pero a la vez de muy compleja instrumentación. Si bien la Corte IDH ha mejorado los procesos de seguimiento de sus puntos resolutivos –a través de requerimientos de información, audiencias públicas, resoluciones de supervisión– y maneja estándares muy exigentes de ejecución, lo cierto es que persisten incumplimientos en esta materia y Argentina no es la excepción.

Solo por mencionar algunos ejemplos, adeuda la reforma del régimen penal juvenil dispuesta en 2013 en el caso *Mendoza y otros*, así como la reforma del régimen recursivo contra la sentencia condenatoria derivada de ese mismo caso y de otros posteriores como *Gorigoitía*<sup>23</sup> y *Valle Ambrosio*.<sup>24</sup> Algo similar puede predicarse respecto de otras medidas de reparación contempladas, como los planes de capacitación o los sistemas de registro estadístico, sobre todo si se consideran los ambiciosos términos en los que –afortunadamente– fueron exigidas en la sentencia.

De ese modo, y como cierre de este breve comentario, puede presuponerse que esta sentencia no es el final del difícil camino que enfrentan los derechos frente a las fuerzas de seguridad y el sistema de justicia, sino la continuación de un proceso de reconducción orientado por estándares de protección de derechos humanos cada vez más desarrollados.

---

23 Corte IDH. *Caso Gorigoitía y otros vs. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2019.

24 Corte IDH. *Caso Valle Ambrosio y otro vs. Argentina*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 20 de julio de 2020.





# Obligaciones en materia de derechos humanos. Denuncia del tratado

## Corte IDH. *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos.*

### Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26<sup>1</sup>

Por Efrén Guerrero Salgado<sup>2</sup>

## 1. Introducción

La dinámica internacional y su interrelación con su manifestación jurídica, el *iura inter iura* no puede ser vista como un fenómeno aséptico, alejado de las lógicas de la *real politik*. De hecho, la “razón de Estado” y su relación con el derecho internacional ha sido base de una larga discusión doctrinal (Claver, 2010). Esto puede manifestarse en las circunstancias actuales del derecho internacional de los derechos humanos, en las que se juntan situaciones tan complejas como el aislamiento social producto de una emergencia global, y la falta de los medios para hacer cumplir la norma positiva debido a “la falta de liderazgo mundial y la creciente vulnerabilidad que tales acuerdos parecen crear con respecto a las acciones de los líderes políticos que promueven las prioridades nacionalistas” (Dawson y Verwei, 2020). En consecuencia, la visión cosmopolita que ha sostenido el sistema internacional de protección de derechos humanos desde la posguerra, se ve desafiada por nuevas situaciones que visibilizan

<sup>1</sup> [N. del E.] Por normas de estilo editorial se ha reducido la extensión original del título de la Opinión Consultiva. El título completo es: Corte IDH. *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1, 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos)*. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26.

<sup>2</sup> Doctor en Gobierno y Administración Pública (Universidad Complutense de Madrid). Máster en Protección de Derechos Humanos (Universidad de Alcalá) y en Gobierno y Administración Pública (Universidad Internacional Menéndez Pelayo). Licenciado en Ciencias Jurídicas y abogado (Pontificia Universidad Católica del Ecuador).

los dilemas entre la soberanía estatal y los derechos humanos universales [...] la soberanía del Estado se ha visto disminuida por la ruptura de fronteras desencadenadas por el tráfico financiero y de mercancías, la división internacional del trabajo y el intercambio tecnológico comunicacional (Delgado, 2020: 89).

En este sentido la Opinión Consultiva OC-26/20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o la Corte) es un interesante documento que presenta no solamente la respuesta del más alto tribunal de derechos humanos de la región sobre una cuestión, y una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, sino que también es un reflejo de la situación geopolítica actual de las Américas, y cómo se ha señalado en la doctrina, la lógica de los derechos humanos también se encuentra relacionada con la política, los intereses estatales y las acciones con actores internos nacionales (Haglund, 2020: 25).

En este sentido, el presente texto buscará: a) mostrar el contexto a nivel de relaciones internacionales de la Opinión Consultiva; b) los elementos en discusión en la respuesta de la Corte a las preguntas realizadas hacia ella; c) la posible respuesta doctrinal para la cuestión jurídica realizada. Este análisis busca demostrar que las decisiones de las más altas instancias contenciosas internacionales se ven envueltas en los fenómenos de legalización y judicialización de la política internacional, y que los jueces no solo están preocupados por los méritos legales sino en las posibilidades internas de incumplimiento, anulación u otras formas de tácticas judiciales para frenar la respuesta (Naurin, Stiansen y Boyum, 2020). Entonces, lo que se busca demostrar es que el derecho internacional de los derechos humanos, como toda creación humana, tiene movilidad, es político y se construye mediante acuerdos de poderes hegemónicos, sin que esto afecte su valor; pero sí debe ser entendido como tal para asegurar un mejor litigio y consecuentemente, un derecho mejor.

## **2. La OC-26 en el entorno geopolítico regional: el caso de Venezuela y la respuesta desde el orden público interamericano**

Es conveniente hacer dos elementos de discusión, referentes a la Opinión Consultiva 26. En primer lugar, es entender que ninguna acción en el sistema internacional es casual, y todo acto del Estado en la comunidad de sus pares es racional, pues responde a su dinámica propia de intereses: un equilibrio de fuerzas estable y un conjunto de instituciones y valores, más o menos aceptados por todos los Estados (Rodríguez, 2020).

En este sentido, en el voto disidente del juez Eugenio Zaffaroni, constante en la Opinión Consultiva en su primer párrafo, lo manifiesta de forma evidente:

En las intervenciones que tuvieron lugar en el curso de la audiencia pública correspondiente al trámite de la presente Opinión Consultiva, se reiteraron las directas referencias al caso concreto que plantea la

desvinculación de la República Bolivariana de Venezuela del sistema interamericano y de la propia organización continental.

Si bien es verdad que la respuesta a la presente Opinión Consultiva tendría validez respecto de cualquier otra situación análoga, lo cierto es que las similares que se han presentado son ahora prácticamente históricas y de momento no existe otra de esas características, relevancia y gravedad en la política internacional continental. Tampoco el Estado solicitante ni ningún otro manifiesta su intención de desvincularse del sistema, o sea, de dar lugar a una situación semejante.

En este sentido, es claro que el interés racional del gobierno de Colombia era buscar una respuesta jurídica que dé legitimidad a cualquier respuesta de su país respecto a la crisis humanitaria venezolana en la que ha mantenido una constante política de presión (Borda, 2020), con quien comparte una frontera donde la migración ilegal, el tráfico de migrantes, el contrabando y restricciones abusivas de movilidad ponen en riesgo las ya graves relaciones entre ambos países (Bustamante y Sánchez, 2020: 33). La incapacidad del gobierno (o régimen, dependiendo de la visión política) venezolano de sostener acuerdos que lleven a tener una vida ciudadana pacífica capaz de sostener el sistema económico y social, ha llevado al peor de los mundos posibles; costos políticos extremadamente altos y oposición para una salida negociada de la crisis, a lo que se suma la dependencia a mecanismos externos de protección económica y la poca popularidad internacional de Maduro (Marsteintredet, 2020), hacen imposible una solución interna.

Ahí es donde el papel de los Estados americanos entendidos como comunidad buscan dar legitimidad a un marco decisional: la migración de ciudadanos procedentes de la República Bolivariana de Venezuela es la crisis humanitaria con mayores implicaciones en la política pública de los gobiernos latinoamericanos, quienes no han podido resolverla de manera satisfactoria (Gandini, Prieto y Lozano-Ascencio, 2020). Producto de la crisis multisectorial que vive el país, la diáspora de su población puede calificarse de gradual, poco ordenada, y basada en múltiples rutas migratorias (Durán García y Cuevas, 2020). A pesar de que esta situación ha generado una descomposición del tejido social y del aparato democrático en el país, no existe una respuesta coordinada de los Estados latinoamericanos, que se ven enfrentados a asumir las consecuencias de procesar en un marco de derechos a flujos humanos importantes en una constante situación de movilidad y una respuesta real sobre qué hacer con esa descomposición.

Entonces, las preguntas realizadas por la República de Colombia (consecuencias de la denuncia de la Convención en el SIDH, efectos en las obligaciones internacionales) y medios de retorsión deben ser entendidas en este contexto. El Estado colombiano puso un tema importante en la mesa: tratar de resolver el dilema entre soberanía y no intervención frente a la necesidad de proteger a personas que se encuentran en peligro de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, cosa que ya ha sido demostrada por la CIDH (Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2020). Eso implica asumir una “responsabilidad de proteger” que está limitado por las diferencias

ideológicas en la región (Arredondo, 2014: 277) y que como se ve, no tiene una respuesta unificada en el sistema internacional (Arrieta y González, 2019: 111-112).

Estas complicaciones se trasladan a las diferentes secciones del texto de la Opinión Consultiva que tratarán de ser explicadas en las siguientes secciones.

### **3. La denuncia de la CADH como límite operativo de las actuaciones del sistema interamericano**

La Corte hace una división entre: a) la denuncia a la CADH; y b) la denuncia a la Carta de la OEA; y en ambas hace una lista casi taxativa de consecuencias: (1) obligaciones convencionales incólumes durante el período de transición de denuncia efectiva; (2) denuncia sin efectos retroactivos; (3) vigencia de las obligaciones surgidas de la ratificación de otros tratados interamericanos de derechos humanos se mantiene activa; (4) la denuncia efectiva no anula la eficacia interna de los criterios derivados de la norma convencional interpretada como parámetro preventivo de violaciones a los derechos humanos; (5) se mantiene la protección preventiva de la CIDH; y (6) las normas consuetudinarias, las derivadas de principios generales de derecho y las pertenecientes al *ius cogens* continúan obligando al Estado en virtud del derecho internacional general.

La denuncia de un tratado internacional es el acto por el cual un Estado notifica su decisión de dar por terminadas las obligaciones internacionales adquiridas en el marco de tal tratado; y en suma es un acto no ordinario de gobierno en las relaciones internacionales de cada Estado (Salazar, 2017: 76). Los términos “denuncia” y “retiro” expresan el mismo concepto jurídico. La denuncia (o el retiro) es un procedimiento iniciado unilateralmente por un Estado para dar por terminados sus compromisos jurídicos en virtud de un tratado. El tratado en cuestión sigue produciendo sus efectos con respecto a las demás partes en el mismo (Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos, 2013: 28-29).

Para que sea válido el acto de denuncia por parte de un Estado, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados menciona, en su artículo 54, “que podrá tener lugar de acuerdo a las disposiciones del tratado o en cualquier momento por consentimiento de todas las partes después de consultar a los demás Estados contratantes” (ONU, 1980). Como regla general, los tratados internacionales que no contengan disposiciones sobre su terminación, no podrán ser objeto de denuncia o retiro.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone de un mecanismo de denuncia, plasmado en el artículo 78 de su texto. Los casos de denuncia de la CADH (1998 Trinidad y Tobago, 1999 Perú y 2013 Venezuela) deben ser analizados entonces de acuerdo con las reglas de derecho internacional. Uno de los principios del derecho internacional público, aplicable a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y a la CADH, es el *pacta sunt servanda*, consagrado como una regla universal en lo relativo a los efectos generales de un tratado; implica que la actitud de buena fe debe prevalecer durante la ejecución y cumplimiento del tratado (Villán, 2002). Es decir, el tratado se convierte en ley para las partes, por lo tanto, se debe acatar de forma adecuada y completa. El artículo

26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados también menciona que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Además, el Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, según lo dispuesto en el artículo 27 del mismo instrumento (ONU, 1980).

Bajo el texto del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Estado no puede excusar el incumplimiento de su obligación de investigar con la debida diligencia porque al momento de los hechos no existía normativa, procedimientos o medidas para realizar las diligencias investigativas iniciales adecuadamente de acuerdo a los estándares de derecho internacional que se desprenden de tratados aplicables y en vigor al momento de los hechos, y que este Tribunal ha precisado en su jurisprudencia (*Veliz Franco y otros vs. Guatemala*, Serie C No. 277, 2014: 152).

Esto se refuerza con lo previsto por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el *Asunto de los Ensayos Nucleares* ha señalado que

uno de los principios básicos que gobiernan la creación y observancia de las obligaciones jurídicas, cualquiera sea su fuente, es el principio de buena fe. La confianza recíproca es una condición inherente a la cooperación internacional en especial en una época en que en muchos campos dicha cooperación es cada vez más indispensable (CIJ, 1994: 136).

En el caso de la pregunta formulada por la República de Colombia debe tenerse presente que en el estado actual del *corpus iuris* de los derechos humanos una denuncia de la CADH afecta la naturaleza jurídica de los tratados internacionales de derechos humanos y su relación con el derecho interno. Los siguientes párrafos explicarán esta afirmación.

A diferencia del derecho internacional público, en el derecho internacional de derechos humanos, incluyendo los tratados partes del *corpus iure* del SIDH, los beneficiarios de la suscripción de un tratado internacional de este tipo son las personas sometidas a la jurisdicción del Estado suscriptor, y no únicamente los Estados, como generalmente sucede en un acuerdo o tratado multilateral en el que los Estados intercambian beneficios recíprocos (Salazar, 2017: 76), ya que el objeto de la CADH es la protección de los ciudadanos del continente.

Entonces, la naturaleza de los tratados internacionales de derechos humanos es distinta, y esto amerita un régimen particular para su denuncia. La Corte Internacional de Justicia se refirió por primera vez a esta particularidad al pronunciarse en una opinión consultiva sobre la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, haciendo especial énfasis en el interés común de conservar la razón de ser de la Convención por sobre los intereses individuales (CIJ, 1951: 26). También la Corte IDH, mediante la Opinión Consultiva OC-1/82, se ha referido al carácter especial de los tratados internacionales de derechos humanos. En esa ocasión, la Corte observó que los enunciados de la

Convención de Viena “reflejan las necesidades de los tradicionales convenios multilaterales internacionales, que tienen por objeto un intercambio recíproco de derechos y obligaciones, para el beneficio mutuo de los Estados Partes” (Corte IDH, 1982: 43).

En este sentido la Corte mencionó que, al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (Corte IDH, 1982: 14). Además, la Corte IDH en el *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, se ha referido a la naturaleza de la CADH y su contenido de valores comunes como límite de la acción del Estado (Serie C No. 134, 2005: 90).

#### **4. Las obligaciones compartidas del SIDH en el contexto de graves violaciones de derechos humanos**

En este caso, la Corte decide no hablar sobre responsabilidades adicionales más allá de las que se pueden interpretar de la Carta. Incluye una lista que pasa por obligaciones diplomáticas, cooperación internacional, apoyo y protección internacional y esfuerzos para la restitución de la CADH en el Estado denunciante, lo cual se ve reflejado en la OC-26/20 de la siguiente forma:

(1) exteriorizar de forma oportuna sus observaciones u objeciones ante cualquier denuncia de la Convención Americana y/o de la Carta de la Organización de los Estados Americanos que no resista un escrutinio a la luz del principio democrático y afecte el interés público interamericano; (2) asegurar que el Estado denunciante no se considere desligado de la OEA hasta tanto no haya dado cumplimiento a las obligaciones de derechos humanos adquiridas a través de los diversos mecanismos de protección en el marco de sus respectivas competencias y, en particular, aquellas que se relacionan con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH hasta la conclusión del procedimiento; (3) cooperar para lograr la investigación y juzgamiento de las graves violaciones de derechos humanos y así erradicar la impunidad; (4) otorgar protección internacional, de conformidad con los compromisos internacionales derivados del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho de los refugiados (Corte IDH, 2020: 58).

En ningún momento se involucra en la discusión de qué puede hacer un Estado como medidas de retorsión para la vuelta del orden público. Este hecho debe entenderse no solo en materia de violaciones de derechos individuales, sino en crisis actuales y futuras, como las relacionales frente al cambio climático (Borràs, 2016: 59-60).

En primer lugar, se entiende que el concepto “violaciones de derechos humanos” es toda aquella violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

En referencia al concepto de “violaciones graves de derecho”, la Corte ha señalado en el *Caso Barrios Altos vs. Perú*, en el cual se aborda la responsabilidad internacional del Estado por la muerte y lesiones de un grupo de personas por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos (2001), que

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*Caso Barrios Altos vs. Perú*, Serie C No.75, 2001: 48).

En tercer lugar, en relación con el concepto “sistematicidad” de las violaciones de los derechos humanos, la Corte IDH, en el contexto de la operación Cóndor, se ha expresado en los siguientes términos: “las estructuras de seguridad estatales fueron coordinadamente desatadas contra las naciones a nivel transfronterizo por los gobiernos dictatoriales involucrados” (*Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Serie C No. 153, 2006: 62). A la vista de lo anterior, la definición de sistemático que hace la Corte IDH hace referencia a la planificación y ejecución por parte del Estado y el conjunto de la maquinaria estatal de los hechos constitutivos de violación de derechos (*Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, Serie C No. 153, 2006: 68).

En el momento que un Estado rompe con el pacto social, su estructura está diseñada, de acuerdo con la propia comunidad internacional, para afectar los derechos de sus nacionales, quienes no cuentan con instituciones modernas de control, hay una ruptura catastrófica del orden jurídico y una incapacidad de que el sistema internacional, siempre caótico, reaccione (Kissinger, 2016). En nuestros países periféricos, con institucionalidades débiles, es vital tratar de generar esa dinámica de sobrevivencia (Espinoza, 2004). Venezuela, como el resto de los países latinoamericanos, no tuvieron sistemas democráticos estables, sino centrados en dinámicas partidistas incapaces de poder construir acuerdos nacionales (Buxton, 2020: 141). La pregunta que surge es ¿cómo construir una “responsabilidad de proteger” que sea respetuosa de los derechos humanos? Es responsabilidad de los Estados miembros, en particular los comprometidos con la defensa de los derechos humanos y el avance de la protección de las personas en todo el SIDH, enviar un mensaje político de que no hay espacio para los autores de crímenes atroces y, en última instancia, “determinar su capacidad y voluntad para abordar las situaciones de atrocidad de manera oportuna y decisiva” (Pramendorfer, 2020: 244).

Esto no ha sucedido en este caso, por cuanto se ha buscado extralimitar la posición de la CIDH. Debe buscarse que el sistema interamericano no construya por imposición legal dinámicas de política pública, sino colaborar en su formulación y límites a través de bloque de constitucionalidad; y que por excepción opere dentro de las dinámicas de seguridad y defensa de un Estado.

## 5. Mecanismos de protección de derechos humanos: aplicabilidad de un control de convencionalidad previo

En el escenario en donde un Estado denuncie la Carta de la OEA deberían tenerse en cuenta los siguientes elementos jurídicos en abstracto.

El SIDH, como el resto de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, es coadyuvante o complementario del derecho interno de los Estados americanos. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su aprobación o confirmación (*Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Serie C No. 90, 2001: 33), por tanto, se debería tener en cuenta las particularidades de cada caso individual.

El primer mecanismo al que habría que hacer referencia es aquel relativo a los procedimientos nacionales de protección de los derechos fundamentales consagrados en la norma fundamental del Estado denunciante. Con carácter general, los derechos humanos coinciden con los derechos fundamentales reconocidos en la norma suprema constitucional, pero no en todos los casos. Por ello, un primer mecanismo de protección de los derechos humanos a nivel nacional es la protección que brinda la Constitución del Estado, para aquellos derechos humanos que se encuentran consagrados en la norma constitucional.

En segundo lugar, resulta importante analizar el proceso de incorporación de las obligaciones internacionales al ordenamiento interno del Estado en cuestión, y la existencia de instituciones como el bloque de constitucionalidad, la restricción de interpretaciones regresivas de derechos y el control de convencionalidad.

En tercer lugar, deberán analizarse los mecanismos consagrados en la normativa interna que permitan la aplicación de decisiones, sentencias, informes u otros de carácter internacional. En el caso ecuatoriano, el artículo 52 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y de Control Constitucional prevé el mecanismo de la acción por incumplimiento. Dicha acción “tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos”.

En cuarto lugar, existe la doctrina de que se “debe prestar especial atención al objetivo de preservar la integridad de los tratados multilaterales” (CDI, 2003: 184), y en las obligaciones, por lo que, como ya se ha indicado en la doctrina del SIDH, es imprescindible una humanización del derecho de los tratados (Cançado, 2001: 14) y una extensión del control de la convencionalidad, incluyendo la legalidad o no de la reserva.

Al respecto, la Corte IDH puede ejercer un “control de convencionalidad” entre los actos u omisiones y las normas internas y la Convención Americana, de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos (*Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, Serie C No. 373, 2019), y que las con-



secuencias de los actos estatales y la evolución de las políticas públicas sean controladas (*Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*, Serie C No. 372, 2018: 135), de forma que se pueda

desarrollar un sistema de determinación objetiva de la compatibilidad u otra de las reservas con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos, aunque se puede considerar necesario que para eso haya una disposición expresa en los futuros tratados de derechos humanos, o la adopción en ese sentido de protocolos a los instrumentos existentes (CDI, 1997).

## **6. Conclusiones: es posible la defensa integral de los derechos humanos en un sistema interconectado**

En ese orden de cosas, el derecho internacional de los derechos humanos y los tratados internacionales de esta materia, tienen una visión distinta al tradicional derecho internacional público, porque van más allá de las relaciones comerciales o intereses de Estados. Se trata de un conjunto de obligaciones que los Estados deben adoptar, por medio de medidas positivas, para facilitar el disfrute y goce de los derechos humanos. Es así como tras la suscripción de un tratado, los Estados asumen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos (Salmon, 2015). Por eso, dada su importancia para el conjunto de la comunidad internacional, sus cuestiones procesales y sus efectos pueden afectar la dignidad natural del ser humano, deben ser analizados de manera particularizada.

En conclusión: debido a la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, la facultad de denunciar este tipo de tratados incluyendo a la CADH tiene límites que están más allá de lo establecido por la Convención de Viena, con relación a los tratados internacionales en general. Sin embargo, en lo atinente al cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas en un tratado internacional de derechos humanos, se deberá estar a lo previsto en la Convención de Viena. Cualquier denuncia tiene como límite los derechos humanos y aquellos que se encuentran dentro del *corpus iuris* del sistema internacional, en particular, la igualdad y no discriminación, la no regresividad, y la interdependencia entre las obligaciones de la CADH y aquellas del ordenamiento jurídico interno.

El caso venezolano, que es el que convoca a la OC-26, debe entenderse desde una perspectiva integral, usando el derecho internacional como herramienta de conducta entre Estados. La situación del país es clara, ya que el Estado de derecho y sus instituciones se encuentran en un estado tal de fractura sistémica que no garantizan una política pública eficaz y eficiente que reduzca la indefensión del ciudadano frente a la violencia social y del Estado (Bull y Rosales, 2020). Con esos antecedentes, la solución deberá ser jurídica, deberá ser sostenida por la comunidad internacional y necesariamente deberá basarse en un acuerdo nacional coordinado que asegure verdad, justicia y reparación por todos los elementos ya demostrados hasta la saciedad por la comunidad de Estados.

## Bibliografía

- Arredondo, R. (2014). La responsabilidad de proteger: la perspectiva latinoamericana / The responsibility to protect: the latin american perspective. *Araucaria*, 16(32), 277. Recuperado de [http://institucional.us.es/araucaria/nro32/monogr32\\_5.pdf](http://institucional.us.es/araucaria/nro32/monogr32_5.pdf) [consultado el 27 de diciembre de 2020].
- Arrieta, I. y González, E. (2019). El principio de la Responsabilidad de Proteger (R2P) en medio de las turbulentas aguas del debate entre Orden y Justicia: Entrevistas a Varios Autores. *Relaciones Internacionales*, (41), 111-121, 111-112. Recuperado de <https://revistas.uam.es/index.php/relacionesinternacionales/article/view/11074/11184> [consultado el 27 de diciembre de 2020].
- Borda, S. (2020). Colombia y la crisis venezolana. *Nueva Sociedad*, (287), 4-10, 5-6.
- Borràs, S. (2016). Construyendo el principio de responsabilidad de proteger para fortalecer la seguridad climática. *Revista de Direito Brasileira*, 13(6), 39-60, 59-60. Recuperado de <http://rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/352/257> [consultado el 27 de diciembre de 2020].
- Bull, B. y Rosales, A. (2020). La crisis en Venezuela: conductores, transiciones y caminos. *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, (109), 1-20, 16-20.
- Bustamante, A. y Sánchez, F. (2020). The Venezuela-Colombia Border: Epicenter of the Hemisphere's Largest Migratory Crisis during COVID-19. *Borders in Globalization Review*, 2(1), 33-37, 33.
- Buxton, J. (2020). *The Failure of Political Reform in Venezuela*. Nueva York: Routledge.
- Cançado, A. (2001). La Humanización del Derecho Internacional y Limites de la Razón de Estado. *Revista da Faculdade de Direito*, 40, 11, 14.
- Claver, J. (2010). La razón de estado en los Tribunales del siglo XXI: ¿dos visiones distintas? *Actualidad administrativa*, (9), 2.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR) (14 de diciembre de 1990). Observación General No. 3: La índole de las obligaciones de los Estados Parte. E/1991/23, párr. 3
- Comisión de Derecho Internacional (CDI) (1997). Informe de la Comisión del Derecho Internacional de la sesión No. 49. A/52/10, p. 94, párr. 47.
- (2003). Informe de la Comisión del Derecho Internacional G.A.O.R. A/58/10, p. 184.
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito Genocidio. Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951, [MP Jules Basdevant], p. 26.
- Corte Internacional de Justicia (CIJ). *Caso relativo a los ensayos nucleares Nueva Zelandia c. Francia*. 20 de diciembre de 1994, [MP Manfred Lachs], p. 136
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte". Opinión Consultiva OC-1/82, [MP Carlos Roberto Reina]. 24 de septiembre de 1982, Serie A No. 1, párrs. 14-33.
- *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99, [MP Antônio A. Cançado Trindade]. 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
- *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Fondo. [MP Antônio A. Cançado Trindade]. 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 48

- *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, Fondo. 6 de diciembre de 2001, [MP Antônio A. Cançado Trindade]. Serie C No. 90, párr. 33.
- *Caso Masacre De Mapiripán vs. Colombia*. [MP Sergio García Ramírez]. 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párr. 90.
- *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 22 de septiembre de 2006, [MP Sergio García Ramírez]. Serie C No. 153, párr. 62 y 68.
- *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. de 19 de mayo de 2014, [MP Humberto Antonio Sierra Porto]. Serie C No. 277, párr. 152
- *Caso Órdenes Guerra y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 29 de noviembre de 2018. [MP Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot]. Serie C No. 372, párr. 135.
- *Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas, de 4 de febrero de 2019, [MP Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot]. Serie C No. 373.
- (9 de noviembre de 2020). Opinión Consultiva OC-26/20 (La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos). [MP Elizabeth Odio Benito]. Serie A No. 26.
- Dawson, A. y Verwei, M. (2020). Law, Ethics, and Politics in the Face of a Global Pandemic, *Public Health Ethics*, 1-3, 2.
- Delgado, C. (2020). Atisbos del “Cosmopolitismo crítico” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*, 17(42), 89-120, 89.
- Durán García, M., y Cuevas, D. (2020). Colombia-Venezuela: The Humanitarian Crisis of the Venezuelan Migration Flow. En A. Mateos, M. Durán García, C. Estrada y J. Iglesias, *Migratory Flows at the Borders of Our World* (pp. 249-271). Bogotá: Pontificia Universidad Católica Javeriana, p. 249.
- Espinoza, G. (2004). Una paradoja de la situación intelectual contemporánea de las políticas de Estado. Una reflexión desde Kelsen y Kant. *Polis*, 2(7), 11, 2. Recuperado de <https://journals.openedition.org/polis/6292> [consultado el 27 de diciembre de 2020].
- Gandini, L., Prieto, V. y Lozano-Ascencio, F. (2020). Nuevas movilidades en América Latina: la migración venezolana en contextos de crisis y las respuestas en la región. *Cuadernos Geográficos*, 59(3), 103-121,105.
- Haglund, J. (2020). Domestic Politics and the Effectiveness of Regional Human Rights Courts. *International Interactions*, 1-28, 25.
- Kissinger, H. (2016). *Orden Mundial*. Barcelona: Debate, p. 4.
- Marsteintredet, L. (2020). With the cards stacked against you: Challenges to a negotiated transition to democracy in Venezuela. *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, (109), 87-106, 89.
- Naurin, D., Stiansen, O. y Boyum, L. S. (2020). Law and Politics in the Inter-American Court of Human Rights. A New Database on Judicial Behavior and Compliance in *the IACtHR*. *Journal of Law and Courts*, 8(2), 1-27, 21.
- Organización de Estados Americanos (OEA). (29 de noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

ONU, Comisión de Derecho Internacional (CDI). (27 de enero de 1980). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT).

Pramendorfer, E. (2020). The Role of the Human Rights Council in Implementing the Responsibility to Protect. *Global Responsibility to Protect*, 239-245, 244.

Rodríguez, L. (2020). Generalidades de teoría de las relaciones internacionales sobre seguridad internacional. *Revista Política Internacional*, 49-61, 60.

Salazar, D. (2017). La Denuncia de Tratados Internacionales de Derechos Humanos. *Iuris Dictio*, 15(17), 75-118, 76.

Salmon, E. (2015). *Nociones de Derecho Internacional Público*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 102.

ONU, Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos (2013). *Manual de Tratados*. Nueva York: ONU, pp. 28 y 29.

Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (2020). *Informe de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y del Panel de Expertos Internacionales Independientes sobre la posible comisión de crímenes de lesa humanidad en Venezuela*. Washington: OEA, p. 464.

Villán, C. (2002). *Curso de Derecho internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, España: Trotta, p. 104.

# Leyes reparatorias. Igualdad ante la ley

Corte IDH. *Caso Almeida Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2020. Serie C No. 416.

*Por Martín Gustavo Fiorenza<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

En el caso que comento, la Corte IDH condenó al Estado argentino por la violación de los derechos contenidos en los artículos 8.1 (plazo razonable), 24 (igualdad ante la ley) y 25.1 (protección judicial) de la CADH por la falta de indemnización en la aplicación de la Ley N° 24043 al señor Rufino Jorge Almeida por el tiempo que permaneció bajo un régimen similar al de libertad vigilada durante la última dictadura cívico-militar. Por ello, ordenó el pago de una indemnización, la publicación de la sentencia y la revisión de la situación de las personas que se encuentren en la misma situación fáctica que el señor Almeida.

A fin de poder abordar el comentario del presente caso en su contexto, vale recordar que el 24 de marzo de 1976 un golpe de estado instaló en Argentina una dictadura cívico-militar que detentó el poder hasta diciembre de 1983, cometiendo de forma sistemática graves violaciones a los derechos humanos a través de la imposición de un despiadado plan de represión ilegal y de supresión de derechos y garantías que incluyó la desaparición forzada de personas, asesinatos, privaciones ilegales de la libertad, torturas, apropiación y sustitución de identidad de menores, y distintos hechos represivos en perjuicio de estudiantes, trabajadores/as, dirigentes/as y militantes políticos, sindicalistas, religiosos/as, entre otros/as.

---

<sup>1</sup> Abogado (UCA). Especialista en Gestión Pública (UNTREF). Director Provincial de Políticas Reparatorias de la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires.

Dichos extremos han sido acreditados y sancionados en numerosas resoluciones judiciales. En una primera etapa, merecen destacarse la sentencia dictada por la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal en la causa N° 13/84.<sup>2</sup> En una segunda etapa, se destaca el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictado en la causa “Simón”,<sup>3</sup> en la que se declaró la inconstitucionalidad de las leyes de “punto final” y “obediencia debida” y, al mismo tiempo, la constitucionalidad de la Ley N° 25779 de 2003 que las había declarado insalvablemente nulas. Este último precedente significó un verdadero cambio de paradigma en el juzgamiento a los responsables del terrorismo de Estado.

Con el retorno a la democracia, las víctimas comenzaron a realizar reclamos judiciales a los efectos de obtener un resarcimiento por las graves violaciones a los derechos humanos padecidas. No obstante, las presentaciones judiciales se encontraban con obstáculos que impedían que pudieran prosperar.

Por un lado, debían enfrentarse a los rigurosos estándares probatorios exigidos para la acreditación del daño, que no contemplaban bajo ningún aspecto la situación de clandestinidad que caracterizó a la dictadura cívico-militar en la ejecución de su plan represivo. Al respecto, Eduardo Luis Duhalde enseña que

Un rasgo distintivo de la perversión del poder autoritario cuando alcanza el estadio de terrorismo de Estado es ese ocultamiento de su accionar ilegítimo, que he definido como característica fundamental del modelo. Mientras que la legalidad democrática se asienta, al menos como principio, en la transparencia de los actos y la publicidad de estos, el Estado del terror oculta y niega su propio actuar.<sup>4</sup>

Por otro lado, debían superar el régimen de prescripción de la acción civil, establecido en el artículo 4037 del Código Civil vigente en la época, que limitaba a dos años la posibilidad de presentar las acciones judiciales.

Ante esta situación, un grupo de víctimas presentaron sus reclamos ante la CIDH. El Estado argentino, en el marco de un acuerdo de solución amistosa,<sup>5</sup> adoptó la decisión de propiciar –entre otras medidas– la sanción de una ley especial que contemplara un beneficio pecuniario para a aquellas personas “que hubieran sido puestas a disposición del P.E.N. durante la vigencia del estado de sitio, o siendo civiles hubiesen sufrido detención en virtud de actos emanados de tribunales militares”. En esos términos, fue sancionada la Ley N° 24043.

2 Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del Decreto N° 158\83 del Poder Ejecutivo Nacional.

3 CSJN, Fallos 326:3988.

4 Duhalde, E.L. (2013). *El Estado Terrorista argentino*. Buenos Aires: Colihue.

5 CIDH. Informe No. 1/93, Solución amistosa, Casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496, 10.631 y 10.771, 3 de marzo de 1993.

El presente fallo de la Corte IDH nos permite analizar los roles que cumplen las partes en el proceso y, en especial, la importancia del reconocimiento estatal en casos donde se configuran evidentes violaciones a derechos, siempre en vistas de la reparación a las víctimas y en pos de favorecer la legitimación del sistema interamericano.

## 2. Los hechos del caso

Rufino Jorge Almeida nació el 4 de mayo de 1956 en la ciudad de La Plata. El 4 de junio de 1978 fue secuestrado por integrantes de las Fuerzas Armadas y de seguridad argentinas junto con su esposa. Permaneció 54 días en calidad de detenido-desaparecido en el centro clandestino de detención conocido como “El Banco”,<sup>6</sup> en donde fue torturado. Al ser liberado de esta detención, el 27 de julio de 1978, fue puesto en un régimen de “libertad vigilada de facto”.

En efecto, al momento de su liberación el señor Almeida y su esposa, Claudia Graciela Esteves, fueron puestos bajo custodia del padre del primero. A partir de ese momento, comenzó un control que puede ser equiparado al régimen de libertad vigilada, en donde eran sometidos a visitas por parte de guardias del campo clandestino “El Banco”. Asimismo, se les entregó un número de teléfono para efectuar llamadas de control. Este régimen de libertad vigilada cesó el 30 de abril de 1983.

En 1995 el señor Almeida presentó una solicitud de los beneficios previstos por la Ley N° 24043. Luego de que la –por entonces– Secretaría de Derechos Humanos y Sociales corroborara el cumplimiento de los requisitos legales, el Ministerio del Interior, por medio de la Resolución N° 2638/96, resolvió reconocer el derecho a la indemnización del señor Almeida por 54 días de detención ilegal. Esta resolución fue notificada al señor Almeida el 8 de octubre de 1996.

El 6 de noviembre de 1996 el señor Almeida presentó un recurso de apelación ante el Ministerio del Interior.<sup>7</sup> Alegó que la Resolución N° 2638/96 no tomó en cuenta para el cálculo de su indemnización los 1795 días en que fue mantenido en una suerte de libertad vigilada. El 25 de marzo de 1999 la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la resolución apelada, considerando que

cualquiera sea la verdad de sus dichos, su situación no es la contemplada por la ley N° 21.650, a la que, implícitamente, remite la Ley N° 24.043 cuando prescribe que la libertad vigilada no debe ser considerada como cese de la medida restrictiva de la libertad y, por ende, autoriza el extender el plazo de detención sujeto a indemnización hasta la obtención de la libertad total.

<sup>6</sup> Funcionó en la localidad de La Matanza, provincia de Buenos Aires, entre 1977 y 1978 bajo la órbita del Primer Cuerpo de Ejército. Formó parte de lo que se conoce como el circuito represivo “ABO”, bautizado de ese modo por las iniciales de los centros de clandestinos por los que estaba compuesto: “Club Atlético”, “El Banco” y “Olimpo”.

<sup>7</sup> Conf. Ley N° 24043. Artículo 3, segundo párrafo.

El 22 de abril de 1999 el señor Almeida interpuso recurso extraordinario, alegando que la CSJN había hecho una interpretación más amplia de lo que debía considerarse dentro del concepto de libertad vigilada. Para argumentar su pretensión hizo referencia a otros expedientes similares.

En efecto, el 15 de julio de 1997 la Corte emitió sentencia en el caso “Noro, Horacio José c. Ministerio del Interior”,<sup>8</sup> en el que estableció que:

[L]a finalidad de la ley 24.043 fue otorgar una compensación económica a personas privadas del derecho constitucional a la libertad, no en virtud de una orden de autoridad judicial competente, sino en razón de actos –cualquiera que hubiese sido su expresión formal– ilegítimos emanados en ciertas circunstancias de tribunales militares o de quienes ejercían el Poder Ejecutivo de la Nación durante el último gobierno de facto. Lo esencial no es la forma que revistió el acto de autoridad –y mucho menos su adecuación a las exigencias del art. 5 de la ley 21.650– sino la demostración del menoscabo efectivo a la libertad, en los diversos grados contemplados por la ley 24.043. [...] la ley dispuso que a los efectos de tener por configurado el cese de las medidas (los supuestos contemplados en el art. 2) no se considerará el arresto domiciliario y la libertad vigilada. Habida cuenta de que el propósito fue satisfacer razones de equidad y de justicia, y dado que la ley no contiene definición alguna, corresponde incluir dentro de la figura de “libertad vigilada” tanto los casos que formalmente se ajustaron a la reglamentación del gobierno de facto [...], como aquellos otros en que la persona fue sujeta a un estado de control y de dependencia falto de garantías o sin el pleno goce de las garantías, demostrable en los hechos, que representó un menoscabo equiparable de su libertad.

El 8 de junio de 1999 la Cámara denegó el recurso extraordinario interpuesto. El señor Almeida interpuso un recurso de queja ante la CSJN, que fue declarado inadmisibles por resolución del 2 de diciembre de 1999.

Resulta importante destacar que años más tarde la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal resolvió un recurso de apelación en contra de una resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos que no tomó en cuenta el período en el que una persona se encontró bajo el régimen de libertad vigilada, para el cálculo de la indemnización prevista por la Ley N° 24043. En el estudio del recurso, la Cámara hizo referencia al precedente del caso Noro ante la Corte Suprema. En particular, consideró que:

[S]e halla suficientemente acreditado en autos que el recurrente se encontró en la situación limitativa de su libertad personal considerada por el legislador al redactar el párrafo tercero del art. 4 de la ley 24043, en cuanto establece que los arrestos domiciliarios o la libertad vigilada no serán considerados

---

8 CSJN, *Fallos* 320:1469.



como cese de la medida, pues de aquella resulta la obligación que pesaba sobre él —cuanto menos— de reportarse telefónicamente para conocer su paradero.<sup>9</sup>

Tomando en cuenta la similitud del caso citado con su situación, el señor Almeida presentó el 27 de diciembre de 2004 ante el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, un recurso de revocatoria, ampliado el 28 de marzo de 2006, a efectos de modificar la Resolución Administrativa N° 2638/96 y adaptarla a los nuevos criterios que se venían aplicando a situaciones idénticas. El señor Almeida indicó que la Secretaría de Derechos Humanos modificó su criterio de interpretación de los alcances de la Ley N° 24043 incluyendo como indemnizables los casos de libertad vigilada dispuesta por autoridad competente en el marco de una aparente legalidad. Mediante Resolución N° 1243/2006, del 14 de agosto de 2006, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos rechazó el recurso de revocatoria al considerar que el Señor Almeida estaba solicitando la modificación de una sentencia judicial. El 29 de agosto de 2006 el señor Almeida presentó un recurso de reconsideración que fue rechazado.

Finalmente, es importante destacar que mediante la Resolución Administrativa N° 14 del 18 de enero de 1999, se le reconocieron a Claudia Graciela Estevez, esposa del señor Almeida, 57 días indemnizables en concepto de beneficio previsto por la Ley N° 24043. En 2014 la señora Estévez solicitó nuevamente el otorgamiento del beneficio de la Ley N° 24043, esta vez por la privación de libertad sufrida durante el período en que estuvo sometida a una libertad vigilada en las mismas condiciones que su esposo, Rufino Jorge Almeida. En este caso, por medio de Resolución de 22 de mayo de 2015, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos decidió otorgar el beneficio por un total de 1709 días indemnizables en tal concepto.

### 3. Trámite del reclamo ante la CIDH

El 3 de julio de 2000 Rufino Almeida presentó una petición ante la CIDH por la alegada responsabilidad del Estado. En el mes julio de 2014 la CIDH aprobó el Informe de Admisibilidad N° 45/14, y posteriormente, el 7 de diciembre de 2018, aprobó el Informe de Fondo N° 147/18 concluyendo que el Estado era responsable por la violación de los derechos establecidos en los artículos 8.1, 24 y 25.1 de la Convención Americana en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

En este punto resulta necesario detenerse y señalar, a los efectos de poder vislumbrar cuál fue posicionamiento primigenio del Estado ante el caso bajo análisis, que el Informe de Fondo le fue notificado mediante comunicación de 7 de febrero de 2019, y se le otorgó un plazo de dos meses para informar sobre el cumplimiento de las recomendaciones.

<sup>9</sup> Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, causa N° 143625/2002, "Robasto, Jorge Enrique c. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos", 28 de noviembre de 2003.

Vencido el plazo de dos meses, el Estado solicitó una primera prórroga, que fue concedida por la CIDH. Posteriormente, solicitó una segunda prórroga en idénticos términos y sin aportar información específica alguna sobre la implementación de las recomendaciones contenidas en el Informe de Fondo. Así, el sometimiento del caso a la Corte IDH fue notificado al Estado y a la representante del señor Almeida mediante comunicaciones de 11 de septiembre de 2019.

El 5 de febrero de 2020 el Estado presentó ante la Corte su escrito de contestación al sometimiento del caso por parte de la Comisión, así como sus observaciones al escrito de solicitudes y argumentos. Mediante dicha presentación el Estado hizo un reconocimiento de las conclusiones del Informe de Fondo presentado por la Comisión, aceptando su responsabilidad internacional.

En su presentación el Estado puso de relevancia “la marcada excepcionalidad del caso del Sr. Almeida”, la identidad de fechas, circunstancias y hechos que caracterizaron la situación del señor Almeida y la de su pareja, así como la claridad de su relato con respecto a la situación de libertad vigilada a la que estuvo sometido. En relación a las reparaciones, el Estado solicitó a la Corte que dispusiera las reparaciones pecuniarias y los montos en materia de costas y gastos en este trámite, sobre la base del criterio de equidad.

Sin embargo, consideró que las medidas institucionales de reparación solicitadas por la representante “desconocen la excepcionalidad que caracteriza a la situación del [señor] Almeida”. En efecto subrayó que “tanto la justicia como la administración han incorporado hace años una interpretación amplia de los supuestos de libertad vigilada”, por lo que no es necesaria la actualización de los mecanismos de gestión administrativa ni la instrucción de nuevos criterios al personal involucrado en el tratamiento de los pedidos de reparación o la adecuación normativa.

Puntualmente, en su alegato final afirmó que la aplicación del precedente del caso Noro de la Corte Suprema, en sede judicial y administrativa “ha conducido al resultado que en definitiva es exigido por la Convención Americana y que está aquí en disputa: la aplicación equitativa de la Ley N° 24043 respecto de los supuestos de libertad vigilada *de iure* y *de facto*”.

Como puede observarse, el Estado modificó sustancialmente –en cuestión de escasos meses– su posicionamiento ante el reclamo: pasó de solicitar prórrogas y de no aportar información sobre la eventual implementación de las recomendaciones, a reconocer y aceptar su responsabilidad internacional –en los términos de la excepcionalidad reseñada *ut supra*– ante el reclamo. Los efectos de esta decisión serán analizados en lo subsiguiente.

#### **4. La sentencia de la Corte IDH**

En función del reconocimiento de responsabilidad en los términos de la excepcionalidad del caso –que implicó que el señor Almeida no tuviera acceso a un recurso o proceso efectivo que permitiera aplicar los nuevos criterios interpretativos de la Ley N° 24043 a su caso y, en definitiva, poner fin a la desigualdad a la que se le había sometido al no tomar en cuenta los días en que estuvo bajo libertad vigilada de facto para el cálculo de la indemnización prevista en dicha normativa–, la Corte IDH con-

cluyó que el Estado es responsable de la violación a los artículos 8.1, 24 y 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1. y 2 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Almeida.

La Corte sostuvo en su fallo que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado.<sup>10</sup>

En tal sentido, afirmó que:

la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser posible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones de derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.<sup>11</sup>

Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados.

En función de ello procedió a disponer de las medidas dirigidas a reparar los daños ocasionados:

- a) Medidas de restitución: Ordenó al Estado el pago al señor Almeida, en equidad, la suma de USD\$ 125.000,00 por concepto de indemnización por el tiempo que permaneció en un régimen de libertad vigilada de facto.
- b) Medidas de satisfacción: Determinó que el Estado debe publicar, en el plazo de seis meses, el resumen oficial de la presente Sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial.<sup>12</sup>
- c) Garantías de no repetición: Ante la posibilidad que otras personas pudieran encontrarse en el mismo supuesto fáctico del señor Almeida, ordenó al Estado que, en sede administrativa, revise la situación de las personas que así lo soliciten, a la luz de los criterios jurisprudenciales desarrollados a partir de los casos “Noro” y “Robasto”.
- d) Daño material: consideró razonable ordenar al Estado el pago de una indemnización a favor de la víctima.

10 Cfr. CIDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, párr. 25.

11 Corte IDH. *Caso Almeida Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2020, párr. 55.

12 Boletín Oficial, 3 de junio de 2021.

- e) Daño inmaterial: teniendo en cuenta las circunstancias del caso y en consideración de los sufrimientos ocasionados a la víctima por la dilación en el otorgamiento de las medidas de reparación y la afectación por el trato desigual luego de haber sido víctima del terrorismo de Estado, estimó pertinente fijar, en equidad, la cantidad de USD\$ 20.000,00 en concepto de daño inmaterial.
- f) Costas y gastos: Se decidió ordenar el pago de USD\$ 20.000.00 por concepto de costas y gastos a favor de la representante legal de la presunta víctima, señora Myriam Carsen.

#### 4.1. El reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado como contribución al proceso y su valor simbólico

La Corte IDH ha reconocido, en doctrina constante y uniforme,<sup>13</sup> que el reconocimiento de responsabilidad por parte de los Estados siempre es una contribución positiva al desarrollo del proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>14</sup>

En cuanto al reconocimiento como figura procesal prevista en el artículo 62 del Reglamento de la Corte IDH, la jurisprudencia ha dicho que:

es un medio bien conocido de proveer a la composición del litigio. Por este medio, que implica un acto unilateral de voluntad, de carácter dispositivo, la parte demandada acepta las pretensiones de la actora y asume las obligaciones inherentes a dicha admisión. Ahora bien, este acto sólo se refiere a aquello que puede ser aceptado por el demandado, por hallarse en su ámbito natural de decisión y aceptación: los hechos invocados en la demanda, de los que deriva la responsabilidad del demandado. En la especie, se trata de hechos violatorios de un instrumento vinculante de carácter internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los que deriva una responsabilidad asimismo internacional, cuya apreciación y declaración incumben a la Corte. En esos hechos se sustentan cierta calificación jurídica y determinadas consecuencias de la misma naturaleza.<sup>15</sup>

Volviendo al caso *sub examine*, vale recordar que durante el año subsiguiente a la aprobación del Informe de Fondo el Estado argentino solo produjo solicitudes de prórrogas y omitió aportar información sobre la eventual implementación de las recomendaciones. No obstante, y como ya se ha mencionado, el Estado modificó su posición primigenia frente al reclamo el 5 de febrero de 2020, reconociendo

13 Corte IDH. *Caso Acosta Martínez y otros Vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2020; *Caso Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina*. Sentencia de 1 de septiembre de 2020; *Caso Huilca Tecse*. Sentencia de 3 de marzo de 2005; *Caso Carpio Nicolle y otros*. Sentencia de 22 de noviembre de 2004; *Caso Molina Theissen*. Sentencia de 4 de mayo de 2004; *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Sentencia de 29 de abril de 2004, entre otras.

14 Monterisi, R. (2009). *Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Plata: Librería Editora Platense.

15 Corte IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

expresamente las conclusiones del Informe de Fondo presentado por la Comisión y consecuentemente su responsabilidad.

Destacó que la decisión adoptada resulta trascendental por diversos motivos:

Resulta *per se* un acto reparatorio, toda vez que es el propio Estado que vulnera un derecho quien está reconociendo su responsabilidad al respecto.

Tiene un alto valor simbólico en aras de consolidar la toma de medidas que garanticen la no repetición de hechos similares.

Constituye –sin lugar a dudas– un acto de *contribución positiva* en pos de la legitimación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Contribuye a mejorar y agilizar los tiempos y el desarrollo del trámite internacional, aun en los casos en que el proceso finalice en una sentencia. Nótese que el Tribunal consideró que el reconocimiento del Estado argentino constituyó un allanamiento a las pretensiones de derecho de la Comisión respecto a la vulneración al derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a una adecuada motivación de las decisiones judiciales y el derecho a la protección judicial, reconocidos en los artículos 24, 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo cuerpo normativo, considerando que, de esta forma, “no subsisten controversias con respecto al fondo”.

Es por ello que tanto la CIDH como la representante han apreciado positivamente la voluntad del Estado argentino de reconocer su responsabilidad internacional. Así, la Comisión “valor[ó] muy positivamente la declaración del [...] Estado argentino reconociendo su responsabilidad internacional, la cual constituye una contribución positiva al desarrollo del presente proceso internacional y la dignificación de la víctima”. Por su parte, la representante estimó “la voluntad del Estado Argentino a través de sus actuales representantes de reconocer en el caso particular de esta parte, la responsabilidad internacional por las violaciones alegadas”. Finalmente, el propio Tribunal estimó “que el reconocimiento total de responsabilidad internacional constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención, así como a las necesidades de reparación de las víctimas”.

En cuanto a los efectos del reconocimiento, es importante subrayar que produce plenos efectos jurídicos “de acuerdo a los artículos 62 y 64 del Reglamento de la Corte ya mencionados y tiene un alto valor simbólico en aras de que no se repitan hechos similares”.

Como puede observarse, la decisión de un Estado miembro de reconocer su responsabilidad –aun en la *excepcionalidad* que enmarca el caso que aquí se analiza– por la violación de derechos, configura un gesto que evidencia voluntad política y el compromiso de proteger los derechos humanos de conformidad con los propósitos de la Convención.

Sobre el particular, se señaló que cuando la protección de los derechos humanos se convierte en una política de Estado, “el reconocimiento de la responsabilidad internacional por violaciones de tales derechos, y el allanamiento frente a los hechos denunciados, contribuyen al perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema de protección”.<sup>16</sup>

## 5. Palabras finales

A modo de conclusión, y de conformidad con los fundamentos esgrimidos en el fallo analizado respecto de los valiosos efectos jurídicos y simbólicos que traen aparejados los reconocimientos de responsabilidad internacional realizados por los Estados ante las violaciones a los derechos contenidos en la CADH, es dable afirmar que dicho posicionamiento no solo contribuye a la reparación de las víctimas, sino que tiende a evitar que se repitan hechos similares y a satisfacer, en suma, los fines de la jurisdicción interamericana.

---

<sup>16</sup> Cançado, A. A. (2003). Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el marco del diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En A. A. Cançado et al. (eds.), *Memoria del Seminario “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI”*, tomo II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José.

# Independencia y estabilidad de fiscales. Garantías judiciales

## Corte IDH. Caso Casa Nina Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 419

*Por Sandra Elizabeth Gil Armas<sup>1</sup>*

---

### 1. Presentación

En el presente comentario analizaré una reciente sentencia de la Corte IDH vinculada, principalmente, a las garantías judiciales en casos de cese de funciones de fiscales interinos y la estabilidad con la que cuentan estos operadores/as de justicia.

### 2. Hechos del caso

El 30 de junio de 1998 el señor Julio Casa Nina fue nombrado Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Fiscalía Provincial Mixta de La Mar, Distrito Judicial de Ayacucho, por medio de la Resolución de la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público No. 464-98- MP-CEMP.

---

<sup>1</sup> Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Trujillo). Ex Pasante de la Corte IDH. Candidata a Magister en Derechos Humanos (Pontificia Universidad Católica del Perú) y a Magister en Derecho Constitucional (Universidad Privada Antenor Orrego).

En la mencionada resolución se señaló que se encontraba vacante la plaza de Fiscal y que el Doctor Casa Nina se había presentado como postulante. Por ende, fue designado en uso de las atribuciones conferidas por las Leyes N° 26623, 26695 y 26738.<sup>2</sup>

El 8 de abril de 2002, mediante la Resolución de la Fiscalía de la Nación No. 565-2002-MP-FN, se dio por concluido el nombramiento en el cargo, y se lo nombró Fiscal Adjunto Provincial Provisional del Distrito Judicial de Ayacucho, en el despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, por necesidad del servicio.<sup>3</sup>

Ese nombramiento se dio por concluido el 21 de enero de 2003 mediante la Resolución N° 087-2003-MP-FN, fundado en las necesidades del servicio y en el carácter temporal del nombramiento de los fiscales provisionales.

Dado el cese de su cargo, el señor Casa Nina decidió interponer recurso de reconsideración, que fue desestimado. Ante ello interpuso acción de amparo, siendo esta declarada infundada el 19 de abril de 2005 por el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Huamanga, Ayacucho. La sentencia fue confirmada por la Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, el 11 de julio de 2005. Allí se señaló que

el actor pretende alegar derechos que corresponden a los fiscales titulares, nombrados de acuerdo a lo previsto por los artículos ciento cincuenta y ciento cincuenticuatro de nuestra Carta Magna, ya que el cargo que venía desempeñando [...] como un nombramiento de confianza, era de Fiscal Adjunto Provincial Provisional de la Segunda Fiscalía Provincial Penal de Huamanga, es decir, un cargo temporal, que como tal no genera más derechos que los inherentes a su cargo.<sup>4</sup>

El último recurso utilizado por el señor Casa Nina fue el recurso de agravio constitucional interpuesto ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005, la Sala Primera lo declaró infundado.

### 3. Derechos violados

#### 3.1. Garantías judiciales

Si bien el artículo 8 de la CADH se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias

2 Corte IDH. *Caso Casa Nina Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2020. Serie C N° 419, párr. 48.

3 *Ibidem*, párr. 49.

4 *Ibidem*, párr. 55.



procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.<sup>5</sup>

En el presente caso, la Corte IDH señaló que el procedimiento en virtud del cual se dio por concluido el nombramiento del señor Casa Nina no constituyó un proceso disciplinario o materialmente sancionatorio, pues no se contó con un marco normativo diseñado.

Tampoco existieron elementos que indicaran que la decisión de dar por concluido el nombramiento estuviera ligada a la realización de un concurso o en virtud de que el cargo fuera ocupado por una funcionaria o un funcionario de carrera, que lo ocupará de manera inmediata.<sup>6</sup> Por lo señalado, la Corte concluyó que la decisión del Estado no respondió a las causales permitidas para salvaguardar la independencia de los y las fiscales en el ejercicio del cargo, por lo que la autoridad administrativa no respetó la garantía de inamovilidad, lo que conllevó a una violación de las garantías judiciales.

Además, la víctima no contó con un procedimiento que cumpliera con las garantías mínimas que se desprenden del derecho de defensa, “al disponer [el Estado] unilateral y arbitrariamente su separación del cargo, sin que mediara razón, sin invocar causal alguna y sin instar el procedimiento respectivo”.<sup>7</sup>

### 3.2. El Derecho a la estabilidad laboral

El artículo 26 de la CADH dispone que

los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

En el presente caso, se hace referencia a la garantía de estabilidad o inamovilidad en el cargo de un fiscal, señalando que los y las fiscales posean independencia. Si bien cada Estado puede tener su propia estructura institucional, esta debe garantizar como *minimum* que los y las fiscales: i) no serán objetos de presiones políticas o injerencias indebidas en su actuación; ii) no sean sujetos de represalias por las decisiones que objetivamente adopten; iii) la separación del cargo obedezca a causales taxativamente establecidas o por vencimiento de término del mandato; iv) los y las fiscales únicamente pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia; y v) todo proceso contra los y las fiscales se resuelva con la tríada de respeto a la objetividad, legalidad e imparcialidad, de lo contrario se fomenta la duda objetiva que la libre remoción de fiscales no asegura a estos ejercer sus funciones sin temor a represalias.

5 Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C N° 74, párr.10.

6 Ídem nota 2, párr. 83.

7 Íbidem, párr. 63.

Partiendo del derecho al trabajo, la Corte IDH refirió que el cese arbitrario que sufrió el señor Casa Nina afectó su derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad, así como su derecho a la estabilidad laboral.

Para el Tribunal,

la separación del cargo de una o un fiscal provisional debe responder a las causales legalmente previstas, sean estas (i) por el acaecimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la designación o nombramiento, como el cumplimiento de un plazo predeterminado por la celebración y conclusión de un concurso público a partir del cual se nombre o designe al reemplazante del o la fiscal provisional con carácter permanente, o (ii) por faltas disciplinarias graves o comprobada incompetencia, para lo cual habrá de seguirse un proceso que cumpla con las debidas garantías y que asegure la objetividad e imparcialidad de la decisión.<sup>8</sup>

### 3.3. El derecho a permanecer en el cargo en condiciones de igualdad

El artículo 23 en su párrafo 1, numeral c de la CADH señala: “todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

En el caso aquí comentado, la Corte IDH advierte que el nombramiento del señor Casa Nina se efectuó sin la previsión de alguna condición resolutoria que determinara la terminación de su nombramiento como fiscal provisional, por lo que tuvo que ejercer el cargo con la inseguridad de su permanencia.

Si bien la Corte IDH en ninguna parte de la sentencia equipara a los y las fiscales provisionales con los titulares, ello no es óbice para que los primeros queden desprotegidos. En efecto, el tribunal refiere que

no implica una equiparación entre las personas nombradas por concurso y aquellas nombradas de forma provisional, ya que las segundas cuentan con un nombramiento limitado en el tiempo y sujeto a condición resolutoria. Sin embargo, en orden a lo explicado en el párrafo anterior, en el marco de ese nombramiento y mientras se verifica esta condición resolutoria o una falta disciplinaria grave, la o el fiscal provisional debe contar con las mismas garantías que quienes son de carrera, ya que sus funciones son idénticas y necesitan de igual protección ante las presiones externas.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Ídem nota 2, párr. 83.

<sup>9</sup> Ibídem, párr. 84.

## 4. Reparaciones

En función de los derechos violados, la Corte IDH ordenó al Estado peruano una serie de reparaciones. Como se sabe, la sentencia es en sí misma una forma de reparación.

En virtud de que en 2005 una funcionaria, con carácter de titular, asumió el cargo que ejercía el señor Casa Nina al momento de la conclusión de su designación, la Corte IDH consideró que no era viable ordenar su reincorporación al cargo, por lo que ordenó al Estado pagarle una indemnización fijada en equidad en treinta mil dólares.<sup>10</sup>

Como ocurrió en otros casos, el Estado deberá publicar el resumen oficial de la sentencia, por una sola vez, en el Diario Oficial, y por un periodo de un año, en el sitio web oficial del Ministerio Público.<sup>11</sup>

Como garantía de no repetición la Corte ordenó al Estado, en un plazo razonable, adecuar su normativa interna –el Reglamento interno para el nombramiento, evaluación y permanencia de fiscales provisionales– con el propósito de garantizar la estabilidad de las y los fiscales provisionales.<sup>12</sup>

## 5. Impacto en el Perú

En el Perú hay un alto grado de provisionalidad de magistrados y fiscales. La Junta Nacional de Justicia señala que la cifra de fiscales no titulares supera el 50%, mientras que en el caso del Poder Judicial pasa el 30%. En el año 2020 las cifras eran alarmantes. De acuerdo a lo declarado por el abogado Aldo Vásquez Ríos, quien funge como presidente de la Junta Nacional de Justicia,

en el Perú contamos con cerca de 3.300 jueces y aproximadamente 1.000 de ellos son supernumerarios. Además, existen unos 6.500 fiscales, de los cuales más de 2.600 son provisionales. Los jueces supernumerarios suman casi el 30% del total y los fiscales provisionales cerca del 40%. Debemos cubrir, en los próximos años todas esas plazas.<sup>13</sup>

Claramente con la sentencia emitida se podrá revestir esta situación de incertidumbre y de vulnerabilidad en la que se encuentran los y las operadoras de justicia, que están nombrados provisionalmente.

---

10 *Ibidem*, párr. 132.

11 *Ídem* nota 2, párr. 133.

12 *Ibidem*, párr. 136.

13 Tarqui, V. (2020). JNJ: objetivo es que el 100% de jueces y fiscales sean titulares. Andina. Recuperado de <https://andina.pe/agencia/noticia-jnj-objetivo-es-que-100-jueces-y-fiscales-sean-titulares-815579.aspx>

## 6. Palabras de cierre

Con la sentencia del Caso Casa Nina Vs. Perú se sigue sumando a la jurisprudencia de la Corte IDH interpretaciones a favor de la estabilidad laboral de los y las operadoras de justicia.

Si bien la Corte no equipara a los fiscales titulares con los fiscales provisionales, busca que los Estados garanticen sus derechos en condiciones de igualdad, pues, de acuerdo a la interpretación en este y en el Caso Martínez Esquivia Vs Colombia,<sup>14</sup> se entiende que el rol que desempeña un fiscal provisional es el mismo que el que desempeña un fiscal titular.

---

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Serie C N° 412, párr. 98.

# Derechos de las personas LGBTI. Convención de Belém do Pará Corte IDH. Caso *Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie 422

*Por Soledad Ribeiro Mieres<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

El caso que comento es el primer antecedente jurisprudencial en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”), por voto de mayoría, reconoció la protección de derechos de las mujeres trans en el marco de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (en adelante “Convención de Belém do Pará”), a la vez que consideró que la identidad de género es un factor que contribuye de forma interseccional a la vulnerabilidad y a las violencias sobre este colectivo.<sup>2</sup>

El pronunciamiento es paradigmático en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por dos razones que considero fundamentales. Por un lado, la Corte IDH recogió por primera vez en un antecedente de esta naturaleza la extensa documentación que otros organismos internacionales vienen realizando respecto de la violencia estructural y sistémica en la que viven las personas con identidades

<sup>1</sup> Abogada con orientación en Derecho Penal y Derecho Internacional Público (UBA). Diplomada en Desarrollo Local, Territorial y Economía Social (FLACSO). Diplomada en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales –dimensión colectiva– (Universidad AUSTRAL). Maestranda en Políticas Públicas para el Desarrollo con Inclusión Social (FLACSO). Estudiante de la Especialización en Género, Políticas Públicas y Sociedad (UNLa). Secretaria del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 8 de la CABA.

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie 422, párrs. 126-136.

sexo-genéricas diversas.<sup>3</sup> Por otra parte, al analizar la aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará a un caso de violación de derechos humanos de una mujer trans por su condición de género, el órgano internacional expuso un debate entre sus integrantes sobre el alcance de los conceptos de sexo, género e identidad de género.

Sobre este último punto, la posición adoptada por el voto mayoritario no solamente tiene un impacto concreto en derecho internacional –como lo es la definición del ámbito de aplicación de la Convención de Belém Do Pará–, sino que, además, cristaliza disputas vigentes al interior de los movimientos feministas sobre la construcción de su sujeto político de la mano de los debates sobre el sexo, la sexualidad y el género. En una arriesgada simplificación: las definiciones que se adopten sobre el sexo, la sexualidad y el género conllevan delimitar a quienes representan los feminismos y por cuáles reivindicaciones luchan.

Focalizaré mis reflexiones sobre estos debates porque los considero el corazón de las luchas feministas actuales y, como tal, deben entrar en juego al analizar las normas internacionales de derechos humanos siempre que estas mantengan la pretendida finalidad de remover los patrones de discriminación y desigualdad entre las personas. Principalmente si se considera que, en definitiva, el caso bajo análisis expone una situación real y apremiante en toda la región: la exclusión estructural del colectivo LGBTI<sup>4</sup> y las violaciones a sus derechos humanos.

## 2. Hechos del caso

Vicky Hernández, nacida el 21 de septiembre de 1983 en San Pedro Sula, Honduras, era una mujer trans, portadora de VIH, trabajadora sexual y reconocida activista dentro del “Colectivo Unidad Color Rosa”.

El 29 de junio de 2009 a las 7:30 AM su cuerpo fue hallado sin vida por parte de agentes de la Dirección Nacional de Investigación Criminal. Presentaba una herida irregular en su ojo izquierdo, una herida irregular en la región frontal izquierda y equimosis en su región palpebral. En la investigación interna se concluyó como causa de muerte aparente laceración cerebral por perforación de arma de fuego, con un intervalo *post mortem* de 8 a 10 horas desde el hallazgo del cadáver. Su identidad fue

3 A lo largo del presente artículo utilizaré la expresión “identidades sexo-genéricas” para referirme a los modos diversos en que las personas pueden construir su identidad de género con independencia del sexo, la sexualidad y el género.

4 Las siglas se refieren al colectivo de personas que no se ajustan a las nociones tradicionales de género cis-heteronormativo: Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans o Transgénero e Intersex. Al respecto, ver Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Opinión Consultiva OC-24/17, de 24 de noviembre de 2017, Serie A, N° 24, pág. 21; ACNUR. *Protección de las personas con orientación sexual e identidad de géneros diversas*, Informe mundial sobre los esfuerzos del ACNUR para proteger a solicitantes de asilo y refugiados lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersex, diciembre de 2015; ACNUR. *Guía Lo que se debe saber: El trabajo con personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales durante el desplazamiento forzado*, 2011; y CIDH. *Violencia contra las Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc.36, 12 de noviembre 2015, párr.1.

registrada como desconocido de sexo masculino y el acta indicaba que se halló un preservativo aparentemente usado y, a metros, una ojiva gris.

El día anterior, el 28 de junio de 2009, se había declarado toque de queda en el contexto del golpe de Estado que se produjo en Honduras. De acuerdo a las declaraciones testimoniales, esa noche Vicky había salido con dos compañeras a la calle y mientras iban caminando por la zona donde ejercían su trabajo sexual, fueron descubiertas por una patrulla de policía que habría intentado arrestarlas. Huyeron por lugares diferentes y sus amigas perdieron contacto con Vicky sin saber lo que le ocurrió, hasta que al día siguiente apareció muerta.

A partir del hallazgo sin vida de Vicky Hernández las autoridades estatales iniciaron investigaciones para determinar las circunstancias de su muerte, sin la debida diligencia y soslayando la variable discriminatoria que enmarcó al caso. Hasta el momento, la pesquisa no alcanzó ningún resultado concreto y los hechos se mantienen en la impunidad.

El contexto del golpe de Estado producido en Honduras agudizó la violencia y las violaciones de derechos humanos en general. A ello debe agregarse el probado marco generalizado de violencia, detenciones arbitrarias, homicidios y discriminación contra las personas LGBTI, en particular contra las mujeres trans, que se dedicaban al trabajo sexual.<sup>5</sup>

### **3. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

En la sentencia dictada el 26 de marzo de 2021, la Corte IDH declaró que el Estado de Honduras era responsable por la violación al derecho a la vida y a la integridad personal en perjuicio de Vicky Hernández, consagrados en los artículos 4 y 5 de la CADH, al considerar que existieron indicios de participación de agentes estatales en los hechos que llevaron a su muerte, en un contexto de violencia y discriminación contra las personas LGTBI, en especial contra las mujeres trans y trabajadoras sexuales, y en el marco del golpe de Estado y el consecuente toque de queda decretado ese día.

La Corte IDH consideró que, en tanto la violencia sufrida por Vicky Hernández tuvo como origen su expresión o identidad de género, el Estado también era responsable por los derechos al reconocimiento a la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la privacidad, a la libertad de expresión y al nombre (artículos 3, 7, 11, 13, y 18 de la Convención).

Por otra parte, el Tribunal sostuvo que el Estado no promovió una investigación diligente a fin de identificar y condenar a los responsables y omitió por completo la cuestión de género en los hechos ocurridos, por lo que también incurrió en violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial (artículos 8 y 25 de la Convención).

---

<sup>5</sup> Para conocer la totalidad de los hechos del caso, ver nota 2, párrs. 28-59.

Además, para el voto mayoritario, Honduras incumplió con la obligación establecida en el artículo 7, incisos “a” y “b” de la Convención de Belém do Pará.

Finalmente, el Tribunal declaró la violación del derecho a la integridad personal de las familiares de Vicky Hernández por las consecuencias que para ellas tuvo su muerte, y porque las circunstancias de la misma siguen sin haberse esclarecido.

A continuación, haré una breve reseña de los principales argumentos del voto mayoritario del Tribunal con relación a las violaciones declaradas, para luego abordar especialmente el voto concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire, el voto parcialmente disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito y el voto parcialmente disidente del juez Eduardo Vio Grossi, respecto de la aplicabilidad de la Convención de Belém do Pará al caso y los debates sobre el género.

### 3.1. Derechos a la vida e integridad personal

El Tribunal consideró especialmente el doble contexto en el que se produjo la muerte de Vicky Hernández: por un lado, el control absoluto que el Estado ejercía sobre los espacios públicos y los movimientos de personas en virtud del toque de queda decretado; por el otro, la violencia y discriminación generalizada y profundizada tras el golpe de Estado contra las personas LGBTI, en especial, las mujeres trans que ejercían el trabajo sexual. Según evaluó la Corte IDH con cita de varios informes de Naciones Unidas, en esas circunstancias las mujeres trans eran particularmente vulnerables a la violencia por parte de las fuerzas de seguridad del Estado.<sup>6</sup>

A ello agregó el probado incumplimiento por parte de las autoridades de Honduras de llevar adelante una investigación diligente y adecuada sobre la muerte de Vicky Hernández, consistente con un contexto de impunidad general por los hechos de violencia que sufrían las personas LGBTI y las mujeres trans trabajadoras sexuales en dicho territorio. En ese sentido, el Tribunal verificó un contexto de homicidios a integrantes de ese colectivo acompañado de altos índices de impunidad en investigaciones que no culminaban con la determinación y procesamiento de sus responsables. También destacó los hechos de violencia antecedentes que había sufrido la víctima y que tampoco fueron objeto de investigación diligente por parte de la policía.<sup>7</sup>

La Corte IDH recordó, con cita a pronunciamientos previos del propio órgano, que la ausencia de mecanismos de investigación eficaces sobre las violaciones al derecho a la vida favorece situaciones generalizadas o graves esquemas de impunidad, estimulando y perpetrando la repetición de tales violaciones.<sup>8</sup>

6 Ídem nota 2, párrs. 30- 39. Ver también: Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Honduras, A/HRC/16/10, 4 de enero de 2011; Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, A/HRC/17/28/Add.1, 27 de mayo de 2011 y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género A/HRC/19/41, 17 de noviembre 2011, párr. 24.

7 Ídem nota 2, párrs. 89-91.

8 Ídem nota 2, párr. 97.



Además, consideró que en este caso si bien no había determinado fehacientemente la implicancia de agentes policiales en la muerte de Vicky Hernández, se pudieron verificar varios indicios sobre su participación en hechos violentos que, sumados al contexto de violencia señalado, apuntan a una responsabilidad del Estado por violación al derecho a la vida a integridad de la víctima.<sup>9</sup>

Por esas razones, declaró que el Estado es responsable por la violación al derecho a la vida, contenido en el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1, 8 y 25 del mismo instrumento, en perjuicio de Vicky Hernández.<sup>10</sup>

Sobre la integridad personal, a partir de las circunstancias que rodearon a la muerte de la víctima, entendió que esta debió haber experimentado dolor y angustia en los momentos previos a su homicidio, que permiten razonablemente concluir que impactaron en su integridad física y moral, por lo cual el Estado es también internacionalmente responsable por la violación del artículo 5.1 de la CADH.<sup>11</sup>

### 3.2. Derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

En este punto cabe destacar que el Estado reconoció parcialmente su responsabilidad con relación a la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH en perjuicio de los familiares de Vicky Hernández, lo que puso final a la controversia sobre esas vulneraciones con referencia a la falta de diligencia en las investigaciones, el incumplimiento de un plazo razonable en la pesquisa sobre la muerte, el no seguimiento de líneas lógicas de investigación, la falta de participación de familiares de la víctima en las investigaciones, la existencia de obstáculos normativos, las obligaciones específicas inobservadas respecto de un hecho de violencia de género y la discriminación que mostró la investigación.<sup>12</sup>

Empero, el Tribunal entendió prudente, en virtud de la naturaleza del caso, hacer algunas consideraciones adicionales con relación al deber de investigar. En ese sentido, señaló que para garantizar la efectividad en la investigación de violaciones a los derechos humanos es preciso evitar omisiones probatorias y seguir líneas lógicas en la pesquisa.<sup>13</sup> Para ello, recordó algunos principios rectores que deben observarse: recuperar y preservar material de prueba; identificar testigos y obtener sus declaraciones; determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado; y examinar exhaustivamente la escena del crimen con profesionales competentes y procedimientos apropiados.<sup>14</sup>

Adicionalmente, la Corte IDH indicó que cuando se investigan actos violentos como homicidios existe un deber estatal de adoptar las medidas necesarias para detectar si existieron motivos discriminatorios y, cuando hay sospechas concretas de ello,

---

9 Ídem nota 2, párr.100.

10 Ídem nota 2, párr.101.

11 Ídem nota 2, párr.102.

12 Ídem nota 2, párrs.104-105.

13 Ídem nota 2, párr.106.

14 *Ibidem*.

el Estado debe hacer lo que sea razonable de acuerdo con las circunstancias, en aras de recolectar y asegurar la pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia motivada por discriminación.<sup>15</sup>

Así, la falta de investigación de posibles móviles discriminatorios puede constituir en sí misma una forma de discriminación que vulnera la prohibición establecida en el artículo 1.1 de la Convención.<sup>16</sup>

De acuerdo a dichos estándares la Corte IDH afirmó que Honduras solamente siguió la línea de investigación tendiente a individualizar a la persona relacionada con el supuesto hecho de amenaza que había sufrido Vicky Hernández y la única evidencia fue la declaración de su madre, tomada dos años después de su muerte. Además, las autoridades no tuvieron en cuenta los elementos que indicaban vinculación entre la muerte de la víctima y su identidad de género o su condición de trabajadora sexual y de activista por los derechos de las personas LGBTI. Tampoco se consideraron indicios que apuntaban a la existencia de violencia sexual, ni el contexto de discriminación contra ese colectivo.

### **3.3. Reconocimiento a la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la vida privada, a la libertad de expresión, al nombre y a la igualdad y no discriminación**

La Corte IDH también declaró que Honduras violó los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la libertad personal, a la vida privada, a la libertad de expresión, al nombre y a la igualdad y no discriminación en perjuicio de Vicky Hernández –artículos 3, 7, 11, 13 y 18 de la CADH, en relación con los artículos 1.1, 24, 8 y 25 del mismo instrumento–.<sup>17</sup> El Tribunal recordó que, según lo afirmó en la Opinión Consultiva OC - 24/17, el derecho a la identidad de género se encuentra protegido por las disposiciones que garantizan el libre desarrollo de la personalidad (art. 7 y 11.2), el derecho a la vida privada (art. 11.2), el reconocimiento a la personalidad jurídica (artículo 3) y el derecho al nombre (artículo 18).<sup>18</sup>

En primer lugar, la Corte IDH sostuvo que la violencia ejercida contra la víctima y que terminó en su muerte muy probablemente fue ejercida por motivos de género y/o en razón de su expresión de género o de su identidad de género.<sup>19</sup>

Como segunda cuestión, mencionó que, tal como se constató en el caso, los prejuicios personales y los estereotipos de género afectan la objetividad de los funcionarios estatales encargados de investigar

---

15 Ídem nota 2, párr. 107.

16 Ídem nota 2, párr. 108.

17 Ídem nota 2, párr. 125.

18 Ídem nota 2, párr. 115.

19 Ídem nota 2, párrs. 112 y 120.

las denuncias que se les presentan, influyendo en su percepción para determinar si ocurrió o no un hecho de violencia.<sup>20</sup>

En tercer orden, señaló que las autoridades estatales omitieron la identidad de género autopercibida por Vicky Hernández y, por consiguiente, no siguiendo ninguna lógica de investigación que analizara los motivos de su muerte como un hecho de violencia y discriminación con motivo de su identidad trans. Además, el hecho de que la víctima no haya tenido la oportunidad de registrar su identidad de género y nombre elegido en su documento de identidad impactó en las investigaciones fomentando la discriminación y exclusión social por aquella expresión de género.<sup>21</sup>

### 3.4. Sobre la aplicación de la Convención de Belém do Pará

He llegado al núcleo del caso, pues el voto mayoritario entendió que el ámbito de aplicación de la Convención de Belém do Pará, al referirse a la violencia contra “la mujer” basada en su género, también alcanza a las mujeres trans. Esta consideración estuvo sujeta a controversias al interior del órgano y originó las disidencias parciales de la jueza Elizabeth Odio Benito y el juez Eduardo Vio Grossi, a la vez que el voto concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire.

Tal como se reseñó, la Corte IDH consideró que los hechos de los cuales fue víctima Vicky Hernández y que llevaron a su muerte se produjeron con motivo de su identidad de género de mujer trans. No hay discrepancias en cuanto a que la investigación desconoció las variables inscriptas en un caso de violencia fundada en la identidad de género de la víctima.

El Tribunal también resaltó que Vicky Hernández estaba en una posición de particular vulnerabilidad por la confluencia interseccional de múltiples factores de discriminación que tampoco fueron tomados en cuenta por el Estado: era una mujer trans trabajadora sexual, vivía con VIH y era defensora de los derechos de las mujeres trans.

Por esas razones, el voto mayoritario –integrado por los Jueces Humberto Antonio Sierra Porto, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo C. Pérez Manrique– realizó una interpretación conjunta de los artículos 1, 7 y 9 de la Convención de Belém do Pará y declaró que Honduras era responsable por la violación del artículo 7.a –en perjuicio de Vicky Hernández– y 7.b –en perjuicio de las familiares de la víctima– por no cumplir con las obligaciones reforzadas que tiene de investigar hechos de esta naturaleza y no actuar con debida diligencia y libre de estereotipos de géneros en la investigación.<sup>22</sup>

El juez Pazmiño Freire, si bien coincidió con la conclusión mayoritaria de declarar la responsabilidad del Estado por la violación de la Convención de Belém do Pará en el caso, lo hizo por diferentes argu-

---

<sup>20</sup> Ídem nota 2, párrs. 114.

<sup>21</sup> Ídem nota 2, párrs. 12-122.

<sup>22</sup> Ídem nota 2, voto concurrente del juez L. Patricio Pazmiño Freire, párrs. 126-136.

mentos.<sup>23</sup> Para el magistrado la razón determinante para aplicar dicho instrumento es que “conforme la jurisprudencia de la propia Corte IDH, las mujeres trans son mujeres”.<sup>24</sup>

Por ello, a su entender, la primera línea argumental debió seguir la jurisprudencia sentada por el propio órgano en la OC-24/17. Al respecto, destacó el siguiente pasaje de dicha opinión consultiva:

la identidad de género [es] la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento. Lo anterior, conlleva también la vivencia personal del cuerpo y otras expresiones de género, como lo son la vestimenta, el modo de hablar y los modales. En esa línea, para esta Corte, el reconocimiento a la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es el resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a la genitalidad.<sup>25</sup>

En esa orientación el juez Pazmiño Freire entendió que la Corte IDH había roto con el concepto de cisnormatividad, lo que involucró uno de los aportes más relevantes en cuanto a la progresividad de los derechos humanos de las minorías sexuales. Es decir, quebró la concepción de que todas las personas son cisgéneros y que el sexo asignado al nacer determina el crecimiento de cada persona conforme los estereotipos establecidos para cada sexo.

Por otro lado, en su voto parcialmente disidente la jueza Odio Benito discrepó, entre otras cuestiones, en que sea posible aplicar la Convención de Belém do Pará al caso de Vicky Hernández, por entender que la violencia de la cual fue víctima no se debió a su condición de mujer, sino a su identidad de género diversa a las normas y roles patriarcales.<sup>26</sup>

La jueza Odio Benito se explicó en tres líneas argumentales: 1) la distinción entre sexo y género, y la confusión que a su entender ha traído la equiparación de “identidad de género” con “sexo”; 2) la distinción entre la violencia contra la mujer por su condición de tal –y que originó la Convención de Belém do Pará– y la que sufren otros grupos –como travestis, tras, intersexuales– cuyos derechos encuentran protección en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3) el desarrollo histórico y la importancia práctica de la Convención de Belém do Pará y su no aplicación a este caso.<sup>27</sup>

Sobre la primera cuestión, la jueza sostuvo que sexo y género son categorías diferentes, asignando a la primera un carácter biológico y a la segunda una condición social. En concreto, y sustentada las definiciones plasmadas por la Corte en la OC -24/17, la magistrada afirmó:

---

23 Ídem nota 22, párrs. 1-14.

24 Ídem nota 22, párr. 11.

25 Ibídem.

26 Ídem nota 2, voto parcialmente disidente de la jueza Elizabeth Odio Benito, párrs. 1-42.

27 Ídem nota 26, párr. 4.

8. Debemos, en primer lugar, realizar imprescindibles aclaraciones fundamentales sobre los conceptos básicos de los cuales partimos en esta exposición: sexo, género e identidad de género. Sexo y género son categorías que nunca fueron intercambiables porque no son sinónimos ni nunca lo fueron. Con el desarrollo de la psicología y las ciencias sociales, en especial de toda teoría feminista de mitad del siglo XX, comienza a marcarse nítidamente que el sexo es biológico; apoyado por la ciencia, lo definen las diferencias anatómicas, genéticas y fisiológicas de hombres y mujeres, jamás una construcción social, ni menos una cuestión subjetiva ni un sentimiento. Por su parte, el género es una construcción social. Hace referencia a las pautas de comportamiento usualmente atribuidas a hombres y mujeres. Lo integran prejuicio, estereotipos, jerarquías, diferencias de poder entre hombres y mujeres. Lo fundamenta la tradición patriarcal y religiosa de más de 20 siglos. Por ello mismo es flexible y bien podría modificarse si algún día culturalmente se eliminaran prejuicios y estereotipos, jerarquías y discriminaciones.<sup>28</sup>

Como segunda cuestión, la jueza Odio Benito mencionó la categoría de “identidad de género” en los mismos términos de la OC 24/17 referidos por el juez Pazmiño Freire (citado precedentemente). A partir de allí, la magistrada zanjó su disidencia con una posición tajante. En su opinión, el voto mayoritario confunde la “identidad de género” –concepto subjetivo y cambiante– con el sexo con el cual nacen las personas, borrando este último por completo. Para ella, de este modo se tiende a escindir la distinción entre mujeres y hombres con sus características propias, inclinando la interpretación hacia un “neutro” de “personas”. Ello, según expresó, a su vez, tiende a que el “género”, entendido como construcción cultural, también desaparezca.<sup>29</sup>

En esa orientación, sentenció: “Yo admito no entender estos nuevos planteamientos que, bajo la fachada de luchas de grupos históricamente marginados, que son absolutamente ciertas, se pretenda borrar lo que también es irrefutable: el sexo”.<sup>30</sup>

Para Odio Benito, y este a mi modo de ver es el foco central de los debates, la mujer en sentido biológico es la sujeta del feminismo, titular de las batallas por erradicar patrones de opresión históricos. Así, sostiene que desconocer o confundir la lucha feminista sustituyendo su sujeto político por identidades subjetivas variables, podría importar un impacto negativo para la lucha y teoría feminista.<sup>31</sup>

Corolario de lo anterior, la jueza consideró que el sexo femenino es el origen de la violencia contra las mujeres, mientras que la violencia y discriminación contra las personas LGTBI trasciende al sexo con el que nacieron y se origina en que desafían los parámetros de heterosexualidad.<sup>32</sup>

En tercer término, la magistrada afirmó que aquella confusión epistemológica desconoce el origen histórico de la Convención de Belém Do Pará, resultado del movimiento feminista que reconoció la diferencia entre los sexos y la violencia ejercida contra la mujer por ser mujer, desdibujando las

---

28 Ídem nota 26, párr. 8.

29 Ídem nota 26, párrs. 10-12.

30 Ídem nota 26, párr. 13.

31 Ídem nota 26, párr. 15.

32 *Ibidem*.

diferentes causas de la violencia contra cada colectivo, lo que a su vez obstaculiza atacar la raíz de los problemas y no beneficia a ningún grupo.<sup>33</sup>

Por último, en su voto parcialmente disidente el juez Vio Grossi también discrepó con que la Convención de Belém do Pará sea aplicable a la categoría de mujer trans, interpretándolo a la luz del artículo 31. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en cuanto a las pautas hermenéuticas de: i) buena fe, ii) sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos, y iii) objeto y fin.

No abordaré aquí el desarrollo de tales pautas, pues importaría un artículo autónomo, pero vale señalar que el juez Vio Grossi concluyó que no hay posibilidad de interpretar el concepto “mujer” contenido en la Convención de Belém do Pará con el alcance dado por el voto mayoritario equiparándolo a la “mujer trans”.

#### **4. El sexo, la sexualidad y el género: debates necesarios para pensar la aplicación de la Convención de Belém do Pará**

El sexo, la sexualidad y el género son categorías en permanente disputa epistemológica, política y práctica, que solo pueden comprenderse desde su construcción histórica, íntimamente vinculada con la evolución de los feminismos y los movimientos de resistencia y de denuncia de las desigualdades sociales.<sup>34</sup> El camino hacia esas definiciones, como mencioné en la introducción de este artículo, lleva implícito la discusión sobre el sujeto político de los feminismos. En ese sentido, Scott sostiene que es preciso preguntarse qué es lo que está en juego en las proclamas o debates que invocan el género para explicar o justificar posturas, pero también cómo se invoca y se reinscribe la comprensión implícita del género. Quizás así pueda alcanzarse algunos acuerdos sobre qué decimos del género, quién dice del género, qué relaciones sociales se construyen a partir o como consecuencia de lo que digamos del género.

En una primera aproximación, retomaré la posición de Dorlin, quien sostiene que la sexuación no es el todo del sexo, pues en la definición del sexo biológico, la anatomía jamás está sola. Siempre existe en lo que percibimos como “sexo biológico” de los individuos, el género y las trazas de una gestión social de la reproducción, es decir, una identidad sexual (de género y de sexualidad) impuesta, asignada.<sup>35</sup> La autora afirma que ni el deseo sexual, ni el comportamiento sexual, ni la identidad de género son dependientes de las estructuras anatómicas, de los cromosomas o de las hormonas. De ahí procede la arbitrariedad de los roles sexuales. En ese sentido, sostiene:

---

33 Ídem nota 26, párrs. 22-34.

34 Cf. Scott, J. (1993). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En M. Cangiano y L. Dubois (dirs.), *De mujer a género. Teoría, interpretación y práctica feminista en las ciencias sociales*. Buenos Aires: CEAL.

35 Cf. Dorlin, E. (2009). *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista*. Buenos Aires: Nueva Visión.

A partir de esa primera elaboración, el concepto género fue utilizado en ciencias sociales para definir las identidades, los roles (tareas y funciones), los valores, las representaciones o los atributos simbólicos, femeninos y masculinos, como los productos de una socialización de los individuos y no como los efectos de una “naturaleza”. Esta distinción entre el sexo y el género permitió romper la relación de causalidad comúnmente supuesta entre los cuerpos sexuados, y más ampliamente el orden natural o biológico, por una parte, y las relaciones sociales desigualdades entre hombres y mujeres, por otra.<sup>36</sup>

Sin embargo, sostiene la autora, mientras esa definición permitió subsumir bajo el concepto de género todas las interrogaciones relativas a la construcción social de lo femenino y lo masculino, dejó al sexo biológico librado a una entidad ahistórica. De este modo se estableció una bicategorización sexual (macho/hembra), cuyo fundamento último, en definitiva, es el género. Así, el criterio para establecer una categoría (macho/hembra) es siempre social y convencional, por lo tanto, agregado, transformable. Son los criterios discriminantes, elaborados en el marco de una política de normalización de los cuerpos sexuados, los que socavan la definición misma de lo normal en materia de proceso de sexuación biológica.<sup>37</sup>

Desde esta perspectiva, el género puede ser definido como “una relación de poder que garantiza su reproducción, en parte, gracias a las mutaciones del sistema categorial que produce y sobre el cual se adosa”,<sup>38</sup> la bicategorización sexual. El concepto de género es, a su vez, determinado por la sexualidad, comprendida como sistema político, para el caso la heterosexualidad reproductiva, que define lo femenino y lo masculino por la polarización sexual socialmente organizada de los cuerpos. En esa orientación, si el género precede al sexo, la sexualidad precede al género.<sup>39</sup> La capacidad normativa del género, el hecho de que esa relación social logre naturalizar el proceso de sexuación en dos sexos biológicos, radica en su capacidad para mantener un régimen teórico y práctico en crisis.<sup>40</sup>

Explica Dorlin que, para una parte del feminismo, la heterosexualidad constituye un sistema político de opresión que instituye grupos supuestamente “naturales”: hombres y mujeres. Para la autora, es la opresión la que crea al sexo, y no a la inversa. Es decir, es la idea de naturalizar las categorías de sexo lo que permite naturalizar un sistema político: la heterosexualidad.<sup>41</sup> Traigo aquí este debate porque considero la línea epistemológica central para cuestionar la categoría de “mujer” en sentido biológico, tal como lo plantea la jueza Odio Benito en su disidencia.

También es preciso mencionar que la desaparición de la opresión de sexo, no implica la opresión a secas. Continúa vigente la opresión de clase, de color, incluso de sexualidad, entre otras. Al respecto, Dorlin introduce el concepto de interseccionalidad, ya tratado por otras autoras, entendida como “inherente a toda relación de dominación: es una estructura de la dominación misma que impide o

---

36 Ídem nota 35, p. 35.

37 Ídem nota 35, pp. 36 y 37.

38 Ídem nota 35, p. 46.

39 Ídem nota 35, p. 49.

40 Ídem nota 35, p. 46.

41 Ídem nota 35, p. 64.

debilita las tentativas de resistencias”.<sup>42</sup> La interseccionalidad es una herramienta muy valiosa para detectar discriminaciones múltiples que se entrecruzan de tal forma que cotidianamente producen la subordinación y marginación de las mujeres, en diversos niveles de la vida pública y privada.<sup>43</sup> La Corte IDH lo reconoce en el análisis del caso e identifica los factores de discriminación interrelacionados que pesaban sobre Vicky Hernández.

La línea planteada por Dorlin también encuentra cierto apoyo en la llamada teoría de la performatividad del género, de Butler. Para ella, el género es un efecto discursivo y el sexo es, a su vez, un efecto del género.<sup>44</sup> Entiende por efecto discursivo todas las consecuencias que tiene un conjunto de prácticas reguladoras de la identidad de género que, a través de la imposición de la heterosexualidad obligatoria, la tornan uniforme y estable.<sup>45</sup> Se reafirma que las relaciones de poder canalizan al cuerpo y lo producen como sexuados o, como refiere Dorlin sobre la teoría de Butler, “...el cuerpo no es una materialidad pura, precultural, prediscursiva, virgen de todo poder, más acá de esa producción disciplinaria que lo constituye”.<sup>46</sup>

Sin desconocer que la profundización sobre estos debates –que exceden el presente comentario– importan un desafío extraordinario vigente tanto en el campo académico como en el terreno político, creo haber dejado en claro que las nociones de sexo, género y sexualidad, cuando menos, son categorías en permanente deconstrucción y eminentemente históricas.

La Corte IDH, de hecho, sentó posición en ese sentido cuando en la OC-24/17 reconoció la dificultad de conceptualizar y establecer definiciones estáticas en cuestiones de sexualidad, género e identidad de género, justamente, porque responden a una “dinámica conceptual sumamente cambiante y en constante revisión”.<sup>47</sup> Además, el Tribunal consideró al género, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género como categorías protegidas contra la discriminación por el artículo 1.1 de la CADH cuando se refiere a “cualquier otra condición social” en virtud del principio *pro persona*. Ya se había pronunciado en ese sentido en los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y *Duque vs. Colombia*.<sup>48</sup>

También afirmó la Corte IDH que la igualdad se desprende directamente de la naturaleza humana y es inseparable a la dignidad esencial de cada persona, por ello su jurisprudencia constante sostuvo que, en su etapa actual de la evolución del derecho internacional, el principio de igualdad y no discriminación ingresó en el dominio del *ius cogens* sobre el cual se debe anclar el andamiaje jurídico nacional e internacional.<sup>49</sup>

42 Ídem nota 35, p. 69.

43 Cf. Golubov, N. (2017). Interseccionalidad. En H. Moreno y E. Alcántara (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*. México D.F.: CIEG, UNAM.

44 Cf. Butler, J. (2007). *El género en disputa*. Buenos Aires: Paidós.

45 Cf. Butler J. (1990). *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of identity*. London: Routledge.

46 Ídem nota 35, p. 96.

47 OC-24/17, párr. 31.

48 OC 24/17, párr. 61; *Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C N° 239, párrs. 84 -91 y *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C N° 310, párr. 91.

49 OC 24/17, párr. 61 y Opinión Consultiva OC -18/03. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101.



Por su parte, la CIDH hace años viene trabajando en la documentación y denuncia sobre la situación de violencia generalizada y la discriminación estructural en contra de las personas LGTBI en la región, haciendo una serie de recomendaciones a la Organización de Estados Americanos a fin de proteger la integridad física y psicológica de este colectivo e impulsar el reconocimiento de sus derechos.<sup>50</sup> En ese marco, la CIDH también sentó posición respecto del desarrollo del componente “sexo” como una construcción social, apartándose del concepto de “sexo” como fenómeno biológico. La Comisión sostuvo que la clasificación de una persona como hombre o mujer es una decisión social.<sup>51</sup>

En definitiva, incluso en la doctrina del Sistema Interamericano encontramos una postura amplia tendiente a repensar la significación del sexo y el género en función de las construcciones sociales vigentes. Difícilmente una postura regresiva sea compatible con una mirada de ampliación de derechos humanos.

## 5. Palabras finales

Con las reflexiones que propongo sobre el caso que aquí comento, lejos de pretensiones conclusivas, invito a abrir el diálogo hacia las diversas tensiones y preguntas que entiendo deben permear la interpretación sobre el ámbito de aplicación de la Convención de Belém do Pará en un sentido más amplio al que se pensó al momento de su adopción, del mismo modo que propongo poner en jaque el texto de cada tratado de derechos humanos con miras hacia una transversalización de la perspectiva de género.

Para ello, es clave reconocer que siempre que hablamos de sexo, sexualidad y género, estamos frente a una cuestión eminentemente social, cultural y política, cuya comprensión debe ser entendida desde el contexto histórico en el que se construye.<sup>52</sup> Esas definiciones, a su vez, implicaron construcciones de sujetos políticos diferenciados cuyas inquietudes e intereses no siempre fueron concluyentes. A partir de la teoría performativa de Butler se pone en jaque la cuestión del sujeto político del feminismo, pues cabe preguntarse a quién se representa con el “nosotras” o “las mujeres” o “todas”. La interseccionalidad, por su parte, también pone en constante cuestión la construcción del sujeto político tantas veces como existan diversidades humanas y diferentes lugares de opresión en el sistema de relaciones sociales. Parecería que, como sostiene Dorlin, la potencia de actuar subversiva del feminismo requiere renunciar a la idea de la existencia de un sujeto colectivo previo a la acción colectiva. Solo en la medida de la acción y el contexto en que se inscribe podrá redefinirse constantemente los contornos propios del sujeto político.<sup>53</sup>

En este contexto, cobra sentido histórico la decisión mayoritaria de la Corte IDH en el caso bajo análisis al penetrar el concepto de mujer y de género para ampliar el ámbito de protección de la Con-

50 CIDH. *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en Américas*. OAS/Ser. L/V/II.rev.2, informe de 12 de noviembre de 2015.

51 Ídem nota 50, párr. 16.

52 Cf. Stolcke, V. (mayo-agosto de 2004). La mujer es puro cuento: la cultura del género. *Estudios feministas*. Florianópolis, 12(2) 264, 77-105.

53 Ídem nota 35, p. 105.

vención de Belém do Pará hacia las mujeres trans. En términos de derecho internacional, además, bastó con apoyarse en la doctrina armónica del propio Tribunal con relación a la interpretación de los tratados de derechos humanos como “instrumentos vivos” cuya exégesis debe acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones actuales de vida.<sup>54</sup> Ello no implica desconocer que la Convención de Belém do Para, como lo sostiene la jueza Odio Benito en su disidencia, es producto de la lucha política de los feminismos de un momento histórico determinado, en el que la reivindicación estuvo centrada en el reconocimiento de las diferencias entre los sexos, porque aquello fue, en aquel contexto, la herramienta protagónica en la identificación de la violencia ejercida contra la mujer por ser mujer.<sup>55</sup> No obstante, también es preciso identificar que la letra del tratado, en tanto discurso jurídico androcéntrico,<sup>56</sup> también se sustenta en una matriz cis heteronormativa que origina las desigualdades que se intentan erradicar.

Estamos ante nuevas condiciones históricas para profundizar los debates feministas también sobre la interpretación de tratados internacionales de derechos humanos vigentes y la necesidad, por qué no, de adoptar nuevos. En esa orientación, y aunque aún resta mucho camino por recorrer, son de celebrar los pasos que vienen dando los órganos del Sistema Interamericano en orden a visibilizar la apremiante situación estructural de violencia y discriminación que atraviesan en toda la región las personas con identidades sexo-genéricas que no responden a los patrones culturales dominantes y a interpretar circunstanciadamente la Convención de Belém Do Pará para ampliar su ámbito de aplicación.

54 Cf. Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114 y *Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 106.

55 Para profundizar sobre los feminismos latinoamericanos de los años 80 y 90 ver Vargas, V. (2005). *Los feminismos latinoamericanos en su tránsito al nuevo milenio. Una lectura político-personal*. Cultura, política y sociedad. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO.

56 Al respecto, ver Birgin, H. (comp.). (2000). *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Buenos Aires: Biblos.

# Derecho a la salud. Internaciones. Personas con discapacidad

Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y otros  
Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas.  
Sentencia de 26 de marzo de 2021.  
Serie C No. 423

*Por Marcelo A. Budich<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

En el fallo que aquí se comenta la Corte IDH fijó criterios importantes con relación al derecho a la salud de las personas con discapacidad psicosocial, en particular respecto de aquellas que se encuentran internadas en hospitales psiquiátricos.

Teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso, el Tribunal se refirió a distintos aspectos que atañen a la problemática en cuestión, tales como: capacidad jurídica, consentimiento informado para las internaciones por salud mental, derecho a la información, posición de garante del Estado, etc.

Los estándares que se fijaron en el fallo complementan –y actualizan– aquellos que ya habían sido desarrollados por la Corte IDH en “Ximenes Lopes”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado y docente de Derecho Constitucional (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA). Maestrando en Magistratura (UBA). Integrante de la Secretaría Ejecutiva del Órgano de Revisión Nacional de Salud Mental (Defensoría General de la Nación).

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

## 2. Hechos y antecedentes

En el año 2004, Luis Eduardo Guachalá Chimbo –de 23 años– fue internado en el hospital psiquiátrico “Julio Endara” de la zona de Guangopolo, en Quito, Ecuador. Se trataba de una persona con discapacidad que sufría epilepsia desde pequeño, además de tener escasos recursos económicos, por lo que su situación era de gran vulnerabilidad.<sup>3</sup>

Cuando su madre fue a visitarlo al hospital durante la internación, un enfermero le informó que su hijo se había escapado el día anterior y que no habían logrado localizarlo. Recién algunos días más tarde el hospital denunció la desaparición ante la policía y la fiscalía inició una investigación de los hechos. De forma paralela, la madre interpuso una acción de *habeas corpus* ante la Alcaldía de Quito.

No obstante ello, luego de cinco meses su madre no había obtenido respuesta alguna y no sabía qué había sucedido efectivamente con su hijo. Frente a esta situación, se presentó un recurso ante el Tribunal Constitucional, que hizo lugar a lo solicitado y ordenó a la Alcaldía dictar resolución en el caso. Sin embargo, a los pocos días, el ministro fiscal provincial archivó las actuaciones. Para decidir así, sostuvo que, de acuerdo a la prueba obtenida, no surgía la existencia de un delito. Si bien en 2009 la fiscalía reabrió la investigación penal, lo cierto es que aún en el año 2021 –es decir, 17 años después– la investigación continuaba abierta y sin novedades respecto de lo sucedido, ni sobre el paradero del Sr. Guachalá Chimbo.<sup>4</sup>

## 3. Trámite ante la CIDH

La petición ante la CIDH fue realizada en el mes de marzo de 2007. El informe de admisibilidad fue aprobado en noviembre de 2010, y el informe de fondo en octubre de 2018.

La Comisión consideró que Ecuador había vulnerado los derechos al reconocimiento a la personalidad jurídica, vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, acceso a la información (para brindar el consentimiento informado en materia de salud), igualdad y no discriminación, protección judicial y salud de la persona. Por todo ello formuló recomendaciones al Estado,<sup>5</sup> pero Ecuador no informó respecto del cumplimiento de aquellas.

La CIDH presumió la responsabilidad del Estado en lo ocurrido, en tanto no aportó una explicación convincente y satisfactoria que acreditara su versión sobre la fuga de la presunta víctima del hospital. Además, destacó que el señor Guachalá Chimbo era una persona con discapacidad mental, y que la actuación del hospital psiquiátrico estuvo influenciada por “estereotipos sobre las personas con discapacidad mental para decidir autónomamente respecto de su propia salud”. Al respecto, afirmó que

3 Según la declaración de Elena Palacio van Isschot, del 2 de noviembre de 2020, el Sr. Guachalá Chimbo tenía además “síntomas psicóticos” (SIC). Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 423, párr. 27.

4 Ídem nota 3, párr. 214.

5 CIDH. Informe n° 111/18, caso 12.786, Informe de Fondo, Luis Eduardo Guachala Chimbo y familia, Ecuador. De 5 de octubre de 2018.

el internamiento y medicación realizadas sin su consentimiento son expresiones claras del predominio de tratamientos discriminatorios en los servicios de salud mental que privan a las personas con algún tipo de discapacidad mental de poder decidir sobre su propio cuerpo y salud.<sup>6</sup>

En consecuencia, y ante la falta de respuesta del Estado, la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

### 3.1. La decisión de la Corte IDH

En el pronunciamiento la Corte IDH realizó un recorrido pormenorizado sobre las circunstancias del caso, y se refirió también al creciente desarrollo normativo (internacional e interamericano) sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad, subrayando el derecho a la igualdad y no discriminación. En tal sentido, destacó que la discapacidad es una categoría protegida por el artículo 1.1 de la CADH, por lo que cualquier acto o práctica discriminatoria basada en la discapacidad de una persona está prohibida por la CADH. Asimismo, aclaró que ninguna norma, decisión, o práctica de derecho interno puede disminuir o restringir de manera discriminatoria los derechos de una persona utilizando como parámetro su discapacidad.

En tal sentido, el tribunal afirmó que

[l]as 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.<sup>7</sup>

En el fallo se hizo referencia permanentemente a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. También se mencionaron distintas Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Cabe destacar que el mencionado Comité, en sus “Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Segundo y Tercero combinados del Ecuador” (2019) expresó con preocupación que no se había llevado a cabo la armonización de la legislación, las políticas, manuales y guías del Estado, con el modelo de derechos humanos de la convención, y en particular que la “Ley Orgánica de Discapacidades”

<sup>6</sup> Ídem nota 3, párr. 63.

<sup>7</sup> Íbidem, párr. 87.

conservaba un concepto y una aproximación desde el modelo médico-rehabilitador, con énfasis en la restricción de capacidades y soslayando la dimensión social de la discapacidad.

Asimismo, en el fallo se hizo especial referencia al consentimiento informado como un elemento fundamental del derecho a la salud. Así, el Tribunal expresó que “es una condición *sine qua non* para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo a su plan de existencia”.<sup>8</sup> Replicando lo expuesto anteriormente por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte IDH refirió que “someter a una persona con discapacidad a un tratamiento de salud sin su consentimiento informado puede constituir una negación de su personalidad jurídica”.<sup>9</sup>

Corresponde remarcar que el hospital no contaba con el consentimiento informado del Sr. Guachalá Chimbo para el tratamiento bajo modalidad de internación que estaba realizando, puesto que había sido suscripto por su madre. Es por ello que el Tribunal destacó que la utilización de la discapacidad para justificar la innecesaridad del consentimiento informado para la internación y el suministro de medicación constituyó discriminación.

Así, se hizo hincapié en que

[e]l consentimiento informado es un elemento fundamental del derecho a la salud [...] la violación del derecho al consentimiento informado implica no solo una violación del derecho a la salud, sino también al derecho a la libertad personal, el derecho a la dignidad y la vida privada, y el derecho al acceso a la información.<sup>10</sup>

También se hizo referencia a otro aspecto fundamental relacionado con los derechos de las personas con discapacidad, y que siempre ha resultado problemático: la capacidad jurídica. Al respecto, se expresó que “[e]l reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad implica no negar su capacidad jurídica y proporcionar acceso [al] apoyo que la persona pueda necesitar para tomar decisiones con efectos jurídicos”<sup>11</sup> y que “[l]a capacidad jurídica adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a su salud”.<sup>12</sup>

Otro aspecto que el Tribunal señaló fue la falta de calidad y accesibilidad del tratamiento médico recibido por el Sr. Guachalá Chimbo durante la internación, y el hecho de que el personal sanitario no tuvo el cuidado necesario para resguardar su integridad.<sup>13</sup> En tal sentido –y como ya se mencionó–

8 Ibidem, párr. 118.

9 Ibidem, párr. 117. Cfr. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observación General No. 1: Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 19 de mayo de 2014.

10 Ibidem, párr. 110.

11 Ibidem, párr. 116.

12 Ibidem, párr. 117.

13 Durante los días previos a su desaparición, el Sr. Guachalá Chimbo había sufrido una importante caída en circunstancias poco claras.

aún hoy se desconoce el paradero del Sr. Guachalá Chimbo, y surgen muchas dudas en relación con que el nombrado simplemente se retiró del hospital.<sup>14</sup>

Por todo ello, la Corte IDH consideró responsable a Ecuador de la violación de los artículos 3, 4, 5, 7, 11, 13, 24 y 26 de la CADH, en relación a los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Además, en lo relativo al proceso judicial, concluyó que era responsable por la violación de los artículos 7.6, 8.1 y 25.1 del tratado en relación con su artículo 1.1.

### 3.2. La posición de garante del Estado

Este concepto ya había sido mencionado por la Corte IDH en el referido caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, en el que también se trataba de una persona internada en una institución psiquiátrica al momento de los hechos.

Si bien en el caso que aquí se comenta la Corte IDH expresó que carecía de los elementos de prueba necesarios para determinar lo que efectivamente sucedió con la víctima; es decir, el motivo de su desaparición, igualmente reiteró que el Estado tiene una posición de garante frente a las personas internadas en instituciones de salud y, por lo tanto, la responsabilidad frente a una desaparición como la ocurrida. Así, expresó que “el desconocimiento del paradero de un paciente que estaba bajo la custodia del Estado, medicado y con una solicitud expresa de vigilancia, demuestra que las autoridades estaban siendo, al menos, negligentes”.<sup>15</sup>

En virtud de ello, afirmó que el Estado tenía una posición de garante frente a Luis Eduardo Guachalá Chimbo y, por lo tanto, la carga de dar una explicación satisfactoria y convincente de lo sucedido, a fin de desvirtuar su presunción de responsabilidad. No obstante, la investigación realizada por el Estado no logró ofrecer una versión definitiva y verosímil de lo sucedido a la presunta víctima.

Pero el tribunal interamericano no solo se refirió a la posición de garante frente a la desaparición de la persona en las circunstancias mencionadas, sino que también hizo referencia específica a cómo debe ser el trato durante las internaciones por salud mental, señalando, tal como lo había hecho en “Ximenes Lopes vs. Brasil”, que

en los entornos institucionales, ya sea en hospitales públicos o privados, el personal médico encargado del cuidado de los pacientes, ejerce un fuerte control o dominio sobre las personas que se encuentran sujetas a su custodia. Este desequilibrio intrínseco de poder entre una persona internada y las personas que tienen la autoridad se multiplica muchas veces en las instituciones psiquiátricas. Lo anterior exige que, en caso de que existan hospitales psiquiátricos, los Estados deben ejercer una estricta vigilancia sobre

14 La CIDH indicó en su informe que “el Estado ecuatoriano no ha logrado esclarecer la desaparición del señor Guachalá, ni ha establecido su destino o paradero” y que existen indicios que apuntan a “que su destino pudo ser la muerte en el marco del tratamiento recibido por parte del Estado y su posterior encubrimiento”.

15 Ídem nota 3, párr. 161.

dichos establecimientos. Los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica, pública o privada, sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.<sup>16</sup>

Las negligencias estatales no se dieron únicamente durante la internación, o al momento de la desaparición, sino también en el proceso judicial posterior, el cual –como ya se mencionó– luego de muchos años no arrojó ningún resultado. Teniendo todo esto en cuenta, el Tribunal consideró que el Estado incumplió también con sus obligaciones de iniciar de oficio y sin dilación una investigación; realizar una labor de búsqueda seria, coordinada y sistemática de la presunta víctima; investigar lo sucedido con la debida diligencia (dado que existieron falencias en las investigaciones iniciales que resultan imposibles de corregir, o que en ningún momento el Estado solicitó las declaraciones de posibles testigos); garantizar un recurso de *habeas corpus* efectivo para atender la desaparición del señor Guachalá; investigar los hechos en un plazo razonable; y garantizar el derecho a conocer la verdad de los familiares de la víctima desaparecida.

#### **4. Los votos individuales de los jueces. ¿Se trató de una desaparición forzada de personas?**

Algunos de los magistrados del tribunal interamericano realizaron votos individuales en el presente caso. Así, los jueces Eugenio Raúl Zaffaroni y Ricardo Pérez Manrique emitieron votos concurrentes, el juez Eduardo Vio Grossi efectuó un voto parcialmente disidente, y el juez Humberto Sierra Porto realizó un voto concurrente y parcialmente disidente.

En algunos de esos votos –en particular los de Zaffaroni y Pérez Manrique– se analizó si se estaba ante una desaparición forzada de persona, lo cual había sido planteado por los representantes de los familiares del Sr. Guachalá Chimbo.

El juez Zaffaroni indicó, lisa y llanamente, que se estaba ante una desaparición forzada de persona. Para fundar dicha afirmación, mencionó que, de acuerdo a las circunstancias descritas en el caso, concurrieron los tres elementos necesarios para caracterizar una desaparición forzada de persona: privación de libertad, intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de estos, y negativa a reconocer la detención o a revelar la suerte o el paradero de la víctima.

Asimismo, expresó que el hecho que

la víctima salió del establecimiento no está probado y, además, en las condiciones en que se hallaba, bajo el efecto de fuertes dosis de psicofármacos, es decir, privada de libertad o al menos en gran me-

---

<sup>16</sup> *Ibídem*, párr. 90.



didada impedida de moverse con libertad y plena consciencia, es prácticamente inverosímil que haya salido del establecimiento.

Por su parte el juez Pérez Manrique entendió que el caso no podía caracterizarse como desaparición forzada de persona, ya que –según su posición– no se configuraron los elementos para ello. En tal sentido, expresó que, según los antecedentes jurisprudenciales de la Corte IDH, para que exista desaparición forzada ello se debe enmarcar dentro de una “...práctica sistemática y generalizada de desapariciones forzadas, persecución política u otras violaciones de derechos humanos, por lo que no es posible utilizar el mismo para corroborar otros elementos de prueba”<sup>17</sup> y que

[e]n el presente caso si bien confluyen algunos elementos de la desaparición forzada, no se configura el elemento sistematicidad. Toda vez que no se ha invocado, ni se advierte un proceso sistemático de parte del Estado y de sus agentes para hacer desaparecer a los pacientes internados en hospitales psiquiátricos.

Más allá de la postura de cada uno, lo antedicho da cuenta de la disimilitud de criterios –al menos a este respecto– entre los actuales magistrados de la Corte IDH.

## 5. Conclusiones

El caso en comentario se transformará, sin dudas, en un importante precedente para la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, en particular de aquellas que se encuentran internadas en establecimientos psiquiátricos.

Resulta valioso que la Corte IDH se haya referido a la importancia del consentimiento informado durante las internaciones psiquiátricas, y que lo haya considerado un aspecto fundamental del derecho de los usuarios de los servicios de salud mental. Sin embargo, hubiera sido esperable un mayor desarrollo técnico de su conceptualización, dado que –lamentablemente– a menudo se suele identificar al consentimiento informado únicamente con un formulario preimpreso que las instituciones le hacen firmar a los pacientes buscando evitar ulteriores responsabilidades. Por supuesto que no es ese el fin del consentimiento informado, sino que debe ser la culminación de un proceso en el que se le brinde al paciente toda la información adecuada –en forma clara y precisa– respecto del procedimiento médico propuesto, así como sus alternativas y posibles consecuencias. En tal sentido, hubiera sido esperable que el tribunal interamericano ahondara en estas cuestiones, evitando relacionar la idea de consentimiento informado únicamente con la de un formulario preimpreso que debe ser firmado.

<sup>17</sup> Con cita de Corte IDH. *Caso Arrom Suhurt y otros Vs. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377.

Párrafo aparte merece la excesiva demora aún existente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, particularmente en el trámite ante la CIDH (entre la presentación de la petición inicial ante la CIDH y el sometimiento del caso ante la Corte IDH transcurrieron más de 12 años). Ello ha sido una crítica usual al Sistema Interamericano, y si bien se han diseñado algunas estrategias específicas para afrontarlo,<sup>18</sup> aún pareciera estarse lejos de una solución definitiva.

Otro aspecto a destacar –en este caso, positivo– es la gran cantidad de *amicus curiae* que se recibieron, provenientes de distintas organizaciones de la sociedad civil de distintos países de la región, lo cual da cuenta del interés que el tema genera actualmente en nuestro ámbito, y del largo camino que aún queda por recorrer en esta problemática.

Podemos presumir que esta no será la última sentencia que aborde estas cuestiones, dado que la dinámica propia de las instituciones psiquiátricas suele generar restricciones de derechos. Sin embargo, los estándares de protección que fueron señalados por el tribunal interamericano servirán para reforzar el camino hacia la transformación de las instituciones de salud mental, buscando un horizonte que priorice la dignidad de los seres humanos.

---

18 Ver CIDH, Resolución N° 1/16 y Plan Estratégico 2017-2021.

# Libertad sindical. Huelga. Perspectiva de género

**Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género.* Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27<sup>1</sup>**

*Por Soledad García Muñoz<sup>2</sup> y Renan Bernardi Kalil<sup>3</sup>*

## 1. Introducción

La Opinión Consultiva 27 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un hito en la promoción de los derechos laborales y sindicales en el sistema interamericano. A raíz de una solicitud presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y su Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), ofrece una interpretación sustantiva y sistémica de diversas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Protocolo de San Salvador, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de la Carta

1 [N. del E.] Por normas de estilo editorial se ha reducido la extensión original del título de la Opinión Consultiva. El título completo es: Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre).* Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

2 Diplomada en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid). Profesora de Derecho Internacional Público, de Género y Derechos Humanos en varias universidades de la región. Relatora Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Presidenta del Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (OEA). Fue Presidenta de Amnistía Internacional Argentina.

3 Doctor en Derecho (Universidad de San Pablo). Fiscal del Trabajo. Personal Asociado REDESCA-CIDH en 2019.

de la Organización de Estados Americanos y de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), relacionados con la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, con perspectiva de género. Se trata de un importante instrumento jurídico para mejorar la protección y defensa de los derechos laborales y sindicales en las Américas.

Nuestros comentarios se dividen en dos partes.

En la primera se aborda la solicitud de opinión consultiva presentada por la CIDH y su REDESCA, explicando los principales temas que motivaron a la REDESCA sugerir a la CIDH a consultar a la Corte IDH sobre la interpretación de la CADH y otros tratados interamericanos de derechos humanos, con un enfoque en temas sindicales y laborales. Además, situamos la preocupación por el tema dentro del plan estratégico de la CIDH y del plan de trabajo de la REDESCA.

En la segunda examinamos los principales desarrollos realizados por la Corte IDH en materia de libertad sindical, negociación colectiva y huelga y su relación con otros derechos, desde una perspectiva de género. Aquí solo nos ocuparemos de los avances promovidos por la interpretación de la Corte en la OC-27. Los estándares en la materia desarrollados previamente por el tribunal y por la CIDH pueden encontrarse en compilaciones elaboradas por ambos organismos: el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 22: Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales* y el *Compendio Sobre Derechos Laborales y Sindicales: Estándares Interamericanos*,<sup>4</sup> respectivamente.

## **2. La solicitud de una opinión consultiva sobre el alcance de las obligaciones de los Estados americanos, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y su aplicación con perspectiva de género por parte de la CIDH y la REDESCA a la Corte IDH**

La CIDH y la REDESCA presentaron el 31 de julio de 2019 a la Corte IDH una solicitud de opinión consultiva sobre el alcance de las obligaciones de los Estados, en el marco del sistema interamericano, sobre las garantías a la libertad sindical, su relación con otros derechos y su aplicación con perspectiva de género.

La solicitud se basó en los estándares sobre la materia ya desarrollados por la Comisión y la Corte. A pesar de los importantes avances verificados en el sistema interamericano, se entendió que aún no existían criterios claros sobre las obligaciones específicas de los Estados en relación con la libertad sindical y su interdependencia con el derecho a condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias. Además, se hizo un diagnóstico sobre la importancia de examinar específicamente los efectos de estos derechos para los actores privados, especialmente las empresas, así como el papel del Estado en la supervisión de las mismas y en garantizar el acceso a la justicia para buscar reparación de los derechos violados.

<sup>4</sup> CIDH. *Derechos Laborales y Sindicales: Estándares Interamericanos*, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 331, 30 octubre 2020.

Otro aspecto de la valoración de la CIDH y la REDESCA sobre el estado de los derechos laborales y sindicales es que ambos han sido concebidos históricamente desde la perspectiva de la fuerza de trabajo masculina. Así, uno de los objetivos de la solicitud de opinión consultiva era identificar los deberes del Estado para adoptar una perspectiva de género con foco en derechos humanos de las mujeres, en la protección de los derechos laborales y promover la participación de las mujeres en los sindicatos, no solo como integrantes, sino también en el papel de lideresas.

La solicitud también se preparó con base en el trabajo de monitoreo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales realizado por la CIDH y en particular por la REDESCA. Esta actividad permitió presentar el contexto sobre la libertad sindical en el continente, analizando su impacto en las condiciones de trabajo y el uso de las nuevas tecnologías en el trabajo, el alcance de las restricciones y actos antisindicales, así como el lugar de las mujeres en el mercado laboral y en las entidades sindicales.

La CIDH y la REDESCA entendieron que la solicitud de una opinión consultiva sobre estos temas tenía el potencial de crear un espacio de participación abierta y constructiva con los Estados, la sociedad civil y la academia. Esto es importante porque esta solicitud fue la primera vez que se buscó una interpretación de varias normas interamericanas en conjunto con las regulaciones de la OIT para proteger a los sindicatos y tener parámetros claros sobre condiciones de trabajo justas, satisfactorias y equitativas, teniendo en cuenta una perspectiva de género y de derechos humanos de las mujeres, en un continente marcado por la desigualdad y la violencia de género contra las mujeres, el desempleo, la pérdida del valor real de los salarios, el trabajo precario y las deficiencias en el acceso a la justicia.

La atención prestada por la CIDH y la REDESCA al desarrollo y fortalecimiento de los estándares sobre el derecho a condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias y la protección de los derechos sindicales estaba prevista en el Plan Estratégico de la CIDH 2017-2021 como encargo específico a la Relatoría Especial sobre DESCAs que dicho Plan creó. De manera concordante, el Plan de trabajo de la Relatoría Especial, aprobado en febrero de 2018, sitúa como uno de sus proyectos el avance de los derechos laborales y sindicales en el continente.

Por lo tanto, la solicitud de una opinión consultiva al Tribunal se inserta en este contexto institucional y responde al mandato recibido por la REDESCA de impulsar el desarrollo de estándares en la materia.

A través de esta solicitud, la CIDH y la REDESCA buscaban obtener una interpretación conjunta de varias normas interamericanas clave sobre las obligaciones de los Estados relacionadas con el ejercicio de la libertad sindical, incluyendo la negociación colectiva y la huelga, como catalizadores de la protección de los derechos laborales, así como la interpretación de estas normas desde una perspectiva de igualdad de género enfocada en los derechos de las mujeres. La interpretación solicitada incluye el alcance de las obligaciones de garantías en los procesos de creación de sindicatos y en sus procesos electorales y de gobierno interno, y las manifestaciones de la relación entre la libertad sindical, la negociación colectiva y la libertad de asociación, y entre la libertad sindical, la libertad de expresión, el derecho de huelga y el derecho de reunión.

También abarca el alcance de las obligaciones sobre las garantías de la libertad sindical frente a las prácticas discriminatorias o violentas en el trabajo por razón de género, y para asegurar la participación efectiva de las mujeres como integrantes y dirigentes sindicales en cumplimiento del principio de igualdad y no discriminación. Además, pretendía obtener una interpretación del alcance de las obligaciones relacionadas con la participación efectiva de las trabajadoras y de los trabajadores, a través del ejercicio de la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, en los procesos de planificación, construcción y evaluación de las normas y políticas públicas relacionadas con el trabajo en el contexto de los cambios en el mercado laboral debidos al uso de las nuevas tecnologías.

Los artículos señalados por la CIDH para su interpretación por la Corte IDH fueron los artículos 1.1, 2, 13, 15, 16 y 26 de la CADH; los artículos 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador; los artículos 34.g, 44.b, c y g, y 45.c y g de la Carta de la OEA; los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la DADH; y los artículos 2.b, 3 y 5 de la Convención de Belém do Pará.

### **3. La Opinión Consultiva N° 27**

La Corte IDH notificó a los Estados miembros de la OEA, al Secretario General de la OEA y al Consejo Permanente de la Organización e invitó a las organizaciones internacionales, la sociedad civil, las instituciones académicas y las personas interesadas a presentar sus contribuciones.

Se recibieron comentarios por escrito de 7 Estados miembros de la OEA, 3 órganos de la OEA, 2 organizaciones internacionales, 43 organismos intergubernamentales y estatales, asociaciones internacionales y nacionales, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas, y 7 integrantes individuales de la sociedad civil.

De igual manera, se realizó una audiencia pública, en forma virtual, en el 135° período de sesiones de la Corte IDH a la que asistieron 38 participantes, entre ellos la CIDH y su REDESCA. De esta forma, el objetivo de contribuir a la generación de un amplio diálogo interamericano en relación con los temas planteados en la solicitud se vio sobradamente cumplido.

El 5 de mayo de 2021, el Tribunal emitió la Opinión Consultiva. El documento está estructurado en ocho partes: (a) presentación de la consulta; (b) procedimiento ante el Tribunal; (c) competencia y admisibilidad; (d) introducción; (e) los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga y su relación con los derechos a la libertad de expresión, a la libertad de reunión, a la libertad de asociación y al derecho al trabajo y a condiciones justas, equitativas y satisfactorias; (f) el derecho de las mujeres a estar libres de toda forma de discriminación y violencia en el ejercicio de sus derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga; g) la autonomía sindical, la participación de las mujeres como afiliadas y dirigentes sindicales, y la participación de los sindicatos en el diseño, construcción y evaluación de las normativas y políticas públicas relacionadas con el trabajo en el contexto de los cambios en el mercado laboral mediante el uso de las nuevas tecnologías; y h) la opinión.

En los próximos párrafos y epígrafes, resumiremos algunas de las principales conclusiones alcanzadas por la Corte IDH en la opinión.

En primer lugar, queremos destacar que la Corte IDH interpretó los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH; los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador; los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará; los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la OEA; y los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la DADH.

Los derechos a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga son autónomos, interdependientes e indivisibles. La creación de un sindicato se produce como mecanismo para equilibrar la asimetría de poderes existente en la relación laboral. La protección de la libertad sindical es pertinente en la medida en que la organización colectiva de los trabajadores les permite mantener o mejorar sus condiciones de trabajo y de vida y buscar la realización de otros derechos humanos. La negociación colectiva y la huelga son instrumentos esenciales de la libertad sindical, ya que garantizan la defensa de los derechos de los trabajadores, lo que indica su relación directa con los derechos al trabajo y a unas condiciones justas, satisfactorias y equitativas.<sup>5</sup>

La libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga forman parte de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de exigibilidad inmediata, sin descartar la posibilidad de su progresiva ampliación y mejora hasta niveles superiores.<sup>6</sup>

Los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales son interdependientes e indivisibles, y no hay jerarquía entre ellos. En este sentido, los derechos a la libertad de expresión, de reunión y de asociación, en su relación con la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga, son derechos fundamentales que permiten a las y los trabajadores y a sus representantes organizarse y expresar sus reivindicaciones sobre las condiciones de trabajo, la adecuada representación de sus intereses y la intervención en los debates públicos.<sup>7</sup>

### 3.1. Libertad sindical

La libertad sindical es una de las expresiones de la libertad de asociación y es un derecho que permite a las y los trabajadores defender sus intereses frente a las empresas y el Estado. El derecho de las personas a “asociarse libremente para la protección y promoción de sus intereses”, previsto en el artículo 45 (c) de la Carta de la OEA, está relacionado con la libertad de asociación e incluye el derecho a afiliarse a un sindicato, lo que implica la libertad de formar un sindicato, el derecho a afiliarse a un sindicato ya

5 Corte IDH. *Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belém do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre)*. Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, párrs. 106 y 124.

6 Ídem, nota 4, párr. 118.

7 Ídem, nota 4, párr. 141.

formado y el derecho a retirarse de un sindicato. Estos derechos deben ser reconocidos a los trabajadores del sector público y privado, sin discriminación.<sup>8</sup>

En cuanto al aspecto objetivo de la libertad sindical, los Estados deben velar por que no sea necesario exigir una autorización administrativa para la creación de sindicatos que imposibilite a las personas trabajadoras establecer los sindicatos que consideren oportunos. En el mismo sentido, no debería ser necesario examinar el contenido de los estatutos del sindicato para permitir su creación. Es posible exigir el cumplimiento de formalidades, siempre que no haya un alto grado de detalle que desincentive la fundación de una entidad o la exigencia de un número mínimo de socios tan elevado que haga imposible su creación.<sup>9</sup>

El derecho de las personas trabajadoras a crear sindicatos a su conveniencia significa que su ejercicio debe producirse con independencia de las entidades ya existentes en un determinado sector. En este sentido, los Estados no deben prohibir la creación de más de un sindicato en una categoría profesional o económica, o en una empresa, ya que esto violaría el derecho a la libertad sindical.<sup>10</sup>

La libertad sindical, en su dimensión individual, garantiza que las personas trabajadoras y sus representantes gocen de una protección adecuada contra los actos de coacción directa o indirecta o de discriminación que violen este derecho. Esta protección abarca todas las fases del contrato de trabajo: admisión, ejecución y terminación. En este sentido, los Estados no deben permitir que se realicen actos que les perjudiquen por su afiliación sindical, su participación en actividades sindicales fuera del lugar de trabajo o durante el horario laboral (con el acuerdo de la empresa), lo que podría incluir traslados, suspensiones o despidos.<sup>11</sup>

En consecuencia, los Estados deben proteger el ejercicio de las actividades sindicales de las personas trabajadoras, no permitiendo ninguna acción de las autoridades que limite este derecho. Asimismo, deben adoptar las medidas necesarias para que las trabajadoras, los trabajadores y sus representantes puedan realizar actividades sindicales en sus centros de trabajo.<sup>12</sup>

La libertad sindical incluye el derecho de las organizaciones de personas trabajadoras a regular las actividades del sindicato, a representar a sus miembros, a organizar su administración y a no ser disueltas por vía administrativa. En esta línea, las personas trabajadoras afiliadas son los sujetos que deben determinar las normas que informan el funcionamiento, las actividades y la administración del sindicato, especialmente a través de su gobierno.<sup>13</sup>

El derecho de los sindicatos a organizar su administración interna tiene como consecuencia que se garantice su independencia financiera, de forma que no estén sometidos a la discrecionalidad de los poderes públicos, la posibilidad de decidir libremente cómo asignar sus recursos para el desarrollo de

---

8 Ídem, nota 4, párrs. 75 y 131.

9 Ídem, nota 4, párr. 78.

10 Ídem, nota 4, párr. 79.

11 Ídem, nota 4, párr. 80.

12 Ídem, nota 4, párr. 81.

13 Ídem, nota 4, párr. 83.



sus actividades (de acuerdo con sus normas internas y la ley) y poder optar a recibir financiación externa para hacer viables las actividades de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores. En relación con la financiación de los sindicatos, que incluye la recaudación y el reparto de las cantidades entre las estructuras sindicales, la cuestión debería estar regulada en los estatutos y reglamentos de los sindicatos y los Estados deberían abstenerse de regularla mediante disposiciones constitucionales o legales.<sup>14</sup>

El derecho de representación es uno de los elementos indispensables de la libertad sindical, ya que permite a las y los representantes actuar de forma independiente y eficaz en defensa de los intereses de las personas trabajadoras. Por lo tanto, los Estados no deben tomar medidas que limiten este derecho, ni mediante disposiciones legales ni mediante actos de las autoridades públicas. Por ejemplo, las condiciones de elegibilidad de los dirigentes sindicales, la posibilidad de reelección y los procesos electorales deben ser regulados por las decisiones de las personas trabajadoras, observando las disposiciones reglamentarias y constitucionales.<sup>15</sup>

El derecho a la libertad de asociación proporciona las condiciones mínimas para que las personas trabajadoras dispongan de los medios para promover la organización colectiva, fomentar la solidaridad entre los miembros del grupo representado y expresar adecuadamente la voz colectiva de sus miembros. Así, la interpretación promovida por la Corte IDH es un paso adelante en el fortalecimiento de estas posibilidades.

El desarrollo de estas normas interamericanas en materia de libertad sindical se ha basado en el diálogo con los tratados internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Declaración y el Programa de Acción de Viena de 1993, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las normas de la OIT (especialmente los Convenios N° 87 y 98) y las decisiones del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

### 3.2. Negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva es uno de los elementos que conforman la libertad sindical. Se trata de un instrumento destinado a proteger a las organizaciones de trabajadores con el objetivo de proporcionarles los medios para negociar con los empresarios con el fin de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus representados.<sup>16</sup>

---

14 Ídem, nota 4, párr. 86.

15 Ídem, nota 4, párr. 84.

16 Ídem, nota 4, párr. 145.

Este derecho requiere acciones tanto positivas como negativas por parte de los Estados. En cuanto a lo primero, deben adoptarse medidas para fomentar y promover el uso de procedimientos de negociación voluntaria entre trabajadores y empresarios, y entre empresarios y empleadores, para establecer normas sobre las condiciones de trabajo a través de instrumentos laborales colectivos. Con respecto a esto último, los Estados deben abstenerse de restringir el ejercicio de la negociación colectiva por parte de los sindicatos, dejando de intervenir en las negociaciones entre personas trabajadoras y empresas, y entre empresas y empleadores.<sup>17</sup>

En cuanto a las personas empleadas públicas, los Estados deben dar prioridad a la negociación colectiva como medio para resolver los conflictos sobre las condiciones de trabajo en la administración pública. En este sentido, las personas trabajadoras y sus representantes deben poder participar en los procesos de negociación y el Estado debe facilitar el acceso a la información necesaria para llevar a cabo las negociaciones.<sup>18</sup>

El derecho a la negociación colectiva consta de tres elementos mínimos: a) el principio de no discriminación de las personas trabajadoras en el ejercicio de la actividad sindical, ya que la igualdad es un elemento esencial para el desarrollo de los procesos de negociación; b) la no injerencia, directa o indirecta, de las empresas en los sindicatos en los momentos de creación, funcionamiento y administración, para no distorsionar la expresión de la voluntad colectiva de los representados; c) el fomento progresivo de los procesos de negociación voluntaria entre personas trabajadoras y empresas.<sup>19</sup>

La desigualdad entre las partes en la relación laboral y el carácter protector del derecho laboral para reequilibrar esta relación deben tenerse en cuenta al examinar los límites de la negociación colectiva. En este sentido, la Corte ha establecido que

permitir que la ley laboral pueda ser derogada, de manera general, *in peius*, en virtud de un contrato colectivo, colocaría a los trabajadores y las trabajadoras en una situación mayor de desventaja frente al empleador, potencialmente provocando el desmejoramiento de sus condiciones de trabajo y de vida, y vulnerando así el mínimo de protección establecido por el derecho nacional e internacional. Los contratos colectivos, sin embargo, pueden mejorar la legislación laboral cuando se amplíe el ámbito de protección de los derechos laborales, salvo que la ley interna contenga disposiciones que limiten esa posibilidad de manera justificada.<sup>20</sup>

Los derechos laborales garantizados por el artículo 26 de la CADH forman parte de un núcleo que no puede ser derogado a través de la negociación colectiva. Además, es necesario tener en cuenta el deber de no regresividad previsto en el mismo precepto, y cualquier medida de carácter regresivo

---

17 Ídem, nota 4, párr. 91.

18 Ídem, nota 4, párr. 93.

19 Ídem, nota 4, párr. 94.

20 Ídem, nota 4, párr. 146.

debe estar adecuada y plenamente justificada y tener como objetivo el máximo aprovechamiento de los recursos disponibles.<sup>21</sup>

Considerando que las restricciones a los derechos laborales deben darse en los términos previstos en la CADH, la posibilidad de derogar las leyes laborales mediante un acto de autonomía colectiva privada implica el incumplimiento de las obligaciones de desarrollo progresivo, ya que imposibilita a los Estados justificar cualquier retroceso en la protección de un determinado derecho, ante la totalidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales vigentes. Además, la posibilidad de inaplicar la legislación laboral *in peius*, de forma general, a través de la negociación colectiva vulnera el principio de libertad y voluntariedad de la negociación, ya que puede afectar al derecho al trabajo y a unas condiciones justas, equitativas y satisfactorias.<sup>22</sup>

La negociación colectiva es uno de los procesos más relevantes de las organizaciones colectivas de trabajadoras y trabajadores, ya que es una fuente de derecho creada por los protagonistas de las relaciones laborales. Las normas desarrolladas por la Corte IDH, al establecer límites para preservar la naturaleza del derecho laboral, consolidan este instrumento para continuar con uno de sus principales objetivos, que es mejorar las condiciones de trabajo y de vida.

El Tribunal ha promovido un diálogo con los Convenios N° 98, 151 y 154 de la OIT, así como con las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, para interpretar las normas interamericanas de derechos humanos relacionadas con la negociación colectiva.

### 3.3. Huelga

El derecho a la huelga es uno de los derechos humanos fundamentales de las personas trabajadoras. Es un medio legítimo para defender sus intereses económicos, sociales y profesionales. Es un instrumento que les permite ejercer presión sobre sus empleadores, con el objetivo de corregir una injusticia o buscar soluciones sobre cuestiones de política económica y social o relacionadas con problemas que existen entre trabajadores y empleadores.<sup>23</sup> En este sentido, existen tres categorías de huelgas: a) las laborales, destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo; b) las sindicales, que buscan satisfacer las demandas colectivas de las entidades sindicales; y c) las que impugnan las políticas públicas.<sup>24</sup>

El análisis de la legalidad de la huelga es un elemento central para el ejercicio de este derecho. Por lo tanto, las condiciones y los requisitos previos para considerar que una huelga es legal no deberían ser tan complejos como para hacer inviable la realización de una huelga legal. La declaración de ilegalidad de una huelga solo debe ser realizada por el Poder Judicial, tomando en consideración los estrictos requisitos establecidos en la ley y asegurando las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la CADH.<sup>25</sup>

---

21 Ídem, nota 4, párr. 147.

22 Ídem, nota 4, párrs. 148 y 149.

23 Ídem, nota 4, párr. 98.

24 Ídem, nota 4, párr. 99.

25 Ídem, nota 4, párr. 101.

La prohibición de ejercer el derecho de huelga solo puede abarcar dos clases de personas trabajadoras: a) las que pertenecen al funcionariado público que actúan como órganos del poder público ejerciendo funciones de autoridad en nombre del Estado; b) las personas trabajadoras de servicios esenciales. La definición de estos servicios abarca únicamente aquellos cuya interrupción provoca una amenaza clara e inminente para la vida, la seguridad, la salud o la libertad de toda o parte de la población. Debido a esta restricción, deben existir mecanismos compensatorios para los trabajadores de estos servicios.<sup>26</sup>

También en lo que respecta a los servicios esenciales es posible evitar una prohibición total de las huelgas de los trabajadores cuando es posible garantizar un servicio mínimo. Este umbral debe limitarse a las actividades necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la población o las exigencias mínimas del servicio, de modo que la huelga no resulte inocua. Este umbral debe establecerse conjuntamente entre las autoridades públicas y las organizaciones de personas trabajadoras y empresas antes de que estalle un conflicto colectivo.<sup>27</sup>

El derecho penal no debe utilizarse como medio para intimidar a las personas trabajadoras en el ejercicio legítimo de la acción colectiva. Las autoridades no deben amenazar con la persecución penal en respuesta a la expresión de opiniones de las y los representantes sindicales. Además, el derecho de huelga no debe ser objeto de criminalización por parte de los Estados o los empleadores. Los Estados deben derogar cualquier norma penal que pueda utilizarse para perseguir a las personas trabajadoras y hacer inviable el derecho de huelga.<sup>28</sup>

El derecho a la huelga es un instrumento del que disponen las personas trabajadoras, generalmente utilizado en momentos en los que las negociaciones entre las partes de la relación laboral están bloqueadas. Teniendo en cuenta su importancia para las personas trabajadoras, las interpretaciones promovidas por la Corte IDH contribuyen a fortalecer este derecho en el continente americano.

Las normas interamericanas sobre la huelga fueron desarrolladas por el Tribunal a partir de la interpretación de las normas interamericanas en relación con el Convenio N° 87 de la OIT y las posiciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

### 3.4. Libertad de asociación, negociación colectiva y huelga desde una perspectiva de género

Al tratar el derecho a la libertad sindical, a la negociación colectiva y a la huelga desde una perspectiva de género, se reconoció la histórica exclusión de las mujeres en los ámbitos laboral y sindical, y la necesidad de garantizar el ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones. Es necesario ir más allá de la igualdad formal entre hombres y mujeres, a riesgo de mantener situaciones que, aunque parezcan neutras y sin intención discriminatoria, perpetúan la marginación de las mujeres en estos ámbitos.<sup>29</sup>

---

26 Ídem, nota 4, párr. 103.

27 Ídem, nota 4, párr. 104.

28 Ídem, nota 4, párrs. 111 y 137.

29 Ídem, nota 4, párrs. 168 y 171.

Las mujeres deben recibir una protección especial cuando están embarazadas. En este sentido, la Corte IDH ha entendido que los Estados deben adoptar un conjunto de medidas para que: a) las mujeres puedan gozar de asistencia médica prenatal, durante el parto y posnatal, así como de hospitalización cuando fuere necesario; b) las mujeres embarazadas o lactantes no se vean obligadas a desempeñar un trabajo cuando este pueda ser perjudicial para la salud de ella o de su hijo; c) las mujeres embarazadas gocen de licencia remunerada en caso de complicaciones antes o después del embarazo; y d) se encuentren protegidas en contra de despido cuando se encuentre embarazada, en período de lactancia, o en período de licencia por maternidad.<sup>30</sup>

Las desigualdades en el reparto de las responsabilidades familiares, con una sobrecarga de trabajo para las mujeres, son claramente perjudiciales para la capacidad de estas de participar adecuadamente en el mercado laboral y en la vida sindical. Por ello, los Estados deben adoptar medidas para equilibrar el reparto de las actividades domésticas y de cuidado entre hombres y mujeres, de modo que los hombres asuman más responsabilidades en la organización de las actividades domésticas y la crianza de los hijos y las hijas. Además, las políticas públicas deben ser diseñadas para que las mujeres no sean las únicas responsables de estas actividades. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la construcción de guarderías, la igualdad de permisos de maternidad y paternidad, y el permiso especial para atender asuntos familiares. Además, el ejercicio de los derechos sindicales puede ser una herramienta para proporcionar otros derechos que mejoren el reparto de las responsabilidades familiares.<sup>31</sup>

Para que las mujeres puedan ejercer adecuadamente sus derechos sindicales es fundamental que tengan espacios de participación activa en las entidades sindicales, lo que incluye su presencia en las juntas directivas de las organizaciones y en la toma de decisiones. Los Estados pueden adoptar medidas para animar a las mujeres a ejercer su derecho de sindicación, ya sea creando nuevas entidades o uniéndose a las organizaciones existentes. También pueden determinar que se garantice el principio de igualdad y no discriminación en los estatutos de los sindicatos, para que haya una representación equilibrada de hombres y mujeres en la dirección de las organizaciones.<sup>32</sup>

Una forma de avanzar en la representación de las mujeres en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales es el establecimiento de cuotas reservadas a las mujeres, con el objetivo de reducir el déficit de mujeres en los puestos de dirección y permitir una mejor representación de sus intereses, incluso durante los procesos de negociación colectiva.<sup>33</sup>

En relación con grupos específicos de mujeres, el Tribunal ha señalado la importancia de garantizar los derechos laborales y sindicales de las trabajadoras domésticas y de asegurar el ejercicio de los derechos sindicales de las trabajadoras de la economía informal, que abarca los períodos en que los Estados adoptan medidas para promover la transición a la economía formal.<sup>34</sup>

---

30 Ídem, nota 4, párr. 176.

31 Ídem, nota 4, párr. 178.

32 Ídem, nota 4, párr. 180.

33 Ídem, nota 4, párr. 197.

34 Ídem, nota 4, párrs. 181 y 182.

La Corte IDH reconoce que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos que ofende la dignidad humana y es la expresión de relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. La violencia de género también se da en los lugares de trabajo y en los sindicatos, y los Estados deben tomar medidas para combatirla estableciendo políticas de prevención, fomentando la existencia de mecanismos de control interno, garantizando el acceso a vías de recurso y reparación y medidas de apoyo, creando herramientas de educación, formación y sensibilización para luchar contra esta violación, y garantizando herramientas eficaces de inspección e investigación.<sup>35</sup>

La discriminación y la violencia de género están presentes en las relaciones laborales cotidianas y en el ámbito sindical. Reconocer estas violaciones es importante para adoptar medidas que promuevan la igualdad material entre hombres y mujeres. La interpretación que realiza la Corte IDH contribuye al avance de los estándares para ofrecer mejores condiciones para que las mujeres puedan expresar adecuadamente su voz, tanto individual como colectivamente.

La interpretación de la Corte IDH en esta materia se basa en el diálogo entre las disposiciones de los tratados interamericanos de derechos humanos y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), los parámetros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Comité de la CEDAW, los Convenios N° 100, 111, 156, 189 y 190 de la OIT, la Recomendación N° 165 y la posición del Comité de Libertad Sindical.

### 3.5. Participación de las trabajadoras y los trabajadores en la elaboración de políticas públicas en un escenario de nuevas tecnologías

En relación con el trabajo en el contexto de los cambios en el mercado laboral a través de las nuevas tecnologías, la Corte IDH señaló que su regulación debe obedecer a los criterios de universalidad e irrenunciabilidad de los derechos laborales, para garantizar un trabajo digno y decente. Además, los Estados deben reconocer la relación laboral entre las personas trabajadoras y los empresarios y las empresarias, si es que esta se da en la realidad.<sup>36</sup>

La obligación de respetar y garantizar los derechos de libertad sindical, de negociación colectiva y de huelga son fundamentales para asegurar la participación activa de las y los trabajadores en los debates sobre la elaboración y el diseño de las políticas públicas y para abordar cuestiones que aún no están reguladas por la legislación laboral vigente debido a los nuevos retos que plantea la introducción de innovaciones tecnológicas en el trabajo. Por ello, hay que garantizar el tripartismo y el diálogo social, para que las nuevas normativas se centren en las personas y no solo en los mercados.<sup>37</sup>

El debate sobre la regulación del trabajo a través de plataformas digitales se está produciendo en el ámbito legislativo en varios países americanos, al igual que el Poder Judicial está llamado a pronunciarse

---

35 Ídem, nota 4, párr. 184.

36 Ídem, nota 4, párr. 209.

37 Ídem, nota 4, párrs. 209, 210, 211 y 212.

sobre la naturaleza de estas relaciones laborales. Los estándares desarrollados por la Corte IDH ofrecen una importante pauta para guiar estas discusiones.

Para estos desarrollos, la Corte IDH realizó una interpretación dialógica entre las normas interamericanas y los Convenios N° 175 y 177 de la OIT, las Recomendaciones N° 184 y 198 de la OIT y las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

## 4. Conclusiones

El déficit de derechos sindicales y laborales sigue siendo una realidad en las Américas. El escenario mostrado por la CIDH y su REDESCA en la solicitud de opinión consultiva ha cambiado poco. Según el Índice Global de Derechos 2021 de la Confederación Sindical Internacional, el continente americano es la región más peligrosa del mundo para los sindicalistas y de los diez peores países para las personas trabajadoras, tres están en América (Brasil, Colombia y Honduras). Además, el 88% de los países han violado el derecho a la huelga, el 72% el derecho a la negociación colectiva, el 72% el derecho a crear y afiliarse a un sindicato y el 88% el derecho a realizar actividades sindicales en el último año.<sup>38</sup>

En este contexto, el desarrollo de normas interamericanas sobre el derecho a la libertad sindical, la negociación colectiva y la huelga y su relación con otros derechos, desde una perspectiva de igualdad de género y de derechos humanos de las mujeres, a partir de la interpretación de diversos tratados regionales de derechos humanos en diálogo con otras normas internacionales, es un instrumento importante en la búsqueda de la realización de estos derechos. Los Estados, los sindicatos y la sociedad civil deben adoptar estos parámetros para mejorar las condiciones de trabajo y de vida en nuestro continente.

Además, recordamos que la Corte IDH, en el ejercicio de su competencia consultiva, a través de la interpretación de diversas normas previstas en los tratados interamericanos de derechos humanos, crea una fuente de control de convencionalidad para los diversos órganos del Estado, incluidos los poderes Judicial y Legislativo. Las normas elaboradas por el Tribunal contribuyen a buscar preventivamente el respeto y la garantía de los derechos humanos y, en el caso concreto de la Opinión Consultiva N° 27, son una guía para promover los derechos sindicales y laborales.<sup>39</sup>

38 Confederación Sindical Internacional, *Índice Global de los Derechos de la CSI 2021*. Recuperado de [https://files.mutualcdn.com/ituc/files/ITUC\\_GlobalRightsIndex\\_2021\\_ES-1-final.pdf](https://files.mutualcdn.com/ituc/files/ITUC_GlobalRightsIndex_2021_ES-1-final.pdf), acceso 31 oct. 2021.

39 Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párr. 31 y *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección* (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25, párr. 58.





# Derechos políticos. Reelección presidencial

**Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28<sup>1</sup>**

*Por Santiago Rodríguez Alí<sup>2</sup> y Agustina N. Vazquez<sup>3</sup>*

## 1. Introducción

El 7 de junio de 2021 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Opinión Consultiva en respuesta a la consulta realizada por la República de Colombia sobre la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Se presentaron tres preguntas claves al tribunal internacional:

1) ¿Es la reelección presidencial indefinida un derecho humano protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

<sup>1</sup> [N. del E.] Por normas de estilo editorial se ha reducido la extensión original del título de la Opinión Consultiva. El título completo es: Corte IDH. *La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana)*. Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28.

<sup>2</sup> Abogado (UBA). Maestrando en Relaciones Internacionales (Università di Bologna).

<sup>3</sup> Abogada (UBA). Especialista en Docencia en Instituciones Universitarias (UFLO) y en Políticas Públicas (UDESA-George Washington University). Magíster en Derecho Internacional y Desarrollo (University of London). Doctoranda en Derecho (UBA). Profesora e investigadora (UBA, UFLO, UADE y UP).

En este sentido, 2) ¿resultan contrarias al artículo 23 de la CADH las regulaciones que limitan o prohíben la reelección presidencial, ya sea por restringir los derechos políticos del gobernante que busca ser reelegido o por restringir los derechos políticos de los votantes?

O, por el contrario, 3) ¿es la limitación o prohibición de la reelección presidencial una restricción de los derechos políticos que resulta acorde a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia? ¿Es la reelección presidencial indefinida compatible con la existencia de la democracia representativa en el sistema interamericano de protección de derechos humanos?

A continuación, comentaremos la Opinión Consultiva más política dictada por la Corte IDH hasta la actualidad, con dos disidencias entre sus magistrados y enmarcada en un especial clima de época en Latinoamérica respecto de la calidad de sus democracias.

## **2. Solicitud de Opinión Consultiva**

El 21 de octubre de 2019 la República de Colombia, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre “la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”.

Las preguntas presentadas por Colombia plantean una lógica lineal: en primer lugar, pretende explorar si las disposiciones legales de los Estados que prohíben o limitan la reelección presidencial y que restringen los derechos del gobernante o de los votantes al no poder elegir a dicho gobernante para una reelección son contrarias al espíritu del artículo 23 de la CADH, o si, por el contrario, estas limitaciones resultan acordes a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Pero también la Opinión solicitada habrá de considerar al respecto el alcance de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Carta Democrática Interamericana y la Declaración de Santiago de Chile.

La solicitud se justifica a partir de las diversas posturas existentes entre los países de la región en relación con la aplicación de la figura de la reelección presidencial, que motivó opiniones diversas de entidades tales como la CIDH y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

## **3. ¿En qué contexto regional se solicitó esta Opinión Consultiva?**

Esta opinión se solicitó en un reciente contexto desafiante para las democracias regionales. La celebración del denominado “Pacto Alemán-Ortega” en 1999 fue el inicio de una serie de reformas constitucionales y legales que posibilitaron que, en el año 2009, el máximo tribunal nicaragüense declarase inaplicable

los artículos de la Constitución Nacional que prohibían la reelección continua de los cargos del Poder Ejecutivo, por lo que se permitió, en consecuencia, la reelección inmediata de Daniel Ortega.

En el año 2015, lo mismo sucedió en Honduras y Juan Orlando Hernández nuevamente fue presidente.

En el año 2017, enmarcándose en la pugna entre la Constitución de Bolivia y el artículo 23 de la CADH, el presidente Evo Morales buscó un cuarto mandato presidencial consecutivo. Morales renunció a la presidencia en 2019, en el marco de fuertes disturbios e injerencia de las fuerzas armadas. Asumió a continuación la presidencia, la senadora Yañez quien llamó a elecciones durante el año 2020. Pese a las complejidades que impuso la pandemia de COVID-19, se celebraron elecciones y el MAS regresó al Palacio Quemado bajo la figura del presidente Arce.

En 2021, el presidente brasileño Jair Bolsonaro dijo que no acataría decisiones del tribunal constitucional de su país por entenderlas inconstitucionales. Esto provocó una inmediata respuesta del tribunal supremo, que indicó que tales declaraciones eran “susceptibles de revisión por parte del Congreso de la República”. Bolsonaro se encuentra habilitado por la Constitución brasileña a la reelección por un período presidencial más. En las últimas horas, el presidente de Brasil se afilió al partido Liberal tras una disputa con la conducción política del Partido Social Liberal que lo llevó al poder en 2018.<sup>4</sup>

#### 4. La Opinión Consultiva

El Tribunal internacional, compuesto por Elizabeth Odio Benito (Costa Rica); Patricio Pazmiño Freire (Ecuador); Eduardo Vio Grossi (Chile); Humberto Antonio Sierra Porto (Colombia); Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México); Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina) y Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), definió la reelección presidencial indefinida como “la permanencia en el cargo de la persona que ejerza la Presidencia de la República por más de dos períodos consecutivos de duración razonable” sin que dicha duración pueda “ser modificada durante la vigencia del mandato”.<sup>5</sup>

El Tribunal, además, aclaró que las consideraciones realizadas en la Opinión Consultiva se circunscriben a la posibilidad de reelección presidencial indefinida en un sistema presidencial.<sup>6</sup>

Asimismo, reiteró que la interdependencia entre democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la CADH forma parte y consideró que los principios de la democracia representativa incluyen, además de la periodicidad de las elecciones y el pluralismo político, las obligaciones de evitar que una persona se perpetúe en el poder, y de garantizar la alternancia en el poder y la separación de poderes.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Véase <https://cnnespanol.cnn.com/2021/11/11/brasil-bolsonaro-partido-liberal-reeleccion-2022-orix/>

<sup>5</sup> Corte IDH. *Opinión Consultiva OC-28/21*, cit., párr. 38.

<sup>6</sup> Ídem nota 4, párr. 39.

<sup>7</sup> Ídem nota 4, párr. 46.

## 5. Democracia, Estado de derecho y derechos humanos

Comienza la Corte IDH por afirmar la relación indisoluble entre los conceptos de derechos y libertades y el sistema de valores y principios que lo inspira.<sup>8</sup>

El análisis de esta sección se realiza en conformidad con los principios de interpretación de tratados que consagra la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su articulado: se recurre no solo a los artículos indagados por Colombia, sino que se incluye una elaborada interpretación del preámbulo de la CADH a efectos de afirmar que “...en cinco de sus artículos se hace alusión expresa a la democracia, asumiéndose que ésta es la forma de gobierno en la cual es posible respetar y garantizar los derechos humanos contenidos en la CADH”.<sup>9</sup>

Integran el análisis de esta sección la Carta de la OEA,<sup>10</sup> las resoluciones del mentado organismo con especial énfasis en la Resolución XXVII de la Décima Conferencia Interamericana de Caracas de 1954,<sup>11</sup> el Protocolo de San Salvador y la Carta Democrática Interamericana.<sup>12</sup>

Respecto de la Carta Democrática, la Corte IDH puntualizó que la considera “una norma de interpretación auténtica de los tratados a que se refiere, pues recoge la interpretación de los propios Estados miembros de la OEA”.<sup>13</sup> La técnica de interpretación utilizada para este instrumento es la misma que para los instrumentos reseñados en el párrafo anterior, la cual repite al considerar la Declaración Americana.

Se concluye en este apartado que existe un derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, que protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas.<sup>14</sup>

Estas condiciones de igualdad estarán referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación. Su consideración enmarcándose en los principios de la democracia representativa será recogida en el siguiente apartado.

## 6. Los principios de la democracia representativa

En segundo lugar, la Corte IDH señaló que la prohibición de la reelección presidencial indefinida puede ser compatible con la CADH siempre que esté establecida en la ley. Al respecto, el Tribunal explicó que la prohibición de la reelección presidencial indefinida busca garantizar la democracia representativa, por lo que es acorde con el tratado y, tomando en cuenta la concentración de poderes que tiene la figura del presidente en un sistema presidencial, la restricción de la posibilidad de reelección

---

8 Ídem nota 4, párr. 43.

9 Ídem nota 4, párr. 48.

10 Ídem nota 4, párr. 50.

11 Ídem nota 4, párr. 51.

12 Ídem nota 4, párrs. 52-54.

13 Ídem nota 4, párr. 53.

14 Ídem nota 4, párr. 64.

indefinida es una medida idónea para asegurar dicha finalidad. Además, aclaró que no encontraba otras medidas igualmente idóneas para asegurar que una persona no se perpetúe en el poder y que de esta forma no resulten afectados la separación de poderes, el régimen plural de partidos y organizaciones políticas, así como la alternancia en el ejercicio del poder.<sup>15</sup>

## 7. La compatibilidad de la prohibición de la reelección presidencial indefinida con la CADH

El derecho que se desprende de la Convención Americana y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de forma expresa es el derecho a votar y ser elegido,<sup>16</sup> no así un derecho autónomo a ser reelecto al cargo de la Presidencia.<sup>17</sup>

Se arriba a esa conclusión luego de considerar distintos análisis comparativos de las Constituciones regionales –notas al pie 104 a 112–, muchos de ellos aportados por los más de 50 *amici curiae* que participaron del proceso deliberativo de la Opinión Consultiva.<sup>18</sup> El estudio del *corpus iure* internacional<sup>19</sup> arroja el mismo resultado negativo.

La compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con las normas de derechos humanos es nula. La Corte IDH resaltó que la falta de limitaciones a la reelección presidencial conlleva el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos que integran la oposición, al no tener una expectativa clara sobre su posibilidad de acceder al ejercicio del poder.<sup>20</sup>

## 8. La compatibilidad de la reelección presidencial indefinida con las obligaciones de derechos humanos

La Corte IDH concluyó que la reelección presidencial indefinida no es un derecho humano autónomo, pues no cuenta con reconocimiento normativo en la CADH ni en la DADH y, de forma general, en el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, en otros tratados internacionales, en la costumbre regional, o en los principios generales de derecho.<sup>21</sup>

A partir de tal afirmación, se derivó un análisis de compatibilidad entre la figura y la CADH,<sup>22</sup> que partió de la siguiente premisa:

15 Ídem nota 4, párr. 67.

16 PIDCP, artículo 25.

17 Ídem nota 4, párr. 96.

18 Entre otros, el *amicus* presentado por las Universidades Católica de Córdoba y de Flores, disponible en: <http://img.uflo.edu.ar/a/web/Amicusentero-sanexo.pdf>

19 Compuesto tanto por una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales como aquellas recogidas en el derecho internacional consuetudinario, y los principios generales del derecho. Ídem nota 4, párr. 60.

20 Ídem nota 4, párr. 134.

21 Ídem nota 4, párr. 92.

22 Ídem nota 4, párr. 104.

los Estados americanos asumieron la obligación de garantizar el ejercicio efectivo de la democracia dentro de sus países, lo cual implica realizar elecciones periódicas auténticas, y tomar las medidas necesarias para garantizar la separación de poderes, el Estado de Derecho, el pluralismo político, la alternancia en el poder y evitar que una misma persona se perpetúe en el poder.<sup>23</sup>

Prosiguió su análisis al considerar los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la CADH. En virtud de ellos, los Estados habrán de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y deben adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio.<sup>24</sup>

De este modo, para la Corte IDH la habilitación de la reelección presidencial indefinida es contraria a los principios de una democracia representativa y, por ende, a las obligaciones establecidas en la CADH y la DADH.<sup>25</sup>

## 9. Los votos disidentes

No debe dejar de señalarse que los magistrados Patricio Pazmiño Freire y Raúl Eugenio Zaffaroni presentaron disidencias.

### 9.1. El voto disidente del juez Patricio Pazmiño Freire

Las principales consideraciones del magistrado se refieren a la fortaleza de argumentos esgrimidos por el cuerpo internacional para aprobar la admisibilidad de la solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia.

Al respecto, el magistrado entiende que la Corte omitió y evitó referirse a una parte sustancial de su propio desarrollo jurisprudencial, por lo cual estimo que en esta fase procesal fue inadecuada su conclusión.

En segundo lugar, el magistrado funda su interpretación respecto de las facultades de la Corte IDH que se habrían excedido al interpretar de manera directa provisiones de la Carta Democrática Interamericana, otorgándole rango de instrumento de derechos humanos.

Entiende que el tribunal internacional no tiene competencia para cambiar el rango del instrumento, que lo ha elevado a algo similar a un tratado vinculante y, como tal, ha ido en contra de la voluntad de los Estados y de sus competencias por ellos brindadas.

---

23 Ídem nota 4, párr. 128.

24 Ídem nota 4, párr. 129.

25 Ídem nota 4, párr. 144.

En tercer lugar, postuló que la reconducción de la segunda pregunta presentada por Colombia introdujo, de oficio, por parte del Tribunal, aspectos no contemplados por la solicitud, menoscabando así el objeto de la solicitud de Opinión Consultiva.

Concluye la argumentación disidente del magistrado Pazmiño Freire su siguiente afirmación:

Estoy plenamente convencido que, en un primer nivel, la respuesta a estas problemáticas recae en consolidar políticas públicas desde una visión derechos humanos. Sin embargo, esa misma convicción no es similar cuando se me plantea que las patologías políticas que vivimos pueden ser resueltas con una simple receta prescrita por órganos internacionales, por una receta que incluya embalsar el río del descontento popular en modelos de democracia que se inhiben y blindan ante cualquier atisbo de cambio o impugnación de sus fundamentos centenarios. Es que este río de demandas sociales no encontrará nunca su encauce en sistemas democráticos inflexibles, importados y modélicos que resisten cualquier llamado al cambio y la reformulación sustantiva de sus fundamentos. El remedio sería mucho peor que la enfermedad.<sup>26</sup>

## 9.2. El voto disidente del juez Raúl Eugenio Zaffaroni

La opinión del magistrado argentino expresa su rechazo a la aceptación de la solicitud de la opinión consultiva.

Entiende sobre el respecto que “incluso si la Corte tuviese competencia para exceder esos límites y señalar pautas detalladas para la proyección interna de la ingeniería institucional de los sistemas democráticos de los Estados [...] estimo que fácticamente sería una empresa sin ningún éxito.”<sup>27</sup>

Su prosa continúa explorando la perspectiva de las “preferencias personales ciudadanas”, para luego concentrarse en “la neutralización de los mecanismos de defensa”.

Es en este apartado que explicita que

[e]l ejercicio de la función judicial y, en especial, la de control de constitucionalidad –en este caso de convencionalidad– exige de la magistratura un considerable esfuerzo para separar las preferencias personales de lo que sanamente se debe deducir a la hora de interpretar técnicamente los textos legales.<sup>28</sup>

A su entender, una de las principales barreras que habrá de enfrentar la Corte IDH se refiere a la dificultad personal de los magistrados de separar sus preferencias personales en un tema absolutamente político.

<sup>26</sup> Ídem nota 4, voto disidente del magistrado Pazmiño Freire, párr. 20.

<sup>27</sup> Ídem nota 4, voto disidente del magistrado Zaffaroni, pág. 56.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

En los siguientes apartados estudia “la procedencia de la opinión consultiva”, la “competencia según el legislador histórico”, la “competencia según la ley internacional” y sobre la interpretación analógica.

Zaffaroni señala que habrá materias “que no admiten la interpretación analógica y ni siquiera extensiva”,<sup>29</sup> siendo la materia electoral una de ellas. Al respecto, entiende que aquí se solicitaba la interpretación sobre la base de un tratado y que la interpretación de estos cuerpos normativos, “no admiten la flexibilidad interpretativa, los jueces no pueden forzar su letra sin afectar la soberanía de los Estados que los ratificaron, limitándola más allá de lo que éstos cedieron”.<sup>30</sup>

Complementa esta postura su análisis sobre “las limitaciones de la ley internacional”, “la internacionalización del derecho constitucional”, “la impotencia fáctica”, “riesgo no es peligro y éste no es lesión”, “la prevención de riesgos no tiene fin”, “la función preventiva de la Corte”, “los peligros actuales de nuestra democracia” y “los peligros para los Derechos Humanos”.

Es en este último apartado que se afirma que:

[t]eniendo en cuenta que en los límites a la internacionalización del derecho constitucional de nuestros Estados, tanto en la Convención Americana como en ningún otro instrumento convencional se menciona la reelección indefinida y que, por ende, su inclusión por vía analógica hace avanzar a la jurisdicción internacional sobre la soberanía de los Pueblos más allá de lo acordado, entiendo que a las anteriores consideraciones debe agregarse una seria preocupación, esta vez acerca de las consecuencias negativas que un avance por esta senda pueda provocar al futuro mismo del derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>31</sup>

En síntesis, es de rescatarse que el voto, crítico tanto de la metodología como del análisis seguido por la Corte IDH, refiere a una fundamentación político-jurídica, entendiendo que ambas dimensiones están entrelazadas en la materia bajo estudio.

## 10. Conclusiones

“No hay democracia sin derechos humanos. No hay derechos humanos sin democracia”. Este conocido *addagio* fue repetido innumerables veces durante las audiencias por quienes presentamos *amicus curiae* ante la Honorable Corte.<sup>32</sup>

Su vigencia es trascendente: no es posible imaginar la vigencia del Estado de derecho sin democracia. La propia historia argentina corrobora la relación simbiótica de ambas dimensiones.

---

29 Ídem nota 26, pág. 66.

30 Ídem nota 26, pág. 67.

31 Ídem nota 26, pág. 86.

32 Véase la grabación de las audiencias en <https://www.corteidh.or.cr/galeria-multimedia.cfm>



La Corte IDH afirmó en consonancia que los Estados partes están obligados a adoptar un sistema político compatible con la CADH y que garantice la democracia representativa. La permanencia en funciones de una misma persona en el cargo de la Presidencia de forma ilimitada propicia tendencias hegemónicas que resultan en el menoscabo de los derechos políticos de los grupos minoritarios.

Teniendo en cuenta el poder que concentra la figura de un/a presidente/a en un sistema presidencialista, es importante resaltar la convivencia entre distintos partidos del arco político para una mejor vida democrática. Si no se verifica alternancia, estaremos observando el debilitamiento de los partidos y movimientos políticos. La vida democrática requiere de una expectativa real, y no simbólica, de acceder al ejercicio del poder.



# Aborto. Objeción de conciencia

TEDH. *Ellinor Grimmark against Sweden*,  
11 de febrero de 2020 y *Linda Steen  
against Sweden*, 11 de febrero de 2020

Por María José Lubertino<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En las decisiones *Steen c. Suecia* y *Grimmark c. Suecia*<sup>2</sup> que aquí comento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos que Suecia prohíba la objeción de conciencia frente al aborto en dos casos similares de enfermeras que se capacitaron para obstetras, pero que se oponían en su práctica a realizar abortos o a participar en ella y no querían cuidar de mujeres que deseaban un aborto.

La objeción de conciencia es un instrumento jurídico que permite el incumplimiento de un deber legal con base en profundas convicciones contrarias al mandato jurídico.<sup>3</sup> Es decir, se trata de una eximición de responsabilidad frente a la inobservancia de un deber jurídico. Originariamente se presentaban casos de objeción de conciencia en relación con el servicio militar obligatorio o la realización de ritos –religiosos o civiles– en diferentes situaciones que no representan riesgo para los derechos

1 Doctora en Derecho (UBA). Profesora Titular de Principios de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Profesora Adjunta de Derechos Humanos y Garantías (UBA). Presidenta de la Asociación Ciudadana por los Derechos Humanos. Cofundadora de la Campaña por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito.

2 TEDH. *Linda Steen against Sweden*, Application no. 62309/17, Decision, Third Section, 11 de febrero de 2020 y *Ellinor Grimmark against Sweden*, Application no. 43726/17, Decision, Third Section, 11 de febrero de 2020.

3 Dickens, B. (2009). Legal protection and limits of conscientious objection: when conscientious objection is unethical. *Medicine and Law* 28, 337-47.

ajenos. Más recientemente se ha visto de manera creciente su alegación en el ámbito de la salud y particularmente su utilización por sectores antiderechos para bloquear los derechos sexuales y reproductivos.

El origen de la objeción de conciencia en esta materia se sitúa en el fallo *Roe Vs. Wade*<sup>4</sup> que dio como resultado la Enmienda Church de 1973 en Estados Unidos, que estableció que no se puede obligar a ningún profesional de la salud a realizar o participar en la prestación del aborto (o de esterilización) si esto contradice “sus [sic] creencias religiosas o convicciones morales”, y prohíbe la discriminación de los profesionales que se nieguen a hacerlo, aduciendo convicciones morales. Pero esto se presenta como una continua y falsa dicotomía,<sup>5</sup> pues quiere hacerse aparecer que quienes practican abortos seguros, con fundamento en la salud de las mujeres a las cuales están atendiendo, no tuvieran convicciones, no tuvieran moral o carecieran de valores. Y es todo lo contrario.

## 2. Los hechos de los casos

Se trata de dos enfermeras que piden capacitarse como matronas u obstétricas, pero que se ven imposibilitadas para ejercer su nueva profesión porque en Suecia los hospitales, para contratarlas, les exigen que estén dispuestas a practicar abortos.

Linda Steen fue contratada como enfermera por la Diputación Provincial de Södermanland en 2006. Desde septiembre de 2012 trabajó en el centro de salud de Malmköping. En 2013 solicitó licencia para capacitarse como matrona. En 2014 ella y el Condado firmaron un contrato según el cual recibiría un salario mensual a cambio de la obligación de trabajar a tiempo completo como obstétrica durante dos años en la clínica de mujeres de Nyköping tras la finalización de sus estudios. Según el contrato, si el empleo finalizaba por iniciativa de ella dentro del período de dos años, estaría obligada a reembolsar el salario. La demandante comenzó los estudios y en 2015 se puso en contacto con la sección de partos de la clínica de mujeres de Nyköping e informó al empleador que no quería ayudar a realizar abortos. Se le dijo que no podía empezar a trabajar en la clínica a menos que aceptara realizarlos. Se le pidió que lo reconsiderara y, si no cambiaba de opinión, el Departamento de Recursos Humanos del Condado vería qué hacer con el contrato. Ella se puso entonces en contacto con la clínica para mujeres del Hospital Mälar de Eskilstuna y se le dio una entrevista en abril de 2015. Cuando el Departamento de Recursos Humanos del Condado se enteró, la entrevista fue cancelada, ya que el Condado tiene una política común de no emplear comadronas que no realicen abortos. En mayo de 2015, se la devolvió, contra de su voluntad, a su anterior puesto de trabajo como enfermera en el centro de salud de Malmköping. Sus estudios concluyeron en junio de 2015 y recibió su certificado de obstetra en julio de 2015. El 16 de agosto de 2015, el Condado y la demandante resolvieron la cuestión salarial.

4 Harris, L. (2012) Reconocer las motivaciones de conciencia en la prestación del aborto. *The New England Journal of Medicine*, 367, 981-983.

5 Op. cit., ibídem.

En septiembre de 2015, la demandante llevó el asunto a un tribunal, solicitando una indemnización alegando violación a los artículos 9 y 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En 2016, el Tribunal de Distrito de Nyköping (Tingsrätten) desestimó la acción al considerar que el contrato firmado en 2014 no constituía un contrato de trabajo, sino que solo obligaba al Condado a pagar a la demandante un salario de estudiante y que el Condado exigía que todas las obstétricas fueran capaces de realizar todas las funciones inherentes a ese puesto, incluidos los abortos. Remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal, especialmente al caso *Eweida contra el Reino Unido*,<sup>6</sup> el Tribunal de Distrito sostuvo que la fe religiosa y la conciencia de la demandante estaban protegidas por el artículo 9 del Convenio y que, por tanto, se había producido una injerencia en virtud de dicho artículo, pero que sin embargo, según la legislación sueca, los empleadorxs tenían derecho a exigir que un empleadxs realizara todas las tareas que naturalmente entraban en el ámbito del trabajo en cuestión y que esto era razonable. La exigencia de participar en los abortos “prescrita por la ley” perseguía el objetivo legítimo de proteger la salud, ya que garantizaba un acceso efectivo al aborto en Suecia. El tribunal observó que la demandante sabía, al buscar empleo, que las funciones inherentes al puesto vacante conllevaban la prestación del servicio de interrupción del embarazo. Cuando se le denegó el puesto de obstetra, pudo seguir manteniendo su puesto de enfermera. También se le ofreció la posibilidad de trabajar en la sección infantil, donde podría utilizar sus competencias recién adquiridas. El tribunal concluyó que las acciones del Condado habían sido proporcionadas al interés protegido de la demandante, que la injerencia en la libertad de religión había sido necesaria en una sociedad democrática y, en consecuencia, que no violaba el artículo 9 del Convenio. En cuanto al artículo 10 del Convenio, el Tribunal de Distrito señaló que a la demandante se le había denegado el empleo únicamente por su negativa a practicar abortos. No fueron sus opiniones como tales las que condujeron a la denegación de empleo, sino únicamente su negativa a practicar abortos. Por lo tanto, no hubo violación a sus derechos humanos.

En el otro caso, Ellinor Grimmark fue contratada como enfermera por la Diputación Provincial de Jönköping en 2010. En 2012 pasó a ser contratada de forma permanente como enfermera en la clínica de rehabilitación geriátrica del Hospital de Högländ. Allí se le concedió una licencia de tres meses para formarse como matrona. El Condado acordó pagarle un salario de estudiante al mes durante esos estudios. Durante sus estudios, en 2013, la demandante iba a aceptar un trabajo de verano en la Clínica de la Mujer de Högländ. Antes de empezar, informó a su empleador que no podría asistir a la práctica de abortos debido a su fe religiosa y su conciencia. Unos días más tarde se le dijo que no era bienvenida a trabajar durante el verano o en cualquier fecha posterior. En agosto de 2013 fue informada por el Condado de que se le retiraría el sueldo de estudiante para el último semestre de estudios. En julio de 2013 la demandante buscó empleo en la Clínica de la Mujer Ryhov, indicando que era muy flexible

6 TEDH. *Eweida y otros c. Reino Unido*, No. de Application 48420/10 del 15 enero 2013. Allí el Tribunal estimó que en el mundo laboral la libertad de conciencia del trabajador/a no solo le da derecho a abandonar un trabajo contrario a su conciencia y buscar otro, sino que también esa libertad de conciencia exigiría un cierto esfuerzo (del empleador) por adaptar la situación a las necesidades religiosas y de conciencia del trabajador/a. Así en el caso se reconoce el derecho de una trabajadora de British Airways a portar un pequeño crucifijo al cuello sobre el uniforme de la compañía aérea, inicialmente contraria a este símbolo religioso por entenderlo contrario a las reglas de uniformidad.

con los horarios de trabajo, pero que no realizaría abortos, ya que era contrario a su fe religiosa y conciencia. Según la actora, entre julio y agosto de 2013 se le dijo que un trabajo de verano en la clínica no sería un problema. Esto se confirmó de nuevo en otoño de 2013, cuando estaba en su segundo periodo de formación en la sección de obstetricia de la clínica. Sin embargo, en diciembre de 2013, la demandante recibió un correo electrónico de la clínica en el que le decían que no se podía hacer ninguna exención de abortos, ni siquiera para los meses de verano, ya que era ampliamente conocido que había escasez de matronas. La demandante solicitó entonces un puesto de trabajo en la clínica de mujeres del Hospital de Värnamo, diciéndoles que no estaba capacitada para realizar abortos pero que no tenía ningún problema en atender a las mujeres que querían abortar. Afirma que comunicó a su actual empleador que, si no se respetaba su objeción, renunciaría al puesto de enfermera. Entretanto, la actora presentó denuncia por discriminación en virtud del trato recibido en el Hospital de Högland y en la Clínica de la Mujer de Ryhov ante el Defensor del Pueblo contra la Discriminación. Los medios de comunicación se enteraron de su caso y la entrevistaron. Después de eso, en enero de 2014, los responsables de contratación del Hospital de Värnamo se pusieron en contacto con ella y le comunicaron que su empleo en el hospital ya no sería posible. Se le ofreció asesoramiento para que aceptara cambiar de opinión. En marzo de 2014 la demandante recibió su título de obstetra.

En abril de 2014, el Defensor del Pueblo contra la Discriminación consideró que no había discriminación en el caso y lo cerró. Señaló que formaba parte de la función profesional de una comadrona participar en abortos. Tanto el Ombudsman como los tribunales que juzgaron posteriores recursos rechazan sus alegaciones con similares argumentos al caso *Steen*, entendiendo que la injerencia en la libertad de culto de la demandante también era proporcionada y, por tanto, no hubo violación del artículo 9 del Convenio.

En mayo de 2014, la demandante llevó el asunto a la justicia, solicitando una indemnización sobre la base del CEDH.

### 3. Derechos en juego<sup>7</sup>

Una lamentable cuestión recurrente en los tiempos que corren en muchos países donde se permite el aborto es la objeción de conciencia del personal sanitario a la práctica del mismo, que frecuentemente se utiliza para entorpecer dicho derecho. Lo mismo sucede en algunos países respecto a la anticoncepción quirúrgica, a determinados procedimientos de reproducción asistida, a la anticoncepción de emergencia, a la venta de la píldora del día después por los/as farmacéuticos/as y a la eutanasia, en los países donde es legal.

Las posiciones religiosas, morales o ideológicas del personal sanitario no pueden impedir que se realice una interrupción voluntaria del embarazo (IVE) a la persona gestante que lo solicite, cuando ese dere-

<sup>7</sup> Ver también: Ochoa Ruiz, N. *El Tribunal de Estrasburgo no admite la objeción de conciencia frente al aborto*. 6 de mayo de 2020.

cho está reconocido. Sin embargo, y aunque la objeción de conciencia no es un derecho fundamental expresamente reconocido en los tratados de derechos humanos, hay quienes creen que hay razones para permitir oponerse a prácticas que colisionen con sus creencias y convicciones más íntimas.

En España el Tribunal Constitucional consideró la “objeción” al aborto como parte del contenido esencial de derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto.<sup>8</sup> El artículo 19.2 de la vigente Ley Orgánica 2/2010 de España de salud sexual y reproductiva y de interrupción voluntaria del embarazo, reconoce expresamente la objeción de conciencia a la IVE. Esto ha traído enormes problemas en la aplicación de estas leyes y en la concreción de su eficacia.

Pero verdaderamente si hay conflicto de derechos, ¿cuál debe prevalecer? ¿Es razonable y proporcionado aceptar las “objeciones” de conciencia en prácticas donde está en riesgo la vida o la salud? ¿No es ello discriminatorio para las mujeres a la luz de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres y considerando el compromiso de modificar los patrones socioculturales de conducta, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias que las perjudiquen?

#### 4. La “objeción de conciencia” frente al aborto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El TEDH ya había restringido la objeción de conciencia frente a la anticoncepción de emergencia en 2001. Así, en el asunto *Pichon y Sajous c. Francia*, dos farmacéuticos habían sido sancionados por negarse a vender productos anticonceptivos y abortivos. Invocaron el artículo 9 ante el Tribunal de Estrasburgo, que declaró la demanda inadmisibile, argumentando que dicha disposición protege únicamente el ámbito de las convicciones personales y las creencias personales que constituyen el “fuero interno” o la “conciencia individual”, así como los actos íntimamente ligados a estos comportamientos, como los actos de culto o de devoción que constituyan aspectos de la práctica de una religión o de una convicción en una forma generalmente aceptada.<sup>9</sup>

Ante el conflicto entre derecho al aborto y la pretendida “objeción de conciencia” en los casos *Steen y Grimmark c. Suecia* el TEDH arriba al mismo razonamiento. En Suecia el aborto es legal hasta las 18 semanas de gestación y la objeción de conciencia está prohibida por la ley. El Tribunal declaró la inadmisibilidad de las demandas por falta de fundamento, al entender que no se vulnera ningún derecho protegido en el CEDH.

En relación al artículo 9 CEDH que reconoce el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, el Tribunal a pesar de que no hay un expreso derecho a la objeción de conciencia entiende que forma parte del contenido del mismo. El propio Tribunal admite que la negativa de las actoras a

<sup>8</sup> Tribunal Constitucional Español: Sentencia 53/1985, 11 de abril de 1985. Considerando No. 14.

<sup>9</sup> TEDH. *Case Pichon and Sajous v. France*, No. de Application. 49853/99, Decisión (inadmisibilidad), 2 de octubre de 2001.

participar en abortos por sus creencias religiosas y su conciencia estaba protegida por el artículo 9. Sin embargo, el párrafo 2 de esta norma permite que la libertad de manifestar su religión o sus convicciones puedan ser objeto de restricciones previstas por la ley y que constituyan “medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. En este caso, la restricción está prevista en la ley sueca y persigue el objetivo legítimo de proteger la salud de las personas con capacidad de gestar que quieren abortar. Consideran que la medida es también necesaria y proporcionada en una sociedad democrática, ya que Suecia ha optado por impedir la objeción de conciencia para garantizar que el aborto sea posible en todo el territorio. Así, el TEDH hace prevalecer la potestad del Estado de organizar su sistema sanitario y de proveer servicios de salud por encima del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia de los/as profesionales de la salud. Las actoras han elegido voluntariamente ser comadronas y optar a puestos de trabajo sabiendo que ello implica participar en abortos –es el razonamiento del Tribunal–. Por lo tanto, una persona no puede trabajar como obstétrica en Suecia si no está dispuesta a participar en abortos. Esta doctrina se puede extender, como es obvio, a los/as médicos/cas.

Así, para los tres jueces firmantes,

como Suecia proporciona acceso al aborto en todo el país, tiene la obligación de organizar su sistema sanitario de tal manera que se garantice que el ejercicio efectivo de la libertad de conciencia por parte de los profesionales de la salud en ese contexto profesional no impida la prestación de esos servicios.<sup>10</sup>

Subrayan: “el requisito de que todas las comadronas sean capaces de cumplir con todos los deberes inherentes al puesto de trabajo no era ni desproporcionado ni injustificado”.<sup>11</sup>

Las actoras alegaron que se había producido una injerencia en su *libertad de expresión* ya que, debido a su opinión sobre el aborto, no eran empleadas. Pero tanto los tribunales intervinientes como el TEDH establecieron que la razón para no emplear a las demandantes no era su opinión como tal, sino únicamente su negativa a realizar todas las tareas inherentes a los puestos vacantes, incluidos los abortos. Así el TEDH considera que no se ha producido una injerencia en la libertad de expresión de la demandante en virtud del artículo 10 del Convenio.

*Al celebrar un contrato de trabajo, lxs empleadxs aceptan expresamente las obligaciones propias de su función. En el presente caso, las actoras optaron voluntariamente por convertirse en matronas y solicitar puestos vacantes sabiendo que ello significaría asistir también en casos de aborto. Además, como consecuencia de las denegaciones, ellas no quedaron desempleadas, sino que podían seguir trabajando como enferme-*

<sup>10</sup> TEDH. *Case Linda Steen against Sweden*, No. Application. 62309/17, Decision, Third Section, 11 de febrero de 2020. párr. 21. L. y *Case Ellinor Grimmark against Sweden*, No. Application. 43726/17, Decision, Third Section, 11 de febrero de 2020. párr. 26.

<sup>11</sup> *Ibídem*.



ras. Por otra parte, los Tribunales actuantes sopesaron cuidadosamente los diferentes derechos entre sí y formularon conclusiones detalladas que se basaban en un *razonamiento suficiente y pertinente*. De este modo, se logró un *equilibrio adecuado entre los diferentes intereses en conflicto*. En consecuencia, el TEDH considera que estas quejas son manifiestamente infundadas y deben ser rechazadas.

El elemento menos desarrollado en las demandas en estos casos es la discriminación, y más en concreto la discriminación indirecta, por razón de la religión y creencias; es decir, el artículo 14 del Convenio Europeo en relación con el artículo 9.

En el caso *Steen*, el Tribunal observa que la actora no presentó ninguna queja en virtud del artículo 14 del Convenio ante los tribunales nacionales y, por lo tanto, no había agotado los recursos internos. En el caso *Grimmark* se concentra en analizar que es evidente que no hay discriminación directa ya que la situación de la actora no es comparable a la de otras parteras que sí se prestaban a realizar abortos,<sup>12</sup> aceptando el razonamiento de los tribunales suecos cuando recalcan que las demandantes habían sido tratadas como cualquier otra partera que hubiera rechazado realizar una parte de su trabajo por motivos distintos de los religiosos.<sup>13</sup>

Sin embargo, ni se desarrolla en los argumentos de las demandas, ni el Tribunal examina la cuestión de la discriminación indirecta, a la cual se aplica también el principio de igualdad reflejado en el artículo 14 de la Convención Europea. Es decir, aquella discriminación que tiene lugar, según especifica la Directiva 2000/78/CE, cuando

una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción [...] determinadas, respecto de otras personas, salvo que [...] pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esa finalidad sean adecuados y necesarios.<sup>14</sup>

Hubiera sido importante analizar la diferencia de trato que se produce cuando pautas de organización del trabajo, que son en principio neutras, perjudican de hecho a personas que tienen determinadas creencias, cuando esa diferencia de trato no puede considerarse legítima o necesaria. Sin dudas la necesidad de garantizar la prestación de la atención sanitaria de los abortos a todas las personas con capacidad de gestar justifica la restricción a la objeción de conciencia, pero hubiera sido interesante un desarrollo más amplio y exhaustivo de por qué es necesaria y proporcionada en una sociedad democrática sin que esto implique discriminación indirecta.

12 Ídem nota No. 2, *Case Grimmark*, párr. 44. En el *Case Steen*, esta parte de las alegaciones de la demandante se desestimó por no haber agotado los recursos internos disponibles (cfr. párr. 36).

13 Cfr. Ídem nota No. 2, párr. 14. (*Case Grimmark*).

14 CE. Directiva 2000/78/CE ART. 2.B) del 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

## 5. Libertad religiosa, Estado laico y objeción de conciencia en el Sistema Interamericano

En el caso *Sahli Vera vs. Chile*,<sup>15</sup> la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analizó la situación de tres jóvenes, quienes presentaron solicitudes individuales ante la oficina de partes del Departamento de Reclutamiento de la Dirección General de Movilización del Estado de Chile, en las cuales expresaban su objeción de conciencia al servicio militar obligatorio. Aún en un caso como este, la CIDH concluyó que Chile no era responsable ni de la violación del derecho a la libertad de conciencia (artículo 12), ni de la violación al derecho a la honra y la dignidad (artículo 11) CADH. Como puede colegirse de la decisión, en esta materia el SIDH se inclina por aceptar un cierto tipo de margen nacional de apreciación a favor de los Estados, en relación con la posibilidad de reconocer y regular la objeción de conciencia en el servicio militar.

En materia de salud, la Corte Interamericana abordó el tema tangencialmente en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, al analizar si Costa Rica, con la prohibición total de la fertilización in vitro por considerarla violatoria del derecho a la vida desde la concepción, vulneraba el derecho a la integridad de las parejas peticionarias que deseaban tener hijos biológicos. La Corte IDH afirmó que los “Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal”<sup>16</sup> y que “la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva”.<sup>17</sup> Este precedente es aplicable a los límites para “objeción de conciencia” en el ámbito de la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva. Se establece una obligación para los Estados de regular la prestación del servicio de salud en casos en que la vida y la integridad personal se encuentren en peligro.

La CIDH emitió un informe sobre Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos.<sup>18</sup> En este documento, reconoció que los profesionales de la salud tienen derecho a que se respete su libertad de conciencia. No obstante, sostuvo:

95. La objeción de conciencia es un tema muy relevante cuando se aborda el acceso a información en materia de salud reproductiva. Muchos profesionales de la salud tienen sus propias convicciones respecto de la utilización de métodos de planificación familiar, de la anticoncepción oral de emergencia, de la esterilización, y del aborto legal, y prefieren no proveer los servicios. [...] el derecho a la objeción de conciencia del profesional de la salud es una libertad. Sin embargo dicha libertad podría colisionar con la libertad de los pacientes. En consecuencia, el equilibrio entre los derechos de los profesionales de la salud y los derechos de los pacientes se mantiene a través de la referencia. Es decir, un profesional de la

15 CIDH. *Caso 12.219, Sahli Vera vs. Chile*, Informe No. 43/05, 10 de marzo de 2005.

16 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte IDH (ser. C) No. 257, párr. 148 (nov. 28, 2012).

17 *Ibíd.*, párr. 147.

18 CIDH. *Informe Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*, 22 de noviembre de 2010.

salud puede negarse a atender a un paciente, pero lo debe transferir sin objeción a otro profesional de la salud que puede proveer lo solicitado por el paciente [...].

99. En este sentido, la CIDH considera que los Estados deben garantizar que las mujeres no se vean impedidas de acceder a información y a servicios de salud reproductiva, y que frente a situaciones de objetores de conciencia en el ámbito de la salud, deben establecer procedimientos de referencia, así como de las sanciones respectivas frente al incumplimiento de su obligación.

Sería importante que la CIDH aborde de manera permanente y transversal en su agenda la afectación de los derechos sexuales y reproductivos y los derechos de las personas LGBTI en contextos donde las políticas públicas responden a lineamientos de grupos neoconservadores y fundamentalistas y que la CIDH en conjunto con la Relatoría de Libertad de Expresión y las Relatorías Temáticas de Mujeres y Personas LGBTI desarrolle estándares sobre los límites de la libertad religiosa cuando se producen afectaciones al principio de igualdad y no discriminación. Y que establezca lineamientos sobre la necesidad de que los/as funcionarios/as públicos/as estén formados en derechos humanos, el deber del Estado de garantizar su protección y trabajar en contra de la estigmatización y la discriminación.

## **6. La objeción de conciencia frente al derecho al aborto en la Argentina**

La objeción de conciencia es un derecho personalísimo que, si bien no está reconocido expresamente en la Constitución Nacional, tiene fundamento en su artículo 14 que consagra la libertad de conciencia y de culto y en el artículo 19 sobre el derecho a la autonomía. Implica que nadie obligue a otra persona a actuar en contra de sus convicciones personales más profundas. Se trata de un derecho que, como todos los derechos, está alcanzado por limitaciones, en especial si su ejercicio perjudica a otras personas. De esto se derivan importantes restricciones para esta excepción al cumplimiento de un deber jurídico, como serán, por un lado, el interés general, el bien común o el bien público, y por otro, que no se lesionen los bienes y/o derechos de otras personas. Las limitaciones no solo son exigidas por razones jurídicas sino también por razones éticas, puesto que no sería ético preferir un mal mayor para otra persona (como la muerte o el riesgo para la salud) o para la ciudadanía en general (negación de derechos a las mujeres como colectivo) al cumplimiento de un deber legal propio (por ejemplo, el de los/as profesionales de salud en el caso del aborto).

Como producto de la visibilidad y la recurrencia de casos de obstrucción de los abortos legales, los organismos internacionales a cargo de la interpretación y control del cumplimiento de las obligaciones contraídas por nuestro Estado en virtud de los tratados sobre derechos humanos que actualmente ostentan jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), han expresado su preocupación por las prácticas

sistemáticas que determinan la inaccesibilidad del aborto en los casos permitidos por la ley, y por las altas cifras de mortalidad vinculadas con abortos clandestinos.<sup>19</sup>

Luego de aquellas advertencias, el Comité de Derechos Humanos condenó a Argentina en el caso “LMR”,<sup>20</sup> debido a que se judicializó la solicitud de una joven con discapacidad mental que había resultado embarazada como producto de la violencia sexual sufrida en el ámbito intrafamiliar. En ese caso, la joven y su madre debieron pasar por tres instancias judiciales para acceder a una decisión favorable, aunque tardía, de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires. Pero, más allá de la orden judicial, el aborto no se realizó porque los médicos se negaron. Finalmente, el embarazo se interrumpió, pero de manera privada, algunas semanas después de que fuera expresamente autorizado, y solo merced al esfuerzo de la madre de LMR y de quienes la asistían para encontrar algún profesional de la salud que la atendiera. Sobre la base de estos hechos, el Comité de DDHH determinó que se había infligido a LMR tratos crueles, inhumanos y degradantes, y que se había violado su derecho a la intimidad y a la tutela judicial efectiva. Es en ese contexto que la CSJN clarifica las razonables restricciones a la “objeción de conciencia”.

En ese contexto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que su ejercicio no puede implicar que las personas con derecho a interrumpir un embarazo se vean impedidas de hacerlo. Así lo señaló en el caso “F,A.L.”<sup>21</sup> para lo que entonces eran los abortos legales estableciendo ciertas limitaciones al ejercicio de este derecho: que no se entorpezca el servicio, que sea invocado de forma previa y que esto permita al establecimiento prever la suplencia en caso de ser necesario. Así, jamás la objeción de conciencia puede imponerse frente al derecho a la salud, a la vida, a la autonomía de las personas que solicitan acceder a la práctica, ya que implicaría un abuso del monopolio del arte de curar para socavar los derechos de las mujeres, lesbianas, varones trans y personas no binarias.<sup>22</sup> El dramático caso de Ana María Acevedo y su muerte muestran las consecuencias de estas prácticas abusivas.<sup>23</sup>

19 Ver, por ejemplo, las *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos*, en las que expresó su preocupación en los siguientes términos: “El Estado Parte debe modificar su legislación de forma que la misma ayude efectivamente a las mujeres a evitar embarazos no deseados y que éstas no tengan que recurrir a abortos clandestinos que podrían poner en peligro sus vidas. El Estado debe igualmente adoptar medidas para la capacitación de jueces y personal de salud sobre el alcance del art. 86 del Cód. Penal”, CCPR/C/ARG/CO/4, 22/03/2010, párr. 13. Por su parte, el Comité de Derechos del Niño también expresó su preocupación en sus Observaciones Finales: “El Comité expresa preocupación por la tasa constantemente elevada de mortalidad materna y neonatal, en particular en ciertas provincias [...] El Comité expresa además preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el art. 86 del Cód. Penal. [...] El Comité recomienda al Estado parte que: [...] d) Adopte medidas urgentes para reducir la mortalidad materna relacionadas con el aborto, en particular velando por que la profesión médica conozca y practique el aborto no punible, especialmente en el caso de las niñas y mujeres víctimas de violación, sin intervención de los tribunales y a petición de ellas”, CRC/C/ARG/CO/3-4, del 21/06/2010, párrs. 58 y 59.

20 Comité de DDHH, CCPR/C/101/D/1608/2007, Comunicación No. 1608/2007, 28/04/2011.

21 CSJN. “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”. Sentencia del 13 de marzo de 2012.

22 CELS. *Sobre la objeción de conciencia en el proyecto de regulación del acceso al aborto*. 25 de noviembre 2020.

23 “Requerimiento de Instrucción Fiscal No. 1 referido a la muerte de Ana María Acevedo”. Ver texto en el observatorio de sentencias judiciales de ELA (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género): [www.ela.org.ar](http://www.ela.org.ar) OSJ Fallo: 566. Diario Uno Santa Fe, 18 de marzo de 2016. “El pedido de disculpas post mortem a Ana María Acevedo, en un concurso”.

La Ley N° 27610 aborda la objeción de conciencia y la regula en sus artículos 10 y 11 aceptando solo la objeción de conciencia individual. No existe objeción de conciencia institucional. Este criterio ya estaba en la última actualización del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo, del 2019. Solo tiene derecho a objetar la o el profesional que tenga participación directa en la práctica.<sup>24</sup> Quienes realizan actividades complementarias, antes, durante o después, no pueden objetar sus tareas. La decisión de ser objetor/a tiene que ser sostenida en todos los ámbitos donde ejerza su profesión. Ser objetor/a no significa ser obstructor/a: deberá derivar a otro profesional no objetor/a de manera oportuna y sin demoras; debe adoptar todas las medidas para que la persona acceda a su derecho; debe cumplir con el resto de sus deberes profesionales. No puede negarse a la práctica ante una emergencia que implique peligro para la vida o la salud de la gestante. No pueden negar atención en casos de posaborto. El incumplimiento de esto dará lugar a sanciones disciplinarias, administrativas, penales y civiles, según corresponda.

La regulación de la nueva ley es menos estricta que la del Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo –que sigue vigente– y las leyes de Derechos del Paciente y de Ejercicio de la Medicina, que habilitan a que el o la profesional se exima solo después de que otro profesional o servicio se haya hecho cargo de asegurar la práctica. Obviamente, estas normas deben tenerse en cuenta para la correcta interpretación de la nueva ley.

De acuerdo a los términos precisos de fallo “*F.,A.L.*” la objeción de conciencia no debe traducirse “en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio”.<sup>25</sup> Por ello debe asegurarse la mayor premura para eventuales derivaciones. El plazo de 10 días establecido para garantizar la práctica es el plazo máximo para acceder al derecho, por lo que será central que se den mayores definiciones en una eventual reglamentación de la ley.

## 7. Conclusiones: la denegación de las prácticas de salud sexual y reproductiva no es conciencia

La objeción de conciencia es un derecho que suele ser esgrimido por quienes se oponen a la práctica del aborto, con fundamento en sus propias convicciones morales o religiosas. Este fenómeno viola el principio ético de “no causar daño” y tiene graves consecuencias para las mujeres, especialmente para aquellas que ya están en situación de vulnerabilidad y marginación. Una mujer o persona con capaci-

24 En concordancia con la solución que brinda el segundo párrafo del art. 6 de la Ley No. 26130 en materia de anticoncepción quirúrgica: “La existencia de objetores de conciencia no exime de responsabilidad, respecto de la realización de las prácticas requeridas, a las autoridades del establecimiento asistencial que corresponda, quienes están obligados a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata”.

25 Considerando 29. “Por otra parte, deberá disponerse un adecuado sistema que permita al personal sanitario ejercer su derecho de objeción de conciencia sin que ello se traduzca en derivaciones o demoras que comprometan la atención de la requirente del servicio. A tales efectos, deberá exigirse que la objeción sea manifestada en el momento de la implementación del protocolo o al inicio de las actividades en el establecimiento de salud correspondiente, de forma tal que toda institución que atienda a las situaciones aquí examinadas cuente con recursos humanos suficientes para garantizar, en forma permanente, el ejercicio de los derechos que la ley le confiere a las víctimas de violencia sexual” CSJN in re “*F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva*”, 13 de Marzo de 2012.

dad de gestar a la que se niega un aborto puede no tener más opción que continuar con un embarazo no deseado. Podría recurrir a un aborto clandestino e inseguro, con la probabilidad de enfrentar severas consecuencias para su salud e incluso riesgo de muerte o puede sentirse forzada a buscar otro prestador más costoso en tiempo y dinero. Todos estos escenarios conducen a problemas de salud, angustia mental y dificultades económicas y configuran flagrantes situaciones de discriminación de género y por condiciones socioeconómicas.

Aun en los casos en que está previsto, solo se podría aplicar respecto de las personas físicas, pues se entiende que son estas las únicas que tienen convicciones. No obstante, suele ser invocado por instituciones o empresas tales como clínicas privadas.

Los estándares internacionales de derechos humanos actuales no exigen que los Estados garanticen el derecho a la “objeción de conciencia” para los prestadores de la salud. Por el contrario, los órganos que supervisan los tratados de derechos humanos solicitan poner límites al ejercicio de esta reivindicación de conciencia, en los casos en que los Estados la permiten, con la finalidad de asegurar que los prestadores no obstaculizan el acceso a estos servicios, infringiendo así los derechos de lxs usuarixs. Reclaman a los Estados que no hay suficiente limitación de la “objeción de conciencia” y piden que tomen acciones directas para garantizar que lxs usuarixs tengan acceso a los servicios.

Estudiar y ejercer profesiones de la salud es voluntario y hay una gama de opciones, a diferencia del reclutamiento para el servicio militar obligatorio. Así, si un testigx de Jehová estudia medicina probablemente no se dedique a la hematología, pero si lo hace no podrá negarse a hacer transfusiones.

Actualmente, más de 70 jurisdicciones<sup>26</sup> tienen estipulaciones que permiten la llamada “objeción de conciencia” en el sistema de salud, de acuerdo a un análisis de datos preliminares obtenido de la base de datos de políticas globales sobre aborto de la Organización Mundial de la Salud (OMS).<sup>27</sup> Muchas leyes nacionales estipulan que todos los proveedores deberán realizar el aborto en caso de emergencia o si no hay nadie más disponible para ello. No obstante, hay evidencia clara que muestra que, incluso donde existen estas indicaciones, la aplicabilidad es extremadamente difícil y costosa. A pesar del desafío que supone regular las reivindicaciones de conciencia, los gobiernos siempre deben velar por asegurar que todas las personas con capacidad de gestar tengan la posibilidad de acceder a un servicio integral y asequible.

En el marco internacional de derechos humanos no es posible limitar el derecho a la libertad de conciencia. No obstante, su manifestación sí puede ser limitada. Estos límites a la libertad de manifestar la propia religión y conciencia –máxime en un Estado laico– están marcados por el efecto negativo que esta pueda tener en la protección de la salud y los derechos y libertades de las demás personas, entre

26 Como ámbito geográfico donde los organismos estatales de gobierno ejercen sus funciones judiciales o administrativas o espacios territoriales donde el Estado ejerce su soberanía.

27 Citado en International Women’s Health Coalition (2018). No es Conciencia: cuando los proveedores niegan la atención del aborto. Recuperado de [https://iwhc.org/wp-content/uploads/2018/08/IWHC\\_CO\\_Report\\_2018813\\_ESP.pdf](https://iwhc.org/wp-content/uploads/2018/08/IWHC_CO_Report_2018813_ESP.pdf)

otros.<sup>28</sup> Así, por ejemplo, cuando en respeto a la laicidad del Estado se prohíbe a un/a juez/a, un/a maestro/a, funcionario/a o un/a comisario/colgar un símbolo religioso en un juzgado, aula u oficina pública.

En sus más de sesenta años de existencia, el Tribunal de Estrasburgo ha realizado una importante tarea de protección de los derechos humanos. Para ello, ha adoptado una interpretación evolutiva y dinámica del Convenio de Roma, entendiéndolo como un instrumento vivo y subrayando que su función consiste en proteger derechos concretos y efectivos y no teóricos o ilusorios.

Así el TEDH reconoció que la libertad de conciencia tiene una dimensión externa, pero negó que cubra todas sus manifestaciones. Entre las manifestaciones que no se encuentran amparadas por la libertad de conciencia se encuentra la venta de anticonceptivos de emergencia o la práctica abortos, porque se trata de un producto cuya venta es legal y de una práctica sanitaria garantizada legalmente. Nadie puede hacer prevalecer e imponer a lxs demás sus convicciones religiosas o ideológicas para justificar la negativa a vender ese producto o practicar ese servicio.

El TEDH, garante de los derechos humanos en Europa, ante la dificultad de dar una respuesta unánime en un marco de diversidad y de falta de consenso, recurre al libre margen de apreciación nacional. Esta doctrina le permite ofrecer una respuesta abierta que se acomoda a las distintas realidades jurídicas en Europa, aunque marca ciertos límites infranqueables que salvaguardan el contenido de los derechos humanos, frenando un accionar desproporcionado de los “antiderechos”. Si bien juega con cierta ambigüedad es alentadora su reciente priorización del derecho de las personas con capacidad de gestar a interrumpir sus embarazos conforme a la ley nacional sobre la eventual “objeción de conciencia” del personal de salud.

El TEDH ha hecho gala de activismo judicial en algunas cuestiones controvertidas. Esta actitud del TEDH se observa en las decisiones mencionadas que ratifica como conforme la Convención Europea de DDHH un límite a la libertad de conciencia en favor de la garantía del derecho a la salud y a decidir sobre su propio cuerpo que deben garantizarse en todo servicio sanitario sin restricciones y por todo el personal de salud que opte por la especialización ginecológica u obstétrica. En este sentido entiende que forma parte de la función profesional de una partera participar en abortos.

En Argentina, en la medida que la nueva ley vigente admite la “objeción de conciencia” individual, debe asegurarse al menos, como lo exige la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que todo efector de salud en condiciones de realizar la práctica cuente con los recursos humanos y materiales suficientes para garantizar en forma permanente el ejercicio de los derechos que la ley confiere a las personas con capacidad de gestar. Esto es fundamental porque sabemos que hay muchas provincias en donde los

<sup>28</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969, art. 12.3, S.S.T. No. 36, OEA/Ser.L/V/II.23, doc. 21, rev. 6 (en vigor desde el 18 de julio de 1978); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 18.3, A.G. Res. 2200A (XXI), ONU GAOR, 21a Ses., Sup. No. 16, Doc. de la ONU A/6316 (1966), 999 S.S.T. 171 (en vigor desde el 23 de marzo de 1976); Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1950, art. 9.2, 213 S.S.T. 222, S.S.T. Eur. No. 5 (en vigor desde el 3 de septiembre de 1953).

abortos que ya eran legales antes de la legalización de la IVE (riesgo para la vida o salud de las mujeres o en casos de violación) encontraban obstáculos y no está garantizada la presencia de profesionales no objetorxs. Resulta fundamental el encuadre de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las personas con capacidad de gestar en general, y del derecho al aborto legal, en particular, en el paradigma de los derechos humanos. Se trata de derechos indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, que los Estados están obligados a garantizar y cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad.

Las leyes de aborto no deberían incluir las reivindicaciones de conciencia, y no deberían permitir excepciones para que especialistas en salud reproductiva –por ejemplo, ginecobstetras y matronas– puedan denegar la prestación de servicios basándose en creencias personales.

Donde la ley ya permite las reivindicaciones de conciencia para denegar servicios, los gobiernos deben limitar y regular estrictamente su uso, por ejemplo, requiriendo notificaciones por escrito, una derivación a otro/a proveedor/a de la salud, y la prestación de servicios en casos de emergencia o cuando no haya otro prestador disponible. Las reivindicaciones de conciencia no se deberían permitir nunca en instituciones ni a individuos que no estén directamente relacionados con los procedimientos de interrupción. Los gobiernos deben hacer que estas regulaciones se conozcan ampliamente, establecer mecanismos para aplicarlas y hacer un seguimiento de su cumplimiento y, además, sancionar su abuso y uso indebido.

Los gobiernos son responsables de fortalecer y aplicar las regulaciones y asegurar que todas las personas tengan acceso a los servicios sin ningún impedimento. Deben apoyar a los/as proveedores de salud a profundizar en su conocimiento y capacidades en servicios de aborto, para aprender sobre bioética y derechos humanos. Organizaciones profesionales y asociaciones de médicos/as, facultades de medicina y enfermería, agencias del gobierno y organizaciones no gubernamentales pueden colaborar con esto, integrando los derechos y salud reproductiva en la educación y formación de las profesiones sanitarias mediante la creación de mínimos obligatorios de capacitación, incluso, en la etapa preparatoria para el ejercicio laboral, empezando incluso en la universidad.

El término “objeción de conciencia” es poco apropiado cuando se trata de prestaciones de salud porque contraría la ética, las obligaciones y los estándares de la profesión de la salud. No puede aplicarse el término “conciencia” a aquellxs que dan privilegio a la creencia personal sobre la conducta profesional y el derecho al acceso y a la prestación de atención sanitaria. Las reivindicaciones de conciencia producen, en el contexto de la prestación de servicios de aborto y de salud reproductiva y sexual en general, consecuencias perjudiciales. El “compromiso de conciencia” es cuando existe una conducta profesional de lxs prestadores/as que priorizan los derechos a la atención de salud de la población usuaria de los servicios.

Es muy razonable la legislación sueca y el fallo de TEDH que comprenden que gestionar estas reivindicaciones de conciencia puede ser muy costoso y puede crear ineficiencias en la distribución de recursos escasos en el ámbito de la salud. Cuantificar esos costos llenaría un vacío para entender las consecuencias de la denegación del servicio de aborto basándose en reivindicaciones de conciencia.



Quienes defendemos derechos debemos utilizar los mecanismos legales internacionales y regionales de derechos humanos ayudando a dar forma a la aplicación y desarrollo de las normas internacionales, colaborando con los órganos de seguimiento de los tratados, planteando interrogantes sobre el uso de las llamadas “objeciones de conciencia” y sus implicaciones en los derechos y salud de las mujeres. Las agencias internacionales y organizaciones profesionales pueden también influir en los estándares internacionales de derechos humanos documentando las consecuencias de la denegación de atención sanitaria y desarrollando estándares claros de las obligaciones de los profesionales de la salud. A nivel nacional, quienes hacemos activismo debemos trabajar en incluir esta cuestión en los informes gubernamentales e informes sombra entregados como parte de los procesos a los organismos internacionales y regionales.

En Argentina, entretanto, deberemos priorizar la sensibilización y capacitación del personal de salud desde una perspectiva de derechos humanos y paralelamente habrá que promover procedimientos disciplinarios contra quienes no proporcionen un trato digno a las personas con capacidad de gestar que quieran abortar, obstaculicen la práctica, abusen de la invocación de la “objeción de conciencia”, omitan dar información confiable o denieguen directa o indirectamente la práctica. También habrá que promover demandas civiles por daños y perjuicios contra lxs responsables por la denegación o dilación de la práctica, ya que la nueva Ley N° 27610 y el contexto de seguridad jurídica que garantiza el fallo “*F. A. L.*” habilita este tipo de reclamos contra cualquier autoridad médica, institucional, judicial o contra los Estados municipales, provinciales y nacionales, responsables de garantizar el goce de los derechos humanos.

## Referencias bibliográficas

- Ariza Navarrete, S. y Ramón Michel, A. (2018). *Una vuelta de tuerca a la objeción de conciencia. Una propuesta regulatoria a partir de las prácticas del aborto legal en Argentina*. Buenos Aires: CEDES e IPAS.
- Centro de Derechos Reproductivos (julio de 2013). *Objeción de Conciencia y Derechos Reproductivos. Estándares Internacionales de Derechos Humanos*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos* (párr. 95), OEA/ Ser.L/V/II. doc. 61, nov. 22, 2011.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2 de febrero de 1999). *La mujer y la salud. Recomendación General N° 24*.
- Dickens, Bernard (2009). “Legal protection and limits of conscientious objection: when conscientious objection is unethical”. *Medicine and Law* 28, 337-47.
- Flores Beltrán, V. y Vegh Weiss, V. (2019). Objeción de conciencia. Un desafío para pensar. En Red de Profesoras de la Facultad de Derecho de la UBA, *Aborto: La marea verde desde el Derecho* (pp. 161-178). Buenos Aires: Editores del Sur.
- Fulda, I. (2019). *Acceso a la justicia en Derechos Sexuales y Reproductivos*. Programa Regional de Formación en Género y Políticas Públicas (PRIGEPP). Recuperado de <http://prigepp.org>

Harris, L. (13 de septiembre de 2012). Reconocer las motivaciones de conciencia en la prestación del aborto. *The New England Journal of Medicine*, 367, 981-983.

Naciones Unidas (1995). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994*. Nueva York.

Postiglione García, M. L. (14 de septiembre de 2020). *La objeción de conciencia sanitaria como barrera para acceder al aborto legal*. SAIJ.

Truong, M. y Wood, S. (2018). *No es conciencia: cuando los proveedores niegan la atención del aborto*. International Women's Health Coalition.

# Políticas migratorias. Devoluciones en caliente

## TEDH. *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, Great Chamber, 13 de febrero de 2020

*Por Pablo Ceriani Cernadas<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

La decisión adoptada por la Gran Sala del TEDH que aquí comento era esperada con mucha expectativa por diversos actores institucionales que participaron del proceso: por un lado, varios Estados de la región y, por el otro, entidades de la sociedad civil y organismos internacionales.<sup>2</sup> Esto se debía principalmente a dos razones: a) el caso examinaba la legitimidad de una de las prácticas de control migratorio denominadas “devoluciones en caliente”; y b) tres años antes, una de las salas del Tribunal había resuelto en este caso que las devoluciones automáticas configuraban una violación a derechos previstos en el CEDH.

1 Abogado (UBA). Doctor en Derechos Humanos (Universidad de Valencia). Magíster en Migraciones Internacionales (Universidad Europea de Madrid). Director de la Especialización en Migración y Asilo desde una Perspectiva de Derechos Humanos (UNLa). Coordinador del Programa Migración y Asilo (IJDH-UNLa). Ex vicepresidente del Comité de ONU sobre Derechos de Trabajadores Migrantes y sus Familias.

2 Se presentaron, entre otros, representantes de Bélgica, Francia e Italia, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), la Comisión Española de Ayuda a los Refugiados (CEAR), el Centro de Asesoramiento sobre los Derechos Individuales en Europa (el Centro AIRE), Amnistía Internacional, el Consejo Europeo de Refugiados y Exiliados (ECRE) y la Comisión Internacional de Juristas.

Las reacciones a la sentencia no se hicieron esperar, dado que su contenido, para muchas personas, resultó ser especialmente sorprendente. La primera razón de ello estuvo en que la Gran Sala llegó a conclusiones diametralmente opuestas a las que había arribado la Sala en octubre de 2017. La segunda, más importante —y a ello están dedicadas las reflexiones de estas páginas—, radica en la particularidad de los argumentos utilizados por el TEDH para determinar que el Estado español no había vulnerado ninguno de los derechos que habían sido denunciados por los peticionantes.

Este artículo está organizado sobre la base de una triple crítica al fallo, desde los planos jurídico, lógico y político. El primero está centrado en la interpretación tan restrictiva como débil que hace el Tribunal para concluir que no hubo violaciones a los derechos de los peticionantes. Explicaré por qué la argumentación vulnera derechos protegidos, ignora principios y estándares universales y regionales, y sienta un precedente profundamente peligroso para los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo, y para los derechos humanos en general. Por su parte, la crítica en el plano de la lógica se basa, precisamente, en una serie de conclusiones absurdas del TEDH, a las que llega mediante razonamientos contradictorios con los hechos y las evidencias del caso y con la misma construcción argumentativa que despliega en los puntos más sustanciales de la decisión.

Finalmente, el cuestionamiento de índole político está dado por el lugar en el cual parece ubicarse el TEDH con esta sentencia. El tono que usa, los argumentos que desarrolla, las fuentes utilizadas y sus conclusiones parecen más las propias de un órgano político, protector de la política migratoria de la Unión Europea, antes que de un tribunal cuyo mandato es la tutela y protección efectiva de los derechos de todas las personas que están bajo la jurisdicción de un Estado parte del Consejo de Europa. El voto particular del juez Pejchal, como veremos, lleva este enfoque hasta un extremo jurídicamente inadmisibles, argumentativamente intolerable y políticamente repulsivo. También señalaré, brevemente, que, en este plano político, así como en el jurídico, la sentencia no es del todo sorprendente, si tenemos en cuenta la jurisprudencia desarrollada en las últimas dos décadas en diferentes temas relativos a los derechos de personas migrantes y refugiadas.

Concluyo estas páginas con algunas reflexiones sobre los posibles efectos de la sentencia, principalmente en materia de derechos de las personas afectadas por las políticas migratorias y de asilo de los Estados europeos, pero también por las posibles implicancias que podría tener para los derechos humanos en general si se extendieran algunas de las argumentaciones utilizadas por el tribunal. En el mismo sentido, se comentan ciertas decisiones posteriores del TEDH que profundizan algunas de las preocupaciones generadas por su fallo (no es casual usar aquí este término en lugar de “sentencia”) en el caso *N.D. y N.T. c. España*.

## 2. Hechos del caso y procedimiento ante el TEDH

En el año 2015 dos personas originarias de Costa de Marfil y Mali presentaron una denuncia contra España ante el TEDH como consecuencia de la devolución automática de parte de autoridades fronterizas españolas hacia territorio marroquí. Esta práctica, conocida como “devolución en caliente”,

es aplicada específicamente en las fronteras exteriores de España, las ciudades de Ceuta y Melilla, enclaves españoles en territorio africano. Como es de público conocimiento, en estas fronteras estratégicas para la Unión Europea –son las únicas fronteras terrestres entre Europa y África– se han ido desplegando múltiples mecanismos de disuasión del ingreso irregular, llegando a la construcción de un triple vallado coronado por unas concertinas (alambres con cuchillas cortantes) y un profundo foso –del lado marroquí–. La devolución en caliente ha sido, en los últimos años, el mecanismo por el cual las autoridades españolas retornan de manera inmediata a las personas que logran cruzar esas vallas.

El 14 de agosto de 2014, los peticionantes, según los hechos descritos por el TEDH, integraban un grupo de unas 600 personas que intentaron cruzar el triple vallado. Unas 75 personas lo lograron en su totalidad o fueron detectadas cuando estaban en la parte alta de las vallas, como fue el caso de los peticionantes, quienes fueron bajados por la Guardia Civil española, esposados y devueltos de manera inmediata a los funcionarios marroquíes, sin realizar ninguna clase de procedimiento administrativo.

En octubre de 2017, una Sala del TEDH concluyó que las “devoluciones” de los peticionantes a autoridades marroquíes realizadas por el gobierno español sin una evaluación individual vulneraban la prohibición de expulsiones colectivas y la garantía de un recurso efectivo (art. 13 CEDH).<sup>3</sup> Al haber recurrido el Estado español, el caso fue referido a la Gran Sala. Por ello, como destaca Carrera (2020:2), había grandes expectativas sobre la sentencia final de la Gran Sala. En efecto, era una oportunidad, entre otras cosas, para reafirmar el cuestionamiento jurisdiccional de esta clase de prácticas que España –y otros países– han estado implementando en diferentes fronteras exteriores de países de la Unión Europea.

El interés también radicaba en que se trataba de devoluciones en ámbitos fronterizos terrestres, ya que algunos casos anteriores se habían focalizado en los controles migratorios por vías marítimas, como la sentencia en *Hirsi y otros v. Italia*.<sup>4</sup> En aquella oportunidad, vale subrayarlo, el TEDH había resuelto que las prácticas de interceptación y devolución automáticas eran violatorias de diversos derechos previstos en el CEDH, entre ellos el derecho a un recurso efectivo y a la protección contra la expulsión colectiva, los mismos que analiza en *N.D. y N.T.*

3 TEDH. *Case Asunto N.D. y N.T. c. España*, No. de Application, 8675/15 y 8697/15, Sección Tercera, 3 de octubre de 2017. Para un análisis exhaustivo sobre esta sentencia y, en general, sobre las prácticas de “devolución en caliente” implementadas por el Estado español, ver Hernández Bologna (2020).

4 TEDH. *Case Asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. No. de Application, 27765/09, 23 de febrero de 2012.

### 3. Análisis de la sentencia

#### 3.1. Crítica jurídica: los Estados son responsables, pero la culpa es de los migrantes

##### 3.1.1. Jurisdicción: un freno al (nuevo) intento de los Estados europeos de tener zonas sin derechos

Desde comienzos de este siglo, los Estados de la Unión Europea han ido desarrollando nuevos y diversos mecanismos de control migratorio, particularmente en áreas fronterizas y más allá. Aguas internacionales, territorios de países de origen y tránsito (africanos, especialmente) han sido los espacios centrales en los que se ha desplegado el llamado proceso de externalización de las políticas de control de la movilidad humana.

Uno de los cuestionamientos centrales a estas políticas ha estado focalizado en que, mientras los Estados empujan “las fronteras” hacia afuera del territorio europeo, los derechos y garantías exigidas por elementos básicos del Estado de Derecho no han “acompañado” esos desplazamientos. Organismos regionales y universales de derechos humanos han señalado de manera coherente y repetida que las obligaciones de derechos son igualmente aplicables en esos contextos, en tanto el ejercicio de la autoridad implica que las personas están “bajo la jurisdicción” del Estado que despliega esos controles y, por ende, debe gozar de los derechos de toda persona según su ordenamiento jurídico.<sup>5</sup>

A pesar de esa jurisprudencia inequívoca, hoy en día se siguen evidenciando prácticas similares en diferentes espacios de las rutas migratorias. Y por eso no sorprende que tanto España como los Estados que presentaron observaciones al TEDH hayan planteado que las personas no estaban en territorio español (Italia, párrs. 96 y 151), o que los hechos ocurrieron en el espacio fronterizo de Schengen y por ende las personas no habían ingresado a España (Bélgica, paras. 97, 145-6), y entonces no tenían responsabilidad con base en el CEDH. Francia, en un argumento que parece burlarse de las víctimas de devoluciones automáticas, subrayó que las personas no llegaron a estar “bajo el control efectivo y continuo” de las autoridades españolas, sino únicamente a una “intervención breve y limitada”, por lo que el Convenio no era aplicable (paras. 95).

En uno de los pocos aspectos positivos de la sentencia, el TEDH rechazó de manera contundente los argumentos presentados por los Estados. En primer lugar, reiteró que

<sup>5</sup> Ver, entre muchos otros trabajos, el análisis de la responsabilidad extraterritorial en derechos humanos en el marco de políticas de control migratorio, en Ceriani Cernadas (2009a), Gammeltoft-Hansen (2010) y Heijer (2011).

debe considerarse que el concepto de ‘jurisdicción’ a los efectos del artículo 1 del Convenio refleja el significado del término en el derecho internacional público [...] Con arreglo a dicha norma, la existencia de una valla situada a cierta distancia de la frontera no autoriza a un Estado a excluir, modificar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial, que comienza en la línea fronteriza.<sup>6</sup>

Luego, la Corte subrayó

que la naturaleza específica del contexto migratorio no puede justificar un ámbito de ilegalidad en el que los individuos no estén amparados por un sistema jurídico que les permita disfrutar de los derechos y garantías previstos en el Convenio, que los Estados se han comprometido a asegurar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.<sup>7</sup>

Se trata de una importante reafirmación del principio de “jurisdicción”, especialmente en tiempos en que los Estados continúan desarrollando prácticas de interceptación y devolución en áreas fronterizas o más allá. Lamentablemente, como veremos a continuación, el análisis de fondo del caso acaba legitimando, de alguna manera, ese “ámbito de ilegalidad”.

### 3.1.2. La invención del ¿principio? de la “conducta propia” como justificación para la negación de derechos básicos

En palabras de Di Filippo (2020: 492), la verdadera píldora venenosa de la sentencia es la configuración de la nueva excepción de la “mala conducta”. En efecto, las principales conclusiones del TEDH están basadas particularmente en la conjunción de dos factores: por un lado, la creación de una nueva excepción a las obligaciones de los Estados parte del CEDH y, por el otro, una interpretación de los hechos carente de toda lógica.

El análisis de fondo –sobre las alegaciones acerca de la violación de la prohibición de expulsiones colectivas y el derecho a un recurso efectivo– comienza por la aclaración por parte del Tribunal, por vez número milésima en cada caso sobre temas de movilidad humana, que los Estados pueden establecer sus políticas migratorias.<sup>8</sup> Luego, reproduciendo un lenguaje propio de la Unión Europea, hace refe-

6 TEDH. *Case of N.D. and N.T. v. Spain*, Great Chamber, Application No. 8675/15 y 8697/15, sentencia 13 de febrero de 2020, párr. 109.

7 *Ibidem*, párr. 110.

8 *Ídem*, nota 6., párr. 167. Hay una especie de necesidad de hacer esta aclaración en cada caso sobre temas migratorios, como si los Estados no fueran soberanos para diseñar e implementar políticas públicas en el área que fuera. Esta frase difícilmente se encuentre en una sentencia sobre una temática diferente. Parecería que se está implícitamente aceptando que los Estados, en materia de política migratoria, pudieran establecer distinciones con relación a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de toda persona sujeta a su jurisdicción.

rencia al objetivo de los Estados en materia de “lucha contra la inmigración clandestina”,<sup>9</sup> haciendo alusión a “cualquier amenaza a la seguridad interior y al orden público” como si, *per se*, la migración irregular fuera solamente eso. Desde un tribunal de derechos humanos, uno esperaría un enfoque diferente, más complejo y al menos mínimamente cercano a la vulnerabilidad de las personas en esas circunstancias (p.ej., como lo hiciera la Corte IDH en su Opinión Consultiva 18/2003).

Una vez señalado que los Estados no pueden “justificar flujos migratorios o en la recepción de demandantes de asilo no pueden justificar la utilización de prácticas incompatibles con el Convenio o sus Protocolos”,<sup>10</sup> subraya que las disposiciones del CEDH no son “el único marco de referencia para interpretar los derechos y libertades [...] debe asimismo tener en cuenta las normas y principios pertinentes de derecho internacional aplicables”.<sup>11</sup>

Al analizar el concepto de “expulsión” y algunos estándares sobre derechos y garantías en esos casos, el TEDH utiliza como fuente principal al proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre “expulsión de extranjeros” de 2014.<sup>12</sup> Es decir que en lugar de examinar, entre otras referencias claves, la jurisprudencia de organismos de Naciones Unidas creados por tratados internacionales, como el Comité de Derechos del Niño (en casos contra España, precisamente)<sup>13</sup> o la Corte IDH, recurrió a un informe del cual la Asamblea General “tomó nota”.<sup>14</sup> También usó como fuente un informe del Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano integrado por los ministros de Asuntos Exteriores de cada Estado.

El artículo 4 del Protocolo 4 al prohibir toda expulsión colectiva garantiza a las personas el derecho a “contar con una posibilidad real y efectiva de formular alegaciones en contra de su expulsión”. Esta garantía es una herramienta medular para la protección de los derechos en un procedimiento migratorio, más aún en contextos fronterizos. También puede entenderse como un mecanismo de transparencia, en tanto cumple una función crítica para validar las prácticas que implementan las políticas públicas definidas por los Estados en esta materia, así como para prevenir abusos y arbitrariedades por parte de autoridades de frontera, precisamente como las que se debaten en el caso (devoluciones de facto, automáticas, o “en caliente”).

Es aquí donde aparece el aspecto más conflictivo y cuestionable de la decisión del TEDH, que parece evidenciar una lente política –haciendo un guiño a quienes presentan la migración irregular en esas

9 Ídem, nota 6, párr. 168.

10 Ídem, nota 6, párr. 170.

11 Ídem, nota 6, párr. 172.

12 Ver el informe de la CDI en <https://legal.un.org/ilc/reports/2014/spanish/chp4.pdf>

13 El mismo TEDH incluye extractos de una de las decisiones del Comité en un caso contra España, entre la “documentación internacional” presentada en el marco del Asunto N.D. y N.T., pero al momento de hacer el análisis de fondo del caso, opta por omitir este o cualquier otro antecedente emanado de órganos normativamente competentes para la interpretación de tratados de derechos humanos.

14 Cabe agregar que el informe de la CDI está plagado de citas del TEDH (hace referencia a 27 sentencias, casi exclusivamente sobre temas de migración y asilo), y apenas menciona 6 casos de la Corte IDH (ninguno de ellos sobre temas migratorios), omitiendo antecedentes centrales como la Opinión Consultiva 18 (2003), o sentencias como las de *Velez Loor v. Panamá* (2010), o *Nadege Dorzema y otros v. República Dominicana* (2012), entre otras.



fronteras como una amenaza para la seguridad— y para la cual debe abandonar el uso de la lógica en el desarrollo argumentativo.

El TEDH sostiene que “la propia conducta del demandante es un factor relevante para evaluar la protección que se debe otorgar en virtud del artículo 4 del Protocolo nº 4”.<sup>15</sup> Seguidamente, habla de una “jurisprudencia consolidada del Tribunal” por la cual no habría una violación de esa norma “si la ausencia de una decisión individual de expulsión puede atribuirse a la propia conducta del demandante”.

Para demostrar esa “jurisprudencia consolidada”, cita los casos *Khlaifia y otros c. Italia*; *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*; *M. A. c. Chipre*; *Berisha y Haljiti c. la ex República Yugoslava de Macedonia*; y *Dritsas y otros c. Italia*. Llamativamente, ninguno de esos casos valida la afirmación de la Corte. En algunos de ellos,<sup>16</sup> aunque el tribunal hizo alusión a la conducta “culpable” o “atribuible” a la persona, no lo aplica a los hechos y las conclusiones, así que son simplemente irrelevantes (Di Filippo, 2020: 493). En los demás,<sup>17</sup> el razonamiento entre los hechos, la conducta de las personas y la parte sustantiva de la sentencia, evidencia de manera clara dos cuestiones importantes: a) el análisis no tiene vinculación alguna con el que luego hace el TEDH en el *caso N.D. y N.T.*, en el cual exceptúa la obligación del Estado como consecuencia de una infracción previa cometida por los peticionantes; y b) son incapaces de representar una “jurisprudencia establecida” (Di Filippo, ídem).

Para ahondar sobre su teoría sobre la “conducta” atribuible a los peticionantes, el TEDH expresa que

el mismo *principio* debe aplicarse igualmente a aquellas situaciones en las que la conducta de aquellos que cruzan una frontera terrestre sin autorización, se aprovechan deliberadamente de su gran número y utilizan la fuerza, es tal que crea una situación claramente perturbadora, difícil de controlar y que pone en peligro la seguridad pública.<sup>18</sup>

El destacado me pertenece, ya que el Tribunal califica como “principio” a una novedad argumentativa que no cumple con ningún requisito jurídico para ser considerado como tal. Por un lado, recurrir a la conducta de alguien que alega ser víctima de violaciones de derechos humanos para exceptuar al

15 Ídem nota 6, párr. 200. En la misma dirección, el Estado de Francia alegó que la falta de una decisión individual podía “atribuirse a la conducta culpable del interesado” y que los demandantes se habían posicionado en una situación ilegal”. Ídem, párrs. 147 y 148.

16 Ídem, nota 4.

17 En *Berisha*, el TEDH sostuvo que las dos personas –un matrimonio– habían peticionado asilo de manera conjunta, y eso explicaba que las autoridades emitieran una sola resolución. Por eso, su “conducta”, y no una actuación del Estado contraria al Convenio, explica que no haya habido una evaluación individualizada. En *Khlaifia y otros*, destaca que entre las razones por las cuales no hubo un análisis detallado e individualizado de los peticionantes (sobre eventuales riesgos en caso de ser expulsados), está el hecho de que durante los 10-12 días que estuvieron en Italia, en los que fueron entrevistados por diferentes autoridades, no pidieron asilo ni plantearon alguna clase de peligro que podría generar su deportación a Túnez. En *Dritsas y otros*, la Corte utiliza este razonamiento para explicar que la falta de algunas decisiones individualizadas se debió a la negativa de las personas de brindar sus datos y documentación de identidad.

18 Ídem, nota 6, párr. 201.

Estado de sus responsabilidades jurídicas básicas no puede ser aceptado siquiera como argumento, menos como principio interpretativo del Convenio. Tampoco tiene un antecedente en otro tribunal u organismo regional o universal de derechos humanos o, como ya señalé, en el mismo TEDH.

Este inexistente “principio”, entonces, es usado para determinar que el Estado no tiene la obligación de seguir lo establecido en el artículo 4 del Protocolo 4. Al respecto, Di Filippo (2020: 495) explica que esta norma no regula un mecanismo específico para introducir restricciones, sin importar si estuviera basada en cuestiones de seguridad nacional o de orden público. Por eso, observa que el Tribunal emplea un lenguaje de excepcionalidad e introduce, *de facto*, una derogación interpretativa de un derecho del Convenio que está formulado en términos absolutos (2020: 494).

Continuando con esta teoría “exculpatoria”, el TEDH concluye que no hubo violación de la prohibición de expulsión colectiva:

fueron los demandantes quienes se arriesgaron al participar en el asalto a las vallas fronterizas de Melilla [...], aprovechando el gran número de miembros del grupo y utilizando la fuerza. No hicieron uso de los procedimientos legales existentes [...] En consecuencia, de conformidad con su jurisprudencia reiterada [*sic*], el Tribunal considera que la ausencia de resoluciones individuales de expulsión puede deberse al hecho de que los demandantes, si efectivamente deseaban hacer valer sus derechos en virtud del Convenio, no hicieron uso de los procedimientos formales de entrada existentes a tal efecto, lo que por tanto fue consecuencia de su propia conducta [...] Por consiguiente, no ha habido vulneración alguna del artículo 4 del Protocolo no. 4.<sup>19</sup>

En cuanto a la cuestión de la “conducta”, De Lucas (2020) cuestiona

que el TEDH sostenga la tesis de que quien ha cometido una infracción administrativa (cruzar la frontera sin documentación en regla) o, incluso, un ilícito penal (utilizar colectivamente la violencia contra los representantes de la fuerza pública para saltar el triple vallado), queda por ello privado de derechos tan elementales como el derecho a la defensa y al procedimiento debido, o se le suspenda la vigencia del principio de non-refoulement, criterio básico del sistema de derecho de asilo y refugio que pone en pie el Convenio de 1951 de Estatuto de Refugiados, principio que, según reconoce expresamente la sentencia no puede anularse en ningún caso.

Por su parte, Pichl (2020) destaca la gravedad de este razonamiento que ignora fundamentalmente la letra y lugar del artículo 4 P4, en tanto garantía procedimental que sirve de apoyo al principio de no devolución: solamente si la persona no es expulsada de manera colectiva, el Estado puede evitar el retorno de una persona a un lugar peligroso. En este caso, el Tribunal está confundiendo garantías pro-

---

<sup>19</sup> *Ibídem*, párr. 231.

cesales del CEDH con cuestiones que no tienen relación alguna con las obligaciones de los Estados. La mera “posibilidad” de ir a otro puesto fronterizo para pedir asilo no puede exceptuar a España de su deber de examinar de manera individual la situación de los peticionantes. La Corte rompe claramente con sus sentencias previas sobre el tema, validando un “derecho sin derechos”. Además, la sentencia provee a los Estados un margen incontrolable de discreción, en tanto desde ahora el Protocolo provee protección si no hay otra alternativa que un ingreso irregular, lo cual no podría verificarse si la persona es devuelta automáticamente y sin un procedimiento individual (Pichl, 2020).

Aplicando el novedoso e inexistente “principio”, la Corte destaca que existía en la ley un recurso contra toda expulsión, pero “los propios demandantes también debían atenerse a las normas que rigen la interposición de dicho recurso”.<sup>20</sup> Por ello, concluye,

en la medida en que el Tribunal ha considerado que la falta de un procedimiento individualizado para su expulsión fue consecuencia de la propia conducta de los demandantes al intentar entrar sin autorización en Melilla, no puede considerar responsable al Estado demandado por no haber puesto a su disposición un recurso judicial contra dicha expulsión.<sup>21</sup>

Más allá de la pasmosa debilidad argumentativa de esta conclusión, es particularmente grave que un tribunal de derechos humanos cree “zonas de excepción” o usando sus propios términos, un “ámbito de ilegalidad” sobre la base de una conducta contraria a la ley de la persona a la que, con posterioridad, no se le permitió ejercer derechos y garantías fundamentales. Al respecto, Carrera (2020: 8) pregunta irónicamente si a través de este criterio de “conducta propia” de los peticionantes, estas personas son merecedoras de derechos humanos. El punto de partida del tribunal no es si las autoridades españolas violaron derechos humanos, incluida la dignidad humana de los peticionantes, sino que la expulsión es atribuible a su propia conducta. El principal reto de este enfoque, señala Carrera, es que va en contra del mandato persona-céntrico del TEDH de salvaguardar los derechos humanos de las personas en su interacción con los Estados.

En efecto, si se llevara este argumento al extremo, y por ende a toda la jurisprudencia del tribunal de aquí en adelante (en definitiva, si es un “principio”, no parece descabellado) se estarían corroyendo las bases del sistema de derechos humanos. Cualquier infracción o conducta inapropiada o contraria a la ley por parte de una persona, exceptuaría a las autoridades estatales de cumplir sus deberes de respeto, protección y garantía de derechos. Un ejercicio de analogía nos podría llevar a un sinnúmero de situaciones de este tipo, graficando el peligroso dislate argumentativo del tribunal.

De todas maneras, como señalaremos en el punto siguiente, así como en la sección dedicada a la crítica política, no es nuevo el doble estándar del TEDH cuando se trata de los derechos de las personas

<sup>20</sup> Ídem, nota 6, párr. 241.

<sup>21</sup> Ídem, nota 6, párr. 242.

migrantes y, por lo tanto, podríamos hipotetizar que estas nuevas excepciones no se extenderían a otros temas y, en especial, a otras personas.

Para concluir esta sección, no podemos más que acordar con las palabras de De Lucas (2020), para quien la

interpretación del TEDH, en suma, supone, a mi juicio, la utilización de forma bastarda el Derecho contra los derechos con el fin de rebajar el contenido, la garantía y las condiciones de ejercicio de derechos fundamentales. Es evidente que necesitamos seguridad jurídica en las fronteras (también para las fuerzas de seguridad que trabajan con ese objetivo, desde luego), pero eso no puede significar en modo alguno la suspensión en las fronteras de normas elementales del Estado de Derecho, como la garantía de la tutela judicial efectiva, cuando están en juego derechos humanos y fundamentales. Lo contrario constituye una aberración jurídica.

### 3.1.3. ¿No había otros derechos en juego? La jurisprudencia restrictiva del TEDH como obstáculo para un análisis más integral

La discusión jurídica de este caso estuvo concentrada en los artículos 13 CEDH y 4 P4. Sin embargo, las circunstancias descritas en la denuncia analizada por el TEDH, así como la documentación, los antecedentes y las alegaciones presentadas por las diversas partes del proceso –incluyendo el propio Estado español– podrían haber justificado una evaluación sobre otros derechos en juego, y eventualmente vulnerados. Me refiero, en particular, a las garantías de debido proceso y al derecho humano al asilo.

Las garantías procesales están reconocidas en el artículo 6 del Convenio. A lo largo de la sentencia se puede observar cómo algunos antecedentes de otros organismos especializados, como el Comité de Derechos del Niño, el Representante Especial del Secretario General para la migración y los refugiados del Consejo de Europa, o los argumentos presentados por el ACNUR, la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, la normativa de la Unión Europea, o diferentes afirmaciones del Estado español, aluden reiteradamente a la importancia de asegurar garantías procesales en el marco de procedimientos migratorios y de asilo. Sin embargo, no hay siquiera una mención del artículo 6 CEDH.

Esto tiene una –lamentable– explicación. En esta materia sí hay una “consolidada jurisprudencia” restrictiva que ha ido desarrollando el TEDH, por la cual, interpretando de manera literal el artículo 6, ha dejado fuera de la protección de las garantías de debido proceso a múltiples procedimientos civiles y administrativos, como los de movilidad humana, en una dirección opuesta a la interpretación de su par interamericano con relación al artículo 8 de la CADH, y contradiciendo el principio de dinamismo de los derechos humanos aplicado por el TEDH. En efecto, en lugar de utilizar las reiteradas alusiones al Convenio como un “instrumento vivo” que tenga un “efecto útil”, el TEDH ha mantenido una posición nítidamente restrictiva, dejando en “letra muerta” y “sin utilidad alguna” a un artículo

esencial para la protección de las personas en cualquier procedimiento en los cuales sus derechos estén en juego y, por ende, central para todo Estado de derecho.

En particular, desde la sentencia *Maaouia c. Francia*,<sup>22</sup> hace un poco más de dos décadas, el Tribunal ha ratificado una y otra vez la inaplicabilidad del artículo 6 a los procedimientos de migración y asilo (ver Ceriani Cernadas, 2007). Esta jurisprudencia ha cumplido un rol central en el proceso de legitimación de políticas de control migratorio que carecen de la protección de derechos adecuada. Un proceso que, sin dudas, vino a incorporar otro preocupante “hito” a través de la sentencia que aquí comento.

Por otra parte, al referirse –brevemente– al tema del asilo y la protección de personas refugiadas, el TEDH

subraya que ni el Convenio ni sus Protocolos protegen el derecho de asilo como tal. La protección que ofrecen se limita a los derechos reconocidos en ellos, incluidos en particular los derechos del artículo 3. Esta disposición prohíbe la devolución de cualquier extranjero que se encuentre bajo la jurisdicción de uno de los Estados contratantes a los efectos del artículo 1 del Convenio a un Estado en el que corra un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes o incluso a tortura.<sup>23</sup>

Si bien esta argumentación no es técnicamente errada (el CEDH no tiene una cláusula como el art. 22.7 de la CADH), llama la atención que, 72 años después de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Tribunal no lo haya incorporado como derecho consuetudinario obligatorio, a través de un enfoque interpretativo amplio y dinámico de las provisiones del Convenio (como el artículo 3). Así lo ha hecho la Corte IDH en múltiples ocasiones, recurriendo al concepto de *Corpus Iuris* para integrar a las normas interamericanas la protección complementaria emanada de otros tratados de derechos humanos y derecho humanitario. Incluso podría, sin ir más lejos, incorporar normativas de la Unión Europea, o aludir al derecho al asilo como un derecho formalmente reconocido por todos los Estados del Consejo de Europa.

En definitiva, en casos relativos a derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo (Ceriani Cernadas, 2009b; Dembour, 2015) el TEDH parece ser más flexible en la identificación de excepciones a las obligaciones de los Estados, y por el otro, más estricto en la aplicación de estándares de protección efectiva de derechos y garantías. Es decir, en el sentido opuesto del principio *pro persona* que debe regir la interpretación de los tratados de derechos humanos.

22 TEDH. *Case Maaouia c. Francia*, Application No. 39652/98, sentencia del 5 de octubre de 2000.

23 Ídem, nota 6, párr. 188.

### 3.2. Crítica lógica: el absurdo como herramienta interpretativa

La teoría de la conducta propia, en la sentencia del TEDH, complementa el argumento de la conducta atribuible a la persona, con un análisis acerca de si las personas podrían haber optado por una vía de ingreso y petición de asilo que no tuviera esas particularidades. El tribunal coincide con las afirmaciones del Estado español en cuanto a que existían “mecanismos reales y efectivos” para que los peticionantes pidieran asilo en: a) el puesto fronterizo español de Beni Enzar; b) el consulado español de sus países de origen; o c) el consulado español en la ciudad de Nador, Marruecos, cercana a las vallas fronterizas. Para llegar a esta conclusión, y más allá de los problemas jurídicos ya descritos, recurre a una argumentación inesperada, en tanto va en la dirección opuesta de la que indicaba, lógicamente, un abundante caudal de evidencias.

Carrera (2020: 2) subraya que la sentencia está llena de incoherencias, incluyendo líneas argumentativas contradictorias que derivan a una incerteza jurídica y errores fácticos manifiestos. Parte de la argumentación sobre la existencia de vías reales y efectivas puede calificarse de absurda (en su sentido literal, “algo contrario a la lógica o la razón”). A modo de ejemplo: los peticionantes, junto al ACNUR y la Comisaría de Derechos Humanos del Consejo de Europa, entre otros, alegaron que las personas originarias de países subsaharianos no podían acceder al puesto fronterizo de España (Beni Enzar), ya que la policía fronteriza marroquí no les permitía llegar hasta allí. Decenas de reportes elaborados por diferentes instituciones a lo largo de las últimas dos décadas han evidenciado lo mismo. Asimismo, el TEDH, luego de reproducir los datos de personas sirias que en número creciente pudieron pedir asilo allí, nota que los números en el caso de personas provenientes de países subsaharianos fueron: 0 en 2014, 2015 y 2017, y solamente 2 en 2016.<sup>24</sup>

Al respecto, De Lucas (2020) subraya que

los supuestos en los que se basa la decisión evidencian un total desconocimiento de la práctica en la frontera, de la realidad, es decir, de los hechos [...] La estadística es terminante: ni un solo caso [...] En suma, los elementos de hecho en los que se apoya la TEDH pueden ser razonablemente considerados endebles y parciales, si es que no cabría incluso hablar de un desconocimiento grosero de la realidad de lo que sucede en esos dos puntos de la verdadera frontera sur de Europa.

A pesar de esos datos cuantitativos tan contundentes y los informes de numerosos organismos especializados, el TEDH reproduce lo alegado por España y afirma que “no tiene duda” que se podía acceder, y califica las estadísticas como un “mero hecho” que “no permite concluir que el Estado demandado dejase de facilitar un acceso real y efectivo a ese puesto fronterizo”.<sup>25</sup> Luego, retomando el (falso) “principio” creado por la Corte, resaltó que, en lugar de usar esos procedimientos, “cru-

<sup>24</sup> Ídem, nota 6, párr. 216.

<sup>25</sup> Ibídem, párrs. 214 y 217.

zaron la frontera ilegalmente [...] lo que justificaría que los agentes españoles de frontera no los identificaran individualmente”.<sup>26</sup>

Carrera (2020:5) nota la importante incoherencia legal en la que incurre el TEDH al legitimar que los Estados puedan no aplicar protecciones legales, incluyendo en materia de asilo, en el caso que las personas no usen los puntos de ingreso existentes. Ello, afirma, es la distorsión del Estado de derecho y la duda sobre si este enfoque es compatible con la obligación *erga omnes* derivada del principio de no devolución. El argumento de la Gran Sala, entonces, podría ser leído como un justificativo para la arbitrariedad de las autoridades estatales al conducir actividades de vigilancia fronteriza.

La argumentación (i)lógica del tribunal también se verifica en la tergiversación de los temas en discusión para poder llegar a sus conclusiones. Afirma que “aun suponiendo que existieran dificultades para acceder a este puesto fronterizo del lado marroquí, no ha quedado demostrado ante este Tribunal la responsabilidad del Gobierno demandado por dicha situación”.<sup>27</sup> Sin embargo, los hechos denunciados al Tribunal no son acerca de la conducta de la policía marroquí de impedir (violentamente, en muchos casos) el tránsito de personas subsaharianas –para poder llegar al puesto español–, sino sobre las devoluciones automáticas realizadas por las autoridades españolas.

Finalmente, otra argumentación carente de lógica hace casi innecesaria su cuestionamiento. La casi imposibilidad de iniciar una petición de asilo en sedes consulares y diplomáticas está sobradamente probada en prácticamente todo el mundo. Sin embargo, el TEDH da por válida la argumentación estatal sobre la eficacia de este mecanismo. A modo de ejemplo, valida lo afirmado sobre el consulado de Nador (Marruecos) como un mecanismo accesible en 2014, mientras que un año después de los hechos, CEAR seguía peticionando al Estado que arbitre las medidas para que se puedan presentar allí, con base en la ley de asilo, peticiones de asilo.<sup>28</sup> A su vez, mientras que la Corte cita las estadísticas de peticiones de asilo en todas las sedes consulares y diplomáticas españolas (346 casos en total en 2014), omite, por un lado, brindar la información sobre cuántas de esas peticiones fueron concedidas y efectivamente operativizadas –incluyendo el traslado al territorio español–, como lo fija la Ley N° 12/2009. Por el otro, tampoco señala dos elementos importantes: primero, que todas esas peticiones son de “extensión familiar”,<sup>29</sup> es decir, de familiares de personas refugiadas que ya están en España; y segundo, que, como alegó el Estado en 2019 ante el Tribunal Supremo (en un caso relativo a este mecanismo), aún falta desarrollar el reglamento de la ley, por lo que “no existe como tal un procedimiento administrativo para poder aplicar ese artículo”.<sup>30</sup>

26 Ídem, nota 6, párr. 211.

27 Ídem, nota 6, párr. 221.

28 Ver la petición en <https://www.cear.es/el-consulado-de-nador-una-oportunidad-para-solicitar-refugio-de-forma-segura/>

29 Ver las estadísticas oficiales de cada año, donde se observa el motivo (extensión familiar), en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica>

30 STS. 1327/2020, Application 4889/19, sección quinta, sentencia del 15 de octubre de 2020.

### 3.3. Crítica política: ¿Tribunal Europeo de Derechos de los Estados?

En un trabajo previo que examinaba la jurisprudencia del tribunal en materia de derechos de las personas migrantes, y concretamente al analizar la sentencia del caso *Omoregie y otros c. Noruega* (2008), subrayé que el TEDH,

sin cuestionar el fundamento genérico del país expulsor (el bienestar económico de la sociedad de acogida), otorga prioridad al ‘derecho’ de los Estados a controlar y sancionar la migración irregular, frente al derecho a la vida familiar de los solicitantes, así como del niño a no ser separado de uno de sus padres (Ceriani, 2009: 224).

Algunos de los aspectos de la sentencia que aquí comento, sugieren una hipótesis similar.

Llama la atención en diferentes pasajes de la sentencia el tono o los términos que usa el tribunal: se puede advertir cierto enojo o fastidio con los peticionantes. Esto no solamente se verifica en las críticas que hace a la “conducta atribuible” a los peticionantes, a la “ilegalidad” de sus acciones, sino también al calificar las evidencias como “meros hechos”, al señalar que los demandantes “simplemente” subrayaron la imposibilidad de acceder al puesto fronterizo (párr. 205), o cuestionarles que “fácilmente” podrían haber ido a solicitar asilo al consulado español en Nador (párr. 227).

Al respecto, Carrera (2020: 10-11) afirma que varios párrafos de la sentencia usan un lenguaje incómodo al referirse a los demandantes, y en otros pasajes muestran cómo la Gran Sala conscientemente descarta, o incluso desacredita, los testimonios de las víctimas, así como la cantidad de evidencia presentada por diferentes actores relevantes.

Un comentario aparte “merece” el voto –en particular– del juez Pejchal. El motivo expresado para agregar un voto individual, según el juez, es su duda sobre si el caso debería haber sido declarado admisible. Su razonamiento, plagado de prejuicios e ignorancia –incluso, de elementos básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos– usa un tono veladamente despreciativo hacia los peticionantes. Pareciera que los desprecia como sujetos de derecho –al menos, ante el TEDH–, o los observa como una suerte de invasores o intrusos del sistema europeo de derechos humanos.

Según el juez, los peticionantes, en lugar de denunciar a España, deberían haber presentado, en Marruecos, un reclamo contra sus países de origen. Y lo hace con un tono que repugna:

Al devolver a territorio marroquí a todos los participantes en la escalada de la valla les podrían haber informado de que si no estaban satisfechos con la protección de los derechos humanos en sus países de origen, podían presentar una demanda ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, competente en la materia (pág. 114).



Además del tono, esta afirmación presenta problemas de todo tipo: primero, que los hechos bajo debate es la devolución automática por parte de la Guardia Civil española, y no los motivos por los que salieron de sus países. En segundo lugar, ningún tratado internacional exige solicitar asilo en un determinado continente. Si fuera correcta la postura del juez (nacido en Praga en 1952), muchos de sus compatriotas no deberían haber podido solicitar asilo en Estados Unidos luego que la invasión soviética echara por el suelo la Primavera de Praga. Solo habrían tenido derecho a hacerlo en otro país europeo, o incluso haberse limitado a denunciar los hechos de su país ante el TEDH, que ya funcionaba desde 1960.

Sin embargo, olvidando tal vez ese pasado reciente, el juez parece más cómodo con una posición rayana con un eurocentrismo neocolonial. Así, acusa a los peticionantes, en pocas palabras, de malgastar los impuestos que pagan “los ciudadanos libres” (así llama en varias oportunidades a las personas de países europeos, pero no a los africanos), gracias a los cuales funciona el TEDH. Sobre este punto, Carrera destaca que su voto es particularmente preocupante, al señalar que solamente las personas que son ciudadanas europeas tendrían el derecho a solicitar la protección del CEDH debido a su carácter de contribuyentes fiscales, vulnerando la prohibición absoluta de discriminación. En palabras de Pichl (2020), este voto particular agrega “*insult to injury*”.

En otra parte de la sentencia, referida a su teoría de la “conducta culpable”, la Corte menciona la “la falta de cooperación activa respecto al procedimiento” para concluir que el Estado no podría ser responsable por “que no se llevara a cabo dicha evaluación” individual.<sup>31</sup> No se puede dejar pasar este concepto de “falta de cooperación”, en tanto es llamativamente similar al lenguaje de la Directiva de Retorno aprobada por la UE en 2008, conocida como directiva de expulsión, o directiva de la vergüenza (Ceriani Cernadas, 2009). Al regular la detención migratoria con miras a la expulsión de la persona migrante en situación irregular, la Directiva fija un plazo máximo de 6 meses, pero este puede ser prorrogado por otros 12 meses “en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a: a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate”. Es decir, si la persona no colabora para su expulsión, se justifica que esté privada de su libertad un año más.

No sorprende encontrar esta clase de similitudes en lo terminológico, especialmente si tenemos en cuenta el análisis que hemos hecho sobre los aspectos jurídicos y lógicos del razonamiento del Tribunal, así como el tono utilizado por sus integrantes. En cierta medida, esto lleva a preguntarse sobre las prioridades que guían la interpretación del TEDH en esta clase de casos, particularmente en un contexto de fortalecimiento incesante de los mecanismos de externalización de la política de control migratorio europeo en África y, conectado con ello, los índices alarmantes de xenofobia y del crecimiento de la extrema derecha en la política europea.

Al respecto, Pichl (2020) subraya que la sentencia es un shock. La Corte se apoya en la noción de “ilegalidad”, que sirve, desde Cambera hasta Washington, como una herramienta para privar a las

---

31 Ídem, párr. 200.

personas de sus derechos. La sentencia es un significativo retroceso en la jurisprudencia del tribunal. Difícilmente podría leerse de otra forma como la Corte haciendo enormes concesiones a la presión de los Estados europeos, la mayoría de los cuales, desde el verano de 2015, promueve la política de expandir la externalización del control migratorio y lleva adelante formas aún más represivas de devoluciones en territorios fronterizos (e.g. Grecia, Hungría, Croacia).

En conclusión, es posible afirmar que, con esta sentencia, se profundizan los niveles de excepcionalidad –en el sentido de no aplicación de las mismas reglas y estándares del Estado de Derecho– con respecto a las personas migrantes y solicitantes de asilo, con especial –pero no exclusivo– énfasis en el marco de procedimientos de control migratorio. Decisiones regresivas como esta, por un lado, afecta gravemente la protección y ejercicio de derechos elementales como el derecho al asilo, a la protección contra la devolución, a las garantías de debido proceso y la prohibición de expulsiones colectivas (todo ello, sin contar todos los derechos en juego que, en cada caso, están detrás de cada persona, de cada procedimiento). Y por el otro, coloca a las personas en contexto de movilidad humana, especialmente en situación migratoria irregular (que no es la consecuencia, cabe agregar, de una “conducta culpable”), en una condición de desigualdad y excepcionalidad, especialmente frente a otras personas bajo la misma jurisdicción.

#### **4. Reflexiones finales: algunos efectos posibles, y preocupantes, de la sentencia**

Más allá del impacto concreto en el caso, esta sentencia del TEDH puede generar diversos efectos, al menos en cuatro niveles. Por un lado, para el derecho humano al asilo y cualquier otra forma de protección bajo el derecho internacional de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en contexto de movilidad humana, así como para el debido proceso para petitionarlo y la protección contra la devolución. Teorías –que mal pueden llamarse argumentos– como la introducida con relación a la “conducta atribuible” a la persona en este caso, junto a otros elementos –como los mecanismos que tendría un Estado en un determinado puesto fronterizo–, podrían poner en una seria crisis este derecho o, para ser más preciso, profundizar la existente (De Lucas: 2015, 2016).

En segundo lugar, para los derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo, en tanto la sentencia refuerza un proceso jurisprudencial que ha legitimado –aún con ciertos límites positivos fijados en sentencia como las de *Hirsi y otros*– políticas de control migratorio que pueden ser consideradas arbitrarias y discriminatorias, dado que establecen estándares diferentes –reducidos– respecto de aquellos aplicables a las personas que son ciudadanas de Estados europeos. Como observa Carrera (2020: 17), la sentencia ilustra un ejemplo del nivel desigual de demanda de protección de derechos al Estado español por debajo del exigido por organismos de Naciones Unidas, o incluso de la Unión Europea u otros órganos del Consejo de Europa.

En este contexto, es oportuno destacar la jurisprudencia desarrollada por el Comité de Derechos del Niño en el marco de las peticiones individuales del Tercer Protocolo a la Convención. En efecto, es

importante tener en cuenta que más del 80% de los casos denunciados ante el Comité trata de derechos de niñas, niños y adolescentes presuntamente vulnerados en el marco de procedimientos de migración y asilo. El otro dato significativo es que casi todos esos casos –excepto uno, contra Argentina, sobre expulsión arbitraria y separación familiar–<sup>32</sup> han sido contra Estados europeos.

Las implicancias de esta decisión en las políticas de externalización del control de la movilidad humana y en las fronteras exteriores europeas se podrán conocer con mayor detalle con el transcurso del tiempo, pero el panorama está lejos de ser alentador. Algunas sentencias posteriores del TEDH han sumado nuevas preocupaciones, como se puede observar en los casos *Asady y otros c. Eslovaquia* (24 de marzo de 2020), y *M.K. y otros c. Polonia* (23 de julio de 2020).

En *Asady y otros*, la Corte consideró suficiente –para señalar que hubo un procedimiento individualizado y descartar la denuncia de expulsión colectiva– que las personas fueran entrevistadas por el plazo de 10 minutos cada una, con preguntas estandarizadas sobre los motivos de salida de su país y las circunstancias de ingreso a Eslovaquia, dirigidas a establecer los factores que llevaron a que salgan de sus países de origen y las circunstancias de su entrada a territorio eslovaco, agregando que tal vez fueron muy breves porque los peticionantes no dijeron nada que pudiera requerir un mayor examen (párr. 66). Nuevamente, derechos en manos de interpretaciones restrictivas y una construcción argumentativa desde el absurdo, y no la lógica.

En *M.K. y otros*, el TEDH retoma la teoría sobre la “conducta culpable”, aunque en este caso destaca que los peticionantes habían intentado ingresar la frontera de manera legal, usando un puesto de control oficial y poniéndose a disposición de los controles fronterizos requeridos por la ley (párr. 207). En otro plano, y retomando lo señalado en la crítica política, utiliza el concepto de “migrantes económicos”, a pesar de ser un término que no tiene ninguna base ni definición normativa y, al contrario, responde a una estrategia política vinculada a la paulatina restricción de derechos de personas migrantes y solicitantes de asilo (Ceriani Cernadas, 2016), desplegada especialmente por la Unión Europea en el marco de la crisis sufrida por la población siria desplazada.

En tercer lugar, los efectos de la sentencia pueden impactar, de manera más general, en todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia, como vimos, avala que una infracción o conducta contraria a la ley de una persona sea motivo suficiente o principal para justificar la negación de derechos y garantías esenciales. Si se traslada este criterio a otros temas, ¿no legitimaría procedimientos administrativos y/o judiciales que carezcan de garantías básicas si la persona, previo al accionar del Estado, hubiera infringido una ley? ¿No avalaría la violencia institucional o diferentes formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes, como respuesta a un acto presuntamente ilegal?

El análisis hecho sobre el doble estándar desarrollado por el TEDH cuando se trata de casos sobre personas migrantes y solicitantes de asilo, podría indicar que ese riesgo de extensión a otros temas –o, mejor dicho, personas– no estaría tan justificado. Ahora bien, por un lado, esto es difícil de afirmar

---

32 Comunicación 090/2019, decisión del 4 de noviembre de 2020, CRC/C/85/D/90/2019.

con certeza. Por el otro, esas teorías podrían ser replicadas por otros actores, incluyendo tribunales de justicia de diversos países, y aplicarlos tanto a temas migratorios como a otros. Y finalmente, y esto es algo que debe subrayarse, la desigualdad de trato hacia las personas migrantes y refugiadas es, en sí mismo, un daño a todo el Estado de Derecho, a la totalidad de una sociedad o comunidad, a cualquier noción elemental de justicia en todos sus sentidos.

Por último, el cuarto efecto es hacia adentro del propio tribunal. En palabras de Pichl (2020), la mayoría de los jueces pudo haberse preocupado por perder apoyo entre los Estados. Sin embargo, con esta sentencia el Tribunal pierde credibilidad como un defensor efectivo de los derechos humanos en tiempos de crisis.

## Bibliografía

- Carrera, S. (2020). The Strasbourg Court Judgement N. D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders? *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*.
- Ceriani Cernadas, P. (2007). Políticas migratorias y garantías procesales ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Una crítica a la no aplicación del artículo 6 CEDH en los procesos de admisión, residencia y expulsión de extranjeros. *Base de Datos INFOJUS, Sistema Argentino de Información Jurídica. Id SAIJ: DACF110158*. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/buscador/doctrina-derecho-administrativo>
- (2009a). Control migratorio europeo en territorio africano: la omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos. *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año 6, 10, San Pablo, junio 2009.
- (2009b). Los derechos de migrantes sin residencia legal en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: un balance complejo ante la realidad y los retos de la inmigración en la región. En P. Ceriani y R. Fava (eds.), *Políticas Migratorias y Derechos Humanos*. Universidad Nacional de Lanús.
- (2016). El lenguaje como herramienta de la política migratoria. Notas críticas sobre el concepto de “migrante económico” y su impacto en la vulneración de derechos. *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*. Año 13, 23, San Pablo.
- De Fillipo, M. (febrero de 2020). Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law. *Diritti umani e diritto internazionale, Rivista quadrimestrale*, 479-509.
- Dembour, M. B. (2015). *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights, with an Inter-American Counterpoint*. Oxford: Oxford University Press.
- De Lucas, J. (2020). El Derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia “N.D. y N.T. contra España” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría Y Derecho*, 27, 84-96. Recuperado de <https://doi.org/10.36151/td.2020.005>
- De Lucas, J. (junio de 2016). Sobre el proceso de vaciamiento del derecho de asilo por parte de los Estados de la UE. *Ars Iuris Salmanticensis. Tribuna de actualidad*. Universidad de Salamanca. 4, 21-27.
- De Lucas, J. (2015). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant.

- Gammeltoft-Hansen, T. (2010). Growing Barriers: International Refugee Law. En Gibney and Sigrun Skogly (eds.), *Universal Human Rights and Extraterritorial Obligations* (pp. 55-58). University of Pennsylvania Press.
- Gatta, F. L. (6 de mayo de 2020). “Tell me your story, but hurry up because I have to expel you” – Asady and Others v. Slovakia: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT “own culpable conduct” test to collective expulsions. *Strasbourg Observers*.
- Heijer, Maarten den (2011). *Europe and extraterritorial asylum*. Leiden: Leiden University Publications.
- Hernández Bologna, A. (2020). *Expulsiones colectivas. Análisis de la sentencia del TEDH en el caso N. D. y N. T. contra España*. Tesis de Maestría. Universidad Carlos III, Madrid.
- Pichl, M. y Schmalz, D. (14 de febrero de 2020). Unlawful may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T. *Verfassungsblog*. Recuperado de <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>



# Derecho a la vida. Obligación de investigar. Deber de adoptar medidas de derecho interno

## TEDH. *Affaire Marius Alexandru et Marinela Stefan c. Roumanie*, 24 de marzo de 2020

*Por Daniel Stragá<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

Siendo un novel abogado, allá por fines de los ochenta, me desempeñaba en la Procuración General de lo que en ese momento era la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Mi ámbito, lo que forjara mi futura actuación profesional, el derecho penal y el de daños y perjuicios.

La Dirección donde trabajaba comprendía los daños sufridos por terceros por responsabilidad de la comuna, tanto en el ámbito penal como civil. Contaba con un poco más de 25 años y “cayó” –como decimos en la jerga– una causa en la que tres empleados de Forestación del municipio habían podado mal, pero ostentosamente mal, un árbol y este se derrumbó sobre una mujer joven, de resultados del cual sufrió una paraplejía total y permanente.

Recuerdo del asunto el fácil sobreseimiento dictado por el entonces juzgado correccional y el inmediato paso al juicio por resarcimiento. Pese a que la conducta desarrollada por los empleados municipales había sido un compendio de negligencia, impericia e imprudencia, la actuación jurisdiccional en su incuria se cohesionó perfectamente con aquellos.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Miembro de la Liga Argentina por los Derechos del Hombre y de la Asociación Americana de Juristas. Fundador de la Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional (CORREPI). Ejercicio independiente de la abogacía.

Debo admitir cierto malestar en mi propio cometido técnico y por valerme de un pronunciamiento liberatorio francamente indolente, que tuviera tan poca consideración por la víctima. Renuncié a la Procuración en el año 1990 y perdí el rastro de esa causa que ameritaba más que una reparación pecuniaria.

Tengo memoria de que el fallo del juez correccional importaba una clara violación del derecho de acceso a la justicia por parte del damnificado. Eran tiempos del “Código escrito”, expresión inquisidora del debido proceso. Estaba contemplada la figura del “querellante”, como acusador particular, pero “decorativamente” adherente a la lateralidad del fiscal, que, supongo, en ese caso consideró que había temas más interesantes por pretender punitivamente.

El caso que aquí comento me evocó inmediatamente aquel sinsabor abogadil. Por ese entonces comulgaba con una visión más restringida de la aplicación de los derechos humanos, evidentemente producto de las atrocidades de la dictadura militar, de la que con el transcurso del tiempo amplié a medida que advertí que el único *legitimatio* pasivo, el Estado, puede violar los derechos contemplados en los tratados de derechos humanos de múltiples formas y no solo a través de la violencia institucional.

## 2. Los hechos del caso

El día 6 de agosto del 2007, el matrimonio compuesto por los señores Marius y Marianela Stefan en compañía de su hijo menor se desplazaban a bordo del automóvil de su propiedad en dirección a una ciudad del Mar Negro. En dicha ocasión se produjo la caída de un árbol sobre el rodado, producto de lo cual perdieron la vida los tres ocupantes.

La hija del matrimonio y tres hermanas de los damnificados demandaron a la República de Rumania ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los requirentes denunciaron la conculcación de la obligación de protección de la vida, y la ausencia de efectividad de instrucción para identificar y castigar a los responsables del accidente, en virtud del artículo 2.1 (derecho a la vida) y 6.1 (derecho a un proceso equitativo) del tratado.

Dos deben ser los aspectos que consideramos para abordar el asunto: el primero, la razón procedimental que desemboca en la denuncia internacional; el otro, la violación al deber de cuidado de la vida en la responsabilidad internacional. En el caso “Stefan” ambas están debidamente imbricadas, ya que la carencia de una respuesta judicial al asunto concluye en la infracción del país de los Cárpatos.

Impetrada la acción en el derecho interno, sinceramente, la causa atravesó por un sinnúmero de obstáculos esencialmente erigidos por la Fiscalía supuestamente a cargo de la pesquisa, que, a la luz de sus propias intervenciones procesales persiguió más exclusiones que propósitos punitivos.

Sin perjuicio de que los damnificados habían acreditado, incluso con informes oficiales, que la especie vegetal había sido desraizada por la excavación de un sistema de desagüe pluvial, que sus partes se



encontraban en estado de putrefacción, que había deterioro del suelo, y que los vientos habían sido moderados, las autoridades rumanas impusieron la dilación del proceso como respuesta.

A casi dos años de iniciadas las investigaciones, más precisamente en junio del 2009, los damnificados denunciaron al fiscal a cargo por “falta de rapidez en la investigación”, análogo a nuestro “retardo o denegación de justicia”.

La respuesta de las autoridades rumanas fue “desestimar los cargos contra el conductor del automóvil”, vale decir contra el desafortunado Stefan, lo que nos permite concluir que cuando no se quiere investigar, no hay nada mejor que inventar alguna imputación sobre la víctima.

El 19 de enero del 2010, la Fiscalía se pronunciaría, por primera vez, por el archivo de las actuaciones, considerando que el árbol había caído por un desarraigo fortuito y no había conducta reprochable alguna para atribuir negligencia funcional. Ante la apelación de los damnificados, la Alzada ordenó una nueva investigación “rápida y efectiva en el sentido del artículo 2 de la Convención Europea”.

La pretensa rapidez invocada perduró por tres años más. En abril del 2013 el Tribunal cerró la investigación, por entender que el árbol no tenía defectos en el tronco y en la corona. Una nueva apelación, agravándose de falta de investigación efectiva, dio sus frutos y en diciembre del 2013 se reabre la investigación, para volver a su sendero de letargo procesal constante. En el interín, la representación legal de la familia, promoviendo nuevos cuestionamientos a la pasmosa lentitud que le imprimió la fiscalía actuante.

El 8 de abril del 2015, el Ministerio Público rumano decidió un nuevo cierre de las actuaciones reafirmando la teoría del accidente. Se me permitirá un corchete, casi una remembranza: una resolución de idéntica factura de aquellos funcionarios municipales de antaño. La lenidad –y más aún, subestimación– de ciertos estamentos judiciales en concebir a la siniestralidad como un factor criminoso. En Argentina y, de acuerdo a mi experiencia en materia internacional en otros lares, la desidia por comprender la culpa como emergente imputativo y el fomento por la concepción accidentológica, fortuita y fatal que inhibe siempre cualquier conducta para su evitación.

Pues bien, la irremediable decisión judicial que llegó en febrero del 2016 confirmando el dictamen fiscal y ordenando archivar el legajo. Demás está decir, que, como en nuestro derecho interno, clausuradas todas las posibilidades de recurso, la instancia internacional quedó expedita. Así fue que la representación de los damnificados impetró la acción ante el TEDH.

### **3. El fallo del TEDH**

La sentencia en el *Affaire Stefan* deviene polémica por las dos aristas hermenéuticas que el Tribunal le brinda al derecho a la vida. Primera, a la que adhiero sin cortapisas, es que la falta de respuesta judicial frente a la pérdida de la vida humana importa necesariamente violentar el derecho a la vida. Y la segunda, concerniente a la internalización de medidas que guarden el derecho a la vida.

Concerniente a la primera, debemos partir de los fallecidos por la caída del árbol sobre su humanidad; legitimación *per se* de las víctimas que trascienden el marco de los impulsores procesales del pleito. Los propios damnificados por el accionar, que, en nuestro parecer, no solo se acota a los muertos de manera intencional, sino que se extiende a los casos en que la muerte haya sido infligida por conducta negligente, imperita o imprudente del agente estatal, o de aquel que actuare con el consentimiento y/o aquiescencia del aparato estatal.

En estos casos, a los propios damnificados directos se les debe una pronta y efectiva administración de justicia para que los responsables materiales e intelectuales de sus decesos no queden impunes.

Se destaca del fallo que se reitera la obligación positiva de los Estados de garantizar un ordenamiento jurídico eficaz e independiente que permita a las víctimas el acceso a la jurisdicción. El Tribunal sostiene que ese derecho al debido proceso legal impone a los Estados una normativa que “permita establecer los hechos con poca antelación, responsabiliza a los responsables y proporciona a las víctimas una indemnización adecuada”.<sup>2</sup>

Examinando el caso en particular, la condena a la República de Rumania deviene completamente justificada. No solo por la morosidad del proceso, que se dilató injustificadamente por 8 años, sino en la conducta procesal de los agentes estatales, tanto policiales como de la propia fiscalía actuante, que impusieron una cadencia procesal pletórica en demoras y obstáculos que menoscabaron su derecho a la jurisdicción.

Evidentemente, ni los fallecidos ni los demás reclamantes encontraron la más mínima satisfacción a las instancias procesales en un plazo razonable y adecuado. El Estado rumano no brindó la más elemental respuesta a sus legítimas peticiones y, por el contrario, incumplió su obligación de velar por la celeridad procedimental.

Sin ingresar en el detalle del proceso, las faltas de intangibilidad del hecho, del resguardo del *corpus delicti* y la demora en realizar una pericia apropiada –que fueran resaltados en el fallo– nos encumbró a *El Proceso* de Franz Kafka, donde desde los organismos estatales imponían una forma de absolución de los responsables delictivos. Una prórroga ilimitada como dispositivo para mantener el proceso en una primera fase, sin que avance, ni se encamine, ni se identifique a ninguna persona responsable.

De esta forma se consigue “que el proceso gire de continuo en el pequeño círculo dentro del cual se halla artificialmente limitada su acción” (Kafka, ob. cit.:157).

Los Estados partes asumen la exclusiva carga de prestar en debida forma el servicio de justicia. Su inacción, su obstaculización y su inercia atentatoria del plazo razonable genera responsabilidad internacional. Por ello, el Tribunal sostiene que “A la luz de lo anterior, no se puede considerar que el sistema

---

2 TEDH. *Case of Affaire Marius Alexandru et Marinela Stefan c. Roumanie*, Application, No. 78643/112 (Sección 4ta), de 24 marzo de 2020.

judicial rumano, tal como se implementó en el presente caso, haya permitido establecer el papel y la plena responsabilidad de los agentes o autoridades del Estado en el accidente en cuestión”.<sup>3</sup>

Ahora, el párrafo 100 del fallo es el *quid* del derecho a la vida y de la aplicación del artículo 2.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y es el nudo del rechazo de la acción por parte del Tribunal, en nuestra consideración, por una pundonorosa deferencia a asuntos intestinos de cada país.

Para el voto de la mayoría, si el Estado había adoptado un marco legal general tendiente a la protección al derecho a la vida, a esa instancia jurisdiccional supranacional no le corresponde intervenir, y no resultan de su incumbencia cuestiones atinentes a la aplicación de las mismas.

Pese a admitir que diferentes actos y omisiones de las autoridades pueden llegar a comprometer la responsabilidad desde el punto de vista material del artículo 2 de la Convención, el TEDH estimó que no le correspondía cuestionar las medidas tomadas por las autoridades nacionales. No era de su atribución determinar si particulares medidas resultaban apropiadas para las inspecciones de los árboles en la vía pública y si ello emergía como apto para garantizar la seguridad pública.

Al existir legislación atinente a la seguridad en carreteras, así como una ley forestal, es suficiente abono para tener por cumplido con las obligaciones internacionales y no reviste de su competencia pronunciarse al respecto. Para el Tribunal, pertenece a las autoridades nacionales determinar las medidas apropiadas a tomar y las inspecciones de los árboles bordeando las rutas necesarias para garantizar la seguridad de las personas sobre la vía pública. Habiendo el Estado implementado medidas de seguridad para prevenir riesgos potenciales para la vida, para la Corte no hubo violación del artículo 2 de la Convención en su aspecto sustantivo.

Honestamente, consideramos injusta la solución propiciada. El derecho a la vida no puede circunscribirse meramente a que esta no sea quitada por otro, a la “privación de la vida mediante actos de ejercicio de la fuerza estatal”, sino que existen múltiples maneras de su conculcación.

El artículo 2.1 de la Convención Europea encomienda al Estado no solo abstenerse de infligir la muerte de manera intencional e ilegal, sino también a tomar todas las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de las personas dentro de su jurisdicción.

Precisamente, en esa doctrina es que se inscribe el párrafo 97 del fallo, que estableció que “la primera frase del artículo 2 atañe que el Estado no solo debe abstenerse de infligir la muerte sino también debe tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas”. Esa obligación no se limita a adoptar normas jurídicas de derecho penal eficaces para disuadir y/o castigar la comisión de delitos. Desde nuestro punto de vista, tampoco se abstendrá de adoptar otro tipo de normativas civiles o administrativas tendientes a evitar el resultado luctuoso.

Entendemos que, por más que los Estados hayan adaptado su sistema normativo a la protección de los derechos humanos, si después en la práctica esa letra cae en saco roto, por su deficiente, desidiosa

---

<sup>3</sup> *Ibidem*.

o poco eficaz aplicación, la obligación no puede tenerse por cumplida ni prestada. La obligación primera que tienen los Estados es la de garantizar el derecho a la vida, de la que se deriva conformar un status jurídico que evite poner en peligro la vida de las personas.

Ahora bien, la imposición del establecimiento de medidas legislativas y/o administrativas necesarias para su consecución debe ir de la mano de su aplicación conforme y de un cumplimiento efectivo. Queremos decir que resulta muy ajustado adecuar la legislación interna a las convenciones de derechos humanos, pero si después esa normativa interna no encuentra efectivización ni ejecución en los hechos, no puede hablarse con solvencia de que la obligación internacional se encuentra cumplida.

No puede caerse en la pueril dialéctica de que, como el Estado acondicionó su normativa interna acorde con los tratados internacionales, su obligación se encuentra cumplimentada. No es necesario traer a colación los innumerables casos donde los Estados suscriben pactos internacionales para luego sistemáticamente desatenderlos.

Por más que la República Rumana haya favorecido la incorporación de normas que aseguren la protección de la vida humana, ese “marco regulatorio” interno sea penal, civil o administrativo destinado a ese amparo, no puede bastar, abastecer, ni satisfacer la obligación internacional si no hay un efectivo cumplimiento de sus premisas.

Desde nuestra óptica, el fallo del Tribunal Europeo admite una lenidad alarmante en materia de real ejecución de la letra. Dicho en otros términos, Rumania incorporó disposiciones de seguridad coherentes con la Convención Europea, pero, en la práctica, estas han tenido poca o nula aplicación. A la luz del resultado y, como decíamos, imbricada con el derecho al “acceso a la jurisdicción”, la normativa vigente no es de aplicación o, en todo caso, de estéril concreción.

Según nuestra posición, por más que Rumania haya incorporado la más probas de las medidas legislativas, si esta no se cumple, amerita tenerse por acreditada la violación al derecho a la vida. En el caso concreto, Rumania incumplió el deber ínsito de verificar, controlar y asegurar que las especies vegetales se encuentren en debido estado fitosanitario, pero fundamentalmente incumplió con la aplicación práctica de una legislación que obligaba a sus funcionarios.

Cierto es que les compete a las autoridades locales tomar las medidas necesarias para la seguridad en espacios públicos y la instancia supranacional no puede inmiscuirse. Empero, no puede, so capa de que el Estado adoptó normas tendientes a tal propósito, desentenderse de la efectiva aplicación. Por tal motivo, concuerdo con la disidencia del juez Pinto de Albuquerque en cuanto no simplificar este aspecto que, indiscutiblemente, resulta más que trascendente. Al igual que el magistrado, considero necesario que, con el objetivo de prevenir cualquier atentado contra la vida, los tribunales internacionales deben exigir a los Estados que arbitren mayores y más profundas medidas.

La prevención de riesgos en espacios públicos, como pueden ser las carreteras, debe extremarse, y las previsiones de los pactos de derechos humanos no se tienen por saldadas con normativas genéricas, sino que deben ser, a su vez, específicas y para su efectivo cumplimiento.

El fallo del Tribunal Europeo es anodino y se queda a mitad de camino. Asume que la inacción judicial y la demora en el trámite procesal ha conculcado los derechos de los fallecidos y de los reclamantes. Empero, al momento de enjuiciar la responsabilidad del Estado, adoptó una posición insustancial limitada a la adopción de medidas legislativas internas y con ello se satisfizo; sin importar si dichas disposiciones eran meramente genéricas y globales y sin examinar concretamente la aplicación efectiva de las mismas.

Por tanto, consideramos que encontrándose en juicio valores como la vida y la integridad física de las personas, los tribunales internacionales no pueden contentarse con obligaciones formalmente cumplidas. Insistimos en que legislar para no cumplir es lo mismo que no haber legislado.



# Partidos políticos

## TEDH. *Affaire Ignatencu et le Parti Communiste Roumain c. Roumanie*, 5 de mayo de 2020

*Por Alejandro Tullio<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

El presente comentario trata sobre la sentencia dictada por el TEDH en el caso presentado por Petre Ignatencu y el Partido Comunista Rumano (PCR) contra el Estado de Rumania por la presunta vulneración de los artículos 7, 9, 10, 11 y 14 del CEDH por la negativa a registrar al PCR como partido político, así como del artículo 1 del Protocolo N° 12, relativo al derecho a la libertad sindical.

Asimismo, alegan una violación del artículo 6 del Convenio porque, afirman, no tuvieron un proceso justo, dado que la Corte de Apelaciones calificó como un “recurso”, y no una “apelación”, la impugnación de la sentencia contra el tribunal originario, lo que los habría privado de un recurso ordinario.

### 2. Hechos

El 27 de marzo de 2010 se formó un comité de reorganización del Partido Comunista Rumano, se aprobaron sus estatutos y el programa político. Petre Ignatencu fue elegido presidente de ese comité.

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesor adjunto de Derecho de la Integración (UBA). Profesor de posgrado de Derecho Electoral (UNSAM). Director del Instituto de Ciencias Jurídicas (EEyN/UNSAM).

El 16 de octubre de 2012, basándose en los artículos 8.1 y 40.1 de la Constitución y en el artículo 9 de la Ley N° 14/2003 sobre partidos políticos, los miembros del comité de reorganización se presentaron ante el Tribunal del Condado de Bucarest para solicitar su registro en la lista de partidos políticos.

El 21 de febrero de 2013, el Tribunal desestimó la petición. Para ello, declaró que del análisis de los artículos 6 y 9 de los estatutos del partido se desprende que su objetivo era la transición a una sociedad de tipo socialista y que propuso una doctrina e ideologías “que habían formado la base del traumático régimen totalitario que había gobernado el país durante aproximadamente medio siglo y que había sido contrario a una sociedad democrática”.<sup>2</sup>

Los miembros del comité de reorganización impugnaron esta resolución ante la Corte de Apelación de Bucarest, alegando que el tribunal inferior había interpretado los estatutos en forma errónea, concluyendo que tenían la intención de constituir un partido político que defendiera un régimen dictatorial. En su presentación argumentaron que la negativa al registro constituía una injerencia en su derecho a la libertad de asociación y una medida drástica, desproporcionada e injustificada en una sociedad democrática.

El 16 de julio de 2013, la Corte calificó la impugnación como “apelación” y la desestimó, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. Sus fundamentos consideraron que, de acuerdo con el análisis de los estatutos, el programa y otras constancias que obraban en la causa, la solicitud originaria no se refería al registro de un nuevo partido, sino a la reorganización del antiguo PCR, asumiendo la continuidad teórica y práctica del movimiento de trabajadores socialistas y comunistas en Rumanía. En virtud de ello, lo solicitado no se enmarcaba ni en lo establecido en el artículo 4 (organización y funcionamiento de nuevos partidos políticos), ni en el artículo 37 (reorganización de aquellos que ya estaban legalmente constituidas) de la Ley N° 14/2003. Sostuvo el tribunal que los artículos 9, 21 y 22 de los estatutos demostraban que el objetivo real del partido sería legitimar la antigua formación política que había instaurado en Rumanía un régimen totalitario contrario a los principios democráticos.

Asimismo, detectó una irregularidad respecto de la certificación de las firmas de los participantes en el comité de reorganización.

Finalmente sostuvo que la injerencia respecto del derecho a la libertad de asociación alegada era proporcional al objetivo legítimo de no permitir el retorno a Rumania del antiguo régimen totalitario que gobernó hasta diciembre de 1989 y asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 14/2003 y la Ley N° 51/1991.

---

<sup>2</sup> TEDH, *Affaire Ignatencu et le Parti Communiste Roumain c. Roumanie*, Requête no. 78635/13, Court (Fourth Section), 5 de mayo de 2020, párr. 19.



### 3. Fundamentos de la decisión del TEDH

En primer lugar, el Tribunal solo admitió analizar las alegaciones de los demandantes respecto del artículo 11 de la Convención.

El Tribunal debía determinar: 1) si hubo injerencia del Estado rumano que afectaba el derecho de los solicitantes de registro; 2) Si, en su caso, esa injerencia era ilegítima o estaba amparada en las normas nacionales, que contravenía el CEDH.

El Estado rumano alegó que no hubo injerencia con el derecho de los solicitantes a la libertad de asociación, ya que en 2016 se procedió al registro con el nombre de “Partido Comunista Rumano - Siglo XXI”, pero en caso de que el Tribunal considerara que efectivamente la hubo, perseguía un objetivo legítimo, a saber, la protección de la seguridad nacional, que pudo haber sido afectada por el surgimiento de un partido comunista presentando una doctrina similar a la del partido que había gobernado el país durante el régimen totalitario.

El Tribunal determinó que el PCR - Siglo XXI es una persona distinta que la de los demandantes por lo que no podía traerse a esta causa.

Estableció, basado en precedentes del propio Tribunal, que existió una interferencia con el derecho de asociación de los demandantes ante la negativa al registro del PCR como partido político.

Establecidos los hechos y su calificación primaria, el Tribunal analizó si la actuación estatal se encuadraba en la excepción del artículo 11.2 CEDH, que legitimaría su accionar. En ello consiste el mayor interés de este fallo.

Como toda excepción a una norma general debe hacer un examen estricto y una interpretación restringida para conocer si se dan todos los supuestos exigidos en el Convenio. En este punto el Tribunal se abocó a analizar no solo si la injerencia demostrada se encontraba prevista en la ley, sino si era “necesaria en una sociedad democrática”.

Las instancias nacionales actuaron en aplicación de las leyes N° 14/2003 y N° 51/1991 y en las disposiciones de la Constitución, por lo tanto se cumplió el principio de legalidad exigido por el Convenio. En lo que puede interpretarse como un error de litigación, los demandantes no cuestionaron la convencionalidad de las normas, por lo que el derecho aplicado no estaba en entredicho, ni fue analizado por el TEDH.

Respecto de la necesidad “en una sociedad democrática”, o sea el elemento teleológico del acto, el TEDH consideró que el contexto histórico debía ser tenido en cuenta. El Tribunal y el Convenio asignan a los partidos políticos una alta valoración y protección. Por ello los Estados cuentan con un margen de apreciación nacional<sup>3</sup> reducido respecto de las limitaciones a la libertad de asociarse y funcionar.

<sup>3</sup> En 1950 se aprobó el Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuya redacción original se incluyeron una serie de derechos comunes a las sociedades democráticas contemporáneas, de prohibiciones. El derecho europeo fue evolucionando e incorporando nuevos derechos mediante protocolos y también en virtud

Para juzgar la legitimidad de cualquier restricción se debe efectuar, respecto del accionar estatal, un juicio de proporcionalidad entre los requisitos exigidos, su aplicación por la autoridad de registro y los fines constitucionales y convencionales, y en ningún caso se debe denegar un registro como forma de sancionar las opiniones o políticas que promueve. Sin embargo, resulta legítimo, entonces,

imponer a los partidos políticos, formaciones destinadas a ganar el poder y dirigir una gran parte del aparato estatal, el deber de respetar y salvaguardar los derechos y libertades garantizados por la Convención, así como la obligación de no proponer un programa político en contradicción con los principios fundamentales de la democracia.<sup>4</sup>

En el presente caso, excluido el análisis de las normas por no haber sido controvertidas, los tribunales nacionales fundaron las decisiones adoptadas en los siguientes argumentos: la solicitud de las demandantes se relacionaba con la reorganización de un partido disuelto en forma permanente por ley y ello no se enmarca en las hipótesis previstas por la normativa de partidos políticos para su registro; existía un problema formal con la certificación de firmas de los participantes del comité de reorganización; y el contenido de los estatutos y del programa político del partido a reconocer entraba en colisión con las disposiciones de las leyes N° 14/2003, N° 51/1991 y la Constitución.

Respecto del primer fundamento, efectivamente el TEDH entendió que los solicitantes no deseaban crear una nueva formación política, sino reconstituir un partido que había sido políticamente activo antes de la solicitud de registro; no se trataba de una solicitud de inscripción de un nuevo partido ni de una solicitud de reorganización de una formación política que ya estaba legalmente constituida, ya que el antiguo PCR no había operado en Rumania desde diciembre de 1989.

---

de la producción jurisprudencial. La capacidad de interpretar el Convenio asignada al Tribunal le ha permitido no solo adecuar las previsiones de este a más de setenta años de haber sido redactadas, sino también conjugar virtuosamente la fricción natural entre supranacionalidad y soberanía. Para ello ha desarrollado la doctrina del margen de apreciación nacional a partir del caso *Handyside vs. Reino Unido* (1976), ocasión en la que consideró que en asuntos sobre los que no había una posición uniforme entre los Estados parte, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación para interpretar la conformidad de un acto con el Convenio. Se trata de una cierta deferencia a favor de los Estados cuando aplican algunas restricciones a derechos protegidos en el Convenio. Sobre esto se ha afirmado que tal deferencia no es una dispensa absoluta, sino un “espacio de maniobra”, siendo el Tribunal quien juzga en qué situaciones procede, aplicando en estos casos el juicio de proporcionalidad. La jurisprudencia indica que se aplica en mayor medida a los casos relacionados con los artículos 8-11 del CEDH y que constituyen decisiones nacionales que afectan a un interés público relevante o a un asunto de política general. La doctrina no es pacífica sobre la persistencia del margen de apreciación nacional. Si bien su aparición evitó fisuras en el espacio del Convenio, hay críticas sobre su aplicación a los casos concretos. La Academia reconoce que la aplicación del margen de apreciación está condicionada por la inexistencia de una base normativa común, la naturaleza del derecho afectado, la obligación conforme al Convenio, la legitimidad del fin perseguido, la naturaleza de la regulación de que se trate, las circunstancias particulares del caso y el equilibrio entre los intereses generales y particulares en juego.

4 TEDH. *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and others v. Turkey*, Application no. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 y 78635/13, Court (Grand Chamber), 13 de febrero de 2003, párr. 103.

En opinión del Tribunal, no es descabellado, especialmente en el contexto histórico del caso, que la legislación rumana no permita la reconstitución de formaciones políticas que nunca han funcionado legalmente en un régimen democrático.<sup>5</sup>

Respecto de la irregularidad de las firmas, el TEDH consideró también que “no es descabellado en sí mismo exigir a un solicitante que adjunte a su solicitud una declaración de responsabilidad de la persona que elaboró la lista de firmas en cuestión”.<sup>6</sup> Como este requisito se hubiera podido subsanar mediante una nueva declaración emitida en la forma exigida por la ley, concluyó que no constituyó un obstáculo desproporcionado, y por lo tanto no fue ilegítimo.

Sobre el análisis de los contenidos de los estatutos, el Tribunal se ha pronunciado, a la luz del artículo 10 CEDH, sobre que las condiciones impuestas por los Estados para el registro de un partido político no deben ser tales que le impidan promover sus ideas y convicciones políticas.

A pesar de la mención en los documentos partidarios del “respeto a la integridad territorial y el orden jurídico y constitucional del país, los principios de la democracia, incluido el pluralismo político, la oposición al totalitarismo y a cualquier tipo de discriminación”, la pretensión última de los demandantes de “promover una sociedad socialista con una economía de tipo socialista en la que el Estado, en nombre del pueblo, tuviera plena autoridad sobre la economía nacional” resulta una señal de peligro respecto de los objetivos partidarios.<sup>7</sup>

Para validar u objetar este aspecto de la decisión interna, el Tribunal debió sopesar si la autoridad nacional actuó dentro del margen de apreciación nacional encontrando a las mismas “pertinentes y suficientes” y “proporcionadas al fin legítimo perseguido”.

Un hecho central a la hora de decidir fue la existencia de partidos con una doctrina comunista en Rumania, por lo que la denegación no se fundó en razones ideológicas, sino en que los principios adoptados eran contrarios al orden constitucional y legal del país, y en particular a los principios fundamentales de la democracia.

El Tribunal expresó que el contexto histórico no puede por sí mismo justificar la necesidad de la injerencia, tanto más cuando los partidos comunistas de ideología marxista existen en varios países signatarios de la Convención, pero en el presente caso los demandantes no pedían la simple creación de un partido comunista, sino la reorganización del partido que había liderado Rumania imponiendo un régimen totalitario, que había sido derrocado en diciembre de 1989.

El TEDH resolvió que la negativa a autorizar al PCR por parte de las autoridades nacionales, si bien constituyó una injerencia, se amparó en la consideración de “necesidad social urgente” y, consecuentemente, no fue desproporcionada con los fines legítimos perseguidos por el acto y podía considerarse “necesaria en una sociedad democrática” en el sentido del artículo 11.2 del Convenio.

---

5 Ídem nota 2, párr. 90.

6 Ídem nota 2, párr. 91.

7 Ídem nota 2, párr. 11, 13, 29 y 95.

Por último, desestimó la queja sobre tratamiento discriminatorio por parte de la Corte de Apelaciones, ya que el artículo 6 del CEDH se refiere exclusivamente a casos de naturaleza civil o penal.

## 4. Comentario

Los partidos políticos son un elemento necesario –aunque no suficiente– para que un régimen político pueda calificarse como democracia pluralista. La libertad de constituirlos, afiliarse y, a través de ellos, manifestarse y competir por cargos electivos en las estructuras del Estado realiza la representación política, necesaria para la participación en los asuntos públicos que muchos instrumentos de derechos humanos consagran.

Por estas razones, la prohibición de registro de un partido político es una medida extrema, donde el margen de apreciación nacional debe restringirse al máximo y solo será legítima cuando los objetivos y las actividades del partido sean totalmente contrarias a la democracia y representen un riesgo severo para los derechos de los demás.

### 4.1. Democracia procedimental y democracia sustantiva

A lo largo de la historia (breve) de la existencia institucional de los partidos políticos se transitaron distintos caminos para que su estructura y funcionamiento fueran funcionales al objetivo conceptual que los inspira: la representación política y, más adelante, la democracia.

En muchos casos se entendió que, por los objetivos sociales que persigue y por su rol en el funcionamiento de las instituciones, lo más aconsejable era dotar a los países de legislación regulatoria de los partidos, ya sea asimilándolos con entidades de derecho privado (asociaciones), creando figuras específicas o, como en el caso argentino, la doble condición de asociaciones de derecho privado que requieren un trámite oficial para su registro y deben cumplir determinadas condiciones y requisitos tanto para obtener como para mantener su personalidad político- partidaria.

La prohibición de partidos políticos, siendo calificada como medida extrema, ha sido utilizada, aunque suene paradójico, como herramienta de defensa de la democracia en la mayoría de los Estados europeos, adscriban al modelo que adscriban.

Precisamente en la práctica europea, y como resultado de las particularidades históricas por las que atravesó ese continente en la primera mitad del siglo XX, se desarrollaron dos modelos distintos de democracia: la democracia procedimental y la democracia sustantiva.

La democracia procedimental es aquella que se percibe como una técnica de expresión de la voluntad popular mayoritaria, en la que, cumplidos los procedimientos normativos, no se pone límites a la posibilidad de reformas de los modelos de Estado. Una democracia procedimental permitiría, mediante una reforma constitucional, la abolición de la democracia misma y la adopción de otro modelo de Estado.

Las democracias sustantivas, también denominadas democracias militantes, por otra parte, entienden que la democracia no es un simple proceso, sino un medio para asegurar a los ciudadanos derechos y libertades fundamentales.

En el primer modelo, la tolerancia política, el pluralismo y la voluntad de la mayoría constituyen contenidos sacralizados en los cuales su limitación deviene del resultado de actos o hechos contrarios al ordenamiento jurídico, pero de ninguna manera una simple potencialidad fundada en consideraciones históricas o ideológicas; por otro lado, la democracia militante consiente la limitación de determinados derechos y principios inherentes de la propia democracia para defender a esta de sí misma.

Es necesario dedicar un párrafo a la motivación histórica de este último modelo. Lowenstein acuñó el término “democracia militante” en 1937, cuatro años después de que el Reichstag aprobase la Ley Habilitante que permitió a Hitler destruir la construcción legislativa que caracterizó a la República de Weimar. La democracia militante es la reacción al fascismo y a la consagración legislativa de partidos antidemocráticos.

Y es precisamente en relación con los partidos políticos y su habilitación que se manifiesta con toda claridad la militancia prodemocrática, ya que los Estados que adscriben a este modelo incorporan a sus constituciones normas que buscan prevenir estos males.

Como ejemplo sirve la norma de la Ley Fundamental de Bonn, la Constitución Alemana de 1949, que establece en su texto la importancia de los partidos políticos, exigiendo una organización democrática y transparente, y estableciendo límites a la capacidad de crear y funcionar para partidos de acuerdo con sus “fines o comportamiento de sus adherentes”. Finalmente, la Constitución indica que la ley federal establecerá la regulación de estos institutos.

En consecuencia, mientras la democracia militante adopta medidas preventivas y defensivas del modelo de Estado democrático que llegan hasta la ilegalización y prohibición de partidos, o sea, la limitación de los derechos de asociación y expresión de ciertas ideas, la democracia procedimental garantiza la libertad ideológica, por lo que la eventual ilegalización de un partido político no será fundada en las ideas que defiende ni sus objetivos, sino en actividades concretas violatorias de las normas.

A la originaria motivación de la democracia militante como reacción frente al fascismo y el ascendente nacional socialismo, ratificada luego de la Segunda Guerra Mundial en las normas de los países liberados, se suma, en la última década del siglo XX, la respuesta institucional a la caída de las dictaduras comunistas en el centro y este de Europa. En los últimos años, junto con el retorno de los nacionalismos extremos, sucesivamente se adicionan los riesgos del terrorismo como instrumento político y el fundamentalismo islámico.

Evidentemente la redacción del CEDH en 1950 está imbuida de ese sentido de época y su desarrollo mediante protocolos y la jurisprudencia del TEDH debe compatibilizar las distintas concepciones sobre la democracia que cohabitan en el territorio común de Europa. En ese marco se inscriben los estándares del TEDH y su evolución.

Si bien el Convenio y el Tribunal apoyan la protección de la democracia de partidos, no hay en el texto del primero mención expresa, sino que se derivan de la consagración de la libertad de asociación y reunión y en armónica interpretación de las cláusulas referidas a las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9) y la de expresión (art. 10).

Por su parte, en el ámbito material del artículo 11.1 del CEDH se encuentra la libertad de asociación política; esto es, el derecho de fundar partidos y de afiliarse a ellos. La jurisprudencia del TEDH al respecto ha dado lugar a una doctrina clara y reiterada sobre la posición de los partidos políticos en una sociedad democrática. En su entendimiento, solo son compatibles con el CEDH los partidos políticos que defiendan la democracia y que la practiquen.

En el caso “Refah Partisi”,<sup>8</sup> el Tribunal dejó sentado que un partido político puede legítimamente pretender el cambio de la legislación o de las estructuras legales y constitucionales de un Estado siempre que los medios utilizados a tal fin sean legales y democráticos, y que el cambio promovido sea compatible con los principios democráticos y los derechos protegidos en el Convenio.

La incitación a la violencia o el menoscabo de la democracia y de los derechos y las libertades inherentes al sistema democrático no encuentran protección en el Sistema Europeo de Derechos Humanos.

La doctrina del TEDH identifica tres amenazas actuales a las sociedades democráticas:

a) El renacimiento de manifestaciones sociales y políticas que reivindican directa o indirectamente la ideología nacionalsocialista. El TEDH ha sostenido que la difusión del nazismo no está amparada por la libertad de expresión consagrada en el artículo 10 del CEDH.<sup>9</sup>

b) El terrorismo como método político. El TEDH ha señalado que “una de las principales características de la democracia reside en la posibilidad que ofrece de resolver mediante el diálogo y sin el recurso a la violencia los problemas con los que se enfrenta un país”.<sup>10</sup>

c) Los proyectos políticos o ideologías religiosas integristas o fundamentalistas. El TEDH establece claramente la posibilidad de disolución o prohibición legítima de un partido político sin violar el CEDH.<sup>11</sup>

Respecto del significado y alcance del segundo apartado del artículo 11 del CEDH, el texto nos indica que el derecho de asociación no es absoluto, sino de protección relativa en función de la finalidad del Convenio de salvaguardar los intereses generales de la comunidad.

---

8 Ídem nota 4, párr. 46.

9 TEDH. *Case of New Verlags, GmbH & Co. KG v. Austria*, Application no. 31457/96, Court (First Section), 11 de enero de 2000, párr. 54.

10 TEDH. *Case of Socialist Party and others v. Turkey*, Application no. 21237/93, Court (Grand Chamber), 25 de mayo de 1998, párr. 45.

11 Ídem nota 4.

El TEDH es un tribunal internacional que interpreta y aplica un tratado, por lo cual su desempeño está enmarcado en la tensión entre la garantía de los derechos y libertades que el tratado consagra y la soberanía de los Estados miembros.

En ese marco se desarrolla por parte del Tribunal la doctrina del margen de apreciación nacional a la que nos referimos *supra*. En materia de derechos políticos y de la libertad de asociación en particular, este margen es estrecho, ya que el TEDH ha interpretado restrictivamente sus límites.

El TEDH sostiene que la democracia exige una defensa a ultranza del pluralismo, razón por la cual “el margen de apreciación del Estado a la hora de disolver un partido político debería ser estrecho, dado que el pluralismo de ideas y de partidos resulta inherente a la democracia”.<sup>12</sup> Sin embargo, las leyes pueden establecer que, como mecanismo excepcional de defensa de la democracia, se pueda prohibir un partido que la ponga en peligro y al hacerlo, el Estado está cumpliendo con una obligación positiva de defensa de la democracia derivada del propio CEDH.<sup>13</sup>

En el caso *Handyside vs. UK* (1976), el TEDH estableció que la cláusula “necesaria en una sociedad democrática” debe fundarse en una “necesidad social imperiosa” que justifique la injerencia y que la misma debe responder a criterios de “proporcionalidad” de la limitación en relación con el legítimo fin que se persigue.

El CEDH es un verdadero Pacto Europeo de defensa de la democracia efectuando varias referencias a la sociedad democrática. Sin embargo, fue tarea del TEDH interpretar los alcances de este término y de sus elementos esenciales. A partir del caso “*Soering*”<sup>14</sup> el TEDH ha delineado los caracteres, componentes y exigencias de una sociedad democrática: los caracteres son el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura; por su parte, los componentes son la preeminencia del derecho,<sup>15</sup> la libertad de expresión<sup>16</sup> y la libertad del debate político.<sup>17</sup>

Fórmulas como “la necesidad de una sociedad democrática” constituyen la puerta de entrada a consideraciones históricas en los fundamentos de las decisiones del TEDH, con la dificultad de que siempre son consideraciones mediadas mediante el “método histórico” que caracteriza su jurisprudencia.

Esta referencia a la historia como elemento de interpretación se ve con más asiduidad en las sentencias que tienen elementos políticos. Por ejemplo, en el caso *Refah Partisi (Welfare Party) and Others c. Turquía* (2003), partido político con clara orientación fundamentalista islámica cuya habilitación fue cancelada por el Tribunal Constitucional de Turquía, el TEDH consideró que en base a la historia del

12 *Ibidem*, párr. 80.

13 *Ibidem*, párr. 103.

14 TEDH. *Case of Soering v. The United Kingdom*, Application no. 14038/88, Court (Plenary), 7 de julio de 1989, párr. 87.

15 Las injerencias del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los derechos individuales de las personas deben estar sujetas a un control judicial efectivo.

16 El TEDH sostiene acertadamente que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”. TEDH. *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Application no. 5493/72, Court (Plenary), 7 de diciembre de 1976, párr. 49.

17 TEDH. *Case of Lingens v. Austria*, Application no. 9815/82, Court (Plenary), 8 de julio de 1986, párr. 42.

país, el respeto del principio de secularidad es fundamental para la supervivencia del régimen democrático en Turquía, por lo que la decisión del Tribunal Constitucional fue legítima y no contraviene el Convenio.<sup>18</sup>

En las ocasiones en que está en juego el derecho de sufragio activo o pasivo, el sistema electoral, o el procedimiento electoral, el Tribunal reconoce un amplio margen de apreciación a los Estados dado su contexto específico, afirmando que la legislación y el sistema electoral “deben siempre ser juzgados a la luz de la evolución política del país”<sup>19</sup> y a la constatación efectuada en “Hirst” de que

existen numerosas formas de organización y funcionamiento del sistema electoral y una multitud de diferencias en Europa determinada por la evolución histórica, la diversidad cultural y el pensamiento político, de manera que corresponde a cada Estado contratante incorporar su propia concepción de la democracia.<sup>20</sup>

En este sentido el TEDH entiende que el impedimento de la participación en la vida política de los agentes de policía dispuesto por la nueva Constitución se justificaba en que la historia particular de algunos Estados contratantes puede justificar restricciones de las libertades políticas de ese tipo, para así consolidar la salvaguardia de la democracia. En “Ždanoka”, el TEDH admite la convencionalidad de una ley que excluye del derecho a ser elegidos a personas pertenecientes al partido comunista antes de 1991 dado el “contexto histórico-político específico”.<sup>21</sup>

## 4.2. La regulación y prohibición de los partidos políticos

Los alcances y límites del derecho de asociación y su relación con la posibilidad de prohibición de los partidos políticos pueden ser interpretados de forma distinta en distintos Estados de acuerdo con su experiencia histórica y otras consideraciones.

Para describir este aspecto tomaré como base el documento aprobado por la Comisión de Venecia, en su 84ª Sesión Plenaria de octubre de 2010, denominado “Lineamientos sobre la regulación de los partidos políticos por la OSCE/ODIHR y la Comisión de Venecia”.

En apretada síntesis, esta prestigiosa Comisión estableció que toda regulación de los partidos políticos constituye un condicionamiento o limitación de la libertad de asociación protegida en general —y en particular respecto de los partidos políticos— por el CEDH. Para que esta sea legítima debe ser

18 Ídem nota 4, párrs. 124 y 125.

19 TEDH. *Case of Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*, Application no. 9267/81, Court (Plenary), 2 de marzo de 1987, párr. 54.

20 TEDH. *Case of Hirst v. The United Kingdom (No.2)*, Application no. 74025/01, Court (Grand Chamber), 6 de octubre de 2005, párr. 61

21 TEDH. *Case of Ždanoka v. Latvia*, Application no. 58278/00, Court (Grand Chamber), 16 de marzo de 2006, párr. 121.



consistente con las disposiciones de este y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, que con análogas formulaciones establecen que los fundamentos de cualquier limitación deben estar contemplados en la ley y ser

necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o de la seguridad pública, para la prevención del desorden o el crimen, para la protección de la salud o la moral o para la protección de los derechos y libertades de los demás.

El TEDH, expone el documento, ha sostenido que debe probarse que cualquier limitación no exceda de lo necesario para lograr un objetivo que, a la vez, debe ser legítimo. Consecuentemente, los requisitos y los procedimientos de registro deben ser razonables. No se les puede negar el registro por razones administrativas o por incumplimiento de un plazo; dichos requisitos deben ser subsanables y los plazos de gestión deben ser breves para evitar que se constituyan en barreras irracionales para el registro y participación del partido.

Respecto de los requisitos sustanciales, resulta también razonable que el partido deba proveer sus documentos fundacionales y programáticos. Sin embargo, el TEDH ha sostenido que el artículo 10 del CEDH, protege “no solo la información o las ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o como materia de indiferencia, sino también aquellos que ofenden, escandalizan y cometen disturbios”.<sup>22</sup>

Asimismo, el documento considera legítimo requerir firmas de apoyo para la registración de un partido político, pero la ley debe ser clara respecto de los medios por los que se manifieste.

Respecto de las atribuciones de control que derivan en la prohibición o disolución de los partidos políticos, la Comisión expresa que cualesquiera de estas medidas constituyen una proscripción absoluta a la existencia del partido. Por lo tanto, se deben aplicar cuando no haya otras medidas suficientes para lograr el fin perseguido y con estrictas consideraciones de proporcionalidad para justificarla.

En este sentido, el documento establece que los partidos políticos no deben nunca ser disueltos por infracciones de conducta administrativas u operativas menores, ni porque sus ideas sean desfavorables, impopulares u ofensivas o porque aboguen por un cambio pacífico del orden constitucional.

Tampoco corresponde la disolución de los partidos políticos basada en las actividades de los miembros del partido como individuos, salvo que el órgano estatuario del partido haya decidido la realización de actividades que impliquen amenaza al ejercicio y/o soberanía del Estado, amenaza al orden democrático básico, violencia que amenace la integridad territorial del Estado, incitar al odio étnico, social o religioso, y el uso o amenaza de la violencia.

---

<sup>22</sup> Ídem nota 4, párr. 85

## 5. Conclusión

El presente caso, como todos los relacionados con la prohibición de los partidos políticos, nos es extraño. Con la excepción del caso “Partido Nuevo Triunfo distrito Capital Federal s/ reconocimiento”<sup>23</sup> no hubo situaciones como la que se analiza en nuestro país.

En la mencionada causa, tanto el Juzgado Federal con competencia electoral como la Cámara Nacional Electoral negaron su reconocimiento como partido político por su proximidad con el ideario antisemita, lo que fuera confirmado por la CSJN con, entre otros, los siguientes argumentos:

[n]o se puede legitimar como partido político a quienes incurren en apología del odio e, indirectamente, incitan a la violencia cuando propugnan el drástico desbaratamiento de la “red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy infecta a la Argentina”, el doble castigo para los extranjeros, la utilización de símbolos del mismo modo en que lo hacían los nazis y que utilizan terminología empleada por el Tercer Reich aludiendo a determinadas personas como subhumanas.

En el pasado, solo los gobiernos autoritarios disolvieron partidos políticos, como la abusiva prohibición del peronismo mediante el esperpéntico Decreto N° 4161/56 o la disolución de la actividad política durante la dictadura de Onganía.

Los países procesan de distinto modo las heridas de su historia. En nuestro caso, las secuelas de la última dictadura militar se perpetúan en la permanencia de la condición de desaparecidos de la mayoría de las víctimas del terrorismo de Estado. Esta condición ha merecido consideración legal de distintas maneras. En materia electoral, los detenidos desaparecidos han sido reincorporados al padrón de electores como una manifestación simbólica de su injusta e ilegítima ausencia. Asimismo, la Ley N° 23298 establece en su artículo 33 una prohibición para

ser precandidatos en elecciones primarias ni candidatos en elecciones generales a cargos públicos electivos nacionales, ni ser designados para ejercer cargos partidarios [...] [a] f) Las personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983; g) Las personas condenadas por los crímenes descriptos en el inciso anterior aun cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución.

---

23 CSJN, Fallos 332:433.

La libertad de asociación, de expresión y de participación política está incorporada al plexo de derechos fundamentales por distintos instrumentos internacionales de los que nuestro país es parte; sin embargo, analizar la actuación de la autoridad de aplicación del CEDH en un caso particular exige tener en cuenta el impacto de la experiencia histórica prolongada en muchos países europeos.

La legitimación que hace el TEDH de la injerencia en el derecho de asociación, en muchos casos tiene como fundamentos doctrinas jurídicas nacidas como reacción al autoritarismo y como búsqueda de mecanismos de prevención ante los riesgos para la democracia, que de alguna manera están contempladas en el texto de la CEDH. Nótese respecto de la libertad de asociación que el artículo 11 la consagra en el primer párrafo y la limita o condiciona en el segundo.

No tengo claro si la vía de la prohibición es remedio idóneo para evitar que los antidemocráticos y/o los intolerantes accedan a las instituciones. Tengo severas dudas. Pero un comentario no es un juicio. Es una descripción de una situación dada y su contexto. Aunque creo que la democracia no puede ser indiferente ante los ataques contra sus fundamentos y habilitar para la competencia política a quienes reivindican modos totalitarios de organización social, económica y política, descreo de la capacidad de la ley para limitar tendencias antisociales que deben ser abordadas desde otros instrumentos sociológicos, educativos, y porque no, políticos compatibles con los valores que se defienden.



# Trata de personas. Explotación sexual

## TEDH. *Case of S.M. v. Croatia*, 25 de junio de 2020

*Por Natalia Eloísa Castro*<sup>1</sup>

---

### 1. Introducción

En el fallo que aquí se comenta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) abordó cuestiones de sumo interés para quien centra su estudio en marcos normativos, locales o internacionales, en materia de trata y explotación sexual, con un claro foco crítico de las herramientas que habilitan las políticas de investigaciones judiciales; aspectos problemáticos con amplia vigencia en nuestro contexto.

El caso pone en evidencia la ausencia de una respuesta procesal eficaz por parte del Estado croata a raíz de una denuncia efectuada por una mujer que sostenía que existían evidencias claras para considerar el hecho por el que resultó víctima como un delito de trata de personas con fines de explotación sexual o, eventualmente, prostitución forzada.

Ahora bien, como premisa para el avance de cualquier análisis, se debe tener en consideración que, de una lectura contextualizada de los diferentes documentos internacionales en sentido amplio, la “trata” es considerada una forma de violencia sobre, contra o hacia las mujeres o violencia de género o basada en el género, violencia machista o violencia patriarcal (Heim, 2016: 190). Esta apreciación no se vincula únicamente con la mayoría numérica de mujeres víctimas de trata con fines de explotación sexual –que claramente es evidente y se menciona en varios de los informes y recomendaciones citados

---

<sup>1</sup> Profesora Adjunta regular de Derecho Penal-Parte Especial (Facultad de Derecho, UNMDP). Defensora Pública Oficial ante el Tribunal Oral Federal Criminal de Mar del Plata.

en el fallo—, sino también en tanto se verifica que existen estructuras que permiten y reproducen la violencia de género ínsita en la problemática del delito.

Además, la preponderancia de la modalidad de explotación sexual se debe a una serie de factores no excluyentes entre sí; entre ellos, su relación con los movimientos migratorios femeninos —internos o externos—, pero principalmente con el gobierno de la prostitución.<sup>2</sup>

La sentencia que comento efectúa un completo recorrido de la normativa internacional y local vigente<sup>3</sup> que permite nutrir de reflexiones críticas en relación con aspectos vinculados no solo a ambigüedades conceptuales y distinciones entre institutos, sino también dirigidas a cuestionar las actuaciones judiciales que violentan o toleran acciones de discriminación de género en intervenciones institucionales frente al delito de trata de mujeres con fines de explotación sexual.<sup>4</sup>

Por ello, para evaluar si resultan eficaces para la prevención y persecución de la trata de mujeres debe considerarse que nos hallamos frente a un problema o fenómeno social y no a un supuesto criminal aislado. Es necesario establecer diferencias conceptuales para intentar delimitar, resituar y reanalizar la problemática de la trata de personas, dimensionarla en su complejidad estructural, política, cultural, histórica y geográfica a través de un “abordaje...multidisciplinar y poliédrico” (Iglesias, 2013: 30).

El fallo detalla los avances normativos y las estrategias gubernamentales en materia de medidas de protección y asistencia a las víctimas, que sirven para comprender que, si se piensa en clave de derechos humanos,<sup>5</sup> las intervenciones y decisiones deben estar orientadas a dar inicio a un proceso que permita

2 Me refiero a los diferentes enfoques jurídicos frente al tratamiento normativo de la prostitución, que van desde la legalización y regulación hasta la absoluta persecución legal. Son debates y diferencias aún no zanjadas ni siquiera en el seno de los movimientos feministas, donde se sigue discutiendo si frente a la prostitución nos encontramos ante un trabajo o una explotación, principalmente ante el reflatado surgimiento de la protección de los derechos humanos a nivel internacional que incluye al trabajo sexual como una verdadera violación de derechos humanos y, el activismo, que defiende la autonomía y autodeterminación del colectivo de mujeres.

3 Con una especial atención en la problemática de la trata de mujeres con fines de explotación sexual y a las Recomendaciones del Comité CEDAW Nros. 19, 35, 28 y 33 y sugerencias destinadas a Croacia con varios aspectos que claramente han tenido impacto en la falencia denunciada por la denunciante.

4 Entre los instrumentos de Naciones Unidas, en primer término, se menciona la Convención de 1949 -ratificada por Croacia el 12/10/1992-; el Protocolo de Palermo, como parte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional -ratificados por Croacia el 24/1/2003-; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -ratificado por Croacia en 1992-; la Observación Gral. N° 28 sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres y las Observaciones finales del Comité sobre el tercer informe periódico de Croacia vinculado a la trata, el día 30/4/2015. Por otra parte, se alude que la OIT ha adoptado dos convenios sobre el trabajo forzoso, el de 1930 (“Convenio núm. 29”) y el de 1957 (“Convenio núm. 105”) -ratificados por Croacia el 8/10/1991 y 5/3/1997, respectivamente-. Además, en el año 2014, la OIT adoptó nuevos instrumentos con miras a proporcionar una estrategia integral contra todas las formas de trabajo forzoso, incluida la trata de personas (el Protocolo relativo al Convenio 29 y la Recomendación 203 sobre medidas complementarias para la represión efectiva del Trabajo Forzoso); incluso se han elaborado indicadores y pautas de interpretación específicas para identificar casos de trabajo forzoso. Completa el marco normativo citado en el fallo, la mención a instrumentos regionales pertinentes del sistema interamericano, como el artículo 6 de la CADH y la “Convención de Belém do Pará”; la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos “Trabajadores de la Hacienda Brasil verde c. Brasil” (20/10/2016) y “López Soto y otros c. Venezuela” (26/9/2018). Siguen con las citas de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; el Tratado de Funcionamiento de la UE y se finaliza con un análisis de derecho comparado de las diferentes legislaciones de los 39 Estados miembros del Consejo de Europa, señalando que la trata de personas y la prostitución forzada están tipificadas como delitos.

5 Comparto la opinión de Iglesias (2013: 152) cuando señala que la cuestión de la trata puede ser problematizada de distintas formas y de acuerdo a múltiples intereses a veces contradictorios. Dice que puede ser planteada como una cuestión migratoria, una cuestión de criminalidad organizada, de derechos humanos,

implementar buenas prácticas para garantizar un efectivo acceso a la justicia de aquellas personas que reclaman ante la vulneración de sus derechos.

Además, no se debe perder de vista que, como solución a esta problemática, el enfoque que ha prevalecido es el de la criminalización, aunque en todos los contextos se ha comprobado que conduce a serios problemas en relación con la protección de los derechos de las víctimas, en muchas ocasiones con respuestas estatales tardías o soluciones que poco tienen que ver con la protección de los derechos de las mujeres. Este caso no ha sido ajeno a estos cuestionamientos.

El TEDH efectúa un riguroso análisis de las obligaciones positivas de los Estados firmantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de la plataforma fáctica denunciada, tendiente a dilucidar si las condiciones traídas a su conocimiento implicaban una violación al precepto contenido en el artículo 4 de ese cuerpo normativo, ya que la queja que motivó la intervención no estuvo articulada en función de esa disposición.

Así y como se verá, al debatir acerca del alcance del caso y su admisibilidad, se observan reflexiones acerca del encuadre jurídico de los elementos constitutivos de la definición internacional de la trata de personas, la noción de trabajo forzoso y obligatorio, y si este protege o no a la prostitución forzada, independientemente de si está relacionado con la trata de personas.<sup>6</sup>

Analiza tres aspectos que surgían de la denuncia.<sup>7</sup> El primero, consistía en determinar la existencia de un marco legal y regulatorio apropiado a nivel nacional; el segundo, si la demandante recibió la asistencia y el apoyo adecuados durante sus declaraciones, y el tercero, si en la aplicación de ese marco, en el caso particular, las autoridades nacionales cumplieron con sus obligaciones procesales.

Para ello, se efectúa un panorama general de las normas pertinentes relativas a los tres conceptos enunciados en el artículo 4 (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio) y, si bien no

---

de orden público, laboral, de género, de sexualidad y en algunos casos como una cuestión de moralidad. Por lo tanto, los diferentes actores involucrados, motivados cada uno por sus intereses, diseñan y proponen estrategias de prevención o persecución de conformidad con estos.

- 6 La Clinique doctorale de droit international des droits de l'homme (Faculté de droit d'Aix-en-Provence) efectuó un análisis de los conceptos de explotación, coacción, consentimiento y propuso la necesidad de un abordaje desde un enfoque interseccional. El Fallo cita a la Ley Modelo contra la Trata de Personas, en la que la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito definió la “explotación de la prostitución ajena” como la obtención ilegal de beneficios económicos o de otro tipo a partir de la prostitución de una persona, y “explotación sexual” como la obtención de beneficios económicos o de otro tipo mediante la participación de una persona en la prostitución, la servidumbre sexual u otros tipos de servicios sexuales, incluidos actos pornográficos o de producción de ese material. También se aclaró el concepto de “trabajos o servicios forzosos”. En un documento titulado “Comentario conjunto de las Naciones Unidas sobre la Directiva de la UE: un enfoque basado en los derechos humanos” (2011), publicado por los órganos pertinentes de Naciones Unidas, se señaló que “La explotación de la prostitución ajena y la explotación sexual no están definidas en el derecho internacional. Los términos se han dejado intencionalmente sin definir en el Protocolo para permitir que todos los Estados, independientemente de sus políticas internas sobre prostitución, ratifiquen el Protocolo. Si bien éste no establece una distinción entre explotación para trabajos o servicios forzados y explotación sexual, esto no debe llevar a la conclusión de que la explotación sexual coercitiva no equivale a trabajo o servicios forzados, particularmente en el contexto de la trata. La explotación sexual coercitiva y la prostitución forzada entran dentro del ámbito de la definición de trabajo forzoso...”.
- 7 Reconociendo que el Tribunal no ha tenido muchas oportunidades para considerar hasta qué punto el tratamiento asociado con la trata de personas y/o la explotación está dentro del alcance del Convenio.

los define, para determinar el alcance material, ha buscado orientación en otros instrumentos del derecho internacional.<sup>8</sup>

En segundo lugar, se abordó la cuestión de la trata de seres humanos en virtud del artículo 4 del Convenio y desde esa perspectiva se afirmó que el concepto comprende la nacional o transnacional, vinculada o no al crimen organizado, en la medida en que los elementos constitutivos de la definición internacional de trata, bajo la Convención contra la Trata y el Protocolo de Palermo, están presentes,<sup>9</sup> aunque reconocen que se considera imperioso que el Tribunal aclare su posición al respecto.

En tercer lugar, se analiza la cuestión de la “explotación de la prostitución” en virtud de esa disposición (art. 4 citado) y se hace referencia a la actualidad del debate y a la existencia de opiniones y abordajes diferentes en los sistemas jurídicos acerca si la prostitución como tal puede ser consensuada o es siempre una forma coercitiva de explotación, para concluir forjando la opinión abolicionista en la temática señalando que “la prostitución es incompatible con la dignidad de una persona si es coaccionada” o si se demuestra la intervención de terceros.

El aspecto medular del análisis del caso gira en torno a las obligaciones procesales del Estado y concluye que existieron fallas significativas en la respuesta de las autoridades nacionales en tanto existió un incumplimiento de líneas de investigación y una dependencia excesiva del testimonio de la víctima,<sup>10</sup> sin considerar la posibilidad de existencia de un daño psicológico. Por tanto, se concluye que se ha producido una violación del artículo 4 del CEDH en su vertiente procesal.

8 Aunque se aclaró que al momento en que se cometió el hecho y se llevó a cabo el juicio existía un marco adecuado a nivel interno.

9 El Centro de investigación L'altro diritto onlus (Universidad de Florencia) propone –entre otros aspectos– una lectura integral del Protocolo de Palermo en conjunto con su Convención matriz que requería la criminalización no solo de la trata transfronteriza sino también interna. Este aspecto también resulta aclarado en la Convención sobre la lucha contra la trata de seres humanos, ratificada por Croacia el 5/9/2007. Es un tratado integral que tiene como objetivo prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando al mismo tiempo la igualdad de género; proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco integral de protección y asistencia a víctimas y testigos, garantizando la igualdad de género, así como asegurar una investigación y un enjuiciamiento efectivos; y promover la cooperación internacional en la lucha contra la trata de seres humanos (art. 1). La definición de trata de seres humanos en virtud del artículo 4 (a) es idéntica a la del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y consta de los mismos tres componentes. En el Informe explicativo de la Convención contra la trata de personas se subraya que la trata de seres humanos es una combinación de estos componentes. También aquí los términos “explotación de la prostitución ajena” y “otras formas de explotación sexual” no están definidos en la Convención contra la Trata de Personas. El informe explicativo subraya que esto se hace para no prejuzgar la forma en que los Estados partes tratan la prostitución en el derecho interno.

10 En cuanto al seguimiento, el Capítulo VII de la Convención prevé el establecimiento de un mecanismo de monitoreo que supervisará su implementación por parte de los Estados miembros. Consta de dos pilares: (1) el Grupo de Expertos en Acción contra la Trata de Seres Humanos (“GRETA”) –un grupo de expertos independientes–, y (2) el Comité de las Partes –un organismo político compuesto por representantes de todos los Estados partes de la Convención–. Tras la primera ronda de evaluación de la Convención, el GRETA dedicó una parte, en su 4º Informe General (2015) al balance. Señaló, en lo que respecta a la investigación, los enjuiciamientos y las sanciones en casos de trata de personas, “...que existe una brecha importante entre el número de víctimas de trata identificadas y el número de condenas. Los informes de GRETA se refieren a una variedad de razones para esta brecha: dependencia excesiva de las declaraciones de las víctimas, problemas en torno a la credibilidad de los testigos que pueden cambiar sus declaraciones con el tiempo o dificultades en relación con la suficiencia de las pruebas”. Croacia ha sido objeto de dos rondas de evaluación del GRETA, el primer informe fue elaborado en el año 2011 y el segundo en el 2016, destacando los avances, pero efectuando una serie de cuestiones que continuaban generando preocupación.



Finalmente, el fallo ha reparado en las obligaciones de los Estados de prevenir, investigar y, eventualmente, sancionar toda violación de derechos humanos; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos.<sup>11</sup>

## 2. Hechos

El caso se originó por una presentación efectuada el día 27 de agosto de 2014 por una mujer de nacionalidad croata (en lo sucesivo S.M.), que alegó que las autoridades gubernamentales de su país no aplicaron de manera efectiva los mecanismos penales y procesales en relación a la investigación de los hechos, por lo que resultó afectada.

Surge de la sentencia en comentario que SM<sup>12</sup> efectúa una denuncia en sede policial contra quien se identifica como T.M., ya que durante el verano del año 2011 la habría obligado a prostituirse. Detalló que su primer contacto fue a través de la red social Facebook, quien se presentó como un amigo de sus padres. Los intercambios de mensajes duraron aproximadamente un mes o dos, hasta que se produce el encuentro en junio o julio de ese mismo año, ocasión en que este le habría ofrecido ayuda en la búsqueda de un trabajo. Ella accede facilitándole su número de contacto telefónico.

Luego de ese encuentro y después de varias comunicaciones, vuelven a verse, oportunidad en la que T.M. le menciona que la llevaría en su automóvil a conocer a un hombre a quien debería proporcionarle servicios sexuales a cambio de dinero y que un porcentaje de esa ganancia sería para él. Pese a que ella no estuvo de acuerdo, la convence para que lo haga por un tiempo y hasta tanto consiga otro tipo de trabajo; por esta razón accede a ese encuentro, aunque no llegó a concretarse, ya que S.M. le relata la situación al cliente, quien igualmente le habría dado el dinero. Sin embargo, cuando T.M. se entera de lo ocurrido, la golpea y le dice que debe acceder a todo lo que se le pida y que a partir de ese momento, la recogería todos los días para brindar “servicios sexuales” en un departamento alquilado por él, porque ya había hecho un anuncio en las redes sociales.<sup>13</sup>

11 Respecto del daño, se le otorga a la demandante la suma de 5000 euros en concepto de daño moral; en cuanto al reclamo por costos y gastos, se desestima la petición de la demandante, dado que contó con asistencia jurídica, financiada por el Estado demandado. Con relación a los intereses de demora, se considera apropiado su otorgamiento.

12 Nació en el año 1990 y con un relato de historia de vida atravesada por graves problemas familiares e institucionalizaciones desde su corta infancia. TEDH. *Case of S.M. v. Croatia*, Application no. 60561/14, 25 de junio de 2020, Court (Grand Chamber), párrs. 9 y 10.

13 A través de un móvil que este le había suministrado debía atender los llamados de los clientes que quisieran contactarla. Este arreglo le permitía al denunciado ejercer un control constante sobre S.M., quien incluso, le habría dicho que iba a instalar cámaras de seguridad.

Relata la sensación de miedo que sentía ante la amenaza constante del denunciado.<sup>14</sup> A principios del mes de septiembre del año 2011, en oportunidad en que T.M. no se encontraba en el departamento, decide abandonar el lugar con ayuda de una amiga, identificada como M.I., pero el hombre, al advertir su ausencia, comienza a hostigarla y a amenazarla a través de mensajes por Facebook.<sup>15</sup>

El mismo día que presenta la denuncia ante la policía, el hecho se pone en conocimiento de la Fiscalía, y el 10 de octubre de 2012 se realiza el allanamiento en la casa del denunciado,<sup>16</sup> quien en su descargo en sede policial negó los hechos y expresó que todo fue fruto de una venganza de la denunciante y su madre por una difícil relación que había tenido con esta hace años.

Al día siguiente, la policía envía las actuaciones a la Fiscalía con la totalidad de las pruebas reunidas. Se califica el hecho como prostitución agravada y se dicta la prisión preventiva del acusado.

Al declarar en la Fiscalía, reiteró los argumentos anteriores, pero aclaró que el contacto con la denunciante fue porque ella le había pedido que la protegiera de otra persona; que el departamento lo había alquilado S.M. y que él solo le había prestado dinero, que luego devolvió; que los trayectos en su auto eran a pedido de la denunciante, que sospechaba que ya ejercía la prostitución y que ella tenía su propio teléfono celular; que no habían convivido, pero que sí había pasado algunas noches allí porque tenían un vínculo sentimental; y reconoce haberla golpeado alguna vez, pero, según declara, porque ella lo había provocado.

Al recibirse la declaración de la denunciante,<sup>17</sup> esta agregó algunas precisiones vinculadas al primer contacto y a las promesas laborales recibidas por parte del denunciado. Detalló situaciones de amenazas y violencias vividas, principalmente motivadas por negarse a estar con clientes.<sup>18</sup> Luego relata el escape y la colaboración de su amiga M.I., quien luego describe el episodio, aunque con algunas discordancias.<sup>19</sup>

14 T.M. le comentó que ya había hecho lo mismo con otras mujeres.

15 Al principio le pedía que regrese, le decía que la amaba y que nunca más iba a repetir esas conductas; pero, ante su silencio, comenzó a recibir amenazas, tanto hacia su persona como a su familia, diciéndole que ellos "pagarían" por todo.

16 Se hallaron dos rifles automáticos y municiones, una granada y varios teléfonos móviles y en su automóvil se secuestraron condones. También se informó que sobre el denunciado pesaba una condena del año 2005 a una pena de 6 años y medio de prisión por prostitución coactiva y violación. Además, se supo que tenía formación policial.

17 Surge que fue informada de todos sus derechos como víctima, en virtud de los artículos correspondientes del código de procedimiento penal.

18 Intentó sacarla a la fuerza del automóvil en plena ruta. Aclaró, respecto al contacto con los clientes, que el denunciado fue quien le indicaba los valores que debía cobrar y que él recibiría la mitad de esas ganancias. Que en ese momento sintió temor por ella y por sus padres, a quienes también habría amenazado con mandarles fotos para contarles lo que estaba sucediendo.

19 Su amiga declaró que la conoce desde hace unos dos años, pero que hace más o menos ocho o nueve meses tuvieron el último contacto. Relata que a fines del verano del 2011 llegó a su casa con una bolsa con sus cosas y que S.M. habría arreglado con su madre que se quedaría a vivir ahí, pero que ella no sabía detalles porque no tenía buena relación con su madre y que, si bien el novio la había ayudado, al día de la declaración habían roto su vínculo. Relata que sabía que se dedicaba a la prostitución, pero no más. Que le habló de T.M. y de lo que había padecido junto a él. Incluso que estaba angustiada y asustada. Menciona también haber visto las amenazas que recibía la denunciante a través de Facebook. Al declarar otra vez, M.I. niega haber arreglado con la demandante la huida, señala que tal vez fue coordinado con su madre. Refuerza el temor y miedo sufrido por la denunciante mientras estaba en su casa, ya que vio los mensajes amenazantes de T.M. También se verifica una modificación en sus dichos anteriores, en cuanto a las circunstancias temporales del retiro de sus pertenencias en el departamento. Respecto de ello, S.M. señaló que, si bien había discordancias, ello se debía al peculiar curso de los acontecimientos.

La Fiscalía acusó formalmente a T.M. por el delito de promoción de la prostitución mediante el empleo de coacción (art. 195, párr. 3 del CP) sosteniendo que, con el fin de obtener una ganancia pecuniaria, engañó a la demandante haciéndole creer que encontraría trabajo; sin embargo, existieron golpes, amenazas y, por lo tanto, por miedo, la víctima continuó a su lado hasta que decidió huir. El 22 de noviembre de ese año, el Tribunal confirma la acusación y decide elevar las actuaciones a juicio.

En la segunda audiencia,<sup>20</sup> el 14 de noviembre de 2013, se produjo el descargo del imputado, donde se declara inocente. Aclara que le había encontrado trabajo en una panadería y luego en un restaurante, pero que ella no había querido hacerlo en ese rubro porque ejercía la prostitución de manera voluntaria.

La Fiscalía solicitó escuchar nuevamente a SM, el 29/1/2013.<sup>21</sup> Aportó más detalles a su anterior declaración: que el cliente habría visto cuando T.M. le pegó; que nunca pidió ayuda por miedo y porque no podía irse del departamento; que no sabía de los antecedentes de T.M. y que su madre ya lo había denunciado antes;<sup>22</sup> que, si bien contaba con su propio teléfono, no tenía dinero y que era prepago; que entre las amenazas que sufrió, T.M. le dijo que tenía contactos con la policía; que luego de la denuncia comenzó a sentir temor de salir a la calle y cada vez que veía un auto similar al de TM; y brindó detalles de su fuga.

T.M. declaró nuevamente: confirmó conocer a la madre de la denunciante y que había ejercido la prostitución, pero que ya no tenía contacto desde el momento en que fue a prisión; aclaró que estaba enamorado de la denunciante y que quería tener una relación seria, aunque se dedicara a la prostitución porque no le importaba, ya que no era celoso, aunque sí por esta razón insistía en buscar otro trabajo; que quien alquiló el departamento y organizó todo fue la demandante; que las tarifas eran fijadas por ella y que el dinero lo aceptaba porque insistía en que lo destine para los gastos de combustible; y admitió haberla golpeado.

Una vez que se proveyó la prueba, el 15 de febrero de 2013 se decidió absolver a T.M. sobre la base de que si bien se estableció que había organizado una red de prostitución en la que había reclutado a la demandante, no se había comprobado que se hubiera obligado a ejercer la prostitución o que correspondiera la aplicación de la figura agravada del inciso 3 del artículo 195 del CP.

En lo pertinente, el Tribunal, al fallar, valoró que la víctima fue por su propia voluntad al departamento, que allí vivieron juntos por un tiempo y que brindó servicios sexuales ahí y en otros sitios a los que

20 El 12 de diciembre de 2012 estaba previsto el inicio del juicio, pero el acusado alegó estar en huelga de hambre y por eso no concurrió. Surge el resultado del informe pericial que se recomienda que, en caso de condena, se ordene realizar de manera obligatoria un tratamiento psiquiátrico, pero concluyó que estaba en condiciones de poder participar en el debate. Además, que fue miembro de la Policía durante varios años hasta su retiro en el año 2001, y que prestó servicios en las fuerzas especiales de Policía durante la guerra en Croacia en la década de 1990. Que padecía trastorno de estrés postraumático (TEPT) y trastorno de personalidad, por ello recibió durante varios años un seguimiento psiquiátrico.

21 En la citación se aclaran los derechos como víctima y el derecho a contactar a servicios de apoyo y asesoramiento, oportunidad en que se le brindaron los datos de contacto. Estuvo asistida por abogados de la ONG Rosa Center y manifestó tener miedo, por esa razón requirió que T.M. se retire de la sala.

22 Después se entera que su madre, al separarse de su padre, tuvo una relación con T.M., pero que fue otra mujer quien lo denunció y que había repetido el mismo *modus operandi* que con ella.

el imputado solo la trasladaba. Sin embargo, señaló que la declaración de la víctima fue incoherente, en lugares ilógicos y contrarios a la prueba brindada por la testigo M.I. y por T.M. en su defensa. Además, que al declarar estaba insegura y que había dudado al expresarse.

Frente a esta resolución, el Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de apelación, discrepando con la conclusión arribada, ya que argumentó que la declaración de la víctima fue coherente, creíble, lógica y convincente y que el resto de los testimonios confirmaban que T.M. la había obligado a ejercer la prostitución. Señaló que no podía darse más peso a la declaración de T.M. y que M.I. no tuvo conocimiento directo del caso.

El 21 de enero de 2014 se desestima esa apelación y se confirma el pronunciamiento de la instancia anterior. La demandante recurre ante el Tribunal constitucional, quien cinco meses más tarde declara inadmisibile tal petición, situación que motivó el reclamo ante el TEDH.

### **3. Principales argumentos debatidos. La alegada violación al artículo 4 del CEDH**

El gobierno planteó cuestiones preliminares relativas al alcance del caso y a la admisibilidad de la denuncia. En cuanto al primero, señala que la demandante se basó en los artículos 3 y 8, pero no en el artículo 4 del CEDH y que la queja, mediante argumentos que consideró generales y abstractos, básicamente se refería al resultado adverso a sus intereses del proceso penal.

Por su parte, S.M. fundó su reclamo en los artículos 3, 6, 8 y 14 del CEDH y en el artículo 1 del Protocolo N° 12. Señaló que fue oportunamente identificada como víctima de trata de personas por la Oficina de Derechos Humanos, aunque insistió en que no contó con una asistencia adecuada que le hubiera permitido una participación efectiva en el proceso. Su reclamo se basaba en el incumplimiento por parte de las autoridades internas de las obligaciones procesales y de una debida investigación del caso que evidenciaba la existencia de una situación de trata y de la utilización de medios coactivos en su perjuicio, que al menos imponían una calificación más gravosa, como la prevista en el artículo 175 del CP, ya que con su denuncia inicial, el hecho permitía ser subsumido en esa figura o como un caso de prostitución forzada, conforme al artículo 195, inciso 3 del CP. Eventualmente, de no poder demostrarse la existencia de medios comisivos, al menos debió aplicarse el artículo 195, inciso 2 CP, pero nunca debió concluir en la absolución.

Luego de resolver ambas cuestiones preliminares, el Tribunal tiene en cuenta la jurisprudencia actual y la naturaleza de la denuncia, y concluye que el caso planteado debe abordarse desde la perspectiva del artículo 4 del CEDH. Así, frente a las particulares circunstancias denunciadas, se consideró innecesario identificar si el trato del que se quejaba la demandante constituía esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio.<sup>23</sup> En cambio, concluyó que la trata en sí misma, así como la explotación de la

---

23 Ídem, nota 12, párr. 245.

prostitución, en el sentido del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo, el artículo 4 (a) de la Convención contra la Trata de Personas, el artículo 1 de la Convención de 1949 y la CEDAW, entraba en el ámbito de aplicación del artículo 4 del Convenio.

También señaló que era irrelevante que el reclamo sea de una nacional del Estado demandado y que no había habido ningún elemento internacional, ya que el artículo 2 de la Convención contra la Trata abarcaba todas las formas de trata de seres humanos, ya sean nacionales o no y la Convención de 1949 se refería a la explotación de la prostitución en general.<sup>24</sup>

#### 4. Resolución del caso

Luego de oír a las partes y contar con los aportes de terceros, el Tribunal efectúa un panorama general de las normas pertinentes relativas a los tres conceptos enunciados en el artículo 4 (esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso u obligatorio) y, si bien no los define, para determinar el alcance material ha buscado orientación en otros instrumentos del derecho internacional y en la jurisprudencia del propio Tribunal.

Así, la novedad más importante de la jurisprudencia del Tribunal sobre trata de personas con fines de explotación sexual se produjo en “Rantsev c. Chipre y Rusia”.<sup>25</sup> El caso se refería a la presunta trata y muerte de una joven rusa, que fue reclutada para trabajar como “artista de cabaret” en Chipre y que luego murió en circunstancias sospechosas tras un conflicto con el hombre para el que había trabajado. En el precedente citado se sostuvo que no se mencionaba a la trata en esa disposición; sin embargo, considerando los diversos instrumentos internacionales en el campo se recurrió a varios principios interpretativos a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, la CEDH debe ser leída en su conjunto e interpretada de manera que promueva la coherencia y armonía interna entre las diversas disposiciones.<sup>26</sup>

Se aclaró que la trata resulta contraria al espíritu y propósito del artículo 4 de tal manera que se encuadre en el ámbito de las garantías ofrecidas por dicho artículo sin necesidad de valorar cuáles de los tres tipos de conductas proscritas son objeto del trato particular en el caso en cuestión. Considera, entonces, que corresponde analizar si la queja de la demandante constituye “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzoso u obligatorio” y concluye que la trata en sí misma, en el sentido del artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo y el artículo 4 (a) de la Convención contra la Trata de Personas, cae dentro del alcance del artículo 4 del Convenio.

24 *Ibidem*, párr. 246.

25 TEDH. *Case of Rantsev Vs. Cyprus and Russia*, Application no. 25965/04, 7 de enero de 2010, Court (First Section).

26 Aclaró que esa ausencia de disposición específica de la trata de personas en la CEDH no era sorprendente, ya que se inspiró en la DUDH, que solo se refería a “la esclavitud y a la trata de esclavos en todas sus formas”; sin embargo, como es un instrumento vivo debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales.

El TEDH considera que el espectro de salvaguardias establecido en la legislación nacional debe ser adecuado para asegurar la protección práctica y efectiva de los derechos de las víctimas o potenciales víctimas de la trata. Es decir, sostiene la necesidad de un enfoque integral, con medidas preventivas mediante la implementación de políticas y programas que incluyan formación de los agentes del orden y funcionarios de migraciones y de protección a las víctimas.

De lo anterior se desprende que el marco general de obligaciones positivas en virtud del artículo 4 incluye: el deber de establecer un marco legislativo y administrativo para prohibir y sancionar la trata; el deber, en determinadas circunstancias, de tomar medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de la trata; y una obligación procesal de investigar situaciones de posible trata. En general, los dos primeros aspectos de las obligaciones positivas pueden denominarse sustantivos, mientras que el tercero designa la obligación procesal de los Estados.<sup>27</sup>

El aspecto medular del caso gira en torno a las obligaciones procesales del Estado en relación con la trata de personas y la prostitución. Se relaciona con el deber de las autoridades internas de aplicar en la práctica los mecanismos penales pertinentes establecidos para prohibir y sancionar conductas contrarias al artículo 4 del Convenio.<sup>28</sup>

En suma, se consideró que la denunciante, en función de los hechos probados, fue víctima de un trato contrario al artículo 4 del Convenio –trata de personas y/o prostitución forzada–, lo que a su vez provocó la obligación procesal de las autoridades nacionales en virtud de esa misma disposición.

#### 4.1. Votos concurrentes

El voto del juez Turkovic agregó observaciones relativas a las obligaciones procesales derivadas del Convenio, según el cual los criterios para una investigación efectiva (independencia, prontitud, minuciosidad, supervisión pública y participación de la víctima) son los mismos según los artículos 2, 3 y 4.

Observa, entre otros aspectos, que una vez que existe una queja sobre la efectividad de una investigación, el Tribunal está obligado a considerar los criterios por separado; y que el Estado debe efectuar esa investigación sería cuando se presente una “denuncia discutible” de haber sido sometido a un trato contrario al artículo 4 o, en ausencia, cuando exista *prima facie* prueba de que ha sido sometido a dicho trato.

Los jueces O’Leary y Ravarani en su voto advierten ciertas deficiencias en la investigación interna, relacionadas con la denuncia de prostitución forzada de la demandante, ya que, con las pruebas disponibles, se podría haber condenado a T.M. Indican que existió una inflación en el alcance del caso y no se ha aportado claridad a su jurisprudencia del artículo 4 del Convenio. Otra dificultad que observan radica en la transposición general de los artículos 2 y 3 al artículo 4 y, en algunos casos, al artículo 8 de

<sup>27</sup> Ídem, nota 12, párrs. 247 y 306.

<sup>28</sup> Ibídem, párr. 249.

las obligaciones procesales positivas desarrolladas. No comparten la forma en que el caso fue abordado por el Tribunal, y que tampoco se ha aclarado el alcance del artículo 4.

El juez Pastor Vilanova suscribe la conclusión arribada de la existencia de una violación del artículo 4 del Convenio en su vertiente procesal. Sin embargo, expresa algunas reservas respecto a la cuestión relativa a la explotación de la prostitución por otra persona,<sup>29</sup> y la problemática del consentimiento.<sup>30</sup>

Por último, el juez Serghides coincide con la conclusión arribada, pero llega a la misma utilizando un enfoque metodológico que considera sencillo, directo y más compatible con el principio de eficacia en este tipo de investigaciones.<sup>31</sup>

29 Refiere que respecto de los precedentes que son citados por el Tribunal, ninguno trata de manera específica la prostitución, lo mismo que las referencias a los informes de la OIT, ya que solo vincula el tema del trabajo forzoso con el hecho de que la víctima no ofrece sus servicios “voluntariamente”. Por esa ambigüedad entiende que es momento de abordar la cuestión de si la explotación de la prostitución, como tal, sigue siendo compatible con el CEDH y, como regla general, él no lo cree así, ya que la dignidad humana no se puede pagar. Agrega que la investigación académica muestra que las personas que han elegido plena y libremente dedicarse a la prostitución son una minoría. Aquellos que no quieran, o que ya no quieran hacerlo o no tengan otra opción, deben ser protegidos por la Convención y las Altas Partes Contratantes. Incluso las consecuencias físicas nocivas y el impacto psicológico de la prostitución son tales que nadie debería ser sometido a ellas sin su consentimiento libre e informado. Puntualiza: “En mi opinión, la explotación de la prostitución, en el sentido amplio en que se utiliza en el párrafo 117 de la sentencia; es decir, el hecho de obtener ilegalmente un beneficio económico o material de la prostitución de otra persona, debe ser presuntamente contrario al artículo 4 [...] La única excepción debe ser la prostitución contratada con consentimiento libre, informado y expreso, que no puede caracterizarse como trabajo forzoso. Por tanto, todas las demás formas de prostitución sin consentimiento entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 4”.

30 Aclara que “el consentimiento para la prostitución puede considerarse libre e informado si –y solo si– se expresa y se obtiene de manera indiscutible. No se puede aceptar ninguna forma de consentimiento implícito ni justificar la explotación de una persona por otra. El silencio o la falta de resistencia nunca deben considerarse un consentimiento implícito. De lo contrario, el camino estaría abierto a todo tipo de abusos, por no hablar de todas las dificultades probatorias que enfrentarían las propias víctimas. ¡Ceder no es lo mismo que consentir (Nicole-Claude Mathieu)! El artículo 3 (b) del Protocolo de Palermo y la Regla 70 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional reflejan este enfoque”. Además, “el consentimiento no puede ser libre e informado a menos que la persona que se dedica a la prostitución sea capaz de darlo y no esté viciado, por ejemplo, por violencia, error o engaño [...] debe ser posible retirar[lo] en cualquier momento”. Añade que no puede haber consentimiento cuando faltan opciones, ya que generalmente la prostitución es con frecuencia una actividad de último recurso, cuando alguien atraviesa una dificultad económica. Nadie sale ileso psicológicamente luego de la experiencia de la prostitución. “Sin embargo, la Gran Sala parece ignorar este consenso. Es cierto que algunos Estados regulan la explotación de la prostitución (Alemania, Países Bajos, Eslovenia, España y Suiza, por ejemplo). Sin embargo, una regulación legal detallada de una actividad no es suficiente para hacerla compatible con la Convención. El hecho de que esté regulado no significa en modo alguno que el consentimiento de la persona sea totalmente libre, informado y expreso, y sobre todo verificado”. En ese sentido, tomo nota de la legislación iniciada por varios países europeos que han optado por definir la violencia sexual sobre la base de la falta de consentimiento y no solo sobre la base de la violencia o las amenazas (Suecia, Islandia, Reino Unido e Irlanda, por ejemplo). En consecuencia, la ausencia de violencia no necesariamente denota consentimiento. Por último, el artículo 4 también impone obligaciones positivas a las Altas Partes Contratantes. En ese sentido, deberían, como mínimo, establecer un marco legal que sea suficiente para hacer efectiva la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzoso; investigar a fondo cuando existan sospechas creíbles de que se han violado los derechos de las personas que disfrutaban de protección; y, finalmente, tomar medidas operativas para proteger a las víctimas reales o potenciales. En cuanto a este último aspecto, implicaría, en primer lugar, fortalecer las garantías y salvaguardias en torno a la prostitución legal, es decir, comprobar si el consentimiento prestado es genuino. En segundo lugar, la lista de obligaciones positivas de los Estados en virtud del artículo 4 debería ampliarse mediante la introducción de medidas preventivas como identificar y apoyar a las personas en situación precaria o vulnerable (la gran mayoría de ellas mujeres) que corren el riesgo de caer en la trampa de la prostitución forzada, y brindar asistencia y protección a quienes deseen escapar de la espiral de la prostitución. [...] En su obra de 1862 *Los Miserables*, Víctor Hugo observó lo siguiente: “Decimos que la esclavitud ha desaparecido de la civilización europea, pero no es cierto. La esclavitud aún existe, pero ahora se aplica solo a las mujeres y se llama prostitución”. La Convención es un instrumento vivo. Depende de la Corte mostrar el camino”.

31 Puntualmente expresa que “esta infracción fue el resultado de la falta de aplicación del mecanismo de la ley

## 5. Comentarios finales

Retomando las ideas iniciales, de la lectura del fallo surgen varios temas que resultan necesarios para el abordaje de la trata de personas con fines de explotación sexual como una cuestión de derechos humanos y que generan debates –con numerosas aristas susceptibles de ser abordadas– con plena vigencia actual en nuestro contexto latinoamericano.

La sentencia evidencia la ausencia de claridad de conceptos claves y la necesidad de adoptar una posición respecto de la definición de trata de personas y de explotación de la prostitución, habida cuenta de los diversos criterios legales de los países que pertenecen a la Unión Europea.

Se refuerza el deber de los Estados de tomar medidas operativas oportunas y eficaces para proteger a las víctimas y una obligación procesal de investigar situaciones de posible trata. Y, en caso de iniciarse un proceso judicial, se establece la obligación estatal de llevar adelante investigaciones judiciales con debida diligencia.

Por ello me voy a detener y limitar mis observaciones a las falencias verificadas en la búsqueda y producción probatoria, indispensable para dilucidar el caso, y la consecuente valoración judicial en investigaciones en este tipo de delitos.

En el caso pudo observarse la ausencia de perspectiva de género en el proceso local, donde se decidió absolver al acusado, aun cuando se contaba con un marco normativo nacional e internacional que hubiera permitido arribar a otra solución legal.

Si bien ante situaciones de violencia de género una investigación seria y eficiente debería tomar en cuenta la declaración de la víctima, también debería procurar acercar otros elementos de prueba adicionales (Di Corleto-Piqué, 2017). En el Informe presentado por GRETA se señaló que prácticamente la única prueba era la declaración de la víctima y la negativa de los hechos por parte del acusado. Además, advierte que el MPF no apoyó su declaración con otras pruebas (por ej. declaraciones de eventuales clientes, vecinos,<sup>32</sup> familiares, miembros de la ONG que podrían haber testificado sobre el estado psicológico de la víctima, dictámenes periciales o investigaciones financieras). También recaló la falta de capacitación de funcionarios y la existencia de prejuicios frente a las víctimas de trata, al haber calificado sus dichos como incoherentes y contradictorios.

Aunque las autoridades –la Policía y el MPF– reaccionaron con prontitud al recibir la denuncia inicial, en su investigación no siguieron algunas líneas trascendentes para dilucidar las circunstancias del caso y establecer la verdadera naturaleza de la relación entre ambas partes, el primer contacto, las amenazas y el uso de las redes sociales.

---

penal que permite la investigación, prohibición y sanción del ‘trabajo forzoso u obligatorio’ de tal manera que se facilite la protección utilizando toda la amplitud de este término, en lugar de limitar la protección al marco de la ‘trata de personas’ o la ‘prostitución forzada’ como hizo la sentencia”.

32 Tampoco citó al dueño del departamento, para que al menos aclare en qué circunstancias fue alquilado, quiénes lo hicieron, a nombre de quién; lo que habría resultado clave para sustentar la acción de albergar propia del delito de trata de personas. Tampoco se entrevistó a los vecinos, quienes podrían haber declarado si la demandante podía salir sola del departamento y con qué frecuencia.



Sin lugar a dudas, existían medidas que podían ser tomadas desde los órganos encargados de la persecución penal, tendientes a acreditar las circunstancias denunciadas por S.M.; sin embargo, nada se hizo sobre este punto, lo que demuestra una clara omisión por parte de los órganos del Estado de investigar todos los pormenores del hecho denunciado, siendo este, precisamente, el deber que se asume en las convenciones vinculadas a la problemática de la violencia de género.

Aplicar la perspectiva de género supone mirar más allá de la denuncia para recuperar y preservar el material probatorio en la escena del delito, identificar posibles testigos y realizar los exámenes médicos y psicológicos que permitan determinar la existencia de posibles secuelas y así, solo guiados por los estándares de un sistema de libre valoración, el desafío consiste en elaborar pautas que permitan promover una valoración de la prueba sana, crítica, racional y respetuosa de los derechos de las mujeres (Di Corleto, 2017).

En el caso, las autoridades judiciales locales descreyeron de la versión de la denunciante con el empleo de ciertos estereotipos discriminatorios hacia su persona e historia de vida. Tampoco valoraron la prueba en forma adecuada, ya que no se analizó el contexto, ni los múltiples elementos probatorios arrimados al debate que corroboraban los dichos.<sup>33</sup>

Para ello no se debe perder de vista que hoy la perspectiva de género es una categoría de análisis, es un mandato de derechos humanos, reconocido por vía legal, convencional, supra legal y, en nuestro contexto, por la misma jurisprudencia de la CSJN (“Leiva”)<sup>34</sup> y por organismos y tribunales internacionales (“Campo Algodonero Vs. México”, “Hernández Gutiérrez Vs. Guatemala”) que establecen estándares claros al respecto. Además, existen estereotipos intrínsecos al derecho que influyen en la interpretación y aplicación del derecho (Cartabia, 2020: 30) y cuyas prácticas discriminatorias pueden derivar en responsabilidad internacional de un Estado.

En definitiva, y consciente de que queda mucho por desarrollar, entiendo que el caso demostró que, en ocasiones, no resulta suficiente solo el conocimiento y mención de los instrumentos internacionales de derechos humanos que abordan de forma específica la situación de violencia contra las mujeres, sino que se impone la necesidad de dar inicio a estrategias que eleven la capacidad crítica en el análisis de la discriminación estructural y su falta de acceso a la justicia –ya sea ante una acción u omisión que visibilice la violación de derechos, por insuficiencia de medidas de protección o falta de acciones positivas de remoción de obstáculos para el disfrute de los mismos, o por presencia de normas o prácticas judiciales discriminatorias– en el caso, vinculadas a la recolección y a la valoración probatoria, que es, a mi criterio, de todas las aristas de análisis que propone el fallo, donde más debemos detenernos a profundizar.

33 Ello incluso surge del Informe anual del Consejo de Derechos Humanos, cuando en el año 2012, la Relatora Especial Joy Ngozi Ezeilo advirtió estas circunstancias.

34 CSJN, *Fallos* 334:1204.

## Bibliografía

- Cartabia, S. (2020). Violencia de género en el ámbito penal. CSJN, “RCE s/recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 63006 del Tribunal de Casación Penal, Sala IV”, 29 de octubre de 2019. *Debates sobre Derechos Humanos*, 4, 29-42.
- Di Corleto, J. (2017). Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género. En J. Di Corleto (comp.), *Género y Justicia Penal* (pp. 285-307). Buenos Aires: Didot.
- Di Corleto, J. y Piqué, M. L. (2017). Pautas para la recolección y valoración de la prueba con perspectiva de género. En J. Hurtado Pozo (dir.), *Género y Derecho Penal. Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne* (pp. 409-433). Lima: Instituto Pacífico.
- Heim, D. (2016). *Mujeres y acceso a la justicia* (p. 190). Buenos Aires: Didot.
- Iglesias Skulj, A. (2013). *La trata de mujeres con fines de explotación sexual* (pp. 30-152). Buenos Aires: Didot.

# Violencia doméstica

## TEDH. *Case of Levchuk v. Ukraine*, 3 de septiembre de 2020

*Por Ana Inés Larrea<sup>1</sup>*

---

### 1. Presentación

En el presente comentario analizaremos una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), resuelta con extrema rapidez, que marca la intención de demostrar que la protección de las mujeres –ante una demanda de desalojo interpuesta en un caso de violencia psicológica y física– y el reconocimiento de sus derechos es una prioridad para el Tribunal.

El Tribunal falló que existía una violación de las obligaciones internacionales asumidas por Ucrania, en lo concerniente al artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar).

Este caso representa un antecedente para que los Estados miembros adopten políticas contra la violencia de género y medidas que permitan que el Poder Judicial proteja a las víctimas; y establezcan un protocolo operativo obligatorio para la policía y los servicios médicos y sociales, ante una eventual demanda por vulnerar los preceptos establecidos en la Convención.

---

<sup>1</sup> Abogada (USAL). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Cursó la especialización en Derecho Constitucional (UCA). Actualmente se desempeña como asesora en el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

## 2. Hechos del caso

La demandante ante el TEDH en este caso es I.L., quien nació en 1982 y vive en Rivne, Ucrania. El 26 de mayo de 2006 se casó con O.L., con quien tuvo trillizas. La relación con O.L. se deterioró gradualmente por su abuso del alcohol, lo que implicó que, bajo su influencia, iniciara discusiones con la denunciante, y la acosara y amenazara a ella y a las niñas, llegando a ejercer violencia física contra ella. En varias ocasiones la demandante debió huir de sus arrebatos violentos, quedándose con familiares o conocidos por períodos de tiempo.

Desde 2009 y hasta 2016 realizó constantes denuncias por violencia y acoso, que dieron lugar a intervenciones policiales —que se limitaban a advertencias orales—, sin que se iniciara un proceso formal de seguimiento por parte de la Policía. Cabe señalar que el 23 de septiembre de 2015 se disolvió el matrimonio: la custodia de las niñas fue otorgada a la solicitante, pero seguían compartiendo el domicilio.

Por otro lado, la demandante inició un proceso civil contra O.L. por no cubrir las necesidades económicas de sus hijas, acreditando moras en el pago de las cuotas. O.L. reconoció la deuda y le explicó a la Policía que no podía hacer los pagos adeudados porque estaba desempleado y no tenía ingresos. Este procedimiento contra O.L. fue posteriormente cerrado o abandonado.

Por dos episodios de violencia sufridos por la demandante durante 2016, O.L. fue acusado del delito administrativo de violencia doméstica en virtud del artículo 173-2 del Código de Infracciones Administrativas (“CAO”). O.L. reconoció que era culpable del delito en cuestión. El tribunal de la Ciudad decidió que podía ser eximido de responsabilidad formal por el delito y recibir solo una reprimenda oral, en vista de que la demandante lo había pedido, ya que las partes ya habían resuelto sus diferencias.

Por otra parte, el 14 de marzo de 2016 la demandante acudió ante el servicio de bienestar familiar, infantil y juvenil municipal de Rivne y solicitó ayuda para encontrar una solución integral. El servicio elaboró un informe en el que indicaba que O.L. descuidó sus responsabilidades parentales y entabló discusiones violentas con la madre, lo que fue intimidante y angustiante para las niñas. O.L. nunca pudo ser entrevistado, por no estar en la casa. A la demandante se le ofreció apoyo de asesoramiento, que ella rechazó en ese momento.

Mientras tanto, la demandante inició un procedimiento civil en el Tribunal de la ciudad de Rivne, buscando desalojar a O.L. del domicilio, en base al artículo 116 del Código de Vivienda, alegando que convivir con él era imposible en función de su violencia y abusos y que seguir viviendo con él significaría que ella y sus hijas menores de edad estarían en constante riesgo de sufrir acoso psicológico y violencia física. La demandante también argumentó que el desalojo no colocaría a O.L. en una situación precaria, ya que él y su madre eran copropietarios de un piso en la misma ciudad. La demandante presentó documentos acreditando todas sus denuncias anteriores de acoso y violencia, y un nuevo certificado que acreditaba dieciocho meses de atraso con respecto a los pagos de manutención infantil.

El 4 de abril de 2017, la Corte de la ciudad de Rivne hizo lugar a la pretensión de la denunciante y ordenó el desalojo de O.L., señalando en su sentencia que

La demandante ha recurrido en repetidas ocasiones a los organismos encargados de hacer cumplir la ley para que protejan sus derechos y los de sus hijos menores [...] El demandado fue sometido a [...] medidas para corregir su comportamiento, que no produjeron el resultado deseado.<sup>2</sup>

OL apeló esta decisión, argumentando que la demandante quería separarlo de las niñas y obtener beneficios pecuniarios. Por la misma razón, había estado exagerando la situación y presentando denuncias con acusaciones que no estaban respaldadas por pruebas.

El 14 de junio de 2017, la Corte Regional de Apelación de Rivne anuló la sentencia de primera instancia y desestimó el reclamo de la demandante, por entender que no había motivos para aplicar una medida tan radical como el desalojo, y que las condiciones exigidas por el Código de Vivienda no se habían cumplido. Cabe señalar que la norma en cuestión establece que, si algún miembro de la familia o inquilino sistemática incumple las reglas de convivencia de manera tal que se vuelve imposible compartir la vivienda, el responsable de tal conducta podrá ser desalojado a petición del interesado.

La demandante recurrió, argumentando que O.L. ya había sido declarado culpable de violencia intrafamiliar en procedimientos administrativos y había sido procesado por el delito de agresiones, pero el 20 de agosto de 2018, la Corte Suprema rechazó el recurso, haciendo suyos los argumentos del Tribunal de Apelación.

### 3. Argumentos ante el TEDH

La demandante sostuvo que las decisiones de los tribunales internos no permitieron cumplir con el desalojo, a pesar de que se habían probado los hechos de violencia contra ella y sus tres hijos. Tal decisión generó que tanto ella como sus hijos continuaran en una situación de riesgo de acoso y violencia, violando los artículos 6, 8 y 13 del CEDH.

Para poner en contexto sus dichos, brindó información respecto de la violencia de género en Ucrania, cuya sociedad mostraba una alta tolerancia a este fenómeno. En ese sentido, entre otra información estadística, expuso que según el centro de prensa de la Policía Nacional, durante 2018 la policía recibió ochenta y nueve mil quinientas denuncias de violencia doméstica de mujeres. En la práctica, en la gran mayoría de los casos se dejaba que el perpetrador “cumpliera su condena” en su domicilio, donde tenía la posibilidad de tener un contacto cercano con la víctima, que corría el riesgo de sufrir más violencia.<sup>3</sup>

2 TEDH. *Case of Levchuk v. Ukraine*, Application no. 17496/19, Court (Fifth Section), 3 de septiembre de 2020, párr. 37.

3 Datos estadísticos recopilados de la encuesta a policías y fiscales, análisis de decisiones judiciales sobre casos de violencia contra las mujeres y violencia doméstica. El 10% de los fiscales, el 11% de los jueces, el 12% de los policías justifican algunos casos de violencia familiar. El 39% de los agentes del sistema de justicia penal considera que la violencia doméstica es un asunto privado y el 60% culpa a las víctimas de la violencia sexual. Durante los procedimientos judiciales de casos de violencia doméstica, el 77% de los fiscales, el 81% de los policías y el 84% de los jueces consideran que la reconciliación [entre] la pareja y la preservación de la familia es la máxima prioridad, subestimando la violencia y considerada una disputa menor. Ídem, nota 2, párr. 67.

En cuanto a su situación personal, la demandante afirmó que en algunas ocasiones había retirado sus denuncias contra O.L. bajo presión: las autoridades no habían querido investigar y la habían persuadido de que lo mejor para ella era reconciliarse con su marido y cerrar el caso, pero como los incidentes violentos habían persistido, se vio obligada a solicitar su desalojo, ya que era la única manera eficaz de proteger la seguridad y los derechos de ella y sus hijos.

La demandante también alegó que le había llevado unos dos años presentar su demanda de desalojo ante los tribunales nacionales. La desestimación de esa denuncia después de un esfuerzo tan significativo de su parte le había dado a O.L. una sensación de total impunidad, y la había expuesto a ella y a los niños a un riesgo aún mayor de acoso psicológico y de agresiones físicas. A este respecto, señaló que finalmente se había visto obligada a presentar una nueva denuncia penal y a iniciar un procedimiento para privarlo de la patria potestad.

Por su parte, el Estado sostuvo que las autoridades domésticas habían tomado todas las medidas necesarias para protegerla a ella y a sus hijos de la violencia doméstica. En particular, la policía y los servicios sociales habían respondido con prontitud a sus denuncias sobre violencia por parte de O.L. Además, alegó que la demandante no había demostrado que O.L. hubiera sido culpable de una mala conducta persistente e irremediable de tal gravedad, que compartir piso con él le hubiera resultado imposible, por lo que el Tribunal de Apelación había equilibrado correctamente el interés de la solicitante del desalojo de O.L. y el del demandado de continuar residiendo en su casa.

#### **4. El fallo del TEDH**

Cabe tener presente que, al momento de resolver el caso, los involucrados seguían compartiendo vivienda.

El Tribunal centró su análisis en la respuesta de los tribunales civiles a la demanda de desalojo, aunque en un contexto de sucesivas quejas de violencia doméstica cuya existencia no se discute.

Para la Corte, la violencia de género, que puede tomar diversas formas, trasciende las circunstancias de un caso individual y constituye un problema general que afecta, en diverso grado, a todos los Estados miembros.

En este sentido, sostuvo que cuando una persona hace una afirmación creíble de haber sido sometida a repetidos actos de violencia doméstica, corresponde a las autoridades internas evaluar la situación en su totalidad, incluido el riesgo de que continúen incidentes similares. Esta evaluación debe tener debidamente en cuenta la vulnerabilidad particular de las víctimas, que a menudo dependen de sus agresores desde el punto de vista emocional, económico o de otro tipo, y el efecto psicológico que el riesgo de acoso, intimidación y violencia repetidos puede tener en su vida cotidiana. Por eso, se puede

solicitar a las autoridades que implementen una acción apropiada de carácter general para combatir el problema subyacente y prevenir futuros malos tratos.<sup>4</sup>

En el caso resultaban creíbles las afirmaciones de la demandante sobre las agresiones, intimidación y amenazas sufridas por parte de O.L., por lo que afectaron la esfera de vida privada y su derecho al disfrute de un hogar libre de disturbios violentos, protegidos por el artículo 8 de la Convención.

El TEDH tomó nota de que las autoridades, que conocían bien la situación, intervinieron en hechos individuales en diversas ocasiones. Además, la interposición de la acción civil de desalojo constituyó un recurso capaz, en principio, de corregir el meollo de la denuncia de la solicitante. Por lo tanto, debía determinar si esta decisión logró un equilibrio justo entre los intereses en conflicto en juego.

La Corte sostiene que el desalojo es la medida más extrema de injerencia en el derecho al respeto por el hogar garantizado por el artículo 8 de la Convención, aunque también ha señalado que la injerencia de las autoridades nacionales podría ser necesaria para proteger la salud y los derechos de los demás, por cuanto en los casos de violencia de género, los derechos de los perpetradores no pueden prevalecer sobre los derechos de las víctimas, en particular, a la integridad física y mental.<sup>5</sup>

De las pruebas presentadas, no se desprende que el Tribunal de Apelación ni el Tribunal Supremo hubieran realizado una evaluación exhaustiva de los episodios de violencia generados por O.L., ya que aunque se había iniciado un proceso penal y administrativo por agresiones físicas y las autoridades policiales habían mantenido “conversaciones preventivas” con él y le habían emitido “advertencias” en varias ocasiones, los tribunales internos concluyeron que no se había demostrado que O.L. hubiera violado sistemáticamente las reglas de vida juntos.

Por otra parte, el hecho de que la presunta víctima haya retirado su denuncia, sin un análisis integral de los riesgos que seguía viviendo, era incompatible con el deber de los Estados de tomar en consideración la vulnerabilidad de las víctimas de violencia intrafamiliar, obligación positiva que se desprende de los artículos 3 y 8 del Convenio.<sup>6</sup>

La Corte también tuvo en cuenta que O.L. en repetidas ocasiones no pagó la manutención de sus hijas y estaba emocionalmente desconectado de su educación, de acuerdo a los informes presentados y el Tribunal de Apelación no tuvo en cuenta el impacto de esas circunstancias en el interés superior de las niñas.

A luz de todos los factores detallados anteriormente, el TEDH consideró que, al desestimar la demanda de desalojo, las autoridades judiciales internas no realizaron un análisis integral de la situación y el riesgo de violencia física y psicológica futura que enfrentaban la demandante y sus hijos.

---

4 Ídem, nota 2, párr. 80.

5 Íbidem, párr. 84.

6 Íbidem, párr. 87.

Adicionalmente, observó que el proceso interno duró más de dos años en tres niveles de jurisdicción, durante los cuales la demandante y sus hijos estuvieron en riesgo de sufrir más violencia, por lo que no se ha logrado un equilibrio justo entre todos los intereses en juego.

Por lo expuesto, concluyó que se produjo una violación al artículo 8 de la Convención, en tanto la respuesta de los tribunales civiles a la demanda de desalojo de la solicitante incumplió la obligación positiva del Estado de asegurar una protección efectiva contra la violencia de género.

En lo referente al daño, el Tribunal consideró que la demandante sufrió angustia a causa de los hechos que motivaron su denuncia, otorgándole la suma de cuatro mil quinientos euros en concepto de daño moral.

## 5. Palabras finales

En el ámbito de los derechos de la mujer, la tarea más urgente es la consolidación de la plena igualdad entre el hombre y la mujer. La manifestación más palmaria de la desigualdad entre géneros se encuentra en las cifras tan elevadas de violencias contra la mujer en las relaciones de pareja. Quizás ello sea una extensión de la histórica subordinación que ha impedido la plena emancipación de la mujer. En la actualidad, el recurso a la violencia física y verbal y la intimidación constituyen las maneras más groseras y radicales de intento de mantenimiento de dicha subordinación. El Derecho de Estrasburgo, habida cuenta de que pretende consolidar una sociedad democrática y justa guiada por los principios de legalidad, libertad e igualdad, no podrá quedar al margen.

La velocidad en que se resolvió esta causa y los análisis efectuados dan cuenta de la importancia que le otorga el TEDH a la problemática de género: procura trabajar para eliminar la brecha existente entre los criterios internacionales de protección a los derechos de las mujeres y su efectiva aplicación y vigencia, buscando aumentar el nivel de protección y cumplimiento de los estándares mínimos europeos. Ese trabajo se plasma con condenas a los Estados —cuando procede—, promoviendo las medidas oportunas para que la violación no se vuelva a producir, y exhortando a los Estados a la modificación de sus respectivos ordenamientos para adaptarlos a los niveles de exigencia que se requieren en Europa.

De esta manera, entiendo que el Tribunal procura que desde la jurisdicción europea se produzca el cambio de paradigma tan necesario en un país como Ucrania, que se muestra tolerante con el avasallamiento de los derechos de las mujeres y la desigualdad entre géneros, circunstancia puesta de manifiesto palmariamente en las elevadas y alarmantes cifras de violencia que se desprenden del fallo y la todavía más preocupante omisión de las autoridades. Con esa finalidad el TEDH aborda la cuestión buscando dar respuesta a las exigencias sociales en materia de género, teniendo en consideración la problemática concreta y específica, y en ocasiones compleja, removiendo los obstáculos que impiden a la mujer el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad.



# Derecho a la educación. Personas con discapacidad

TEDH. *Affaire G.L. c. Italie*,  
10 de septiembre de 2020

*Por María Celeste Fernández<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

En los últimos años, el derecho a la educación inclusiva ha adquirido un protagonismo creciente en el ámbito de los tribunales judiciales nacionales e internacionales. Prácticas que hasta no hace mucho tiempo se repetían sin cesar, una y otra vez, y eran naturalizadas en la comunidad educativa hoy son concebidas como violaciones de derechos humanos que ameritan la intervención de la Justicia. Este fenómeno no es casual, sino que se produce como consecuencia de los cambios operados en el derecho internacional, principalmente a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “CDPD”); de la lucha de personas con discapacidad, familias y organizaciones de la sociedad civil, sostenida durante décadas; y del surgimiento de nuevas pedagogías que buscan dejar atrás la impronta homogeneizante sobre la cual se edificaron nuestros sistemas educativos, impronta que –siglos después– continúa atravesándolos. Todos estos factores y tendencias se han ido combinando y conjugando de formas peculiares, y han acabado por crear un pujante movimiento en pos de la justicia educativa y la valoración de la diversidad humana. Es así que la educación inclusiva, poco a poco, empieza a ganarse un lugar cada vez más relevante en el campo

<sup>1</sup> Abogada (USAL). Máster en Derecho (Universidad Paris I - Panthéon Sorbonne). Profesora en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA) y candidata a Magister en Políticas Públicas (UTDT). Actualmente se desempeña como coordinadora del Programa de Derechos de las Personas con Discapacidad en la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y como docente universitaria.

de la política pública, en las culturas escolares, en las agendas de los medios de comunicación, y también en los pronunciamientos de jueces y juezas.

Pese a su reconocimiento a nivel internacional (y en muchos casos también a nivel nacional), el derecho a la educación inclusiva continúa siendo una deuda pendiente en la mayoría de los países del mundo. Las personas con discapacidad aún deben enfrentar un sinnúmero de barreras para ingresar a las escuelas regulares<sup>2</sup> y para aprender, participar y progresar en ellas. Rechazos de matriculación, derivaciones a colegios especiales, resistencias a brindar apoyos y entregas de diplomas diferenciados son solo algunos de los obstáculos que hacen que educarse sea, para este colectivo, una verdadera odisea.

La jurisprudencia existente hasta el momento revela que cuando esas situaciones alcanzan los estrados judiciales, aparecen luces y sombras, argumentos más robustos y otros más tímidos, síntomas de cambio de paradigma y resabios de visiones conservadoras. En este comentario, realizaré un análisis de algunas de las cuestiones que plantea el caso “G.L. c. Italia”<sup>3</sup> desde un enfoque de derechos humanos, procurando hallar esas luces y sombras, y reflexionar críticamente sobre la conducta del Estado denunciado y sobre los argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”).

## 2. Los hechos del caso

La situación denunciada se inició en 2010, cuando una niña –hoy adolescente– con discapacidad intelectual dejó de recibir los apoyos que requería para estudiar en la escuela regular. En años anteriores, había contado con una asistencia especializada, servicio previsto en la Ley italiana N° 104 de 1992 que buscaba potenciar su autonomía, su socialización y su inclusión en la institución educativa, pero que se vio suspendido en su primer año de educación primaria, lo que hizo que su familia debiera formalizar un reclamo ante la administración de Éboli, su ciudad de residencia. Al no obtener respuesta, comenzó a abonar dicha prestación en forma privada.

El gobierno local, a su turno, expresó que el colegio había suplido ese apoyo, brindando una ayuda física y asistencia material a los y las docentes, y –para acreditarlo– acompañó una factura de 476,56 euros. No obstante, la requirente alegó que los documentos aportados no permitían establecer la veracidad de esa afirmación, precisar qué tipo de servicio se había otorgado y si las personas designadas estaban capacitadas para desempeñar su tarea adecuadamente. Consideró, además, que el monto de dinero referido evidenciaba que la asistencia en cuestión no había sido permanente.

Frente a tal situación, el padre y la madre de la niña recurrieron a un tribunal administrativo a fin de que constatará la violación del derecho reconocido por la Ley N° 104 e indemnizara a su hija, pero

2 Siguiendo a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013), los términos “educación general” y “escuelas regulares” se utilizarán para hacer referencia a los sistemas educativos que acogen a estudiantes con o sin discapacidad, a diferencia de la expresión “escuelas especiales”, que alude a aquellas instituciones que solo reciben a estudiantes con discapacidad.

3 TEDH. *Affaire G.L. c. Italie*, Requête no. 59751/15, Cour (Première Section), 10 de septiembre de 2020.

dicho planteo fue rechazado con fundamento en que la administración había hecho las gestiones necesarias a tiempo y en que había enfrentado una reducción de los fondos asignados por el Estado. Como consecuencia de ello, decidieron impugnar la decisión ante el Consejo de Estado italiano, que también desestimó el recurso y negó el reembolso del dinero invertido, alegando que la demanda de reparación era vaga y no demostraba la relación de causalidad entre la falta de asistencia especializada y el daño invocado, y que la disminución presupuestaria experimentada por la región no permitía comprometer su responsabilidad. Con relación a la solicitud de condenar a la administración a brindar la asistencia prevista a nivel legal, el Consejo estimó que la Justicia solo podía imponer una obligación de hacer si el asunto era de competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa, lo que —a su juicio— no ocurría en este caso.

Tras estos acontecimientos, la niña y su familia decidieron presentarse ante el TEDH, invocando una violación de diversos derechos previstos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “CEDH”). En particular, sostuvo que había existido un tratamiento discriminatorio (artículo 14 del CEDH) y una vulneración de su derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo N° 1 al CEDH) y a la vida privada (artículo 8 del CEDH). Luego de refutar el planteo del gobierno italiano sobre la interposición extemporánea de la demanda, el tribunal europeo declaró su admisibilidad y se abocó a examinar la cuestión de fondo.

### 3. Análisis de la sentencia del TEDH

En el caso bajo estudio, se condenó a Italia por considerar que había incurrido en una violación del artículo 14 del CEDH en combinación con el artículo 2 del Protocolo N° 1, ordenándole el pago de diversas sumas de dinero a la requirente, en concepto de daño material y moral y en compensación por ciertos gastos que había realizado en el plano interno.

Para así decidir, comenzó por reconocer que si bien la educación es indispensable para la realización de los derechos humanos y uno de los servicios públicos más importantes en un Estado moderno, siendo que los recursos para brindarlo son restringidos, los gobiernos deben lograr un equilibrio entre las necesidades educativas de las personas y su capacidad limitada para responder a ellas.<sup>4</sup> Sostuvo, asimismo, que cuando una restricción de derechos fundamentales se aplica a una población vulnerabilizada, el margen de apreciación estatal es reducido, y que solo consideraciones muy sólidas pueden permitirle aplicarla.<sup>5</sup> En tal sentido, adujo que las autoridades deben ser particularmente cuidadosas al decidir cómo implementar ajustes razonables, teniendo en cuenta el impacto que dichas elecciones ocasionan en los niños y niñas con discapacidad.<sup>6</sup>

Luego de esa introducción, el TEDH se propuso verificar si la administración tenía razones válidas para privar a la requirente de la asistencia especializada. En ese camino, argumentó que el Estado no

---

4 *Ibidem*, párr. 49.

5 *Ibidem*, párr. 54.

6 *Ibidem*, párr. 63.

había brindado ninguna información sobre las competencias específicas del personal escolar que había proporcionado dicho servicio, ni sobre el tipo de ayuda otorgada. Acto seguido, aseveró que debido a la falta de asistencia a la que tenía derecho, era indudable que G.L. no había podido frecuentar la escuela en condiciones equivalentes a las del resto del alumnado, y que esa diferencia se había basado en su discapacidad.<sup>7</sup>

A su vez, constató que las jurisdicciones administrativas italianas no exploraron si las autoridades habían ponderado un justo equilibrio entre las necesidades educativas de la niña y la capacidad restringida del gobierno para responder a ellas, y que tampoco habían verificado si las restricciones presupuestarias habían tenido el mismo impacto sobre las personas con y sin discapacidad.<sup>8</sup> En ese orden de ideas, señaló que estas en ningún momento barajaron la posibilidad de compensar la falta de recursos o la necesidad extraordinaria de brindar apoyos a personas con “patologías graves”<sup>9</sup> con una reducción de la oferta educativa repartida equitativamente entre estudiantes con y sin discapacidad.

Por lo expuesto, el TEDH afirmó que las autoridades no buscaron determinar las necesidades reales de la requirente y las soluciones para responder a ellas a fin de permitir la asistencia a la escuela en condiciones de igualdad. Agregó también que la discriminación sufrida por G.L. fue aún más grave por ocurrir en el nivel primario, pues este aporta las bases de la instrucción y la integración social y es obligatorio en la mayoría de los países.<sup>10</sup> Concluyó, así, que el gobierno no había demostrado actuar con la diligencia requerida para garantizar el derecho a la educación y que, por lo tanto, su conducta había violado el CEDH.

A continuación, procuraré analizar este pronunciamiento a partir de los dos ejes que desde mi perspectiva deberían haber estructurado la decisión: la obligación de proveer apoyos para la educación inclusiva y las violaciones a derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, “DESC”) basadas en la falta de recursos. En una sección específica reflexionaré, asimismo, sobre la opinión del juez Wojtyczek, por considerarla manifiestamente regresiva.

### 3.1. El deber de proveer apoyos para la educación inclusiva

La CDPD, tratado internacional ratificado por Italia en 2009, establece en su artículo 24 que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles y prohíbe que estas personas sean excluidas de la educación general. Seguidamente, prevé que para

---

7 *Ibidem*, párr. 66.

8 *Ibidem*, párr. 67.

9 La expresión “patologías graves” aparece entrecorrida porque referirse a las personas con discapacidad como personas “enfermas” responde al modelo médico-rehabilitador, enfoque según el cual la discapacidad es un problema individual que supone la existencia de un presunto “déficit” con respecto a lo que se considera “normal” desde una perspectiva capacitista. Además, clasificar la discapacidad en función de su supuesta “levedad” o “gravedad” implica poner el foco en los diagnósticos médicos, invisibilizando que la discapacidad es, en verdad, una construcción social. En todo caso, el TEDH podría haber identificado al grupo en cuestión bajo la denominación “personas con discapacidad con mayores necesidades de apoyo”.

10 *Ibidem* nota 3, párr. 71.

hacer efectivo el derecho a la educación inclusiva, los gobiernos deben asegurar que se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad en el marco del sistema educativo regular y que se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social.

A diferencia de lo que sucede en otros países, en Italia el derecho a la educación inclusiva está reconocido también en la normativa interna. En efecto, la Ley N° 104 de 1992 garantiza la inclusión de las personas con discapacidad en todos los niveles (artículo 12.2), y dispone que ello se alcanzará mediante la provisión de equipamientos técnicos, de material pedagógico y de toda forma de asistencia técnica a las instituciones educativas (artículo 13.1.b).

Los apoyos son un componente esencial de la educación inclusiva. En este concepto se hallan comprendidas “...todas aquellas modificaciones que las escuelas producen en pos de asegurar la plena participación y aprendizaje del alumnado con discapacidad” (Cobeñas et al., 2017: 38). Sin apoyos nunca podríamos hablar de inclusión, sino que estaríamos en presencia de un sistema educativo integrador.<sup>11</sup> Sería, en efecto, un sistema en el que las personas con discapacidad asistirían a la escuela regular, pero sin que se dispusieran medidas para que efectivamente pudieran aprender, participar y progresar en condiciones de igualdad. Los apoyos pueden ser de varios tipos: comunicacionales (implementación de diferentes formas de comunicación, tales como el Braille, la lengua de señas, la comunicación aumentativa-alternativa, etc.), materiales (uso de tecnologías y de instrumentos de trabajo que eliminen barreras), humanos (maestras y maestros de apoyo, equipos externos, asistentes no docentes, etc.) y centrados en la enseñanza (adopción de ciertas estrategias y decisiones didácticas en la planificación y en el desarrollo de las clases) (Cobeñas et al., 2017: 38).

Según la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, “OACNUDH”) (2013), “existen numerosas medidas de apoyo basadas en planes personalizados de educación que van desde medios técnicos compensatorios, medios didácticos auxiliares y tecnología de la información y auxiliar hasta procedimientos educativos especiales” (párr. 48). A su vez, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “Comité CDPD”) (2016a) tiene dicho que estas medidas pueden consistir en proporcionar personal docente y demás profesionales con la formación y el apoyo debidos, y también en el acceso a becas y recursos financieros.

La conducta estatal que motivó el caso bajo estudio evidencia múltiples inobservancias de los estándares que deben regir la provisión de apoyos para la educación inclusiva de acuerdo a lo establecido

11 El enfoque de la integración supone que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación regular solo en la medida que puedan adaptarse a los requisitos normalizados que estas les imponen (OACNUDH, 2013; Comité CDPD, 2016a). La inclusión, en cambio, implica “un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa...” (Comité CDPD, 2016a, párr. 11). Se trata de paradigmas inversos, pues en el primero la escuela mantiene su estructura y no se flexibiliza para dar respuesta a la diversidad del estudiantado, por lo que es el alumno o alumna quien debe adaptarse, mientras que, en el segundo, es el entorno el que se transforma para responder a las necesidades e intereses de sus estudiantes.

por los organismos internacionales especializados en el tema. Como veremos, poco dijo el TEDH sobre este asunto.

En primer lugar, se ha señalado con acierto que si bien los apoyos pueden adoptar distintas formas, siempre deben considerar las necesidades individuales (OACNUDH, 2013), y que deben ser adecuados, continuos y personalizados (Comité CDPD, 2016a). En este caso, las medidas adoptadas no solo parecen haber ignorado las necesidades de la niña, sino que del relato de los hechos surge que el gobierno y la escuela habrían reemplazado un servicio por otro, como si los tipos de asistencia fueran intercambiables sin más y como si eso no pudiera repercutir en el proceso educativo de la estudiante. Además de no haber sido adecuado y personalizado, tampoco fue continuo, ya que se vio interrumpido por una decisión unilateral e intempestiva de la administración, decisión que –vale remarcar– no fue excepcional, circunstancial o acotada en el tiempo, sino que se mantuvo por dos años.

Por otra parte, la responsabilidad de la educación de las personas con discapacidad, al igual que la de todas las demás, debe recaer en el Ministerio de Educación (Comité CDPD, 2016a), por lo que es el sistema educativo –promoviendo las articulaciones correspondientes entre los distintos niveles de gobierno (Estado nacional, regiones, municipios)– el que debe brindar los apoyos. Sin embargo, nada se hizo para que dicha responsabilidad no recayera sobre la familia. Las autoridades ejecutivas y judiciales parecen haber naturalizado que el padre y la madre de la niña sustituyeran con su tiempo y su dinero la resistencia del gobierno a cumplir con sus obligaciones. Y esto, a decir verdad, no es demasiado sorprendente.

A lo largo de la historia, los sistemas educativos se han desentendido de las niñas y niños con discapacidad, bajo la concepción de que educarlos es un acto de buena voluntad y no un deber que nace de un derecho. En las cuestiones que involucran a personas con discapacidad, trasladar el conflicto a quienes no son sus responsables es casi una constante, pues se sigue concibiendo la discapacidad como un problema individual, y no como lo que en realidad es: un problema social.<sup>12</sup> Frente a institucionalidades que no consideraban a estas personas como alumnas legítimas de las escuelas regulares, fueron sus familias las que se vieron obligadas a hacerse cargo de su educación, debiendo emprender búsquedas interminables para conseguir vacantes, atravesar imbricadas burocracias para obtener apoyos y aprender de pedagogía para accesibilizar tareas escolares. Incluso luego de los múltiples recursos impulsados en el plano interno, el gobierno italiano continuó sin hacerse cargo de su inacción, sosteniendo ante el TEDH que la familia había elegido libremente recurrir a un servicio privado.

El hecho de que el padre y la madre de la niña hayan tenido que abonar los apoyos también se da de bruces con los estándares internacionales, por cuanto “el apoyo individual y los ajustes razonables son cuestiones prioritarias y deben ofrecerse gratuitamente en todos los niveles de la enseñanza obligatoria” (Comité CDPD, 2016a, párr. 17).

12 El modelo social postula que la discapacidad es un producto de la falta de adecuación de los entornos a ciertas características de las personas. Son las barreras presentes en las sociedades –que han sido pensadas para un solo tipo de persona– y no las cualidades de los individuos –conceptualizadas socialmente como “déficits” en función de un criterio normalizador predominante– las que impiden que ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones.

Adicionalmente, debe tenerse presente que cuando la prestación fue suspendida, no parece haberse escuchado a la niña y a su familia. Tanto la OACNUDH (2013) como el Comité CDPD (2016a) han sido claros respecto de que la naturaleza de los servicios de apoyo debe determinarse en colaboración con los y las estudiantes y sus familias.

En rigor de verdad, esta participación no se circunscribe a las configuraciones de apoyo, sino que debe ser transversal a todo el proceso educativo. Resulta fundamental consultar y colaborar activamente con las personas con discapacidad en la planificación, aplicación, supervisión y evaluación de los procedimientos de enseñanza, y tanto ellas como sus familias deben ser colaboradoras y no solo beneficiarias de la educación (Comité CDPD, 2016a). Como ha sido señalado por una pluralidad de especialistas en el tema, la educación inclusiva implica un trabajo colaborativo, y supone que nadie tiene el saber absoluto, sino que el conocimiento sobre las mejores formas de enseñar se construye a partir del trabajo en equipo, con personal escolar y extraescolar. Hay mucho que las personas con discapacidad y sus familias pueden aportar a los procesos de enseñanza y aprendizaje, por lo que reviste vital importancia que las escuelas institucionalicen espacios para escucharlas y tengan en cuenta sus opiniones. Los establecimientos educativos no deben verse como lugares en los que los padres y madres “entregan” a sus hijos e hijas, sino que deben ser acogedores para las familias y la comunidad, y buscar entender sus necesidades en lugar de descalificar su experiencia (Shaffer, 1994). Siguiendo a Calderón Almendros y Rascón Gómez:

Es necesario crear alianzas entre las familias, el alumnado y las escuelas para poder construir una nueva cultura inclusiva en los centros escolares y más allá de ellos. El conocimiento de las madres y los padres es imprescindible para atender a las necesidades concretas de cada niño o niña, pero también son una fuente inagotable de energía para empujar el proyecto de escuelas inclusivas, y de conocimiento para construirlas. Las familias conviven con la diversidad a diario, y pueden asesorar con su conocimiento y experiencia al profesorado (Calderón Almendros y Rascón Gómez, 2020: 20-21).

Nada de esto fue considerado por las autoridades italianas, que mantuvieron un apoyo que la parte requirente consideraba insuficiente e inapropiado. Y eso no fue todo, sino que el gobierno, en su defensa ante el TEDH, argumentó que la suspensión de los apoyos durante dos años no era lo suficientemente seria como para infringir los derechos de la niña, arrogándose la facultad de sobreinterpretar sus necesidades y desconsiderando de ese modo los reclamos de su familia.

¿Qué de todo esto tomó el TEDH? Muy poco. El tribunal solo afirmó que el Estado no había probado que los servicios provistos a la niña hubieran sido acordes a sus necesidades. Si bien ello implica un reconocimiento del deber de proveer apoyos personalizados, resulta objetable que no se haya abocado a un análisis más profundo de los estándares que deben regir la provisión de estos dispositivos, lo cual podría haber sido provechoso para orientar las conductas de los Estados en casos futuros.

### 3.2. Las violaciones a los DESC basadas en la falta de recursos

Uno de los argumentos en los que la requirente fundó su demanda ante el TEDH fue la imposibilidad de obstaculizar el derecho a la educación por razones presupuestarias. Puntualizó también que el consejo municipal tenía recursos suficientes para poner en marcha las medidas que se precisaban y que la provisión de servicios educativos especializados no habría afectado sino en una proporción ínfima el presupuesto de dicho consejo.

El gobierno, a su turno, alegó que luego de las restricciones de fondos previstas en la ley de finanzas de 2011, el monto asignado a la región de Campania era insuficiente para cubrir todas las medidas de apoyo escolar. Sostuvo que su conducta se había conformado a lo que razonablemente se podía esperar de las autoridades teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponían, y que dentro de todas las medidas que habían adoptado para facilitar la inclusión, la suspensión de una sola de ellas no alcanzaba a constituir una afrenta severa al derecho a recibir apoyos. Subrayó, asimismo, que la escuela había destinado una parte de sus propios fondos a asistir a la demandante.

Aun cuando coincido con la postura del TEDH en que Italia no actuó con la diligencia debida, considero que esta cuestión requiere un análisis distinto y más profundo que el realizado por el tribunal.

Para comenzar, debe tenerse presente que en materia de DESC existen dos tipos de obligaciones: las de cumplimiento inmediato, que no están sujetas a la disponibilidad de recursos; y las de cumplimiento progresivo, que sí lo están. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Comité DESC”) (1990) estableció que, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”) contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los fondos, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. Si bien el concepto de “progresiva efectividad” implica reconocer que la plena efectividad de los DESC no podrá lograrse en un breve período de tiempo, obliga a proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr dicho objetivo, y supone que todas las medidas de carácter retroactivo que se adopten requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente (Comité DESC, 1990), tal como se desarrollará más adelante. De conformidad con dichos señalamientos, la CDPD establece en su artículo 4.2 que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de los DESC, sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

Retomando esa clasificación, y específicamente en lo relativo al derecho a la educación inclusiva, el Comité CDPD (2016a) expresa que “los Estados partes tienen una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los aspectos del derecho a la educación” (párr. 41) y que, en consecuencia, hay derechos básicos que deben garantizarse con efecto inmediato. Entre ellos, este organismo comienza mencionando la no discriminación,<sup>13</sup> afirmando, en particular,

13 En su Observación General No. 3 (1990) y en su Observación General No. 13 (1999), el Comité DESC también menciona la no discriminación como una obligación que forma parte del contenido mínimo del derecho a la educación, contenido que los Estados deben asegurar con efecto inmediato.



que los gobiernos deben evitar que las personas con discapacidad queden excluidas de la educación, eliminar las desventajas estructurales para lograr su participación efectiva y adoptar medidas urgentes para terminar con todas las formas de discriminación que obstaculicen su derecho a la educación inclusiva (Comité CDPD, 2016a). Además, incluye en esta categoría otras dos obligaciones: la realización de ajustes razonables y el acceso de todos los niños, niñas y jóvenes a la enseñanza primaria de calidad, gratuita, pública, inclusiva y equitativa.

La conducta denunciada puede entenderse comprendida en los tres supuestos, pero fundamentalmente en el primero. En efecto, la falta de apoyos personalizados colocó a la niña con discapacidad en una situación de desventaja respecto de sus compañeros y compañeras, lo que configuró una discriminación por motivos de discapacidad en los términos del artículo 2 de la CDPD.<sup>14</sup> En escuelas que se rigen por métodos estandarizados de enseñanza, los apoyos constituyen un mecanismo igualador, que permiten a las instituciones educativas combatir su impronta homogeneizante en aras de asegurar a todas las personas trayectorias educativas de calidad y entornos en los que se sientan bienvenidas, respetadas y valoradas. La falta de apoyos puede conducir a las alumnas y alumnos a tres tipos de situaciones: a la desescolarización, a la derivación a colegios especiales o a la permanencia en escuelas regulares, pero sin la construcción de aprendizajes. Todas ellas vulneran el derecho a la educación inclusiva. Sin apoyos, se puede estar físicamente en el centro escolar, pero no disfrutar del derecho a la educación en condiciones de igualdad. También podríamos vincular la omisión estatal al segundo y tercer supuesto de deberes con efecto inmediato identificados por el Comité CDPD. Sin hacer mayores esfuerzos interpretativos, cabría concluir que la suspensión de los apoyos es susceptible de obstaculizar la definición y posterior implementación de ajustes razonables y que dicho accionar condujo, a su vez, a que la educación primaria proporcionada a esa niña no fuera inclusiva, pues –como ya fue expresado– sin apoyos no hay inclusión, sino integración.

Tratándose de una obligación que el Estado italiano debía garantizar en forma inmediata, nunca podría haber justificado su accionar invocando la falta de presupuesto. La prohibición de la discriminación no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos, sino que se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente (Comité DESC, 1999). Tal como lo señala el Comité de Derechos del Niño (en adelante, “Comité CDN”) (2016), las obligaciones fundamentales mínimas e inmediatas impuestas por los derechos de los niños y niñas no pueden verse comprometidas por ningún tipo de medida regresiva, ni siquiera en tiempos de crisis económica. El propio TEDH concluyó en su sentencia que la conducta estatal había afectado desproporcionadamente a la niña en razón de su discapacidad, pero omitió inmiscuirse en la distinción entre las obligaciones que deben asegurarse con

14 Según dicha disposición, la discriminación por motivos de discapacidad consiste en “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

efecto inmediato y las que están sujetas a progresiva efectividad. Ingresar en esa clasificación hubiera simplificado la resolución del caso y sentado un estándar robusto para futuros casos.

Aun suponiendo que la obligación en cuestión fuera de cumplimiento progresivo y dependiera, por lo tanto, de los recursos disponibles, existen ciertas pautas para evaluar la adecuación del proceder gubernamental a los estándares internacionales. No cualquier reducción de fondos, hecha de cualquier modo, permitiría a Italia eximirse de responsabilidad. Como veremos, solo algunos de estos criterios fueron ponderados por el TEDH.

Sobre esta cuestión, es esencial tener presente que la política fiscal en general, y la presupuestaria en particular, son herramientas fundamentales para la promoción y protección de los derechos humanos, por cuanto permiten generar y reorientar recursos económicos. El modo en el que estas políticas se diseñan y se ejecutan determina que estos derechos sean efectivamente garantizados o que, por el contrario, se profundice la desigualdad. Por ello, las necesidades de los colectivos vulnerabilizados deben ser identificadas por los poderes públicos y estar respaldadas por asignaciones presupuestarias específicas, que sirvan para compensar las inequidades existentes mediante, por ejemplo, la implementación de medidas de acción afirmativa.

El Comité CDN (2016) destacó que los Estados no deben discriminar a ningún niño o niña ni a ninguna categoría de niños y niñas al movilizar recursos o asignar o ejecutar fondos públicos. En tal sentido, se deben prever recursos adicionales para las infancias que estén en situación de desventaja, pues “gastar fondos de manera equitativa no siempre implica utilizar la misma cantidad de dinero en cada niño, sino tomar decisiones de gasto que contribuyan a lograr una igualdad sustantiva entre los niños” (párr. 61). El Comité CDPD (2016a), por su parte, expresó que “los ministerios de educación deben asegurarse de que se invierten todos los recursos en la promoción de la educación inclusiva” (párr. 12.a), y manifestó en múltiples ocasiones su preocupación por el insuficiente presupuesto que los Estados destinan a la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, urgiéndolos a incrementarlo.<sup>15</sup> En 2016, esta entidad incluso había instado a Italia a implementar un plan de acción con recursos suficientes para supervisar la aplicación de la normativa destinada a aumentar la calidad de la educación inclusiva, la prestación de apoyo y la formación docente en todos los niveles (Comité CDPD, 2016b). Finalmente, la OACNUDH (2013) fue contundente en cuanto a que los apoyos para la educación inclusiva “deben respaldarse con una asignación suficiente de recursos en el presupuesto del Estado” (párr. 49).

Y aquí nos encontramos con un primer incumplimiento. En el proceso de diseño y ejecución del presupuesto parece no haber estado presente la perspectiva de derechos de la niñez con discapacidad, pues no se previeron herramientas para la remoción de las barreras contextuales que impiden a este colectivo habitar las escuelas en condiciones de igualdad. Nada dijo el TEDH respecto de la inobservancia de los estándares internacionales aplicables en la materia por parte del Estado italiano.

<sup>15</sup> Ver, por ejemplo, las observaciones finales del Comité CDPD sobre los informes iniciales de Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1), México (CRPD/C/MEX/CO/1), Lituania (CRPD/C/LTU/CO/1) e Iraq (CRPD/C/IRQ/CO/1).

Pero supongamos que, como en este caso, el gobierno demandado alega no tener fondos suficientes para garantizar los DESC de un grupo vulnerabilizado. Como se mencionó previamente, frente a ese supuesto hay ciertos criterios específicos que deben respetarse, pues de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2009), ninguna crisis económica o financiera global disminuye la responsabilidad de las autoridades estatales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos. En similar sentido, el Center for Economic and Social Rights (en adelante, “CESR”) (2019), manifestó que aun cuando en el caso de los DESC hay un deber de avanzar progresivamente, las obligaciones generales de los Estados con respecto a los derechos humanos permanecen en tiempos de limitaciones de recursos.

La admisión de medidas regresivas adoptadas con respecto al derecho a la educación es objeto de grandes prevenciones. El Estado parte tiene la obligación de demostrar que fueron implantadas tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifican plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que disponga (Comité DESC, 1999).

En concreto, ¿qué debería probar un gobierno frente a esa presunción de inconvencionalidad? Pues bien, tendría que acreditar que las medidas son temporarias (permanecen vigentes solo mientras se las requiere y mientras dura el período de crisis); legítimas (su finalidad última es proteger la totalidad de los derechos humanos); razonables (el medio elegido es el más apropiado para alcanzar el objetivo legítimo); necesarias (todas las medidas alternativas de financiamiento han sido comprensivamente examinadas y agotadas); y proporcionadas (sus beneficios en términos de derechos humanos pesan más que sus costos) (Comité DESC, 2016; CESR et al., 2018). Deberán probar, asimismo, que no son ni directa ni indirectamente discriminatorias, por cuanto acuerdan atención prioritaria a los colectivos vulnerabilizados; que protegen el contenido básico mínimo<sup>16</sup> de los derechos; y que están basadas en la transparencia y participación genuina de los grupos afectados en el examen de las medidas y sus alternativas, y también sujetas a procedimientos significativos de revisión y de rendición de cuentas (Comité DESC, 2016; CESR et al., 2018).

Cabe detenerse, entonces, en el análisis del cumplimiento de estos requisitos en el caso bajo análisis. En primer lugar, la medida impugnada fue discriminatoria, en tanto afectó a una niña con discapacidad en forma desproporcionada. Sobre este punto, es importante destacar que los Estados, en todos los niveles administrativos, tienen prohibido discriminar a las infancias en las leyes, políticas o programas relacionados con los presupuestos, en el contenido de estos o en su aplicación, y que no han de interferir, ni directa ni indirectamente, en el goce de sus derechos, por ejemplo, discriminando a ciertos grupos de niños y niñas en las decisiones presupuestarias, o retirando o desviando fondos de los programas existentes destinados a que disfruten de los DESC (Comité CDN, 2016).

<sup>16</sup> La necesidad de proteger niveles mínimos esenciales de los derechos económicos y sociales tiene por objetivo establecer que los Estados deben asegurar un piso mínimo básico de protección como una prioridad sobre otras consideraciones económicas o políticas (CESR, 2012b).

A su vez, la medida en cuestión interfirió con el contenido mínimo del derecho a la educación inclusiva por dos motivos principales. Por un lado, porque obstaculizó la prestación del servicio educativo en el nivel primario. En su Observación General No. 13, el Comité DESC (1999) afirma que la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la educación comprende la de proporcionar enseñanza primaria a todos y todas. La misma postura adopta el Comité CDPD en su Observación General No. 4, en la que menciona que dentro de dichas obligaciones mínimas está la de garantizar el acceso de todos los niños, niñas y jóvenes a la enseñanza primaria de calidad, gratuita, pública, inclusiva y equitativa. Por el otro lado, porque —como fue previamente señalado— sin apoyos adecuados nunca puede existir inclusión. Los apoyos hacen a la esencia misma del derecho a la educación inclusiva, por lo que en su ausencia no solo estaríamos dejando de respetar su contenido mínimo, estaríamos incumpliendo el derecho en su totalidad.

Por lo demás, el Estado no pudo demostrar que la medida cuestionada hubiera sido temporaria, legítima, razonable, necesaria y proporcionada. Tampoco acreditó la participación del grupo afectado en su definición, ni la existencia de revisiones o rendiciones de cuentas.

El Comité DESC (2009) ha sido claro respecto de que

[l]a falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario (párr. 13).

Incluso en tiempos de restricción financiera, los gobiernos deben agotar todas las posibilidades para movilizar recursos que les permitan proteger a las poblaciones vulneradas (Izcurdia, 2021), procurando asignarlos y gastarlos de un modo eficiente. La obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no comprende solo los aprobados por las leyes de presupuesto, sino también aquellos “socialmente disponibles”, susceptibles de ser captados de forma legítima a través de reformas fiscales que incorporen medidas redistributivas (Izcurdia, 2021). Y abarca, asimismo, los fondos existentes por fuera del Estado, pasibles de ser captados mediante la cooperación internacional, de conformidad con el artículo 2.1 del PIDESC y 4.2 de la CDPD.

El deber de usar al máximo los recursos implica analizar la distribución del gasto público, pero también los modos en los que el Estado genera ingresos. Si el gobierno lograba probar que los fondos provenientes del presupuesto no eran suficientes, debería haber demostrado el agotamiento de todas las demás alternativas posibles para evitar el ajuste. Ejemplos de dichas alternativas podrían ser la implementación de políticas fiscales más progresivas, la puesta en marcha de medidas para combatir la evasión de impuestos, la corrupción y la captura del Estado, la reducción de gastos no esenciales, entre otras. El CESR (2012a) afirma que, en términos generales, los gobiernos cuentan con cinco tipos de herramientas para movilizar y usar los recursos efectivamente: reasignación del gasto gubernamental a más programas que realicen

derechos, aumento de los ingresos públicos mediante una política impositiva equitativa, mejoramiento de la política monetaria y de la regulación financiera para proteger derechos, financiamiento deficitario o reestructuración de la deuda existente y recaudación de fondos mediante la cooperación internacional. El Estado italiano tuvo dos años para subsanar el recorte presupuestario y restablecer la asistencia proporcionada a G.L., pero no lo hizo, y en su defensa ante el TEDH, alegó que el tribunal había reconocido violaciones del CEDH por una mala gestión o un retardo en la atribución de los fondos, pero nunca en su ausencia. Como puede observarse, la noción de “ausencia de fondos” es relativa si consideramos todas las alternativas posibles para obtener financiamiento.

Si bien la sentencia bajo estudio hace referencia a algunos de estos aspectos, su análisis parece ser algo escueto y no profundiza en la cuestión de la insuficiencia de recursos como “justificativo” de un cercenamiento de derechos. Con buen criterio, el TEDH consideró que la jurisdicción administrativa italiana había considerado que la falta de recursos justificaba la suspensión de la asistencia especializada sin explorar si las alegaciones de discriminación habían estado bien fundadas y si las restricciones presupuestarias habían tenido el mismo impacto sobre la niñez con y sin discapacidad,<sup>17</sup> concluyendo finalmente que el gobierno no había demostrado la diligencia requerida.<sup>18</sup> Pero la argumentación no es todo lo robusta que podría ser, y por momentos (por ejemplo, cuando se hace referencia a un “equilibrio justo entre los intereses en juego” o cuando se alude a “la carga desproporcionada o indebida”) el tono utilizado pareciera posicionar al caso en el lugar de una controversia menor, en la que ambas partes tienen intereses igualmente legítimos, cuando ciertamente no es así.

Por otra parte, resulta pertinente detenerse en el hecho de que si bien el tribunal arriba a ciertas conclusiones acertadas en *este* caso, cita precedentes en los cuales falló de otro modo. Incluso menciona la decisión adoptada en “*Şanlısoy c. Turquie*”,<sup>19</sup> en la que consideró que la conducta de una escuela privada que se había negado a escolarizar a un niño con discapacidad intelectual no había constituido una negación de su derecho a la educación, dejando entrever que un rechazo de inscripción basado en la discapacidad podría estar justificado, cuando en verdad se trata de una práctica prohibida por los tratados internacionales, que bajo ningún concepto podría ser avalada en sede judicial.

### 3.3. La opinión del juez Wojtyczek

Mención aparte merece la opinión concordante del juez Wojtyczek, pues si la sentencia falla en fijar estándares sólidos en materia de educación inclusiva, en este voto se evidencian lisa y llanamente concepciones contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, que dejan entrever la compleja trama de prejuicios que aún pesan sobre las personas con discapacidad en nuestras comunidades.

Para comenzar, este magistrado menciona que el estándar de exigir que los alumnos y alumnas con discapacidad frecuenten la escuela primaria “en condiciones equivalentes” a las del resto es “imposi-

<sup>17</sup> Ídem nota 3, párr. 67.

<sup>18</sup> Íbidem, párr. 72.

<sup>19</sup> TEDH. *Affaire Şanlısoy c. Turquie*, Requête no. 77023/12, Cour (Deuxième Section), 8 de noviembre de 2016.

ble” para ciertos niños y niñas. Además del sesgo capacitista implícito en esta aseveración, su postura refleja una visión rígida y obsoleta del concepto de igualdad. ¿Qué sería que pudieran estar en la escuela en “condiciones equivalentes” al resto del estudiantado? ¿Significa que todas las personas deben aprender lo mismo, al mismo tiempo y de la misma manera?

Todo parece indicar que eso es lo que tuvo en mente al realizar esa afirmación, pero ello supone ignorar por completo la esencia misma de la educación inclusiva, que consiste en brindar respuestas personalizadas, dejando atrás la homogeneidad y adoptando la pedagogía de la diversidad (OACNUDH, 2013). La expresión “condiciones equivalentes” debe ser entendida en el mismo sentido en el que la CDPD utiliza “en igualdad de condiciones”. Aplicada a la educación, esta pauta se refiere a que cada persona reciba los apoyos que precisa y que todas puedan estar en las mismas aulas y escuelas, participando y avanzando sin discriminación. Significa, por ejemplo, estudiar los mismos temas que el resto de la clase pero con la posibilidad de acceder a ellos de diferentes maneras y a través de una amplia gama de estrategias pedagógicas y didácticas; recibir asistencia para comunicarse y movilizarse; ser evaluadas de la forma que les permita mostrar mejor sus aprendizajes; participar de todas las actividades escolares y extraescolares; y tener docentes que depositen altas expectativas sobre el propio aprendizaje.

Por otro lado, este magistrado realiza una interpretación notablemente amplia del margen de apreciación estatal, que conlleva a una anulación de la facultad del tribunal de evaluar si el Estado ha cumplido o no con el CEDH. Asegura, sin más, que “el principio de no discriminación deja un poder discrecional muy amplio a los jueces y juezas”, cuestiona el estándar de que las medidas afecten de la misma manera a personas con y sin discapacidad (lo que constituye una apología de la desigualdad) y opina que es mejor dejar a los Estados la libertad de elegir los métodos financieros que consideran más apropiados para cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, en la sentencia en cuestión, el TEDH no define por qué medios se debe garantizar el derecho a la educación (lo que eventualmente también podría discutirse a la luz de los desarrollos existentes en materia de activismo judicial), sino que simplemente alude al estándar que debe respetarse en la consideración de las diferentes opciones a fin de respetar el principio de igualdad.

Extremadamente preocupante resulta también el argumento de que la educación inclusiva no es “la mejor solución” para las personas con “ciertos tipos” de discapacidad. Sobre este punto, deviene imperioso hacer ciertas consideraciones.

En primer lugar, la CDPD reconoce el derecho a la educación inclusiva como un derecho de todas las personas, sin formular distinciones según los “tipos” o “grados” de discapacidad. Y allí donde la Convención no distingue, no corresponde que los tribunales lo hagan. Sostener que ciertas niñas y niños pueden beneficiarse de la inclusión y otros no, le quitaría a la educación inclusiva su condición de derecho humano universal.

El modelo social y la educación inclusiva cuestionan fuertemente la idea de “ineducabilidad” de las personas con discapacidad. Tal como lo afirman Inclusion International y la Red Regional por la Educación Inclusiva de Latinoamérica, “el derecho a la educación inclusiva no es un derecho de algunas/os niñas/os

con discapacidad, sino de todas/os ellas/os. Así como no hay alumnas/os ‘ineducables’, no hay tampoco alumnas/os ‘ineducables’ en las escuelas comunes” (2018, p. 3). Como derecho humano y como perspectiva pedagógica, la educación inclusiva parte de la premisa de que todas las personas pueden aprender si se generan las condiciones para que ello ocurra, y entiende que la diversidad que está presente en las comunidades debe, naturalmente, reflejarse en las escuelas.

Las distinciones basadas en diagnósticos solo encuentran sustento en el modelo médico de la discapacidad, y responden a una visión integradora de la educación, en la que es la alumna o el alumno quien debe demostrar ser apto para la escuela y “ganarse el derecho” de estar ahí. La inclusión supone justamente lo inverso: que los centros escolares se transformen para aprehender la diversidad del estudiantado. Este paradigma nos invita a revolucionar las aulas, a pensar otras formas de habitar las escuelas y a imaginar otros tipos de entornos educativos, en los que las necesidades de los niños y niñas sean tenidas en cuenta y valoradas en todo momento. Me refiero a entornos en los que, si una persona necesita comunicarse de otra manera, aprender un tema de un modo diferente, o —como menciona el juez en su voto— un ámbito de tranquilidad, sus docentes y sus pares puedan asegurárselo porque la conocen y porque por eso —y solo por eso— saben convivir con ella. La educación inclusiva busca que las personas se apoyen mutuamente, entendiendo que eso también forma parte del aprendizaje.

Si bien este magistrado presenta a las escuelas especiales como una solución para algunos casos, los mencionados organismos ya han dejado en claro que el derecho a la educación es el derecho a la educación inclusiva (OACNUDH, 2013) y que la escolarización en estos centros es una forma de segregación,<sup>20</sup> en tanto las y los estudiantes con discapacidad se ven privados de crecer en entornos que reflejen la diversidad que es propia de toda sociedad. La Observación General N° 4 también es contundente al establecer que la obligación concreta y permanente de proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr la plena aplicación del artículo 24 de la CDPD no es compatible con el mantenimiento de un sistema de enseñanza general y uno especial, y que los Estados deben prohibir que las personas con discapacidad queden excluidas del sistema general mediante disposiciones legislativas o reglamentarias que limiten su inclusión en razón de su “deficiencia”<sup>21</sup> o “grado de deficiencia” (Comité CDPD, 2016a).

De hecho, el Comité CDPD ya ha manifestado en múltiples observaciones finales a los Estados su preocupación por la gran cantidad de personas con discapacidad que residen en entornos segregados en los que reciben una educación de calidad inferior, y los ha instado a revertir esta situación.<sup>22</sup> Lo que el juez Wojzycek presenta como un “posicionamiento del tribunal respecto de cómo hay que organizar la educación” y decide cuestionar, no es nada más y nada menos que una obligación jurídica de los

20 Ver los párrafos 4 y 5 del Estudio Temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación de la OACNUDH y el párrafo 11 de la Observación General No. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité CDPD.

21 El entrecomillado es propio y se debe a que desde el modelo social las “deficiencias” no son más que características de las personas que reflejan la diversidad de la condición humana, y solo son percibidas como tales por la prevalencia de un enfoque normalizador y capacitista.

22 Ver, por ejemplo, las observaciones finales del Comité CDPD sobre los informes iniciales de Argelia (CRPD/C/DZA/CO/1), Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1), Australia (CRPD/C/AUS/CO/2-3), Ecuador (CRPD/C/EQU/CO/2-3), España (CRPD/C/ESP/CO/2-3), India (CRPD/C/IND/CO/1), Nepal (CRPD/C/NPL/CO/1), Níger (CRPD/C/NER/CO/1) y Polonia (CRPD/C/POL/CO/1).

Estados. Al pronunciarse en ese sentido, antepone sus opiniones personales y ciertas consideraciones científicas (aquí, el modelo médico se hace presente una vez más) a lo que dice la normativa que está obligado a aplicar.

La propuesta de este magistrado no es más que una defensa del *statu quo*, de un *statu quo* injusto y capacitista, que privó a miles de niños y niñas de ejercer plenamente su derecho a la educación y de construir proyectos vitales de acuerdo a sus preferencias. Hoy las escuelas y los Estados se arrojan el derecho de decidir quién puede aprender y quién no, quién puede hacerlo con otras personas y quién debe permanecer en un espacio segregado. El número de personas etiquetadas como “aptas para el aprendizaje” podrá ser mayor o menor, el criterio de ingreso a las instituciones educativas podrá ser más o menos restrictivo, pero en definitiva será lo mismo. Si la enseñanza debe estar orientada a reforzar el respeto por los derechos humanos y la diversidad como lo estipulan los tratados internacionales, la educación inclusiva es la única respuesta posible. Por elemental que parezca, solo si crecemos juntos y juntas, aprenderemos a vivir de ese modo.

#### 4. Reflexiones finales

En el fallo que aquí se comenta la condena al Estado aparece absolutamente justificada. Con buen tino, el TEDH puntualiza que la requirente dejó de ir a la escuela en condiciones equivalentes a las de sus pares, y que esa diferencia de tratamiento se debió a su discapacidad. Asimismo, resulta valioso que haya expresado que al garantizar los principios de universalidad y no discriminación, la educación inclusiva forma parte de la responsabilidad de los Estados,<sup>23</sup> y que este modelo permite que la discapacidad empiece a ser vista como un componente de la diversidad humana por el resto de la sociedad.<sup>24</sup>

No obstante, encontramos en la argumentación del tribunal ciertos puntos débiles. Aun cuando afirma que el CEDH debe interpretarse de manera compatible con la CDPD, no profundiza en los estándares que de ella se desprenden. Aquellos contenidos en los instrumentos de la OACNUDH y del Comité CDPD ni se mencionan en el fallo, y algunos de los lineamientos que sí se citan y las expresiones que se usan, por el contrario, reflejan visiones más asociadas al modelo médico y al enfoque de la integración, que en el derecho internacional han sido superadas hace años. El TEDH también parece hacer propias estas visiones cuando menciona que el Estado no aseguró que la niña pudiera frecuentar la escuela primaria en condiciones equitativas a las del resto de los y las estudiantes “en la medida de lo posible”. En otro orden de cosas, dada la necesidad de visibilizar los altos costos que este tipo de situaciones suele producir en las vidas de las personas con discapacidad y sus familias, resulta objetable que los jueces y juezas se hayan negado a profundizar en el impacto que la conducta denunciada tuvo en la vida privada de la requirente. Finalmente, cabe preguntarse, como lo hacen Grooff y Rookwood (2020), cuál hubiera sido la solución si el derecho a la educación inclusiva no hubiera

---

23 Ídem nota 3, párr. 53.

24 Ibídem, párr. 69.



estado reconocido en la legislación italiana. En efecto, algunos de los razonamientos del tribunal plantean dudas en ese sentido.

Más allá del avance que representa esta decisión con respecto a otras en las que el TEDH no ha garantizado el derecho a la educación inclusiva,<sup>25</sup> esta también puede verse como una oportunidad perdida. Este caso era una oportunidad para sentar estándares robustos en el tema, para presentar una interpretación del Convenio Europeo *aggiornada* y armónica con los lineamientos de los organismos de Naciones Unidas, para marcar una postura contundente con relación a las violaciones de derechos que enfrentan desde antaño las personas con discapacidad en los sistemas educativos y para deslegitimar ciertas prácticas discriminatorias que aún prevalecen en ellos. En definitiva, se perdió la ocasión de dictar una sentencia de vanguardia en un tema en el que era extremadamente necesario.

Realizar un análisis que tomara en cuenta los aspectos mencionados hubiera sido notablemente útil para orientar a los Estados y a sus tribunales en casos futuros, porque –hay que decirlo– el de G.L. no es un caso aislado, sino que es ilustrativo de lo que diariamente deben enfrentar las personas con discapacidad cuando transitan las escuelas y las universidades. Es un reflejo de lo que viven cuando se encuentran con sistemas educativos diseñados para “estudiantes modelo”, que excluyen a quienes no se ajustan a los estándares de “normalidad” socialmente definidos. Es un reflejo de lo que viven cuando se encuentran con esos sistemas educativos que todo lo etiquetan, en los que circulan visiones unívocas sobre lo que es ser “buen estudiante”, sobre lo que es tener “problemas de aprendizaje”, sobre lo que es el “éxito” y sobre lo que es el “fracaso”. El caso de esta niña es solo un ejemplo de las tantas formas de discriminación que producen y reproducen los establecimientos educativos atravesados por lógicas normalizantes, individualistas, competitivas y meritocráticas. Para muchos y muchas estudiantes, las instituciones educativas son lugares de no pertenencia, de ajenidad constante, que impiden construir la propia identidad y dar sentido a la propia existencia, cuando deberían ser todo lo contrario. Fallando de este modo, el TEDH no solo perdió la chance de sentar criterios robustos que pudieran ser adoptados por los sistemas judiciales nacionales, sino que convalidó argumentos contrarios a derecho (como los contenidos en el voto del juez Wojtyczek), que eventualmente también podrán ser replicados en el plano interno. No solo ralentizó el avance, sino que legitimó el retroceso.

Los tribunales se constituyen en un campo donde se disputan significados, en espacios en los que se puede desarticular o reforzar el capacitismo, en escenarios que pueden potenciar el cambio cultural o combatirlo y postergarlo. Por eso, no solo importa en favor de quién fallan los jueces y juezas, sino cuál es el razonamiento que hacen y qué tanto dicen para llegar a sus decisiones. Las sentencias, en todo su desarrollo y no solo en su parte dispositiva, deben defender los derechos sin timidez, explicar las implicancias que estos tienen e invalidar los argumentos que oprimen a los colectivos vulnerabilizados. El camino por recorrer es todavía largo, y progresar en él no depende únicamente del comportamiento judicial. Pero construir un cuerpo de jurisprudencia sólido y con perspectiva de derechos es

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, TEDH. *Affaire Şanlısoy c. Turquie*, Requête no. 77023/12, Cour (Deuxième Section), 8 de noviembre de 2016; y TEDH. *Affaire Stoian c. Roumanie*, Requête no. 289/14, Cour (Quatrième Section), 25 de junio de 2019.

un paso fundamental para transformar los sistemas educativos nacionales y hacer de las instituciones de enseñanza espacios de valoración de la diversidad humana, en donde esta no sea vista como un problema, sino como la llave a sociedades más igualitarias, plurales y justas.

## Referencias bibliográficas

- Calderón Almendros, I. y Rascón Gómez, M. T. (coords.) (2020). *Análisis y propuestas para una nueva Ley Educativa. Conversaciones de la ciudadanía sobre la escuela inclusiva*. Barcelona: Octaedro. Recuperado de <https://octaedro.com/wp-content/uploads/2020/09/09090-Nueva-Ley-Educativa.pdf>
- Center for Economic and Social Rights (2012a). Fiscal Fallacies: 8 Myths about the 'Age of Austerity' and Human Rights Responses. *Rights in Crisis Series Briefing Paper*. Recuperado de <https://www.cesr.org/sites/default/files/CESR-FiscalFallacies.pdf>
- Center for Economic and Social Rights (2012b). Mauled by the Celtic Tiger: Human Rights in Ireland's economic meltdown. *Rights in Crisis Briefing Paper*. Recuperado de [https://www.cesr.org/sites/default/files/cesr.ireland.briefing.12.02.2012\\_0.pdf](https://www.cesr.org/sites/default/files/cesr.ireland.briefing.12.02.2012_0.pdf)
- Center for Economic and Social Rights (2019). *Las ideas como campo de batalla: Desmontando la austeridad y otros mitos contra la justicia fiscal*. Recuperado de <https://www.cesr.org/sites/default/files/Desmontando%20Mitos-Online.pdf>
- Center for Economic and Social Rights, Institute for Economic Justice y Section 27 (2018). *Presentación conjunta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el proceso de revisión del primer período de reporte de Sudáfrica*. Recuperado de <https://www.cesr.org/sites/default/files/CESR-S27-IEJ%20submission%20FINAL-FINAL.pdf>
- Cobeñas, P.; Fernández, C.; Galeazzi, M.; Noziglia, J.; Santuccione, G. y Schnek, A. (2017). *Educación inclusiva y de calidad. Un derecho de todos*. Buenos Aires: Grupo Artículo 24 por la Educación Inclusiva y Comisión para la Plena Participación e Inclusión de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de Buenos Aires (COPIDIS). Recuperado de [https://grupoart24.org/downloads/publicaciones/manual\\_educacion\\_inclusiva.pdf](https://grupoart24.org/downloads/publicaciones/manual_educacion_inclusiva.pdf)
- Comité de Derechos del Niño (2016). *Observación General nro. 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (artículo 4)*. CRC/C/GC/19.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación General nro. 3 sobre la indole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. E/1991/23.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999). *Observación General nro. 13 sobre el derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. E/C.12/1999/10.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Observación General nro. 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/20.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). *Deuda Pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. E/C.12/2016/1.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016a). *Observación General nro. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva*. CRPD/C/GC/4.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016b). *Observaciones finales sobre el informe inicial de Italia*. CRPD/C/ITA/CO/1.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009). *Efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos*. Resolución S-10/1 de la 10ª sesión especial.
- Grooff, T. M. A. y Rookwood, C. L. (2020). *Affaire G.L. c. Italie. A question of distributive justice. Article 14 in conjunction with Article 2 Protocol 1 of the European Convention on Human Rights*. European Human Rights Law. Recuperado de [https://www.academia.edu/44531797/G\\_L\\_v\\_Italy\\_a\\_question\\_of\\_distributive\\_justice\\_paper\\_by\\_Thiandi\\_Grooff\\_and\\_Cyprienne\\_Rookwood](https://www.academia.edu/44531797/G_L_v_Italy_a_question_of_distributive_justice_paper_by_Thiandi_Grooff_and_Cyprienne_Rookwood)
- Inclusion International y Red Regional por la Educación Inclusiva de Latinoamérica (2018). *Posicionamiento en relación a las escuelas especiales*. Recuperado de <https://rededucacioninclusiva.org/wp-content/uploads/2018/11/Posicionamiento-Red-Regional-por-la-Educaci%C3%B3n-Inclusiva-Inclusi%C3%B3n-Internacional-escuelas-especiales.pdf>
- Izcurdia, J. (2021). *El papel de la política fiscal para revertir situaciones de desigualdad estructural que afectan a grupos históricamente desaventajados*. Serie Documentos Complementarios a los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal No. 2. Recuperado de [https://derechosypoliticafiscal.org/images/BackgroundPaper-N2-ES-vf1\\_compressed\\_1.pdf](https://derechosypoliticafiscal.org/images/BackgroundPaper-N2-ES-vf1_compressed_1.pdf)
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013). *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. A/HRC/25/29.
- Shaffer, S. (1994). *Participation for Educational Change: A Synthesis of Experience*. París: UNESCO International Institute for Educational Planning. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000099230/PDF/99230eng.pdf.multi>



# Reconocimiento de paternidad. Adopción. Interés superior del niño

## TEDH. *Affaire Koychev c. Bulgarie*, 13 de octubre de 2020

*Por Giuliana Miller<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción. Los hechos del caso

El caso que aquí se comenta se origina en la acción de reclamación de paternidad de S.V.K., respecto a su hijo S., nacido fuera del matrimonio. Entre 2003 y 2005 el accionante convivió con S.S., quien quedó embarazada. La pareja se separó en octubre del mismo año. En marzo del 2006, S.S. dio a luz a un niño. Según el accionante, la Sra. S.S. sabía que S. era su hijo, y que regularmente el niño lo denominaba “papá”.

S.V.K. refirió no haber iniciado ninguna acción para reclamar su paternidad, debido a que S.S. siempre se opuso. En el año 2010 S.S. inició una relación afectiva con G.G. y en 2012 contrajeron matrimonio. En marzo de 2013, S.V.K. comunicó a S.S. su intención de reconocer al niño como su hijo y el 1° de abril de 2013 hizo una declaración ante un escribano. El 10 de abril de 2013, G.G. presentó la solicitud de adopción plena del niño.

---

<sup>1</sup> Abogada (UBA). Maestranda en Derecho de Familia (UBA). Ayudante de segunda de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

El reconocimiento de paternidad realizado por S.V.K. fue notificado a S.S. el 8 de mayo de 2013 por los servicios municipales de estado civil. Al día siguiente ella se opuso y G.G. hizo una declaración ante un notario en el que reconoció su paternidad respecto al niño. El 27 de mayo de 2013 –dentro de los tres meses siguientes a la oposición prevista en el artículo 66 del Código de Familia–, S.K.V. interpuso una acción de paternidad ante el Tribunal de la Ciudad de Sofía. Como parte de este proceso, supo que G.G. había reconocido al niño el 9 de mayo de 2013 y que había sido inscripto como su progenitor el 13 de agosto de 2013, ante la ausencia de oposición de la progenitora.

## 2. Procedimiento ante la Justicia de Bulgaria

El 7 de abril de 2014 el Tribunal de la Ciudad de Sofía declaró inadmisibile la acción planteada por S.V.K., con fundamento en que el niño ya tenía un vínculo paterno filial establecido con G.G. El accionante interpuso recurso de apelación, y el 9 de mayo de 2014 interpuso un segundo recurso para solicitar la impugnación de paternidad de G.G.

El 13 de mayo de 2014 el Tribunal declaró inadmisibile la acción, con fundamento en que S.V.K. no tenía legitimación para impugnar el reconocimiento de paternidad realizado por G.G., encontrándose legitimados solo la progenitora y el niño. El Tribunal confirmó la inadmisibilidat de la acción el 13 de octubre de 2014.

El accionante apeló sobre cuestiones de derecho, alegando la violación al artículo 8 de la CEDH. El 5 de febrero de 2015 la Corte Suprema de Casación declaró improcedente su recurso, con fundamento en que S.V.K. tuvo la oportunidad de recurrir a la dirección territorial de la asistencia social, a los efectos de interponer un recurso de nulidad del reconocimiento efectuado por G.G. Asimismo, señaló que, en caso de negativa injustificada de las autoridades administrativas, el solicitante tuvo la opción de acudir directamente a los tribunales. En conclusión, la Corte entendió que S.V.K. no podía alegar que fue privado de la oportunidad de reclamar su paternidad.<sup>2</sup>

Seguidamente, el demandante compareció a la Fiscalía de la ciudad de Sofía y a la dirección territorial de asistencia social, solicitando la nulidad del reconocimiento de G.G., con fundamento en el artículo 66, párrafo 5, del Código de Familia. El 6 de febrero de 2014 el fiscal se negó a interponer una acción de nulidad, con fundamento en que el accionante habría tenido oportunidad de reconocer al niño desde que nació y no lo había hecho.

Finalmente, el 30 de julio de 2014, el fiscal ante la Corte Suprema de Casación determinó que el plazo de un año previsto para presentar la acción por parte de la fiscalía ya había transcurrido.<sup>3</sup>

La dirección territorial de asistencia social sostuvo que solo podría iniciar una acción en beneficio del interés de niño, y que en el caso se encontraba acreditado que S.S. y G.G. estaban criando al niño en

2 TEDH. *Affaire Koychev c. Bulgarie*, Reuqete no. 32495/15, Court (Fourth Section), 13 de octubre de 2020, párr. 12.

3 *Ibidem*, párr. 15.

un ambiente familiar estable y consolidado, y que la promoción de un proceso judicial podría perjudicar su interés superior.

Tras la decisión de la Corte Suprema de Casación, el accionante interpuso una nueva acción para solicitar la nulidad del reconocimiento de G.G., que fue declarada inadmisibile el 15 de julio de 2015. En apelación, el Tribunal confirmó la resolución el 24 de noviembre de 2015, con fundamento en que el Código de Familia no otorga legitimación al presunto padre biológico para impugnar la paternidad y que, en virtud de que el demandante no había convivido con el niño, no podría tener derecho a la protección de su vida familiar en los términos del artículo 8 del CEDH.

El demandante apeló, y el 11 de abril de 2016 la Corte Suprema de Casación desestimó el recurso, con fundamento en que la dirección del bienestar social determinó que S. vivía con sus progenitores legales y que la impugnación a la filiación no beneficiaría el interés del niño. También advirtió que el reconocimiento realizado por el S.V.K. –siete años después del nacimiento del niño– había sido impugnado por la madre y que se había declarado inadmisibile la acción para establecer la paternidad reclamada.<sup>4</sup> En el año 2017, S.V.K. presentó una solicitud de reapertura del procedimiento.

En paralelo con los procedimientos descritos anteriormente, el 6 agosto de 2015 el solicitante interpuso un recurso de apelación contra la inscripción realizada por G.G. El recurso planteado fue declarado inadmisibile por el Tribunal Administrativo el 1º de septiembre de 2015 y el 10 de noviembre por el Tribunal Supremo Administrativo.

La legislación local establece que el niño reconocido menor de edad puede impugnar el reconocimiento en el plazo de un año de edad o la fecha en que tuvo conocimiento del reconocimiento.<sup>5</sup> El Código de Familia no prevé la posibilidad de que la persona que afirma ser el padre biológico de un niño u otra persona pueda impugnar la filiación establecida por el reconocimiento, y no es posible entablar una acción para establecer la paternidad o realizar un reconocimiento si existe una relación padre-hijo ya establecida por nacimiento, presunción de paternidad o reconocimiento que no ha sido desplazada por acciones legales. El reconocimiento también puede ser impugnado ante los tribunales por la dirección territorial de la asistencia social y por el fiscal, en el plazo de un año posterior a la fecha de reconocimiento.

En la sentencia del 5 de febrero de 2015 el Tribunal Supremo de Casación dejó abierta la posibilidad de que el padre biológico entablara una acción para impugnar el reconocimiento en caso de denegación injustificada. Dicho tribunal sostuvo que la persona que afirma ser el padre biológico de un niño tiene un interés legítimo en impugnar la filiación establecida por el reconocimiento, ya que constituía un obstáculo para el establecimiento de su propia paternidad.<sup>6</sup>

4 Ibidem, párr. 19.

5 Artículo 66, párrafo 4, Código de Familia.

6 Ídem nota 2, párr. 33.

### **3. Procedimiento ante el TEDH. Alegada violación del artículo 8 del CEDH**

El accionante manifestó la imposibilidad de impugnar el reconocimiento de paternidad realizado por S.S. para establecer su propia paternidad, y sostuvo que esta imposibilidad implicó una violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, en los términos del artículo 8 del CEDH.

El Gobierno planteó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos en tres vertientes. En primer lugar, sostuvo que S.V.K. tuvo la posibilidad de reconocer a S. al nacer y se abstuvo de realizar este procedimiento durante siete años. En segundo lugar, que el accionante no informó a los servicios del estado civil su intención de promover la acción luego de la oposición de la progenitora. Según el Gobierno, tal medida habría posibilitado la suspensión del procedimiento administrativo de reconocimiento efectuado por G.G. y la continuación del procedimiento de reclamación de paternidad iniciado por el demandante. En tercer lugar, afirmó que el accionante podría haber interpuesto una nueva acción para establecer la paternidad.<sup>7</sup>

S.V.K. reiteró que su falta de reconocimiento se debió a la oposición de la progenitora, y sostuvo que el derecho interno no lo obligaba a informar a los servicios del estado civil su intención de iniciar una acción de paternidad. Afirmó que agotó todos los recursos posibles en el derecho interno para reclamar su paternidad. Respecto de la posibilidad de introducir una nueva acción impugnando el reconocimiento hecho por G.G., a pesar de la posibilidad que parecía haber abierto la Corte Suprema de Casación, sostuvo que una nueva acción de su parte habría sido rechazada.

El TEDH observó que la excepción de no agotamiento de los recursos internos planteada por el Gobierno se encuentra íntimamente ligada al fondo de la acción planteada por el accionante, en el sentido de que el derecho interno no le ofreció ninguna posibilidad para determinar su paternidad biológica. La Corte sostuvo que los procedimientos de reconocimiento o disputa de paternidad se encuentran comprendidos dentro del concepto de vida privada en los términos del artículo 8 del CEDH.<sup>8</sup>

El accionante planteó que la falta de reconocimiento no puede significar un impedimento para reclamar su paternidad, y que, a los efectos de resguardar el interés superior del niño, se debe garantizar el contacto de este con su progenitor biológico.

Para el TEDH el demandante ha intentado infructuosamente reconocer su paternidad biológica frente a S., mediante la promoción de varias acciones tanto administrativas como judiciales, lo que significó una evidente vulneración a los derechos de S.V.K. en los términos de la Convención.

El Tribunal sostuvo que es necesario analizar la denuncia en virtud de las obligaciones positivas que incumben a los Estados, en los términos del artículo 8 del Convenio. Asimismo, en el caso se debían haber analizado todos los intereses involucrados. Así, se debió considerar la relación entre el solicitante y el niño y la importancia de esta relación para ambas partes interesadas.

---

<sup>7</sup> Ibidem, párr. 36.

<sup>8</sup> Ibidem, párr. 44.



Del mismo modo, advirtió que la Corte Suprema de Casación resolvió sin realizar un análisis exhaustivo de los fundamentos del accionante y sin considerar la relación que tenía S.V.K. con S.

El TEDH observó que la ley búlgara no preveía la posibilidad de que un hombre que afirma ser el padre biológico de un niño cuya paternidad ha sido previamente establecida por reconocimiento, impugne directamente el reconocimiento o establezca su propia paternidad. En este sentido, sostuvo que la primera acción para establecer la paternidad del demandante fue declarada inadmisibles en aplicación de la legislación regional y de acuerdo con la práctica judicial aplicable, sin ningún examen del caso en particular.<sup>9</sup>

Por otro lado, contrariamente a lo resuelto por el Tribunal Supremo de Casación, el TEDH sostuvo que el hecho de que el demandante no haya reconocido a S. durante varios años no afectó su legitimación para reclamar su paternidad, toda vez que la reclamación de paternidad se puede realizar en cualquier momento, siempre que el niño no tenga una filiación establecida. En este sentido, S.V.K. podría haber planteado la acción en abril de 2013 y luego, ante la oposición de la progenitora, plantear la acción de reclamación de paternidad. En efecto, la acción planteada por S.V.K. no fue analizada oportunamente porque la progenitora aceptó inmediatamente el reconocimiento hecho por G.G.

Por ende, el TEDH sostuvo que se violó el derecho del accionante al respeto a su privacidad.

En conclusión, rechazó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos planteada por el Gobierno e hizo lugar a la acción del S.V.K., de conformidad a la alegada violación del artículo 8 del CEDH, y encomendó otorgar al peticionante la suma de 8.000 euros en concepto de daño moral.

#### 4. Palabras finales

Del análisis del fallo en comentario se concluye que a lo largo de las instancias del proceso judicial se han vulnerado los derechos humanos del accionante en relación con su derecho al respeto de la vida familiar.

Asimismo, se advierte que el paso del tiempo consolidó el lazo afectivo entre el niño y su progenitor reconociente (G.G.), circunstancia que posteriormente dificultó a S.V.K. la promoción de las acciones para reclamar su paternidad. Desde el año 2006 al 2015 el derecho de S.V.K. se encontró truncado por la imposibilidad de emplazar su paternidad como consecuencia de la ineficiencia estatal. Durante nueve años debió transitar distintos procesos para reclamar sus derechos, mientras el niño crecía, forjaba lazos afectivos y construía su identidad dinámica en su contexto intrafamiliar.

Por último, en todas las cuestiones vinculadas a las relaciones de familia y especialmente las que comprenden a niños, niñas y adolescentes, corresponde ejercer una mirada crítica sobre la demora en los procesos judiciales. El transcurso del tiempo es un factor que consolida relaciones socioafectivas que los jueces y juezas no pueden desconocer, así como tampoco que los NNA merecen una protección especial en su carácter de personas vulnerables.

---

<sup>9</sup> Ibidem, párr. 59.



# Prisión preventiva. Indemnización en caso de absolución

TEDH. *Case of Norik Poghosyan v. Armenia*, 22 de octubre de 2020

*Por Sebastián Alejandro Rey<sup>1</sup>*

---

## 1. Introducción

En el presente comentario analizaré brevemente una reciente sentencia del TEDH en materia de derecho a la reparación de una persona privada de la libertad que luego fue absuelta. Luego me referiré a cómo se encuentra reconocida esta cuestión en el ámbito interamericano y nacional.

## 2. Hechos del caso

El 29 de septiembre de 2008 el Sr. Poghosyan junto a otras personas fueron imputadas en una causa por drogas. Dos semanas después la Corte Regional de Lori dispuso su detención, que no habría sido apelada.

El 12 de octubre de 2009 fue encontrado culpable del delito por el que se lo acusaba y condenado a la pena de tres años de prisión, decisión que fue confirmada parcialmente por la Alzada, que redujo la pena a la mitad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor de Derechos Humanos (UNPAZ y UBA). Director de Proyectos de Investigación (UNPAZCYT y DECYT). Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación.

<sup>2</sup> TEDH. *Case of Norik Poghosyan v. Armenia*, First Section, 22 de octubre de 2020, párrs. 5-8.

Ante un nuevo recurso, la Corte de Casación revocó ambas decisiones, toda vez que la prueba que sirvió para fundar la condena se habría obtenido violando el derecho de defensa del imputado. En particular, sostuvo que al inicio de las investigaciones el Sr. Poghosyan declaró como testigo, sin presencia de un abogado, pese a que para ese entonces ya era considerado un posible sospechoso.<sup>3</sup>

El 17 de abril de 2010 el Sr. Poghosyan fue liberado al cumplirse el término de la condena. Seis meses más tarde la Corte Regional de Lori examinó nuevamente el caso y lo absolvió, ante la ausencia de evidencia para fundar su culpabilidad, decisión que fue confirmada por dos tribunales superiores.<sup>4</sup>

En función de lo expuesto, el Sr. Poghosyan inició un juicio civil contra el Estado por la suma de un millón de pesos aproximadamente, en concepto de daño pecuniario y no patrimonial. En particular, afirmó que el artículo 66 del Código de Procedimientos Penales dispone que la persona absuelta tiene derecho a la compensación de los daños patrimoniales (incluido el lucro cesante y las costas legales) que le ocasionó una privación ilegítima de la libertad. El Tribunal hizo lugar a la demanda en tanto acreditó el nexo de causalidad entre la condena que luego fue revocada y los daños que la privación de la libertad produjo al actor. Empero, rechazó el reclamo por los daños no patrimoniales puesto que no estaban contemplados en la legislación, decisión que fue confirmada pese a los recursos interpuestos.<sup>5</sup>

### 3. La sentencia del TEDH

El 18 de septiembre de 2012 el Sr. Poghosyan presentó una petición ante el TEDH. Principalmente alegó que la normativa nacional violaba el artículo 5.5 del CEDH que dispone que “[t]oda persona víctima de detención o de una privación de libertad contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”. Y destacó que su detención debía considerarse ilegal en función de su posterior absolución.

Si bien el Estado sostuvo que el peticionario no había apelado la decisión que lo privó preventivamente de la libertad, el Tribunal afirmó que en el caso se discutía la respuesta brindada por Armenia en el proceso civil, en el cual sí había recurrido las sentencias desfavorables, por lo que concluyó que la demanda era admisible.<sup>6</sup>

El TEDH recordó que se ha negado a analizar peticiones vinculadas con sentencias nacionales revocadas en instancias de apelación por posibles errores de hecho o de derecho. Asimismo, sostuvo que una privación de la libertad es en principio legal si fue ordenada por un tribunal. Ello implica que si un tribunal superior encuentra que el inferior se equivocó al ordenar una detención según el derecho doméstico, ello no necesariamente afecta de modo retroactivo la legalidad de la detención. La clave radica en distinguir los meros errores en la aplicación del derecho interno de las flagrantes denegaciones de justicia. De este modo, el artículo 5.5 del CEDH solo se aplica en casos en que la detención

---

3 Ídem, nota 2, párr. 9.

4 Ídem, nota 2, párrs. 10 y 11.

5 Ídem, nota 2, párr. 14.

6 Ídem, nota 2, párr. 27.

es seguida de una condena impuesta en procedimientos manifiestamente injustos que impliquen una flagrante denegación de justicia.<sup>7</sup>

Pese a lo señalado, el Tribunal advirtió que la normativa armenia reconocía el derecho de la persona absuelta a la compensación por una ilegal privación de la libertad y que ha sido interpretada por los jueces nacionales de modo de consagrar la ilegalidad de la detención de una persona que luego resulte absuelta. Para el TEDH el derecho a la compensación con motivo de una absolución reconocido a nivel doméstico no puede implicar por sí mismo que las detenciones fueran ilegales. Sin embargo, dado que fueron las autoridades nacionales las que reconocieron la ilegalidad de la detención del Sr. Poghosyan, en las particulares circunstancias de este caso, concluyó que se había violado el artículo 5 del CEDH.<sup>8</sup>

Adicionalmente, el TEDH destacó que el derecho a la compensación reconocido en el artículo 5.5 no solo comprende los daños pecuniarios, sino también cualquier angustia, ansiedad o frustración que una persona pueda haber sufrido como resultado de una violación a la libertad personal. Por lo tanto, la normativa armenia que no contemplaba por aquel entonces la reparación de los daños no patrimoniales –modificada con posterioridad a los hechos del caso– era violatoria del tratado.<sup>9</sup>

De este modo, el TEDH condenó al Estado al pago de 6.000 euros como reparación de los daños no pecuniarios.

#### 4. Breve reflexión sobre la cuestión en el ámbito nacional e interamericano

La CADH no contiene un artículo con una redacción similar al 5.5 del tratado europeo. En efecto, el artículo 10 únicamente dispone que “[t]oda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”. Esta norma no ha sido utilizada por la Corte IDH, y en muy pocas ocasiones ha sido invocada por la CIDH, principalmente por la dificultad de acreditar el error judicial.<sup>10</sup>

A nivel nacional, la indemnización por el daño ocasionado por la actividad del Poder Judicial se puede abordar de dos modos. La Ley de Responsabilidad Estatal N° 26944, sancionada en 2014, dispone en su artículo 1 que “rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas”. El artículo 5 de la norma establece que “[lo]s daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización”, por lo que, *a contrario sensu*, reconoce la posibilidad de reclamar la reparación de los daños derivados de la actividad judicial ilegítima. Adicionalmente existe la posibilidad de demandar al Estado por la prestación anormal o deficiente del servicio de justicia. En este último supuesto el estándar es más sencillo,

7 Ídem, nota 2, párr. 32.

8 Ídem, nota 2, párr. 36.

9 Ídem, nota 2, párr. 38.

10 CIDH. Informe No. 100/01, Caso N° 11381, *Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua*. Fondo. 11 de octubre de 2001, voto del comisionado Dr. Julio Prado Vallejo.

ya que no es necesario que un tribunal superior revoque una decisión por mediar error judicial,<sup>11</sup> ante una violación legal grave, determinada por el dolo o por la negligencia inexcusable, sino que basta con acreditar el ejercicio irregular del servicio.

La cuestión se encontraba regulada por el artículo 1112 del Código Civil, que consagraba un sistema de responsabilidad especial directa del Estado por los actos y omisiones de los agentes públicos en ejercicio de las funciones, cuando su desempeño provoca funcionamiento irregular o defectuoso de la respectiva función. Es lo que comúnmente se denomina responsabilidad por falta en la prestación de un servicio.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en su jurisprudencia ha reconocido que

quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y debe afrontar las consecuencias de su incumplimiento o ejecución irregular [...] Esta idea objetiva de la falta de servicio por acción o por comisión encuentra su fundamento en la aplicación del artículo 1112 del Código Civil [...] no se trata de una responsabilidad indirecta [...] toda vez que la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas.<sup>12</sup>

El citado Tribunal agregó que la falta de servicio implica

la violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño.<sup>13</sup>

Al trasladar estos conceptos al ámbito penal, se puede señalar que en algunas circunstancias se puedan dictar medidas restrictivas de la libertad de los imputados durante el curso del proceso. Empero, tales actos jurisdiccionales son formalmente regulares dentro de un razonable criterio judicial. De ningún modo la normativa autoriza el abuso del poder penal de parte de los jueces o la palmaria violación de garantías constitucionales, como lo son las del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18 de la Ley Fundamental).

---

11 CSJN. Fallos: 318:1990; 321:1712; 325:1855, entre otros.

12 Entre otros, CSJN. Fallos: 306:2030 y 331:1690.

13 CSJN. Fallos: 321:1124; 330:563 y 332:1115.

La mayoría de la doctrina reconoce, aunque con diferente extensión y alcances, el derecho al resarcimiento de los detenidos preventivamente, luego de ser absueltos o sobreseídos, invocando como fundamento el principio de la igualdad de las cargas sociales ante la ley –art. 16 de la Constitución Nacional–.<sup>14</sup>

En este contexto, vale la pena recordar lo resuelto por la Corte IDH en el *Caso Jenkins Vs. Argentina*. Luego de estar años detenido preventivamente en el marco de una investigación sobre tráfico de estupefacientes, el Tribunal Oral absolvió al Sr. Jenkins en base a que, entre otras cosas, la Fiscalía había dado por probada una referencia a un viaje a Panamá para concretar una negociación de drogas a partir de la transcripción de una grabación telefónica entre el Sr. Jenkins y otro acusado en la causa. Sin embargo, en el audio original se hacía referencia a la compra de un barco deportivo y esa grabación había sido una de las pruebas más importantes para mantenerlo sometido al proceso judicial y, por ende, detenido.

A finales de 1999 el Sr. Jenkins inició un juicio por daños y perjuicios contra el juez que dispuso su detención y contra el Estado nacional. El 30 de abril de 2007 el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10 rechazó la demanda al considerar que la absolución no había sido dictada en virtud de su “inocencia manifiesta” y que el auto de prisión preventiva no se revelaba como incuestionablemente infundado o arbitrario.

Al dictar sentencia, la Corte IDH sostuvo que el contenido esencial del artículo 7 de la CADH es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado, para lo cual se debe evaluar que existan elementos para formular cargos o llevar a juicio, es decir, que se presenten los “presupuestos materiales” para ordenar la medida cautelar, lo que implica que “existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el ilícito que se investiga”.<sup>15</sup>

Además, el Tribunal consideró que

el sólo criterio de la existencia de indicios que permitan suponer razonablemente que la persona sometida al proceso ha participado en el ilícito que se investiga no son suficientes para justificar la imposición de una medida privativa de la libertad, sino que resulta esencial acudir a elementos relativos a la finalidad legítima de la medida –esto es, eventual obstaculización del desarrollo normal del procedimiento penal o posibilidad de sustracción a la acción de la justicia– que lleven a la conclusión de que la medida de prisión preventiva es necesaria y proporcional al fin perseguido.<sup>16</sup>

14 Entre otros, Bidart Campos, G. (1991). ¿Una posible y audaz elastización (justa) del “error judicial” susceptible de reparación? *El Derecho*, 143-563; Ghersi, C. A. (1994). Responsabilidad del Estado por actos lícitos jurisdiccionales. La libertad: un valor irrenunciable del ser humano. El derecho del Estado de privación legítima de la libertad y su obligación de reparación del daño individual, *Jurisprudencia Argentina. La Ley*, I, 296 y ss.; y Hitters, J. M. (2003). Responsabilidad del estado por error judicial. *La Ley*, F, p. 1070.

15 Corte IDH. *Caso Jenkins Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, párrs. 71, 74 y 75.

16 Ídem, nota 15, párr. 82.

Ello, puesto que “los Estados deben asegurar que la detención preventiva se aplique de manera excepcional, y se aplique con estricta observancia de los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad”.<sup>17</sup>

Para la Corte IDH, la resolución en la que se dictó la prisión preventiva del Sr. Jenkins

careció de una debida motivación, ya que en ella no se esbozó ningún argumento con respecto a las razones por las cuales la prisión preventiva era necesaria, idónea y proporcional al fin perseguido, sino que únicamente se centró en la existencia de indicios que vincularían a Jenkins con la comisión del delito de narcotráfico.<sup>18</sup>

Además, recordó que “ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea de forma mínima, las razones por las cuales considera que la prisión preventiva debe mantenerse”.<sup>19</sup>

En consecuencia, declaró que el Estado argentino había violado los artículos 7.1, 7.3, 7.5 de la CADH, en relación con los artículos 8.2 y 1.1 del mismo instrumento y lo condenó al pago de US\$ 35.000.

En síntesis, entiendo que en tiempos donde la prisión preventiva en el marco de los procesos penales es la regla y no la excepción, el debate que subyace en el fallo que aquí se comenta y su regulación en el derecho argentino e interamericano resultan de especial relevancia y de imprescindible actualidad.

---

17 Ídem, nota 15, párr. 144.

18 Ídem, nota 15, párrs. 78, 81 y 82.

19 Ídem, nota 15, párrs. 83-85.



# Régimen penal juvenil

## TEDH. *Affaire Reist c. Suisse*, 27 de octubre de 2020

*Por Lucas Lecour<sup>1</sup> y M. Mercedes Dubertí<sup>2</sup>*

---

### 1. Introducción

En el presente trabajo analizaremos la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a la privación de libertad del joven Steve Somgiat Reist, quien demanda a la Confederación Suiza por violación del artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la imposición, en diciembre del 2014, de una medida de protección provisional ordenada por un fiscal de menores de la ciudad de Berna, sin control judicial, ni participación de la defensa, que consistía en la internación en un establecimiento cuya primera fase se desarrollaba en un entorno cerrado.

El 27 de octubre de 2020 el TEDH rechazó la demanda al considerar que la privación de libertad se encontraba suficientemente fundamentada conforme con las normas suizas y las interpretaciones realizadas por los tribunales locales.

---

1 Abogado (UNCuyo). Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales (UPF-Barcelona). Presidente de Xumek, Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Docente de la Diplomatura en Litigación Internacional (UNCuyo) y de la Diplomatura en Abordaje Integral de Consumos Problemáticos (UAconcaqua).

2 Abogada (UNCuyo). Vicepresidenta de Xumek, Asociación para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Integrante del Mecanismo Local de Prevención de la Tortura de Mendoza (período 2014-2020). Actualmente se desempeña en el equipo técnico del Comité Nacional para la Prevención de la Tortura (CNPT).

Pese a los argumentos desarrollados en la sentencia, entendemos que la decisión no se ajusta a los estándares necesarios para imponer medidas restrictivas de libertad a niños, niñas y adolescentes, aun cuando estas se apliquen con fines de protección. Tampoco fueron analizadas por el Tribunal ciertas limitaciones a garantías judiciales en el sistema penal juvenil suizo.

A continuación, expondremos los hechos del caso, luego destacaremos los aspectos jurídicos más relevantes de la decisión del TEDH, para finalmente realizar una valoración crítica de los mismos.

## 2. Los hechos del caso

El 18 de marzo de 2014, un fiscal de menores dictó una orden penal<sup>3</sup> contra el joven Steve Reist, mediante la cual lo condenó a cinco días de prisión en suspenso, acompañada de un año de libertad condicional por robo, fraude múltiple y compra, consumo y reventa de cannabis. En forma conjunta, ordenó una medida de protección consistente en la asistencia personal del joven.

El 8 de julio de ese año, Reist alcanzó la mayoría de edad (18 años) y meses después, el fiscal interpuso ante el Juzgado de Menores un procedimiento de sustitución de la medida de protección, por considerar que, ante la comisión de nuevos delitos y la continuidad del consumo de estupefacientes, las anteriores medidas eran incompatibles con su desarrollo personal. A la espera de la decisión del Juzgado, el fiscal ordenó, sin intervención de la defensa del joven, una medida de protección provisional de internación en un establecimiento abierto, cuya primera fase consistía en tres meses de un entorno cerrado, al considerar que la situación de riesgo en la que se encontraba Reist no podía abordarse mediante un tratamiento ambulatorio.<sup>4</sup>

La defensa apeló la medida y el Tribunal Supremo del Cantón de Berna desestimó el recurso con fundamento en las previsiones del artículo 5 de la Ley Penal de Menores (LPMen) que establece un procedimiento de sustitución de medidas de protección en interés del menor ante un peligro grave para este. El Tribunal Supremo destacó que la fiscalía tiene facultades para ordenar la sustitución de medidas cautelares sin afectar la competencia del Juzgado de Menores, que posteriormente confirmó la sustitución de la medida cautelar.

Asimismo, consideró que la LPMen es aplicable desde que un joven comete un delito siendo menor de edad y continúa aplicándose hasta que cumple 22 años. Por último, los jueces rechazaron el argumento de la defensa sobre que la nueva medida constituía una violación al artículo 5.1, apartado a del CEDH, al considerar que la orden penal de marzo de 2014 equivale a una “condena dictada por un tribunal competente” conforme con lo prescripto en el mencionado precepto.<sup>5</sup>

3 La Ley Penal de Menores de Suiza faculta al Ministerio Público Fiscal a dictar una resolución denominada “orden penal” mediante la cual se establece una sanción que no implique internación, multa de más de 1.000 francos suizos o privación de libertad de más de tres meses (art. 34, párrafo 1). Esta sanción cierra el procedimiento penal contra el adolescente y equivale a una condena emanada por un tribunal de menores.

4 TEDH. *Affaire Reist c. Suisse*, Requête No. 39246/15, Cour (Troisième Section), 27 de octubre de 2020, párr. 10.

5 *Ibidem*, párrs. 15 y 16.

Contra esta decisión, el joven interpuso un recurso ante el Tribunal Federal solicitando su liberación inmediata. Antes de que se resolviera, su internación finalizó por orden del Juzgado de Menores. No obstante, el Tribunal Federal desestimó el recurso reafirmando que estas medidas pueden ser sustituidas en cualquier momento de la ejecución, hasta los 22 años de la persona, y que tienen como principal fundamento dar a las autoridades –en este caso, el fiscal de menores– la posibilidad de intervenir con carácter provisional y en casos de emergencia, concluyendo que existía un vínculo causal suficiente entre la orden penal inicial y la medida de cautelar posterior.<sup>6</sup>

## 2.1. Aspectos más relevantes de la decisión del TEDH

La defensa presentó el caso ante el TEDH. En su demanda, Reist alegó que su privación de libertad no tenía base legal, puesto que el fiscal de menores no tenía facultad para ordenar una medida cautelar privativa de la libertad fuera de la etapa de investigación y que no existe ninguna relación causal entre la orden penal dictada en marzo de 2014 y la medida dispuesta en diciembre del mismo año. Por su parte, el Estado señaló que en determinadas ocasiones resulta imposible esperar ante situaciones de crisis el dictado de una nueva medida por el Juzgado de Menores y, por lo tanto, es responsabilidad del fiscal de menores asegurar una adecuada protección.

El TEDH, al ingresar al estudio del asunto, entiende primero necesario hacer referencia al marco legal suizo, analizando la LPMen, cuya disposición más relevante es su artículo 5, que permite a las autoridades ordenar, en forma provisional, medidas cautelares, si los intereses de los menores de edad así lo requieren. Entre las medidas se prevé la colocación de jóvenes en establecimientos. En este sentido, el artículo 15 de la LPMen expresa que en caso de que sea un establecimiento cerrado, antes de ordenar la internación, se requiere de informes médicos o psicológicos. Además, habilita a la autoridad competente a ordenar la internación en un establecimiento cerrado únicamente por protección personal o para el tratamiento de trastorno mental del menor de edad que lo requiere imperativamente, o su condición representa una amenaza grave para terceros y esta medida es necesaria para protegerlos.

En igual sentido, explica que, en los cantones suizos los fiscales de menores son autoridades multidisciplinarias integradas por juristas y abogados, así como trabajadores y educadores sociales, que supervisan la ejecución de las medidas de protección y que también proponen, en los casos necesarios, la sustitución de estas. Además, se señala que en el cantón de Berna existe un modelo –denominado *Jugendanwalt*– donde el fiscal de menores es responsable de la investigación y ejecución de las sanciones y medidas de protección, siendo el Tribunal de Menores competente en las decisiones posteriores relativas a la sustitución de una medida de protección.

Con todo ello, al resolver el TEDH observa que resulta indiscutible la inaplicabilidad en el presente caso del apartado d del artículo 5.1 del Convenio, teniendo en cuenta que el joven era mayor de edad

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, párrs. 18 a 24.

al momento de la privación de libertad y, por lo tanto, solo corresponde determinar si existió violación al apartado a del mencionado precepto.<sup>7</sup>

El TEDH ha dicho en reiteradas oportunidades que toda detención, para ser lícita, debe llevarse a cabo según la legislación nacional, respetando tanto las normas sustantivas como procesales y que toda privación de libertad debe ajustarse al fin previsto en el artículo 5 del Convenio, de lo contrario, la detención será arbitraria.<sup>8</sup>

En aplicación de estos principios, el Tribunal Europeo entiende que la competencia del fiscal de menores para ordenar una internación provisional en un establecimiento cerrado luego de la etapa de la instrucción no está explícitamente regulada en el LPMen. Sin embargo, sería contrario a los objetivos esenciales del derecho penal juvenil privar al fiscal de menores de la posibilidad de intervenir, de manera provisional, en caso de emergencia, durante la etapa de ejecución de sanciones. Por ello, más allá de las imprecisiones, el TEDH considera que la privación de libertad es una medida cautelar y, por lo tanto, al ser ordenada por un fiscal de menores, estamos ante una autoridad competente.<sup>9</sup>

En cuanto a la existencia de un vínculo causal suficiente entre la orden penal inicial y la internación provisional, el Tribunal Europeo entiende que la orden penal equivale a una condena y, por lo tanto, su sustitución posterior, por una internación, se encuentra vinculada a la misma. En consecuencia, la medida se enmarca en una “condena” conforme lo previsto en el artículo 5.1, apartado a del Convenio.

Por último, agrega el TEDH que, dado que en el caso no se había roto la relación de causalidad, el LPMen seguía siendo aplicable al demandante, incluso después de que hubiera alcanzado la mayoría de edad.<sup>10</sup>

Por todo lo mencionado, concluyó que la privación de libertad de Steve Somgiat Reist fue legal, ya que quedó cubierta por la letra a del artículo 5.1 del Convenio.

### 3. Análisis del fallo

Pese a los argumentos expuestos en sus considerandos, entendemos que la decisión del TEDH no se ajusta adecuadamente a los parámetros y estándares internacionales necesarios para imponer medidas restrictivas de libertad a niños, niñas y adolescentes. Asimismo, observamos la naturalización de ciertas limitaciones a garantías judiciales en el sistema penal juvenil suizo, bajo fundamentos tutelares, como la urgente protección, que tampoco fueron analizadas en la sentencia.

---

7 Ídem, nota 4, párr. 76.

8 Ibídem, párr. 79.

9 Ibídem, párrs. 78-80.

10 Ibídem, párr. 91.

### 3.1. Resabios del modelo tutelar en el sistema suizo

Del análisis de la sentencia surge que Suiza cuenta con un procedimiento especializado para jóvenes en conflicto con la ley penal de tipo acusatorio. No obstante, en el Cantón de Berna, en determinados casos el sistema prevé amplias facultades en cabeza del Ministerio Público Fiscal de menores, no solo en la etapa de instrucción, sino también durante la ejecución de la sanción y con motivo de protección, sin control judicial inmediato, que lo vuelve de tipo tutelar clásico, pero en cabeza del acusador.

Es decir, se dan amplias facultades discrecionales al fiscal de menores, que en casos de escasa lesividad puede dictar una orden penal, que equivale a una sentencia condenatoria de un juez, debiendo recurrir solo a un tribunal cuando se requiera sustituir la medida por una de mayor gravedad, pudiendo incluso, durante la tramitación de la misma, ordenar una privación de libertad por cuestiones de urgencia, sin control judicial.

Observamos en este punto que, pese a la especialidad del proceso penal y la multidisciplinariedad del fiscal de menores, el sistema judicial suizo no logra superar el modelo clásico de intervención irrestricta, sin límite ni garantías por parte de la autoridad judicial –en este caso, el fiscal de menores–, para “proteger” al adolescente incapaz, que necesita de “tutela”, propio de una concepción paternalista.

La sentencia del TEDH invisibiliza esta situación irregular, contraria al nuevo paradigma que introdujo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de la “doctrina de la protección integral”, que se enfoca en el interés superior del niño, tiene su fundamento en la dignidad del ser humano y consagra una justicia penal especializada, con mayores garantías.

Por lo tanto, si es universalmente aceptado que para privar de la libertad a una persona mayor de edad se requiere una condena dictada por un tribunal competente, entonces, ¿cuál sería la razón para relajar estos conceptos y admitir excepciones en el caso de personas menores de edad?

Es evidente que las condiciones en las que participa un adolescente en un proceso penal no son las mismas que las de un adulto. Por ello resulta fundamental adoptar medidas especiales para su protección, que de ningún modo puedan limitar las garantías respecto de aquellas que gozan los mayores de edad.

En este sentido, la Corte IDH expresó que

si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Corte IDH. *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 98.

En los procesos judiciales para adolescentes en conflicto con la ley penal existen algunos principios fundamentales que determinan la existencia de un verdadero sistema especializado. La CIDH considera entre esos principios los siguientes: i) legalidad; ii) excepcionalidad; iii) especialización; y iv) no regresividad. De los mencionados, el principio de legalidad en relación con adolescentes en conflicto con la ley penal es el que da cuenta del paso del modelo tutelar a un verdadero sistema de protección integral. Así, la falta de aplicación de este principio en las intervenciones tanto administrativas como judiciales provoca que se confunda la aplicación del derecho penal con la aplicación de medidas de “protección”. La aplicación irrestricta de este principio contribuye a que a las personas adolescentes a las que se les atribuye la comisión de un hecho ilícito se les apliquen todas las garantías procesales generales, al igual que a las personas adultas. Es así que las medidas tutelares que se dispongan, en forma independiente o conjunta, son sustancialmente un tipo de sanción, ya que tienen los mismos efectos de estas, pero no son vistas como tales por su finalidad de “protección” decidida por la autoridad judicial y, por ello, es habitual que no se aplique el debido proceso correspondiente.<sup>12</sup>

En consecuencia, pese a los fundamentos dados por el TEDH en su sentencia sobre las bondades del sistema penal juvenil suizo, este todavía mantiene en determinados aspectos de su regulación resabios de un modelo tutelar, superado con motivo del nuevo paradigma de la doctrina de la protección integral que consagra la CDN.

### 3.2. Control judicial inmediato y derecho de defensa

Conforme con lo expresado en el punto anterior, podemos asegurar que la medida de internación en un establecimiento abierto ordenada por el fiscal de menores, cuya primera fase consistía en tres meses en un entorno cerrado, es una medida privativa de la libertad, aun cuando se haya invocado para su interposición que era en protección del joven Reist y tenía carácter provisional.

En esa línea, la CIDH define claramente a la privación de libertad como

cualquier forma de detención, encarcelamiento, institucionalización, o custodia de una persona, por razones de asistencia humanitaria, tratamiento, tutela, protección, o por delitos e infracciones a la ley, ordenada por o bajo el control de facto de una autoridad judicial o administrativa o cualquier otra autoridad, ya sea en una institución pública o privada, en la cual no pueda disponer de su libertad ambulatoria. Se entiende entre esta categoría de personas, no sólo a las personas privadas de libertad por delitos o por infracciones e incumplimientos a la ley, ya sean éstas procesadas o condenadas, sino también a las personas que están bajo la custodia y la responsabilidad de ciertas instituciones, tales como: hospitales psiquiátricos y otros establecimientos para personas con discapacidades físicas, mentales o sensoriales; instituciones para niños, niñas y adultos mayores; centros para migrantes, refugia-

<sup>12</sup> CIDH. *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II, 13 de julio de 2011, pp. 17 y ss.

dos, solicitantes de asilo o refugio, apátridas e indocumentados; y cualquier otra institución similar destinada a la privación de libertad de personas.<sup>13</sup>

En este aspecto, la Corte IDH también ha sido categórica, al expresar que

una privación de libertad se configura cuando una persona, en este caso una niña o niño, no puede o no tiene la posibilidad de salir o abandonar por su propia voluntad el recinto o establecimiento en el cual se encuentra o ha sido alojado. De conformidad con dicha definición, el acogimiento residencial de niñas y niños puede constituir una forma de privación de libertad, si las niñas y niños están sujetos a medidas de restricción de su libertad ambulatoria que van más allá de las reglas que impondría una familia para salvaguardar el bienestar de la niña o el niño, como por ejemplo, prohibirles salir de noche.<sup>14</sup>

En consecuencia, teniendo en cuenta que se trata de una privación de libertad, deberían regir para su imposición, al menos, las mismas garantías que para las personas adultas. En este caso, una de las principales es el control judicial inmediato.

Según la CIDH, dichas garantías deben ser observadas, en especial, cuando el procedimiento signifique la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad, lo que incluye las llamadas medidas de “internación” o de “protección”.<sup>15</sup>

En efecto, es necesario reconocer el derecho de toda persona privada de libertad durante un proceso penal, cualquiera sea, a que su situación sea inmediatamente conocida y analizada por un juez o tribunal competente, aun en los casos en los que el control jurisdiccional no haya sido requerido por la persona detenida o su defensor.

El fundamento de este inmediato control jurisdiccional deriva, de una parte, de la posición de garante institucional que ocupa el Estado en relación con las personas que se encuentran privadas de su libertad. Por otra parte, la necesidad de que la detención sea controlada por un juez imparcial deviene de la misma lógica adversarial del sistema acusatorio, en la que el que fiscal ocupa el lugar de parte con un interés concreto. No es admisible dejar en manos de un sujeto procesal autónomo, pero no imparcial, sin control jurisdiccional alguno, la decisión sobre una medida de coerción tan grave como la detención de la persona sometida al poder punitivo del Estado.

13 CIDH. *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, aprobados en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

14 Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018, párr. 329.

15 Ídem, nota 11, párr. 147.

En materia de niñez y adolescencia, la CIDH señala que la normativa internacional refuerza el estándar de conducción sin demora ante un juez especializado, ya que el control judicial inmediato es indispensable para prevenir la arbitrariedad o ilegalidad de la privación de libertad.<sup>16</sup>

En esta línea, el Comité de los Derechos del Niño ha establecido que todo menor detenido y privado de libertad deberá ser puesto a disposición de una autoridad competente en un plazo de 24 horas para que se examine la legalidad de su privación de libertad o de la continuación de esta.<sup>17</sup>

En el presente caso, si bien no se alegó una violación del artículo 5.3 del CEDH, que exige la intervención del órgano jurisdiccional de forma inmediata, entendemos que, por el principio de *iura novit curia*, el Tribunal Europeo podía analizar la situación ante la ausencia de control judicial de la medida ordenada por el fiscal de menores.

Además, la privación de libertad fue dictada sin intervención de la defensa del joven, que solo pudo apelar la medida ante el Tribunal Supremo del Cantón de Berna. Es el derecho de defensa uno de los pilares fundamentales de cualquier proceso judicial, incluido el penal de menores. Por lo tanto, en cualquier medida que se imponga a un adolescente, resulta fundamental la notificación a su abogado y la posibilidad de que se reúnan en privado, como acto inherente a su derecho de defensa.

Por todo ello, tanto el control judicial inmediato como la intervención de la defensa responden a un procedimiento adversarial o contradictorio que garantiza que la medida sea ordenada por un juez, quien luego de escuchar a las partes, decide sobre la licitud de la privación de libertad y, de esta manera, evita detenciones arbitrarias.

#### 4. Conclusión

Entendemos que la decisión del TEDH al analizar la situación del joven Reist soslaya por completo el nuevo paradigma de la protección integral. Se evidencia una naturalización de la ausencia de garantías en un proceso penal seguido contra un adolescente, que resulta privado de su libertad por orden de un fiscal de menores, sin control judicial inmediato ni intervención de la defensa.

Sorprende también que se equipare una orden penal dispuesta por un fiscal de menores a una sentencia dictada por tribunal competente, para justificar la ausencia de vulneración al derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 5.1, apartado a del Convenio.

La alegada situación de urgencia y la finalidad de “protección” del joven por parte del fiscal de menores de Berna para ordenar su internación en un establecimiento abierto, aun en el marco de una medida tutelar, demuestran los resabios del modelo paternalista en el sistema suizo, que no fue siquiera tratado por el TEDH en sus fundamentos.

<sup>16</sup> Ídem, nota 12, párr. 253.

<sup>17</sup> CDN. Observación General N° 10, “Los derechos del niño en la justicia de menores”, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 83.



Debemos señalar que este déficit de legitimidad del sistema penal juvenil suizo a la luz de los principios de la CDN y otros estándares internacionales ya fue advertido por el Comité de los Derechos del Niño, quien recomendó adaptar su sistema de administración de la justicia de menores a lo dispuesto, entre otros, en el artículo 37 de la CDN –relativo a la privación de libertad de niños, niñas y adolescentes– y otras normas de las Naciones Unidas relativas a la justicia de menores, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores “Reglas de Beijing”, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil “Directrices de Riad”, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Acción de Viena sobre el Niño en el Sistema de Justicia Penal.<sup>18</sup>

En síntesis, sin perjuicio de las bondades que pueda tener el sistema penal juvenil suizo, nada justifica el mantenimiento de un sistema tutelar que entiende que los adolescentes en conflicto con la ley son objeto de protección y no sujetos de derecho, y, por lo tanto, se los prive de garantías fundamentales del debido proceso penal que se reconocen a cualquier persona adulta, incluso a las acusadas de haber cometido los delitos más graves del catálogo penal.

---

18 CDN. Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Switzerland. 13/06/2002. CRC/C/15/Add.182, párr. 57.



# Vida privada. Derecho a la intimidad

## TEDH. *Case of Dupate v. Latvia*, 19 de noviembre de 2020

*Por Damián Loreti<sup>1</sup> y Luis Lozano<sup>2</sup>*

---

### 1. Introducción

En el caso “Dupate” el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) avanza en una interpretación amplia del derecho al respeto a la vida privada y familiar, garantizado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en desmedro de la libertad de expresión y de la exposición sin consentimiento, por parte de los medios de comunicación, de imágenes de la vida privada de personas respecto de las cuales no se considera que conciten el interés del público.

---

1 Abogado (UBA). Doctor en Ciencias de la Información (Universidad Complutense de Madrid). Profesor de grado y posgrado en libertad de expresión desde 1988. Profesor titular de Derecho a la Información (Facultad de Ciencias Sociales de la UBA). Ha sido perito ante la Corte IDH y desde 1990 asesora a organizaciones nacionales y regionales en materia de libertad de expresión, radiodifusión y entornos digitales.

2 Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Candidato a Doctor en Ciencias Sociales (UBA). Trabajó como periodista en medios gráficos y digitales y en la agencia nacional de noticias Télam. Dirigió el área de Comunicación del CELS y estuvo a cargo de la Dirección de Prensa y Difusión de la Defensoría General de la Nación. En la actualidad se desempeña como director de Relaciones Institucionales de la Procuración General de la Nación y como docente e investigador en la Universidad de Buenos Aires.

## 2. Los hechos y las decisiones de los tribunales locales

Kristine Dupate es una abogada letona que, al momento de los hechos, se encontraba en pareja con J.N., presidente de un partido político sin representación en el parlamento, pero muy conocido en su país. El 30 de noviembre de 2004 la revista de circulación nacional *Privātā Dzīve*<sup>3</sup> publicó en la tapa una foto de Dupate tomada subrepticamente al momento de abandonar el hospital luego de dar a luz a su segundo hijo, a quien cargaba en un moisés para auto. La imagen estaba acompañada por la leyenda: “En menos de un año [J.N.] ha tenido su segundo hijo”. En el interior, en una sección titulada “Hijos de celebridades”, se incluía la foto de tapa y otras ocho más, todas ellas tomadas en la misma secuencia, cuando Dupate y su pareja abandonaban el hospital y subían a un auto con su hijo recién nacido. El artículo incluía también alguna información básica del bebé, brindada por el propio J.N., como el peso, la altura y la hora del nacimiento, a lo que sumaba una reseña propia de la publicación acerca de la cantidad y el tipo de pertenencias que la madre había llevado consigo al momento del parto.

En marzo de 2006, Dupate inició una demanda civil contra la editorial, el editor jefe y el cronista que había escrito la nota por violación del derecho al respeto a la vida privada. En primera instancia, el Tribunal del Distrito Central del Riga le dio la razón a la demandante y consideró que no existía interés público que justificara la publicación de imágenes sin consentimiento de la actora, toda vez que ella no era una persona pública y, en caso de que refirieran a la notoriedad pública de su pareja, él “no estaba llevando adelante ninguna función política”.<sup>4</sup>

El fallo condenaba a la revista a publicar un pedido de disculpas en las páginas 1, 4 y 5, y a pagar un resarcimiento de aproximadamente 1.000 euros. A modo de protesta contra esta sentencia, *Privātā Dzīve* volvió a publicar la nota en cuestión el 30 de enero de 2007, con las mismas fotos y textos, acompañados de un editorial que expresaba su desacuerdo con el fallo.

En diciembre de 2007 la Corte Regional de Riga anuló el fallo de primera instancia. Sin embargo, en septiembre de 2008 el Tribunal Supremo anuló esta sentencia del tribunal de apelación y ordenó dictar un nuevo fallo. Señaló que la demandante se había basado en la sentencia del TEDH del año 2004 en el caso “Von Hannover c. Alemania”<sup>5</sup> y la Corte Regional no había proporcionado las razones de por qué esta jurisprudencia no había sido relevante para decidir en el caso.

Finalmente, el 11 de diciembre de 2008, el Tribunal Regional de Riga dictó una nueva sentencia en la cual volvió a rechazar las pretensiones de la demandante. Consideró la jurisprudencia del TEDH en “Von Hannover”, pero sostuvo que, por ser pareja de una figura pública, ella estaba sometida a un umbral menor de protección de su vida privada. En este sentido, recuperó también la jurisprudencia

3 Literalmente, “vida privada”.

4 TEDH. *Case of Dupate v. Latvia*, Application no. 18068/11, Grand Chamber, 19 de noviembre de 2020, párr. 10. Traducción propia.

5 TEDH. *Case of Von Hannover v. Germany*, Application no. 59320/00, Grand Chamber, 24 de junio de 2004.

del caso “Peck v. the United Kingdom”,<sup>6</sup> en el cual el TEDH sostuvo que las imágenes tomadas en espacios públicos no podían considerarse por sí mismas violatorias del derecho a la intimidad.

El Tribunal Regional de Riga señaló luego que la injerencia en la vida privada debía evaluarse a la luz del rol de la persona en la sociedad y su actitud hacia la publicidad. El padre del niño, J.N., era una figura pública: se lo conocía por haber presidido una empresa estatal, encabezar un partido político y hasta haber sido –en años anteriores– el rostro publicitario de *Privātā Dzīve*. Además, el fallo consideró que las fotografías habían sido tomadas en un lugar público, en la calle, y la demandante no había sido representada de manera humillante. La Corte regional consideró que, a diferencia de lo ocurrido en “Von Hannover”, las imágenes se tomaron para ilustrar un evento específico y no se relacionaron con el seguimiento de su vida cotidiana. Además, el artículo impugnado se había redactado sobre la base de la información proporcionada por J.N. Como compañera de una persona pública y madre de su hijo, la demandante debía tener en cuenta que podía atraer la atención de los medios y que los artículos podían contener información sobre miembros de su familia.

Ante esta sentencia definitiva, Dupate sostuvo que los tribunales locales no ponderaron correctamente el balance entre libertad de expresión y protección de la vida privada y que la resolución resultaba contraria al CEDH. Según la demandante, la sentencia del tribunal letón no valoró adecuadamente dos aspectos centrales de su planteo: el hecho de que esas imágenes correspondían a su vida privada en un momento que exigía particular respeto por su intimidad; y su razonamiento en cuanto a que se trataba de un asunto de la vida privada no concernía al interés público.

### 3. La sentencia del TEDH

En su sentencia del 19 de noviembre de 2020, el TEDH consideró que efectivamente hubo una interferencia en la vida privada de Dupate, debido a que las fotos fueron tomadas de manera subrepticia (sin su conocimiento, ni posterior consulta) y publicadas en un medio de alcance nacional. Si bien el tribunal remarca en todo momento el valor del derecho a la libertad de expresión, en los términos previstos en el artículo 10 del CEDH, también destaca la necesidad de lograr un balance con el derecho de toda persona a la protección de su vida privada, tal como lo establece el artículo 8 del mismo tratado.

El TEDH reafirma, como lo hizo en otras ocasiones, que este balance cede en parte en favor de la libertad de expresión cuando se trata de información referida a cuestiones de interés público.

Sin embargo, consideró que los tribunales locales no llevaron adelante un balance adecuado. En este entendimiento, la sentencia recupera los principios con respecto a las obligaciones positivas del Estado y los criterios para equilibrar la protección de la vida privada con la libertad de expresión que fueron establecidos por el propio TEDH en el mencionado precedente “Von Hannover”, luego ampliado en

<sup>6</sup> TEDH. *Case of Peck v. the United Kingdom*, Application no. 44647/98, Grand Chamber, 28 de enero de 2003.

“Von Hannover 2”,<sup>7</sup> así como en “Axel Springer AG c. Alemania”<sup>8</sup> y “Couderc y Hachette Filipacchi Associés c. Francia”,<sup>9</sup> entre otros. Tal como se establece en esos casos, los principales criterios de evaluación son: la contribución a un debate de interés público; el grado de notoriedad de la persona afectada; el tema del informe; la conducta previa del interesado; el contenido, la forma y las consecuencias de la publicación; y las circunstancias en las que se tomaron las fotografías.<sup>10</sup>

El fallo insistió especialmente en la necesidad de discernir entre información que puede ser de interés público e información reservada estrictamente a la esfera íntima de la persona. Al respecto, el TEDH estimó que la publicación “debería haber prestado más atención al hecho de que las fotografías mostraban un aspecto sensible de la vida de la solicitante”.<sup>11</sup>

El tribunal va más allá y sostiene que, inclusive cuando lo divulgado concierna de manera directa a una figura pública, no se deduce de modo automático que la revelación de una información vinculada a su vida privada contribuya a un interés legítimo de los ciudadanos. Con más razón, sostiene el TEDH, se requería una especial atención de los tribunales nacionales, ya que la propia demandante no era una figura pública y solo atraía la atención de los medios en función de sus vínculos privados o familiares.

En este sentido, la sentencia advierte que los tribunales nacionales no explicaron suficientemente por qué las fotografías de la salida del solicitante de la clínica podían caracterizarse como una cuestión de interés general. La exposición previa de Dupate a los medios de comunicación no justifica *per se* la restricción de su derecho a la vida privada. Además, al evaluar las circunstancias durante las cuales se tomaron las fotografías, el Tribunal señaló que el camino de salida del hospital que siguió la demandante era obligatorio y que ella no pretendía exponerse a los medios de comunicación.

En su jurisprudencia, el TEDH busca equilibrar los derechos en tensión, inclusive cuando se trata de figuras públicas, quienes también tienen derecho a la protección de su vida privada. Sin embargo, tal como lo aclara la sentencia, en el presente caso la demandante no era una figura pública. Esto significa que no debe aceptar ninguna violación de su derecho a la protección de actos de naturaleza privada o familiar.<sup>12</sup> Del mismo modo, el Tribunal confirma el amplio alcance de la noción de vida privada

7 TEDH. *Case of Von Hannover v. Germany (no. 2)*, Applications no. 40660/08 y 60641/08, Grand Chamber, 7 de febrero de 2012.

Los casos “Von Hannover”, relacionados con Carolina von Hannover, Princesa de Mónaco, sobre todo el primero, implicaron un cambio de jurisprudencia muy relevante dentro de Alemania. Tanto es así que, luego de que el TEDH dictara el primero de ellos en 2004, cuando se trató el segundo caso la cuestión en debate fue si el Tribunal Federal de Alemania y luego el Tribunal Constitucional habían confirmado el enfoque establecido por el TEDH. Desde esa perspectiva –dado que sí lo habían ponderado debidamente–, el TEDH resolvió que aquellos tribunales no habían faltado a las obligaciones positivas que tienen conforme al artículo 8. Sustantivamente, la conclusión de los casos “Von Hannover” importa la reducción del margen del alcance de la definición de “personaje público” a efectos del ejercicio de los derechos de libertad de expresión.

8 TEDH. *Case of Axel Springer AC v. Germany*, Application no. 39954/08, Grand Chamber, 7 de febrero de 2012.

9 TEDH. *Case of Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France*, Application no. 40454/07, Grand Chamber, 12 de junio de 2014.

10 Ídem, nota 4, párr. 46. Traducción propia.

11 Íbidem, párrs. 74 y 75.

12 Ídem, nota 4, párr. 57.

bajo el artículo 8 del CEDH, incluyendo el deseo de las personas de construir libremente su imagen e identidad personal hacia los demás, como una extensión del concepto de su vida privada.

Finalmente, el TEDH dictaminó por unanimidad que había habido una violación del artículo 8 de la Convención.

#### 4. Palabras finales

En el caso “Dupate”, el TEDH reiteró algunos criterios desarrollados recientemente<sup>13</sup> sobre los cuales se espera que los Estados equilibren el derecho a la libertad de expresión con la protección del respeto por la vida privada. Estos criterios funcionan en la práctica como un límite a la libertad de expresión y en particular al discurso periodístico. De acuerdo con los estándares que emanan de la nueva jurisprudencia, una publicación debe ser evaluada, principalmente, por su contribución al fomento del diálogo público. Además, se debe examinar la publicidad negativa que sufre una persona por la publicación, así como el contenido de la publicación, el comportamiento previo de la persona involucrada, la forma y consecuencias de la publicación controvertida y las circunstancias en las que se toman las fotografías.

Otro elemento que también debe ser considerado específicamente por las autoridades nacionales es el motivo de la cobertura de los medios. Si dicha cobertura no se entrelaza con cuestiones que tienen un interés político o de otro tipo general, el margen de apreciación de las autoridades nacionales se torna más estrecho. El TEDH señala que la protección del respeto a la vida privada no puede retirarse cuando el único propósito de un artículo es satisfacer la curiosidad de los lectores. Por ello, en el presente caso, la Corte sostiene que aquellos artículos periodísticos que tienen como único objetivo satisfacer la curiosidad del público lector pueden no estar protegidos por el artículo 10 del CEDH.<sup>14</sup>

Así, el reproche de la demandante se reforzó aún más, dado que el criterio mencionado aplica incluso para figuras públicas. De hecho, el Tribunal no aceptó que los momentos relacionados con el nacimiento de su segundo hijo pudieran describirse como una cuestión de interés general ni siquiera para J.N.<sup>15</sup> Mucho menos para quien, como Dupate, la publicidad le viene dada por su vínculo de pareja.

En el presente caso, el TEDH también introdujo una aclaración muy importante sobre el criterio de lugar público y restringió su jurisprudencia previa al respecto. Se desprende del caso que las autoridades nacionales deberán evaluar a partir de ahora las circunstancias específicas de cada publicación. Así, la presencia de la solicitante en un espacio público debería haberse evaluado teniendo en cuenta las circunstancias particulares en las que se tomaron las fotografías. No era suficiente que estuviera en un espacio público. El Tribunal remarcó al respecto el hecho de que la presencia de la demandante en el área pública a la salida de la clínica fuera muy breve y absolutamente necesaria para poder moverse.

<sup>13</sup> Véase TEDH. *Case of Balaskas v. Greece*, Application no. 73087/17, Grand Chamber, 5 de noviembre de 2020.

<sup>14</sup> Ídem, nota 4, párr. 51.

<sup>15</sup> Íbidem, párr. 58.

Por último, y a modo de conclusión, es posible sostener que el TEDH profundizó con esta sentencia su tendencia a admitir mayores restricciones permisibles a la libertad de expresión y en especial al ejercicio de la actividad periodística. Reconoció la mayor protección de los medios y sus trabajadores en el histórico rol de “perro guardián”, cuando el trabajo periodístico puede promover el debate público. Sin embargo, los momentos privados, incluso los de figuras públicas, deben protegerse adecuadamente y no pueden ser objeto de intromisiones arbitrarias que no estén claramente fundadas en un objetivo de aporte al debate público. Cuando lo que se busca es, apenas, despertar la curiosidad de las audiencias, la protección de la libertad de expresión cede. Así, el TEDH ensaya un acercamiento cada vez más complejo y enriquecedor hacia el rol de los medios de comunicación en sociedades democráticas.



# Expulsión de migrantes. Interés superior del niño. Test de razonabilidad

## TEDH. *Case of Unuane v. United Kingdom*, 24 de noviembre de 2020

Por Mariana Kohan<sup>1</sup> y Rosario Muñoz<sup>2</sup>

### 1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado a lo largo de su jurisprudencia una postura sólida respecto de la injerencia y grado de afectación que la deportación de una persona puede tener en el derecho a la vida familiar –protegido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos–. Sin dejar de reconocer un amplio margen de apreciación de los Estados en la adopción de tales medidas, en los casos que llegaron a su conocimiento determinó que deberán estar previstas por ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática. Sólo cuando reúna todos estos requisitos se entenderá que es legal y no arbitraria y que, por lo tanto, se encuentra de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Convenio.<sup>3</sup>

1 Abogada (UBA). Especialista en Derecho Penal (UTDT). Prosecretaría administrativa en la Comisión del Migrante de la Defensoría General de la Nación.

2 Abogada *cum laude* (UBA). Maestranda en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (American University). Especialista en Políticas Públicas de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF/UNER). Secretaria de Primera Instancia en la Unidad de Relaciones Institucionales en el Ámbito Internacional de la Defensoría General de la Nación. Profesora de Derechos Humanos (UNPAZ). Autora de diversos artículos de opinión e investigación y coautora en obras colectivas.

3 Conf. TEDH. *Bousarra v. Francia*. Aplicación Nº 25672/07, Court (Fifth Section), 23 de septiembre de 2010, par. 41; *Üner v. Países Bajos*. Aplicación Nº 46410/99, Court (Grand Chamber), 18 de octubre de 2006, par. 54-58; *Boultif v. Suiza*. Aplicación Nº 54273/00, Court (Second Section), 2 de agosto de 2001, par. 48; entre muchos otros. Véase también CIDH. Informe No. 81/10, Caso 12.562, “Wayne Smith, Hugo Armendariz y otros (Estados Unidos)”, 12 de julio de 2010, párr. 54.

En tal sentido, destacó que cuanto más sólidos son los vínculos del individuo y más prolongada su residencia, más difícil será para el Estado demostrar la proporcionalidad de la medida en el test de razonabilidad o proporcionalidad que debe llevarse a cabo caso a caso.<sup>4</sup> Además, estimó que el mismo test debe realizarse respecto de la duración de la prohibición de residir.<sup>5</sup>

El SIDH receptó e hizo propia esta jurisprudencia europea no solo en casos contenciosos, sino también en su faz consultiva.<sup>6</sup>

Como vemos, se observa un consenso entre los órganos de protección de derechos humanos, mantenido a lo largo de su jurisprudencia constante, respecto de la necesidad de realizar un test de equilibrio o proporcionalidad de las medidas que impliquen la expulsión de una persona de un territorio del que no es nacional, escrutinio que se ve agravado si la medida afecta de algún modo los intereses de niños, niñas y adolescentes.<sup>7</sup> Resulta evidente que esa obligación cabe a todo órgano administrativo y judicial que intervenga en esta clase de procesos.

En el caso que aquí analizaremos, el TEDH hace propicia la oportunidad para retomar esa senda y profundizar el análisis en ese sentido.

## 2. Hechos

Charles Unuane –el demandante– nació en Nigeria en 1963. En 1992 conoció a su pareja y en 1995 se casaron, aunque esa relación se rompió en 1998, año en que el Sr. Unuane se trasladó al Reino Unido. Allí inició una relación con una ciudadana portuguesa que en 1999 se formalizó, contrayendo matrimonio. En agosto de ese mismo año obtuvo su derecho de residencia.

En diciembre de 2000 ingresó al Reino Unido su pareja nigeriana, reanudando poco tiempo después su relación y a partir de entonces nacieron sus tres hijos: D (en 2002); B (en 2004); y C (en 2006). Poco después del nacimiento, a D se le diagnosticó un defecto cardíaco congénito poco común.

En febrero de 2005, el Sr. Unuane fue declarado culpable de obtener una transferencia de dinero mediante engaño y condenado a un período de trabajo no remunerado y al pago de una multa. Luego, en noviembre de 2009, junto a su pareja fueron condenados por falsificar una treintena de solicitudes

4 Conf. TEDH. “Beldjoudi v. Francia”, Aplicación Nro. 12083/86, 26 de marzo de 1992, y “Berrehab v. Países Bajos”, Aplicación Nro. 10730/84, Court (Chamber), 21 de junio de 1988.

5 Conf. TEDH. “Maslov v. Austria”, Aplicación Nro. 1638/03, Court (Grand Chamber), 23 de junio de 2008, párrs. 88 y 99.

6 Ver Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, párrs. 153, 275, 279 y 281. CIDH, *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 31 de diciembre de 2015.

7 Para un análisis más extenso ver Mendos, L. y Muñoz, R. (2012). Garantías procesales en procesos de expulsión de migrantes: estándares internacionales y su recepción en el derecho interno argentino. En S. Rey (ed.), *Problemas Actuales de Derechos Humanos. Tomo I* (pp. 165-217). Buenos Aires: EUDEBA, y Muñoz, R. (abril de 2017). La potestad de dispensa como facultad discrecional –exclusiva– de la Dirección Nacional de Migraciones. Recuperado de <https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Estudios/>

de permiso para permanecer en el Reino Unido. El demandante fue condenado a una pena de cinco años y seis meses de prisión, mientras que su pareja a dieciocho meses de prisión.

Con base en la Ley de fronteras del Reino Unido de 2007, el secretario de Estado del Departamento del Interior ordenó la deportación del solicitante el 2 de junio de 2014, considerando que el artículo 32 (5) habilitaba la deportación de extranjeros condenados, entre otras cosas, a un período de prisión de al menos doce meses. Por las mismas razones se ordenó la deportación de su pareja y de B y C, en tanto familiares dependientes de la pareja del solicitante, quienes en ese momento, a diferencia de D, aún no eran ciudadanos británicos.

Es importante destacar aquí que las Reglas de inmigración del Reino Unido establecen que no se hará efectiva la expulsión cuando pueda violar los derechos del extranjero en virtud de la Convención sobre Refugiados o la CEDH; es decir, cuando la protección de la vida privada y/o familiar supera el interés público de efectuar la deportación. En tal sentido, el Ministerio del Interior del Reino Unido ha interpretado que las propias Reglas de inmigración establecen cómo alcanzar el equilibrio entre el interés público y el derecho individual, teniendo en consideración la jurisprudencia pertinente y proporcionando un proceso de toma de decisiones coherente y justo, de modo tal que toda decisión adoptada de conformidad con las Reglas será, salvo casos excepcionales, compatible con el artículo 8 del Convenio.<sup>8</sup>

En efecto, las normas inglesas establecen que la deportación de un extranjero que ha sido condenado es de interés público y que cuanto más grave sea el delito cometido, mayor es el interés público en su deportación –párrafos 398 a 399A del Reglamento de Inmigración–. Ahora bien, si ha sido sentenciado a un período de prisión menor a cuatro años, podrá exceptuarse si (a) ha residido legalmente en el Reino Unido durante la mayor parte de su vida, (b) está social y culturalmente integrado en el Reino Unido, (c) habría obstáculos muy importantes para su integración en el país al que se propone deportarlo, y (d) cuando tenga una relación genuina y subsistente con una pareja, o una relación parental genuina y subsistente con un hijo/a y el efecto de la deportación sobre su pareja o el niño/a sería indebidamente severo. Si ha sido sentenciado a un período de prisión mayor a cuatro años, para superar el interés público en la deportación, requiere que existan circunstancias muy apremiantes o excepcionales, además de las excepciones antes descritas.

En el caso concreto del Sr. Unuane, el secretario de Estado consideró que el solicitante no había demostrado ninguna circunstancia excepcional que supere el interés público a favor de la deportación, pues había sido condenado a un período de prisión mayor al establecido en la norma. En cuanto a su hijo “D” entendió que podría salir voluntariamente del Reino Unido para continuar su vida familiar con sus padres y hermanos en Nigeria, donde podría acogerse al tratamiento de su afección cardíaca.

<sup>8</sup> Así lo consideró expresamente la Corte de Apelaciones, al considerar que los tribunales ingleses deben prestar atención a las directrices contenidas en las sentencias de Estrasburgo, pues la idea es, precisamente, evitar violaciones al artículo 8 del CEDH. *Court of Appeal, NA (Pakistan) v. Secretary of State for the Home Department*, EWCA Civ 662, June 2016.

Tal decisión fue apelada por el Sr. Unuane y su pareja, considerando que su deportación a Nigeria infringiría el artículo 8 del Convenio, particularmente por no haberse considerado de manera suficiente la afectación que ello ocasionaría a sus hijos, en particular a D, que era ciudadano británico. Entre la prueba presentada por el Sr. Unuane se encuentra un informe médico que explicaba que D ya se había sometido a tres tratamientos a corazón abierto y que necesitaría una nueva cirugía en un futuro cercano, intervención que no estaría disponible en Nigeria, y en consecuencia, enviar a D a dicho país tendría un “impacto significativo en su futuro a largo plazo”.

El 9 de febrero de 2015, el Tribunal de Primera Instancia desestimó la apelación del demandante, y consideró a los miembros de su familia como dependientes de su solicitud. Así, la apelación interpuesta por su pareja no podría tener éxito si el propio solicitante no lo lograba. Esta decisión fue nuevamente apelada, interviniendo el Tribunal Superior, que consideró que se había incurrido en un error material de derecho al tratar las apelaciones como indivisibles.

El 5 de octubre de 2016 el Tribunal Superior dictó sentencia. Allí comenzó analizando las apelaciones en favor de los niños B y C. Considerando que habían vivido toda su vida en el Reino Unido, que no tenían experiencia de la vida en Nigeria y que sus padres tampoco estarían allí “bien conectados”, era poco probable que, de ser enviados allí, se encontraran en buenas circunstancias. Por lo tanto, concluyó que lo mejor para los niños era permanecer en el Reino Unido.<sup>9</sup>

A continuación, el Tribunal consideró la posición de D. Reconoció que había pruebas claras de que la cirugía que requeriría en el futuro no estaba disponible en Nigeria. Además, dado que el tratamiento médico del Servicio Nacional de Salud se basaba en la residencia, D no podría ir a Nigeria y regresar al Reino Unido en algún momento en el futuro para la cirugía. En cualquier caso, como D era ciudadano británico y menor de edad, no se podía esperar que abandonara el Reino Unido. El Tribunal aceptó además que, debido a su condición médica y la próxima cirugía, sería bueno para él contar con el apoyo de su madre en ese momento. Por lo tanto, concluyó que las apelaciones de la pareja del solicitante y los hijos menores de edad eran admisibles, porque el efecto de separarlos sería “indebidamente severo” para los niños.

En relación con el Sr. Unuane, el Tribunal determinó que la apelación no podía prosperar, pues, a diferencia de su esposa, su condena era mayor a los cuatro años de prisión, y en consecuencia, solo podía exceptuarse en razón de circunstancias muy apremiantes, no alcanzando con la alegación de los vínculos familiares.

El demandante solicitó permiso para apelar la decisión del Tribunal Superior, considerando que la sentencia de la Corte Suprema en “Hesham Ali contra el Secretario de Estado del Departamento del Interior” debería haber influido en su análisis.<sup>10</sup> Sin embargo, dicha solicitud fue denegada por considerar que la decisión impugnada no contenía “errores de derecho discutibles”.

9 TEDH. *Case of Unuane v. United Kingdom*, Application no. 80343/17, Court (Fourth Section), 24 de noviembre de 2020, párr. 18.

10 En el caso *Hesham Ali*, la Corte Suprema orientó a tribunales y cortes para considerar que el hecho de que una reclamación quede fuera de las excepciones previstas para los condenados entre doce meses y

Finalmente, el Sr. Unuane fue deportado el 27 de febrero de 2018, circunstancia que motivó su petición ante el TEDH, ya que consideró que su deportación a Nigeria interfirió de manera desproporcionada en su vida privada y familiar, encuadrando su solicitud como una violación a los artículos 8 y 13 del CEDH.

### 3. La sentencia del TEDH

En primer lugar, el Tribunal realizó un análisis de los principios generales que deben ser tenidos en cuenta cuando la deportación de un migrante puede importar una violación al artículo 8 del Convenio.

Explicó que, si bien la Convención no garantiza el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país determinado, y que los Estados contratantes están facultados para expulsar a un extranjero condenado por delitos penales a fin de mantener el orden público, sus decisiones en esta esfera, en la medida en que puedan interferir con un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8 del CEDH, deben ser conformes a la ley y necesarias en una sociedad democrática. Y aclaró que ello importa estar justificadas por una necesidad social apremiante y, en particular, guardar proporción con la legítima necesidad invocada.<sup>11</sup> Además, explicitó que estos principios se aplican independientemente de que un extranjero haya entrado en el país de acogida como adulto o a una edad muy temprana, o incluso haya nacido en él.<sup>12</sup>

Asimismo, recordó que en el caso “Boultif”<sup>13</sup> precisó los criterios pertinentes que utilizará para apreciar si una medida de expulsión es necesaria en una sociedad democrática y proporcionada al objetivo legítimo perseguido. Estos criterios son: a) la naturaleza y gravedad de la infracción cometida por el solicitante; b) la duración de la estancia del solicitante en el país del que va a ser expulsado; c) el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción y la conducta del solicitante durante ese período; d) las nacionalidades de las distintas personas interesadas; e) la situación familiar del solicitante, como la duración del matrimonio, y otros factores que expresan la eficacia de la vida familiar de la pareja; f) si el cónyuge tenía conocimiento del delito en el momento en que entabló una relación familiar; g) si

---

cuatro años no significa que deba rechazarse necesariamente. Será necesario que el interés público supere las circunstancias excepcionales alegadas por el solicitante. De igual modo, determinó que es deber de los tribunales de apelación, como órganos judiciales independientes, hacer su propia evaluación de la proporcionalidad de la deportación en cualquier caso particular sobre la base de sus propias conclusiones en cuanto a los hechos y su comprensión de la ley pertinente. Sin embargo, cuando se ha establecido una política basada en una evaluación general de proporcionalidad, se debe otorgar un peso considerable a esa evaluación. Así, concluyó que el tribunal lleva a cabo su tarea sobre la base de los hechos tal como los encuentra en las pruebas que tiene ante sí y en el derecho establecido por la ley y la jurisprudencia. En última instancia, tiene que decidir si la deportación es proporcionada en el caso particular que tiene ante sí, equilibrando el peso del interés público en la deportación con el impacto de esta en la vida privada y familiar del extranjero. Al hacerlo, debe dar el peso apropiado a las evaluaciones del Parlamento y del secretario de Estado sobre la fuerza del interés público en general en la deportación de delincuentes extranjeros y también considerar todos los factores relevantes para el caso específico en cuestión.

<sup>11</sup> Ídem nota 9, párr. 70.

<sup>12</sup> Ídem nota 9, párr. 71.

<sup>13</sup> TEDH. *Boultif v. Suiza*. Aplicación Nº 54273/00, Court (Second Section), 2 de agosto de 2001, párr. 48.

hay hijos del matrimonio y, en caso afirmativo, su edad; y h) la gravedad de las dificultades que pueda encontrar el cónyuge en el país al que vaya a ser expulsado el solicitante.

Luego, recordó que en el caso “Üner”<sup>14</sup> hizo explícitos otros dos criterios implícitos en los ya señalados: el interés superior y el bienestar de los hijos, en particular la gravedad de las dificultades que puedan encontrar los hijos del solicitante en el país al que se lo va a expulsar; y la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino.

Una vez realizadas estas consideraciones preliminares sobre los principios generales aplicables al caso, el TEDH abordó los dos planteos principales del demandante: 1) que, debido a los requisitos de los párrafos 398 y 399 del Reglamento de Inmigración, el Tribunal Superior no pudo evaluar a fondo la proporcionalidad de su deportación; y 2) que su deportación del Reino Unido interfirió de manera desproporcionada con su derecho al respeto de su familia y su vida privada.

En cuanto al primer planteo, el TEDH entendió que las normas de inmigración no impidieron necesariamente que los tribunales nacionales utilicen los criterios de “Boultif” para determinar si una medida de expulsión era necesaria y proporcionada. Ello, debido a que han confirmado –y el gobierno ha reiterado ante el TEDH– que el Reglamento de Inmigración y el artículo 117C de la Ley de nacionalidad, inmigración y asilo de 2002 permiten que se tengan en cuenta todos los factores pertinentes en la evaluación de la proporcionalidad y que, al considerar si existen “circunstancias excepcionales” o “muy apremiantes”, las autoridades deben tener en cuenta el criterio de proporcionalidad exigido por el TEDH.

Incluso, el Tribunal citó jurisprudencia del Tribunal de Apelación y del Tribunal Supremo del Reino Unido en los cuales los magistrados nacionales explícitamente establecieron que todo tribunal que aplicara los criterios exigidos por el Reglamento de Inmigración y la Ley de 2002 debería tener en cuenta la orientación impartida por las autoridades de Estrasburgo, ya que el esquema de la parte 5A de la Ley de 2002 y los párrafos 398 a 399A de las Normas de Inmigración tenían por objeto

garantizar el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 mediante un enfoque estructurado, destinado a garantizar que se tenga debidamente en cuenta el interés público de la expulsión, teniendo en cuenta al mismo tiempo otros factores pertinentes señalados por la jurisprudencia de Estrasburgo y la jurisprudencia nacional.<sup>15</sup>

En cuanto a si la deportación importó en este caso una interferencia desproporcionada a la vida privada y familiar del demandante, el TEDH consideró que efectivamente, resultó incompatible con los derechos establecidos en el artículo 8 de la Convención. Para así decidir, detalló que

14 TEDH. *Üner v. Países Bajos*, Aplicación N° 46410/99, Court (Grand Chamber), 18 de octubre de 2006, párr. 58.

15 Ídem nota 9, párr. 81.

ha tendido a examinar la gravedad de un crimen en el marco del ejercicio de ponderación previsto en el artículo 8 del Convenio, no sólo en función de la duración de la pena impuesta, sino más bien en función de la naturaleza y las circunstancias del delito o delitos penales concretos cometidos por el demandante de que se trate y de su repercusión en la sociedad en su conjunto. En ese contexto, el Tribunal ha considerado sistemáticamente los delitos de violencia y los delitos relacionados con las drogas como el extremo más grave del espectro penal. Pero aclaró que, de todas formas, el hecho de que el delito cometido por un solicitante se encuentre en el extremo más grave del espectro penal no es en sí mismo determinante del caso. Se trata más bien de un factor que debe ponderarse en la balanza, junto con los demás criterios que se desprenden de las sentencias Boultif y Üner.<sup>16</sup>

Y finalmente, realizando el test de proporcionalidad correspondiente concluyó que

el propio Tribunal Superior reconoció el fuerte vínculo del demandante con su pareja y sus hijos, todos los cuales permanecerían en el Reino Unido. También reconoció que su pareja y sus hijos lo necesitaban, y que esa necesidad de apoyo parental era particularmente aguda en el caso de D, debido a su estado de salud y a la próxima intervención quirúrgica. Por último, admitió que su permanencia en el Reino Unido redundaba en el interés superior de sus hijos, factor al que, según la jurisprudencia del Tribunal, debe atribuirse una importancia considerable. Habida cuenta de estas apreciaciones cuidadosas y detalladas del Tribunal Superior, que deben tener un peso significativo en la apreciación integral de la proporcionalidad [...] considera que, en las circunstancias del caso de autos, la gravedad de la infracción o infracciones concretas cometidas por el demandante no era de tal naturaleza o de tal magnitud que pudiera prevalecer sobre el interés superior de los hijos como para justificar su expulsión. Considera, por tanto, que la expulsión del demandante fue desproporcionada en relación con el objetivo legítimo perseguido y, como tal, “necesaria en una sociedad democrática”.<sup>17</sup>

En resumen, el TEDH consideró que las leyes de inmigración del Reino Unido no impiden la realización del test de proporcionalidad correspondiente de acuerdo a los criterios establecidos en reiterada jurisprudencia por ese Tribunal, pero que en este caso los tribunales y autoridades intervinientes no lo habían realizado adecuadamente, llegando así a una solución incompatible con el artículo 8 del CEDH.

#### **4. Aplicación de los estándares en el derecho argentino**

Como se observa, el TEDH recordó y reafirmó su desarrollo jurisprudencial en la materia, haciendo hincapié en dos puntos centrales: el peso determinante que los Estados asignan a los antecedentes penales al tiempo de realizar el test de proporcionalidad de la medida y la importancia del apoyo

<sup>16</sup> Ídem nota 9, párr. 87.

<sup>17</sup> Ídem nota 9, párr. 89.

parental, particularmente, si los hijos o las hijas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad –en el caso, el estado de salud de uno de los hijos del demandante–.

Llevado al caso argentino, no resulta difícil identificar ciertos aspectos comunes con las problemáticas planteadas en el caso de análisis contra el Reino Unido. En particular, mencionaremos brevemente tres problemas con los que se encuentran las personas migrantes que apelan sus órdenes de expulsión de Argentina: a) la pretendida discrecionalidad de la Administración Pública en relación con la aplicación de la dispensa por reunificación familiar; b) la ausencia de realización del test de proporcionalidad y razonabilidad a la hora de resolver estos casos; y c) la violación de los derechos e interés superior de los niños/as cuyos progenitores –o quienes ejercen las funciones parentales– se pretende expulsar.

A diferencia del entramado jurídico inglés, en el caso argentino se ha pretendido limitar, desde la propia norma –art. 89 de la Ley N° 25.871–, las potestades de revisión jurisdiccional de lo resuelto en sede administrativa, bajo la alegación de la discrecionalidad de la Administración Pública y la supuesta especialización de la Dirección Nacional de Migraciones en la materia.<sup>18</sup> Sobre la base de ello, la mayoría de los jueces y las juezas competentes limitaron su potestad para realizar en el caso concreto el correspondiente test de razonabilidad, desconociendo así la normativa y jurisprudencia internacional aplicable en la materia que analizamos en el presente artículo.

Por otro lado, la Ley de Migraciones no establece pautas claras para realizar el test de proporcionalidad o razonabilidad. A diferencia de otras leyes de la región,<sup>19</sup> no hay criterios o parámetros objetivos para ponderar los vínculos familiares o las razones humanitarias para otorgar excepciones, así como tampoco los hay respecto del arraigo, la reinserción social, ni ninguna otra circunstancia subjetiva de la vida del migrante y su familia en el país. En tal sentido, el Comité de Trabajadores Migratorios recomendó al Estado argentino establecer un procedimiento aplicable a todos los casos para

- i) Identificar el núcleo familiar del trabajador migrante; ii) Reconocer el arraigo y vínculo de la persona migrante en Argentina [...] v) Aplicar el test de proporcionalidad en procedimientos administrativos de sanción, así como en los recursos de revisión judicial de esos mismos procesos; vi) Analizar cada caso con enfoque de derechos en los cuales participan jueces calificados en la materia y con conocimiento de la Convención.<sup>20</sup>

18 Durante la vigencia del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) N° 70/2017 –hoy derogado por DNU N° 138/2021– ello se vio agravado mediante la modificación del art. 62 *in fine* y la incorporación del art. 62 *bis*, que limitaron la potestad de dispensa –considerada exclusiva de la DNM– a penas menores a tres años.

19 A modo de ejemplo, la ley brasilera N° 13445, en su art. 55 prevé que será exceptuado de la expulsión quien tuviere hijo/a brasileño/a bajo su custodia o dependencia económica o socioafectiva o tiene una persona brasileña a su cargo; tiene un cónyuge o pareja que reside en Brasil, haber ingresado a Brasil hasta los 12 años, residiendo desde entonces en el país; es una persona mayor de 70 años que ha vivido en el país por más de 10 años.

20 Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de la Argentina*, 13 de septiembre de 2019, párr. 31.



Sin embargo, lo cierto es que, en términos generales, y especialmente en los casos de órdenes de expulsión dictadas en base a condenas penales, pareciera ser que no hay casi nada que los/as migrantes puedan acreditar en sus expedientes que logre revertir su orden de expulsión. Tanto en sede administrativa como judicial se le otorga a la condena penal un peso desproporcionado que parece anular por completo cualquier otra circunstancia o derecho invocados, que por lo general no son siquiera abordados en las sentencias a pesar de su expresa solicitud en los recursos presentados. Incluso se ha afirmado que su ponderación no es obligatoria por no encontrarse regulada en la ley.<sup>21</sup>

De este modo, tomando como ejemplo el caso inglés bajo análisis, en primer lugar, la ley debe garantizar la posibilidad de exceptuar a una persona cuando su deportación pueda afectar desproporcionadamente su vida privada y familiar. En tanto tal ejercicio debe realizarse en cada caso concreto, limitantes absolutas atadas al monto de la pena no parecen, en principio, ajustarse a los estándares de protección de los derechos humanos, sin perjuicio de que el escrutinio sea más estricto cuando el delito cometido ha sido más grave.

En segundo lugar, esa potestad no puede ser exclusiva del órgano administrativo. Por el contrario, debe garantizarse el adecuado control judicial, es decir, el test de proporcionalidad y razonabilidad de la medida cabe tanto a autoridades administrativas como judiciales. Por cierto, la revisión de todos los extremos del caso hace también a la garantía de un recurso adecuado y efectivo y al acceso a una tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Ley N° 25871 tampoco establece expresamente la necesidad de ponderar el interés superior del niño/a y que sus intereses se vean representados en el expediente de sus progenitores asegurándose el derecho a ser oídos y a ser representados por un/a funcionario/a competente y especializado. Si bien ello es igualmente exigible por imperio de otros tratados internacionales y leyes internas,<sup>22</sup> jueces y juezas han rechazado sistemáticamente tal intervención e incluso en aquellos casos en que la han otorgado, luego no tienen en cuenta el interés superior del niño o niña en sus sentencias.<sup>23</sup> El Comité de Trabajadores Migratorios también ha recomendado específicamente al Estado argentino subsanar este aspecto del procedimiento.<sup>24</sup>

Como puede verse, entonces, al igual que en el caso del Reino Unido bajo análisis, el problema principal no parece encontrarse hoy en día en la normativa argentina, sino en la interpretación y aplicación

21 A modo de ejemplo, CNACAF, Sala IV, *ODUNUKWE, JOSEPH ONYEBUCHI Y OTRO c/ EN - DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM* (Expte. 25319/2019), 4 de abril de 2020, considerando 8: "respecto a la falta de consideración de las circunstancias subjetivas del migrante, cabe señalar que el legislador no ha establecido criterios que subsanen tal extremo a raíz del tiempo transcurrido en el país y del alcance de las penurias que constituye la deportación para su familia. De este modo, no puede sustentarse válidamente que la DNM haya actuado de forma ilegítima o arbitraria, sino que aplicó la normativa migratoria usando las potestades legales reconocidas en ella". En igual sentido, Sala IV, *NUÑEZ HURTADO, VICTOR HUGO c/ EN-M INTERIOR-DNM s/ RECURSO DIRECTO DNM* (Expte. 47861 / 2016), 22 de abril de 2021, considerando 7.

22 Art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación, art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, y arts. 8 y 19 de la CADH.

23 Conf. Informe alternativo del Ministerio Público de la Defensa para el proceso de examen del segundo informe periódico, en el marco de la 310 Sesión sobre la Lista de Cuestiones Previas a la Presentación de Informes (2 de septiembre de 2019 - 11 de septiembre de 2019). Recuperado de [https://www.mpd.gov.ar/pdf/aplicacion\\_derechos\\_humanos/CM%20Informe%20Alternativo.pdf](https://www.mpd.gov.ar/pdf/aplicacion_derechos_humanos/CM%20Informe%20Alternativo.pdf)

24 Ídem nota 23.

que de ella realizan los magistrados y las magistradas, además de la autoridad administrativa. Una lectura sistémica del conjunto de normas aplicables bastaría para resolver los problemas antes enumerados, pues tanto la normativa local e internacional y la jurisprudencia aplicable prevén la necesidad de realizar el test de razonabilidad, los parámetros aplicables a ello, la ponderación del interés superior de niños y niñas y su derecho a ser oídos y oídas en forma directa y con la intervención de un/a funcionario/a público/a especializado que los/as represente.

Sin embargo, teniendo en cuenta la violación sistemática de estos principios por parte de las autoridades administrativas y judiciales, y a fin de resguardar de mejor forma los derechos humanos involucrados, su incorporación explícita en la normativa resulta necesaria. Por eso, el hecho de que el DNU N° 138/2021 haya previsto la necesidad de formar un comité para reformar la Ley N° 25871 parece ser una buena oportunidad para contemplar, repensar y mejorar ciertos aspectos relacionados con las problemáticas analizadas en este apartado.

A modo de ejemplo, en relación con la dispensa por reunificación familiar, se podría prever en la ley una definición más precisa y adaptada al concepto actual y amplio de “familia”, y que refiera expresamente la necesidad de tener en especial consideración la situación de los niños y niñas que se desarrollan en hogares monoparentales. Además, sería importante que se incluya como sujetos de este tipo de dispensa a progenitores afines y abuelos/as con nietos/as a cargo. Y en cualquier caso en que se invoque la reunificación familiar, la norma debería expresamente establecer la intervención obligatoria de las defensorías de Menores e Incapaces cuando la persona a quien se pretende expulsar tenga hijos/as menores de edad o personas menores o con discapacidad a su cargo.

Por otra parte, podría precisarse mejor qué constituye razones humanitarias a los fines de la dispensa, incluyendo supuestos específicos –aunque no taxativos–, como por ejemplo aquellos/as migrantes que tuviesen a su cargo a personas con discapacidad o que padezcan problemas graves o crónicos de salud, especialmente en este último caso si se trata de menores de edad.

Nos encontramos ante una buena oportunidad para ello ante la puerta abierta del DNU N° 138/2021. En ese sentido, sería aconsejable que las autoridades encargadas de llevar adelante dicha reforma tomen como referencia los criterios establecidos por el TEDH en su jurisprudencia sostenida y actualizada.

# Derecho a la vida. Uso letal de la fuerza. Necesidad y proporcionalidad. Deber de investigar

## TEDH. *Case of Yukhymovych v. Ukraine*, 17 de diciembre de 2020

Por Sebastián Alejandro Rey<sup>1</sup>

---

### 1. Introducción

En el presente artículo se comentará el fallo *Yukhymovych v. Ukraine*<sup>2</sup> del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la necesidad y proporcionalidad del uso de la fuerza letal por parte de las fuerzas de seguridad ante la comisión de un delito.

En primer lugar, se expondrán los hechos del caso y luego los argumentos brindados por el TEDH para fundar su sentencia. Finalmente, se mencionarán algunos estándares internacionales e interamericanos sobre la materia.

1 Abogado (UBA). Magíster en Derechos Humanos (UNLP). Doctorando en Derecho (UBA). Profesor de Derechos Humanos (UNPAZ y UBA). Director de Proyectos de Investigación (UNPAZCYT y DECYT). Secretario de Primera Instancia de la Defensoría General de la Nación.

2 TEDH. *Case of Yukhymovych v. Ukraine*, Application no. 11464/12, Judgment, Fifth Section, 17 de diciembre de 2020.

## 2. Los hechos del caso

El 25 de febrero de 1999 se presentó una denuncia por amenazas y extorsión contra Ruslan Yukhymovych –hijo del peticionario– y su amigo Z., supuestos miembros de una banda criminal que extorsionaba a los residentes de la ciudad de Mykolayiv mediante el uso de armas. Una semana después, cuatro integrantes de una unidad especial de la policía dispusieron un operativo en la casa de la denunciante para emboscarlos. Cuando Z. ingresó al domicilio, un oficial dio la voz de alto y procedieron a detenerlo. Yukhymovych, que se encontraba en el pasillo, comenzó a escapar y fue seguido por dos oficiales. Durante la persecución recibió dos disparos de arma de fuego que le ocasionaron la muerte.<sup>3</sup>

La Fiscalía del distrito de Mykolayiv determinó que el oficial O. había utilizado su arma reglamentaria de manera legal. Empero la Fiscalía regional de Lviv abrió un expediente penal por abuso de poder. Los policías declararon que al alcanzar a Ruslan Yukhymovych notaron que tenía un arma en su mano y les estaba apuntando. Sin embargo, en posteriores declaraciones modificaron su versión sobre cómo habían sucedido los hechos, dónde se encontraban y si había un arma al lado del cuerpo de la víctima. Por su parte, Z. en primer término negó que Yukhymovych tuviera un arma al momento de ingresar al departamento y luego también modificó su testimonio, asegurando que desconocía si estaba armado. Los testigos oculares declararon que no recordaban o no podían confirmar si había un arma tirada al lado del cuerpo.

La pericia forense concluyó que Ruslan Yukhymovych recibió un primer disparo en su hombro derecho, que habría atravesado una puerta y le ocasionó la muerte. Luego recibió un segundo disparo en la espalda. Aseguró que es posible que hubiera continuado escapando y apuntado un arma pese a recibir el primer disparo.

En enero de 2000 se decidió el archivo de la causa por la ausencia de prueba de que se hubiera cometido un delito, pero el tribunal superior dispuso la reapertura. El expediente fue archivado y reabierto en más de diez oportunidades, dado que no se pudo determinar si la víctima estaba o no armada. Asimismo, se cuestionó que no se hubiera preservado la escena del crimen, las contradicciones en los testimonios y la pérdida de evidencias.

En el año 2009 se realizó una nueva pericia balística, que concluyó que el orden y la proveniencia de los disparos era diferente al de la pericia original. No se pudo realizar un nuevo análisis forense sobre la ropa de la víctima para dirimir la cuestión, porque su padre la habría destruido. Por ello, en el año 2014 los expertos señalaron que no podían determinar cuál había sido el orden de los disparos.

El 6 de enero de 2012 el Sr. Yukhymovych presentó una denuncia ante el TEDH por la violación al derecho a la vida de su hijo y la ausencia de una investigación efectiva sobre las circunstancias de su muerte. Para el mes de marzo de 2018 la causa penal continuaba en trámite.<sup>4</sup>

---

3 Ídem, nota 2, párrs. 5-10.

4 Ídem, nota 2, párrs. 11-50.

### 3. La sentencia del TEDH

Para el Tribunal Europeo no estaba en discusión que la víctima había muerto como consecuencia de un disparo de arma de fuego de los oficiales de policía. Solo debía determinar si ese uso de la fuerza letal estaba justificado y si se había llevado adelante una investigación eficaz.

En cuanto a la segunda cuestión, el TEDH sostuvo que debía realizarse por un órgano independiente y con acceso de la familia de la víctima. La obligación de determinar si el uso de la fuerza estaba justificado y, en su caso, determinar posibles responsabilidades es de medios, no de resultados. Por lo tanto, las autoridades deben asegurar la evidencia, lo que incluye testimonios de los testigos oculares, evidencia forense y la realización de una autopsia.<sup>5</sup>

Si bien puede haber obstáculos y dificultades en este tipo de investigaciones, una respuesta pronta resulta esencial para mantener la confianza pública en el Estado de derecho y la prevención de cualquier apariencia de tolerancia a actos ilegales.<sup>6</sup>

El TEDH destacó que recién un mes después de ocurrida la muerte se iniciaron actuaciones penales. Hasta ese entonces, solo se habían realizado investigaciones preliminares, que no constituyen remedios efectivos, toda vez que los oficiales que las conducen no pueden realizar diferentes medidas de prueba y no cuentan con la participación de la víctima. Adicionalmente, advirtió que las numerosas clausuras y reaperturas de la investigación demostraban serias deficiencias en el proceso penal.<sup>7</sup>

Resultaba claro que la demora de más de diecinueve años en determinar las posibles responsabilidades en la muerte del hijo del peticionario vulneró el derecho a obtener una respuesta pronta en un plazo razonable.

Con relación al uso letal de la fuerza, el TEDH señaló que deben analizarse no solo las acciones de los agentes estatales, sino también las circunstancias circundantes, tales como la planificación y control de las acciones examinadas, lo que implica analizar si la operación había sido planeada y controlada para minimizar, en la mayor medida posible, el uso letal de la fuerza o la producción de una muerte incidental.<sup>8</sup>

En este tipo de casos, cuando es imposible determinar las exactas circunstancias en las que ocurrieron los hechos por razones objetivamente atribuibles a las autoridades estatales, es el Estado demandado quien debe explicar, de un modo satisfactorio y convincente, la secuencia de los eventos y exhibir sólidas evidencias que refuten los argumentos del peticionario. El Estado también debe demostrar que la fuerza utilizada por los policías se encontraba justificada, era absolutamente necesaria y estrictamente proporcional al logro de los propósitos establecidos en el CEDH.<sup>9</sup>

---

5 Ídem, nota 2, párrs. 64 y 65.

6 Ídem, nota 2, párr. 66.

7 Ídem, nota 2, párrs. 67 y 68.

8 Ídem, nota 2, párr. 73.

9 Ídem, nota 2, párrs. 74 y 75.

En el caso en análisis, la operación policial había sido planificada, aunque el Estado no brindó pruebas sobre cómo y sus características. El Tribunal entendió que los policías fueron sorprendidos ante la llegada de los potencialmente peligrosos sospechosos y que se desconocen las razones por las que las denunciadas se encontraban en el domicilio donde iban a proceder a detenerlos. Finalmente, los policías se encontraban vestidos de civil. Todo lo expuesto le impidió al TEDH concluir que la operación había sido planificada y conducida de modo de reducir al mínimo el uso de la fuerza letal.<sup>10</sup>

En función de las pruebas recabadas y el modo en que se realizaron las investigaciones, el TEDH tuvo serias dudas sobre cómo habían ocurrido los disparos y si Ruslan Yukhymovych estaba armado y representaba una amenaza para los policías. Por ende, concluyó que el Estado no había provisto una explicación satisfactoria y convincente sobre cómo habían ocurrido los eventos, ni desacreditado la versión del peticionario sobre el uso injustificado de la fuerza letal en el caso.<sup>11</sup>

#### **4. Estándares internacionales e interamericanos sobre uso de la fuerza letal**

En primer término, debe recordarse que el Estado es responsable por los hechos cometidos por sus agentes en ejercicio de sus funciones, más aun si se está en presencia de un ilícito cometido por un agente de policía con el arma reglamentaria que debe portar permanentemente. Ello debería hacernos reflexionar sobre los límites y las condiciones que el Estado establece para que las armas puedan ser utilizadas, porque las consecuencias de su mal uso nos comprometen a todos.

Además, es claro que

los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias se podría requerir incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores.<sup>12</sup>

El principio general es que el uso de la fuerza letal y las armas de fuego por parte de agentes de seguridad estatales contra las personas está prohibido. Su uso excepcional deberá estar formulado por ley, y ser interpretado restrictivamente de manera que sea minimizado en toda circunstancia, no siendo más que el “absolutamente necesario” en relación con la fuerza o amenaza que se pretende repeler.<sup>13</sup>

---

10 Ídem, nota 2, párr. 81.

11 Ídem, nota 2, párrs. 84 y 85.

12 Corte IDH. *Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015. Serie C No. 292, párr. 262.

13 Corte IDH. *Caso Montero Aranguren y Otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150, párr. 68.

En este sentido, los estándares internacionales sobre la materia coinciden en que la fuga de una persona que habría cometido un delito no habilita el uso de la fuerza letal a menos que exista un peligro para la vida del funcionario estatal o para la de terceras personas. De lo contrario, se está en presencia de una ejecución arbitraria.

Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en el año 1990, establecen con claridad que “[l]os funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego” (Disposición general no. 4).

Dicha disposición agrega que la utilización de armas de fuego solo está autorizada “cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto”.

La Disposición especial no. 9, al referirse a los supuestos donde se autoriza el uso de armas de fuego contra las personas, taxativamente menciona los siguientes: a) defensa propia o de otras personas, b) en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, c) con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, d) con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, e) para impedir su fuga, y solo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos.

Acto seguido, específicamente señala que “[e]n cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida”.

Similar redacción tiene el artículo 3 del Código de Conducta para Oficiales de Seguridad Pública adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>14</sup>

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que

la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción.<sup>15</sup>

En su jurisprudencia constante, el Tribunal ha señalado que el uso de la fuerza debe realizarse en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y proporcionalidad. Al explicar el contenido del principio de absoluta necesidad, el Tribunal sostuvo que “es preciso verificar si existen otros medios disponibles para tutelar la vida e integridad de la persona o situación que pretende proteger,

14 AG, Resolución 34/169, 17 de diciembre de 1979.

15 Corte IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 96.

de conformidad con las circunstancias del caso”. Citando al TEDH, destacó que “no se puede concluir que se acredite el requisito de absoluta necesidad para utilizar la fuerza contra personas que no representen un peligro directo, inclusive cuando la falta del uso de la fuerza resultare en la pérdida de la oportunidad de captura”.<sup>16</sup>

En los casos que se autoriza el uso de armas de fuego, la Disposición general no. 5 de los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de las Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Cumplir la Ley limita dicha facultad al disponer que debe ser inevitable, ejercerse con moderación y en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga y siempre buscando reducir al mínimo los daños y lesiones, respetando y protegiendo la vida humana.

Al respecto, la Corte IDH afirmó que

los medios y el método empleados deben ser acordes con la resistencia ofrecida y el peligro existente. Así, los agentes deben aplicar un criterio de uso diferenciado y progresivo de la fuerza, determinando el grado de cooperación, resistencia o agresión de parte del sujeto al cual se pretende intervenir y con ello, emplear tácticas de negociación, control o uso de fuerza, según corresponda.<sup>17</sup>

## 5. Palabras finales

La discusión sobre si está permitido o no dispararle a delincuentes suscita fuertes debates en nuestras sociedades. Empero, la gravedad o violencia con que se comete un delito no puede hacernos olvidar los principios básicos que rigen el uso de la fuerza letal por parte de agentes estatales en un Estado democrático. Apartarse de la ley y habilitar el uso arbitrario de la fuerza por las fuerzas de seguridad es sumamente peligroso.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 85.

<sup>17</sup> Ídem, nota 2, párr. 265.



# LGTBI. Crímenes de odio. Deber de investigar y sancionar. *Ne bis in idem*

TEDH. *Case of Sabalic v. Croatia*,  
14 de enero de 2021

Por Federico Adler<sup>1</sup>

## 1. Introducción

El Estado Social de Derecho se caracteriza por la adopción de políticas sociales activas que permiten a todas las personas el igualitario acceso y goce de sus derechos, constitucionalmente resguardados.

La concepción de igualdad en que este se funda es la de igualdad estructural, que considera a la igualdad como el punto de llegada al que el Estado debe aspirar. No se trata ya, pues, de garantizar la igualdad ante la ley, como mero normativismo a partir de un Estado pasivo, sino más bien todo lo contrario. Se busca un Estado presente, que esté en cada uno de los rincones donde puedan observarse condiciones que no permitan el goce de los derechos. Allí, el Estado debe intervenir, adoptando medidas positivas a favor de estas personas, que por motivos históricos, sociales o naturales se encuentran en una posición desventajosa respecto de otras.<sup>2</sup> Esta es la única interpretación viable que nos ofrece nuestro marco constitucional, especialmente a partir de 1994 con la incorporación del actual artículo 75, inciso 23, y así fue reconocido recientemente por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.<sup>3</sup>

1 Abogado (UNMdP). Master en Estado de Derecho y Democracia Constitucional (Universidad de Génova). Docente e Investigador (UNMdP). Doctorando en Derecho (UBA). Director del CEDIR. Secretario del Juzgado de Garantías del Joven N° 2 de Mar del Plata.

2 Para ampliar al respecto, se recomienda Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados*. Buenos Aires: Siglo XXI.

3 En CSJN, Fallos 340:1795, se sostuvo que “[e]n el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad

En este marco, un colectivo que se visibiliza como especialmente vulnerable es la comunidad LGTBI+, y en particular la comunidad *trans*. La discriminación que sufren estas personas es producto de los más vetustos prejuicios respecto de cómo debería comportarse cada persona, dando cuenta de una intolerancia mayúscula de quienes la producen. El problema principal es que estamos frente a un tipo de discriminación sistémica estructural. Es decir, discriminación que no emana de personas determinadas, sino que estas, en cada caso, representan algo más que el simple acto discriminatorio particular; son parte de una maquinaria social que aún sigue creyendo en una normalidad sexogénica binaria.<sup>4</sup>

Esta discriminación puede observarse de forma manifiesta en diversos ámbitos. En el ámbito laboral, en el educativo, en la salud, entre otros. Sin embargo, su expresión más enérgica y animosa la encontramos en los denominados “crímenes de odio”. Actos de violencia ejercidos contra una persona o un grupo de personas motivados, en este caso, en la homofobia o transfobia de sus perpetradores.<sup>5</sup> Esta gravísima problemática se observa a lo largo y ancho del globo. En nuestro caso, hoy contamos con diversas organizaciones no gubernamentales que, debido a su gran lucha por el reconocimiento de los derechos de las personas LGTBI+, han permitido visibilizarla. Sin ir más lejos, el último informe del Observatorio de Crímenes de Odio motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género LGBT constató que en el primer semestre de 2020 se constataron 69 crímenes de odio “en donde la orientación sexual, la identidad y/o la expresión de género de todas las víctimas fueron utilizadas como pretexto discriminatorio para la vulneración de derechos y la violencia”.<sup>6</sup>

Sin dudas, resolver tan compleja situación no es tarea sencilla y requiere de esfuerzos aunados no solo de las diversas esferas del Estado, sino también de los más variados actores de la sociedad, tales como

---

debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen”.

4 En esta dirección, recientemente la Corte IDH ha sostenido que “las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, así como de diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales” y que por lo tanto “en virtud de la obligación de no discriminar, los Estados están obligados, además, a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias”. Corte IDH. *Caso Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de marzo de 2021. Serie C No. 422, p. 118/119.

5 La CIDH propone la utilización del concepto de “violencia por prejuicio” como superador del de “crímenes de odio”. Así es que sostiene que “los actos de violencia contra las personas LGBT, comúnmente conocidos como “crímenes de odio”, actos homofóbicos o transfóbicos, se comprenden mejor bajo el concepto de violencia por prejuicio contra las orientaciones sexuales y las identidades de género no normativas (en adelante “violencia por prejuicio”). La violencia por prejuicio es un fenómeno social que se dirige contra grupos sociales específicos, tales como las personas LGBT, tiene un impacto simbólico, y envía un mensaje de terror generalizado a la comunidad LGBT. De manera similar, la Comisión estima que la violencia contra las personas intersex es una forma de violencia por prejuicio contra la diversidad corporal y, específicamente, contra las personas cuyos cuerpos no concuerdan con el estándar socialmente aceptado de cuerpos femeninos y masculinos”. CIDH (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

6 Observatorio Nacional de Crímenes de Odio Motivados por discriminación por orientación sexual, expresión e identidad de género LGBT, Informe 2020. El Observatorio fue creado por la Defensoría LGBT dependiente del Instituto contra la Discriminación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, en articulación con la Federación Argentina LGBT y la Defensoría del Pueblo de la Nación.

medios masivos de comunicación y organizaciones no gubernamentales. Aquí la tarea más ardua no es otra que concientizar respecto de la problemática y generar las condiciones tendientes a una disminución paulatina pero constante de esta discriminación.

En este escenario, no es menor el rol que le cabe al Poder Judicial. Como ha sido sostenido por diversos órganos de promoción y protección de los derechos humanos a escala internacional y regional, la efectiva y adecuada investigación, juzgamiento y sanción de estos crímenes no solo brindarán una respuesta satisfactoria al derecho al acceso a justicia y a la verdad de las víctimas y sus familiares, sino que también, en caso de ello no llevarse a cabo, “la impunidad confirma(rá) que la violencia y la discriminación son aceptables, lo cual fomenta su repetición”.<sup>7</sup> El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha expresado su preocupación por la falta de investigación y los altos niveles de impunidad en relación con los actos de violencia perpetrados contra las personas LGTBI+ en varios Estados miembros de la OEA,<sup>8</sup> y la Argentina no es la excepción.

Dando cuenta de este tipo de discriminación, en el año 2012, mediante la Ley N° 26791, se modificó el inciso 4 del artículo 80 del Código Penal argentino, estableciéndose que será condenado a pena de prisión perpetua quien “[p]or placer, codicia, odio racial, religioso, de género o a la orientación sexual, identidad de género o su expresión”. Sin embargo, y pese a los múltiples homicidios que sufrieron diversas personas de la comunidad LGTBI desde aquel entonces, dicho agravante fue solo aplicado en el resonante caso del homicidio de la militante Diana Sacayán,<sup>9</sup> siendo incluso revocado en esta punto el fallo por la Cámara Nacional de Casación. A pesar de las continuas formaciones en perspectiva de género en múltiples ámbitos de los Poderes Judiciales en nuestro Estado, su enfoque en la investigación de los casos concretos sigue presentando serias falencias.

En este contexto, el motivo del presente trabajo es dar a conocer un reciente fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el que se condena al Estado croata por la violación a los artículos 3 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, debido a haber sancionado mínimamente un ataque homofóbico –crimen de odio–, sin tener en consideración el motivo de discriminación que lo provocó. Ello con la finalidad de dar cuenta de ciertos estándares mínimos que deben respetar las investigaciones de crímenes de odio contra la comunidad LGTBI.

## 2. Los hechos del caso

En las primeras horas del 13 de junio de 2010, una joven de 28 años se encontraba junto con sus amigas en un club nocturno de Zagreb, capital de Croacia. Aproximadamente a las 02.30 ingresaron al mencionado club un grupo de hombres, uno de los cuales buscó seducir de forma constante a la víctima durante su permanencia en el lugar, negándose esta a cualquier contacto. La actitud del individuo, luego identificado como Pavla Sabalić, continuó una vez cerrado el boliche, en su puerta. Siendo

<sup>7</sup> Ídem nota 5, p. 475.

<sup>8</sup> Ídem nota 5, p. 477.

<sup>9</sup> TOCC CF nro.1, “Marino, Gabriel David s/homicidio agravado”, CCC 62182/2015/TO1, 18/06/2018.

aproximadamente las 04.00, la víctima le dijo que era lesbiana, lo que motivó que el Sr. Sabalic, en presencia de varias de las amigas de la víctima, la agarre con sus dos brazos y la empuje contra una pared. Acto seguido, comenzó a pegarle en todo su cuerpo y, cuando se cayó al suelo, a darle patadas causándole lesiones que fueron catalogadas como lesiones leves. El ataque cesó cuando una de las amigas de la víctima usó su pistola de gas pimienta para espantar al atacante.<sup>10</sup>

Ese mismo día, la Policía arrestó y entrevistó al Sr. Sabalic. Al día siguiente, inició ante los Tribunales de Ofensas Menores un procedimiento penal en su contra.<sup>11</sup> El día 20 de abril, el imputado confesó en relación a los cargos que se le imputaban. Un Tribunal de Ofensas Menores lo halló culpable de disturbios al orden y paz pública y lo condenó a la pena de multa de 300 Kunas (aprox. 40 euros). En el procedimiento no se recabaron más pruebas, ni fue puesto en conocimiento de la víctima. La sentencia no fue apelada y adquirió firmeza el 15 de mayo de 2010.

En diciembre de 2010, habiéndose percatado de que la Policía no había instruido una investigación criminal, sino que le había dado al hecho el trámite de Ofensas Menores, la víctima realizó la correspondiente denuncia penal en las Oficinas de las Fiscalías de Zagreb, que calificaron la acción sufrida como lesiones corporales graves y conducta violenta y la catalogaron como crimen de odio –todo ello de conformidad con el Código Criminal vigente–, alegando que el ataque fue motivado por su orientación sexual.<sup>12</sup>

A raíz de ello, se abrió una nueva investigación, en este caso, criminal. No obstante, en julio de 2011, la Fiscalía rechazó la pretensión de la víctima, en base a que la conducta del Sr. Sabalic ya había sido perseguida y condenada mediante el procedimiento de Ofensas Menores, alegando que continuar con la investigación vulneraría el principio *ne bis in idem*. Ante ello, la víctima hizo uso de sus facultades procesales y continuó el proceso, a llevarse a cabo por un fiscal sustituto ante un Tribunal Criminal. En julio de 2012, este último rechazó el planteo de la víctima basándose en los mismos argumentos utilizados por el fiscal que previno. En octubre de ese mismo año, la decisión fue confirmada por la Corte Nacional.

Así es que la solicitante llevó el caso ante la Corte Constitucional, alegando que las autoridades intervinientes malinterpretaron el derecho aplicable y el entendimiento que debía dársele en el caso a los institutos del *ne bis in idem* y la cosa juzgada. No obstante, en enero de 2013, la Corte Constitucional declaró inadmisibile la petición.

En razón de ello, ese mismo año se presentó ante el TEDH y solicitó se condene al Estado croata en base a los artículos 3 –Prohibición de la tortura y otros tratos degradantes–, 8 –Derecho al respeto a la vida privada– y 14 –Prohibición de discriminación– del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

10 TEDH. *Case of Sabalic v. Croatia*, Application no. 50231/13, Court (First Section), 14 de enero de 2021, párrs. 5/9.

11 El Sistema Penal Croata presenta una estructura dual. Así, el Acta de Ofensas Menores establece como tales a actos que resulten contrarios al orden público y a otros valores sociales, que no pueden tipificarse bajo su Código de Ofensas Criminales. Tanto los procedimientos como las penas contempladas en cada caso difieren sustancialmente.

12 Ídem nota 10, párr. 16.

La solicitante alegó que las autoridades nacionales resultaban responsables por no haber respondido debidamente frente al ataque homofóbico sufrido. Así, sostuvo que de la evidencia producida surgía claramente que se estaba ante un crimen de odio, motivado en su orientación sexual. No obstante, indicó que se siguió el procedimiento de Ofensas Menores –del que ni siquiera había sido notificada–, que no tuvo en cuenta la motivación discriminatoria del delito sufrido, e impidió la tramitación posterior de la querrela criminal, en virtud del principio de *ne bis in idem*. Respecto de la aplicación de este último, entendió que los órganos judiciales intervinientes malinterpretaron su alcance. Así es que al no tener en cuenta el procedimiento llevado a cabo el motivo de odio del crimen, no aplicaría tal impedimento para la persecución de la acción penal.

Por su parte, el Estado alegó que adoptó todas las medidas y mecanismos necesarios para la protección del colectivo LGTBI+ en su territorio. Sostuvo que, en el caso, las autoridades realizaron una investigación efectiva, logrando la identificación, el procesamiento y castigo del atacante mediante el proceso contemplado para ofensas menores. Simultáneamente, afirmó que no encontraba motivo para que procediera una querrela criminal, dado que el delito endilgado –lesiones leves– no resultaba perseguible de oficio, y no se observaban claras indicaciones de que se tratara de un crimen de odio. Por último, afirmó que los tribunales intervinientes realizaron una correcta lectura del principio del *ne bis in idem*, de conformidad con la jurisprudencia del propio TEDH.

### 3. Consideraciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Luego de realizar breves consideraciones formales de la demanda incoada, declarándola admisible, el TEDH entendió que correspondía analizar la solicitud en base a la conjunción de los artículos 3 y 14 del CEDH, alegados por la solicitante como violados.

En primer lugar, hizo un análisis global de la normativa y jurisprudencia aplicable al caso. Así, con cita de sus antecedentes *Identoba y otros; M.C. and A.C. and Škorjanec*, sostuvo que, en esta clase de casos, los Estados tienen el deber de investigar si los hechos estuvieron determinados en motivos de discriminación –ello como una obligación de medios–. Este deber, afirmó, consiste en realizar todas aquellas medidas de prueba que resulten razonables para así determinarlo, explorar todas las alternativas para descubrir la verdad y emitir decisiones razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia. Concluyó que tratar de la misma manera la violencia con intención discriminatoria de aquella otra que no la tiene sería hacer la vista gorda ante hechos que, por su particular naturaleza, resultan destructivos de los derechos humanos.<sup>13</sup>

No le escapó al razonamiento del Tribunal que, en el caso, quien realizó el ataque resultaba ser una persona privada que bajo ninguna circunstancia podría ser considerado un agente del Estado. En razón de ello, explicó que aun en esta especie de casos las autoridades judiciales tienen el deber de con-

---

<sup>13</sup> Ídem nota 10, párrs. 63/70.

ducir una investigación capaz de establecer los hechos y sancionar adecuadamente a sus responsables, siendo de importancia mayúscula el rol del Poder Judicial en la prevención de futuras violaciones.<sup>14</sup>

A renglón seguido, dio cuenta de diversos casos, relevantes para el análisis de este, en los que había determinado la responsabilidad del Estado y: i. las autoridades omitieron realizar las investigaciones necesarias para determinar si los hechos fueron motivados en actitudes discriminatorias; ii. el proceso penal se suspendió por motivos formales, sin que los hechos del caso sean establecidos por un tribunal penal competente, debido a las fallas en la actuación de las autoridades estatales competentes; iii. aparece una manifiesta desproporción entre la gravedad del hecho y su condena, constatándose así una falta de protección efectiva ante tales actos.<sup>15</sup>

En relación con la aplicación del principio *ne bis in idem*, con remisión a diversos antecedentes, sostuvo que el artículo 4, pto. 2 del Protocolo N° 7 al CEDH, regula ciertas restricciones a su aplicación absoluta. Así, señaló que permite reabrir un caso, aun en perjuicio de la persona condenada, cuando se observa un defecto fundamental en el proceso. En efecto, consideró que queda abarcado en aquel concepto de “defecto fundamental” aquellos casos en los que la persona resultó condenada por una ofensa más leve que la que correspondía aplicar, si existe una violación grave de una norma procesal que menoscabe gravemente la integridad del proceso.<sup>16</sup>

Remarcó que, en virtud del principio de subsidiariedad, debe dársele la posibilidad a las autoridades nacionales de que remedien en la órbita doméstica las deficiencias procedimentales presentadas. En particular, dio cuenta de casos en los que, iniciados dos procedimientos, las propias autoridades internas anulaban uno de ellos.

Adentrándose al análisis particular del caso, consideró que la cuestión a resolver se limitaba a determinar si el procedimiento aplicado por las autoridades nacionales fue el adecuado para la investigación y sanción del crimen de odio perpetrado contra la solicitante.

En primer lugar, determinó que ya en los comienzos de la pesquisa criminal, las autoridades se encontraron con indicadores claros de que la violencia ejercida contra la solicitante se había producido por su orientación sexual; por lo tanto, dicho motivo debía ser considerado para la punición adecuada de su autor.<sup>17</sup>

Dando cuenta de que la legislación nacional aplicable contemplaba el crimen de odio como una ofensa criminal, entendió que incluso del marco normativo interno surgía la obligación de las autoridades intervinientes de iniciar de oficio un procedimiento criminal. No obstante, se inició un proceso de Ofensas Menores, imponiendo a la persona autora de las lesiones la pena de multa de 40 euros, sin tener para ello en consideración los motivos de odio que dieron origen a su agresión. Valoró también que la sentencia adquirió firmeza dado que no fue recurrida y que la víctima nunca fue puesta en

---

14 Ídem nota 10, párr. 96.

15 Ídem nota 10, párr. 98.

16 Ídem nota 10, párr. 100/101.

17 Ídem nota 10, párr. 105.

conocimiento del procedimiento. Así es que consideró que el elemento de crimen de odio no fue valorado de ninguna manera en el proceso llevado a cabo, y, por lo tanto, provocó una manifiesta desproporción entre la gravedad del acto y la condena impuesta.<sup>18</sup>

En razón de ello, concluyó que la actuación en sede interna no fue capaz de demostrar el compromiso del Estado con el CEDH de asegurar que los malos tratos homofóbicos fueron debidamente considerados por las autoridades pertinentes ni de brindar protección efectiva en tales casos. A renglón seguido, de forma tajante, afirmó que el proceso de Ofensas Menores adoptado, debe considerarse más como una respuesta estatal que tiende a fomentar el sentido de impunidad ante crímenes de odio violentos, que un mecanismo efectivo para condenar tales actos.<sup>19</sup>

En relación con el argumento estatal de aplicación del principio *ne bis in idem*, el Tribunal sostuvo que fueron las propias autoridades domésticas las que provocaron innecesariamente –mediante el proceso de Ofensas Menores– la situación, que, a su entender, luego impidió avanzar con la querrela criminal. Así es que consideró que el no tener en cuenta los motivos de odio que originaron el ataque, debía ser entendido como un defecto fundamental, en los términos de la excepción prevista en el pto. 2 del artículo 4 del citado Protocolo. Entendió que las autoridades podrían haber evitado la responsabilidad del Estado declarando nulo el procedimiento de origen y reexaminando el caso.<sup>20</sup>

En resumen, el TEDH consideró que el Estado croata violó los artículos 3 y 14 del CEDH por no realizar una investigación adecuada y efectiva para condenar la violencia ejercida por motivos de orientación sexual, conducta comprendida como crimen de odio, cuya impunidad resultaba particularmente destructiva para los derechos humanos fundamentales. En virtud de ello, condenó al Estado a abonarle la suma de 10.000 euros.

#### **4. Los estándares que surgen del caso y su impacto en la realidad local**

Del análisis exegético de este fallo pueden desprenderse las siguientes consecuencias:

- 1) Los Estados tienen el deber de investigar, juzgar y sancionar adecuadamente los crímenes de odio en general, y en particular aquellos dirigidos hacia personas LGTBI+ basados en su identidad sexual.
- 2) Este deber incluye necesariamente que las autoridades competentes presten atención y determinen en cada caso los motivos que han provocado el ataque violento contra personas LGTBI+.

---

<sup>18</sup> Ídem nota 10, párr. 106/107.

<sup>19</sup> Ídem nota 10, párr. 111.

<sup>20</sup> Ídem nota 10, párr. 113/115.

- 3) En esta clase de proceso debe garantizarse una amplia participación de la víctima y/o sus familiares.
- 4) La sanción que en su caso corresponda imponer debe tener especialmente en consideración la motivación del acto violento y debe ser adecuada y proporcional a la gravedad del delito y a su particular razón.
- 5) El principio *ne bis in idem* cede en caso de que el procedimiento seguido por motivo de un crimen de odio no tuvo en consideración la motivación del mismo, debiendo catalogarse como un “defecto fundamental”.

En el ámbito nacional, estos estándares deben interpretarse de conformidad con aquella práctica continua de la Corte IDH de adoptar como propia la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Particularmente relevantes por la estricta relación con el caso comentado, resultan las consideraciones realizadas por esta en el reciente fallo “*Vicky Hernández y otras Vs. Honduras*”.

Allí, la Corte IDH consideró a Honduras responsable internacionalmente por el homicidio de Vicky Hernández, mujer y militante trans, y la posterior falta de la debida diligencia en su investigación. Por primera vez, haciendo una interpretación dinámica, evolutiva y *pro persona*, consideró aplicable la Convención de Belén do Pará a situaciones de violencia basada en su género contra mujeres trans.

La Corte IDH sostuvo que

cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia por motivos discriminatorios, el Estado debe hacer lo que sea razonable de acuerdo con las circunstancias, en aras de recolectar y asegurar las pruebas, explorar todos los medios prácticos para descubrir la verdad y emitir decisiones completamente razonadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de violencia motivada por discriminación. La falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios, puede constituir en sí misma una forma de discriminación, contraria a la prohibición establecida en el artículo 1.1 de la Convención.<sup>21</sup>

Hizo hincapié en la necesidad de que las autoridades a cargo de la investigación y juzgamiento de los hechos se encuentren liberados de prejuicios personales respecto de estereotipos vinculados por la expresión e identidad de género, señalando que, caso contrario, las decisiones pueden fundamentarse más en creencias preconcebidas y mitos que en hechos. Señaló como principios rectores para la realización de este tipo de investigaciones: i. recuperar y preservar el material probatorio con el fin de ayudar en cualquier potencial investigación penal de los responsables; ii. identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones; iii. determinar la causa, forma, lugar y momento del hecho investigado,

---

<sup>21</sup> Ídem nota 4, p. 107.



y iv. investigar exhaustivamente la escena del crimen por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados.

Así, se infiere que en un hipotético caso similar al del Sr. Sabalic, el resultado en el ámbito interamericano no sería muy diverso al dado en el Sistema Europeo y los particulares estándares fijados en el caso analizado pueden entenderse como complementarios de aquellos dados en nuestra sede regional. Estándares que, a partir de la reconocida doctrina pretoriana del control de convencionalidad –reconocida de forma reiterada por la CSJN–,<sup>22</sup> deben ser respetados por las autoridades nacionales, en aras de evitar la responsabilidad internacional del Estado argentino.

## 5. A modo de corolario

Para el abordaje judicial conforme a la perspectiva de derechos humanos de cuestiones tan complejas como la investigación de los crímenes de odio, y en particular en contra de las personas LGTBI+, se requiere pensar y repensar de manera periódica nuestras prácticas.

La continua y profunda capacitación de las operadores policiales y judiciales sobre la temática, no solo desde un abordaje teórico, sino también a partir de casos prácticos –verdaderos o hipotéticos–, resulta ser tanto una imperiosa necesidad como una obligación internacional del Estado. Esta debe lograr generar un vínculo empático de las autoridades con esta clase de hechos y sus víctimas. El establecimiento de Protocolos de Actuación por parte de las respectivas cabezas de los Poderes Judiciales, las Policías y el Ministerio Público Fiscal también resulta relevante para normativizar las buenas prácticas y prohibir ciertas otras que se han constituido en malos hábitos.

Por supuesto que otra clase de medidas que no dependen del Poder Judicial, pero que de forma clara afectan su labor, también resultan deseables. La inclusión en la sociedad con igualdad de oportunidades continúa siendo la medida estructural más necesaria. Por ello se celebran las diversas medidas adoptadas desde el Poder Ejecutivo y el Congreso, recientemente, tendientes a fomentar el trabajo formal de la comunidad trans.

No obstante, puede continuar avanzándose en la esfera legislativa. En lo que particularmente respecta a los crímenes de odio, nuestra legislación, a diferencia de tantas otras –entre ellas, la propia croata–, contempla como agravante el motivo de odio de forma exclusiva en el delito de homicidio. No obstante, como lo demuestra el último informe del Observatorio de Crímenes de Odio contra la comunidad LGTBI+, el 54% de los casos en el primer semestre de 2020 se tratan de lesiones al derecho a la integridad física; ataques violentos que no terminaron en muertes, sino en lesiones. En estos casos, más allá de la referencia genérica del artículo 41 bis del CP a la hora de determinar la pena –“la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir”–, no hay norma específica que agrave las conductas penales, en

---

<sup>22</sup> CSJN, Fallos 330: 3248 y 333: 1657.

base a su motivo de odio, ni que tipifique autónomamente esta clase de actos aberrantes.<sup>23</sup> Una regulación en esta dirección indicaría una clara intención del legislador de desincentivar este tipo de conductas.

En este marco, el análisis de casos como el aquí comentado pretende identificar estrategias tendientes a la adecuada investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes de odio cometidos en perjuicio de personas LGTBI+, buscando así que el Poder Judicial deje de ser parte del problema para comenzar a ser parte de su solución.

---

23 La actual ley antidiscriminatoria N° 23592 tampoco contempla como motivo agravante el actuar motivado por discriminación basada en la identidad de género. El anteproyecto de Código Penal dirigido por Eugenio Raúl Zaffaroni y con la participación de todos los partidos mayoritarios de aquel entonces (2012), contemplaba no solo como agravante específico el motivo del odio o discriminación, sino también figuras autónomas que normaban tanto la instigación como intimidación a la violencia y el odio.

# Criminalización de la pobreza. Vida privada

TEDH. *Affaire Lacatus c. Suisse*,  
19 de enero de 2021

*Por Claudio E. Guinazú<sup>1</sup>*

## 1. La pobreza, entre la asistencia y la criminalización<sup>2</sup>

Las intervenciones estatales respecto de la pobreza oscilan entre la asistencia social y la represión, sumiendo a las personas que subsisten en tal condición en una “zona de penumbra” entre el derecho de la seguridad social y el derecho penal, que las ubica –simultáneamente– como destinatarias de políticas de asistencia y de la política criminal. La intersección entre ambas esferas se remonta a los profundos cambios políticos, económicos y sociales de fines del siglo XIX, donde cuestiones de derecho penal y política penitenciaria aparecen estrechamente vinculadas con cuestiones de política social, como la gestión de los asilos para pobres.

<sup>1</sup> Profesor de Derecho Constitucional (UNC). Profesor Invitado en la Maestría en Administración Pública (II-FAP, UNC). Miembro del Grupo de Investigación en Derechos Sociales (CIJS-UNC). Prosecretario Administrativo y Defensor Público Coadyuvante en la Defensoría Pública Oficial N° 2 ante el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Córdoba.

<sup>2</sup> Agradezco a Andrés Rossetti por sus comentarios y observaciones a una versión preliminar de este trabajo, y a Horacio Etchichury, con quien discutí algunos conceptos y apreciaciones aquí vertidos. El resultado final es de mi exclusiva responsabilidad.

Así, se ha expresado que las “nuevas racionalidades sociales y penales entraron en funcionamiento cuando, con el correr del tiempo, se creó un conjunto de instituciones penal-welfaristas sobre la base de una serie de principios y compromisos ideológicos nuevos, que lo distinguió del liberalismo del siglo XIX y lo vinculó con el naciente modo de gobierno que se conocería como “Estado de bienestar” (Garland, 2018: 24).

De algún modo, esta zona de penumbra encuentra su correlato en el derecho, donde subyacen y coexisten dos concepciones morales antagónicas respecto de la pobreza, ambas con profundas raíces religiosas. Una, que la considera un flagelo natural, cuyas consecuencias deben minimizarse, pero que responde ante todo al orden natural de las cosas, como las catástrofes naturales, un orden que resultaría inútil y peligroso pretender alterar. Y otra que la considera una cuestión de justicia social, cuyas causas pueden y deben ser combatidas (Supiot, 2014: 82).

En la actualidad, la tensión entre ambas concepciones puede ser entendida como una forma de manifestarse otra tensión, tanto en el orden jurídico internacional como en el orden estatal interno, que se presenta entre las demandas del mercado, protegidas por normas que priorizan la libre producción y circulación del capital, por un lado, y los derechos humanos, resguardados por normas universales y regionales que priorizan la protección de la persona, por el otro.<sup>3</sup>

En las últimas décadas, el auge de las políticas de corte neoliberal dio lugar a un mayor control y disciplinamiento sociales de las personas pobres, determinando un desplazamiento hacia –y una prevalencia de– las políticas represivas, por sobre las de protección social. Se pasa así del “Estado providencia al Estado penitencia” (Wacquant, 2004: 88). Al describir este desplazamiento en Gran Bretaña, se ha expresado en términos foucaultianos que (s)i las consignas de la socialdemocracia de posguerra habían sido *control económico y liberación social*, la nueva política de los años ochenta impuso un marco bastante diferente de *libertad económica y control social*. Y aunque este movimiento reaccionario proclamaba que estaba deshaciendo el régimen político y cultural desarrollado desde la guerra, en realidad su ataque contra la modernidad tardía tomó una forma muy particular y dejó intocados, en gran medida, los principales dispositivos sociales (Garland, 2005: 174).

También se apuntó que (l)os sistemas de justicia penal de algunos de los países occidentales desarrollados han cambiado a fin de estar en sintonía con el consenso económico de Washington... Han debido cambiar a efectos de encajar en un mundo de desigualdades crecientes y en algunos casos chocantes, en el que se ha terminado la seguridad en el empleo y el derecho a la jubilación. Esto coincide con

3 Para la primera concepción, las personas pobres tienen una responsabilidad individual de su pobreza, fundada en su propia culpa, por lo que no existe respecto de ellas ni una responsabilidad jurídica del resto de la comunidad ni del propio Estado, remitiéndose, a lo sumo, deberes morales de asistencia, de las que resultan meras “beneficiarias”. Para la segunda concepción, quienes se encuentran en condición de pobreza deben considerarse y tratarse como verdaderas y verdaderos “sujetos de derecho”, entendiéndose que la pobreza comporta una violación de un cúmulo de derechos humanos, y que es también una consecuencia de acciones y omisiones de los detentadores del poder político, económico y simbólico. Se propone aquí un desplazamiento de la responsabilidad hacia la comunidad y el Estado, y hacia quienes se favorecen de un orden socio-económico injusto. Hemos desarrollado estas y otras ideas en Guiñazú (2015a).

la desaparición gradual de las redes de seguridad social para los menos afortunados y los que tienen menos talento para vender en el mercado (Stern, 2008: 7).

La prevalencia del castigo a la pobreza alcanzó casos extremos, donde la convergencia entre las políticas de protección social con las represivas se tradujo –lisa y llanamente– en la criminalización de ciertas políticas sociales, con lo que la pobreza y la exclusión social resultan redefinidas como cuestiones criminales referentes al control de las conductas consideradas riesgosas o molestas (Stern, 2008: 9).<sup>4</sup> Las personas indigentes incorporadas a programas sociales son ahora tratadas como los “símbolos culturales de los delinquentes que han infringido el derecho cívico del trabajo asalariado” (Wacquant, 2010: 102).

En este marco, la práctica de la mendicidad resultó objeto de una consideración ambivalente –entre la conmiseración y el desprecio cristianos– que se remonta a tiempos premodernos (Castel, 1997: 46). Quienes practicaban la mendicidad y el vagabundeo eran a veces objeto de la caridad o asistencia, y más frecuentemente objeto de la persecución y el castigo, considerados “inútiles para el mundo”. Su represión alcanzó casos extremos con la “legislación sanguinaria”, adoptada por las monarquías en Francia e Inglaterra en el siglo XVI, que llegó a contemplar hasta la pena capital (Castel, 1997: 93). En la misma línea, en referencia al derecho a mendigar, se expresó que (e)n los siglos XVII y XVIII, al mendigo se lo acusaba de separarse de lo social, de romper el orden de las cosas. Se veía en él a un individuo egoísta, que procuraba falsear las reglas del intercambio rechazando sus deberes. Una crítica semejante suponía paralelamente, desde luego, que cada uno tenía su lugar asignado en el organismo social. En una sociedad coercitiva, esta integración podía estar en realidad más o menos asegurada, en todo caso a partir de que cada uno aceptaba, sin protestar, el lugar al que se lo destinaba. La revolución individualista hizo que esta visión caducara. La relación con la mendicidad y la vagancia, sin embargo, no se modificó: a tal punto que seguía siendo pregnante su expresión moralista. Solo cambiaron los argumentos. En lo sucesivo se reprochó al mendigo que no jugara el juego de la autonomía individual, que rechazara entrar en la edad de la responsabilidad personal (Rosanvallon, 2004: 178).

La criminalización de la mendicidad se mantuvo en los Estados de bienestar, aunque coexistiendo con políticas sociales. De tal modo, las personas que mendigan conforman un caso emblemático en la zona de penumbra antes descrita. Con el advenimiento de la lógica neoliberal y el consiguiente repliegue de la intervención estatal en materia económica y social, se produjo una ampliación de las políticas represivas, intensificando la persecución penal de la mendicidad. De acuerdo a esta lógica, la mendicidad es considerada “un desgaste de los recursos sociales, así como un lastre a la economía de las ciudades, sobre todo aquellas cuya principal fuente de ingresos es el turismo y el sector servicios” (Luque, 2016).

Ante el ascenso de la xenofobia y la hostilidad hacia las y los pobres, este endurecimiento de la respuesta punitiva fue impulsado por la “criminología de la intolerancia”, que persigue erradicar de las calles las “conductas protocriminales” (Wacquant, 2006: 301) de las personas indeseables. En los hechos la

<sup>4</sup> La autora aborda, como caso representativo de criminalización de una política social, una ley británica de 2001 que contempla la pena de prisión para las madres y los padres que no envíen a sus hijas/os a la escuela.

actividad policial desplegada en nombre de la “tolerancia cero” se tradujo en estrategias de “intolerancia selectiva” contra determinados grupos de personas y en ciertas zonas simbólicas (Wacquant, 2004: 17). De este modo, se apuntó que (l)a ingesta de bebidas alcohólicas en lugares públicos... la vagancia, la mendicidad, dormir en lugares públicos, ser “incivil”: estas conductas dejan de ser molestias tolerables o signos de remordimiento para la conciencia de la clase media para convertirse en la materia desordenada de la que se alimenta el delito grave... Actualmente se cree que cada delito menor, cada acto de conducta desordenada –en especial los cometidos por gente pobre en los espacios públicos– deteriora la calidad de vida. En la sociedad con tasas de delito elevadas se piensa que los delitos menos graves se acumulan y que “la comunidad” es la víctima colectiva y universal (Garland, 2005: 296).

En la actualidad, numerosos países reprimen la práctica de la mendicidad mediante leyes y ordenanzas de diversa jerarquía, y con dispar alcance, sea como prohibición de carácter general o para ciertas modalidades comisivas, tal como el uso de medios fraudulentos o amenazantes, o con la intervención de niñas o niños. En la penalización de la trata de personas, la mendicidad ajena aparece como una de las modalidades de explotación, aunque en este caso quien practica la mendicidad resulta ser una víctima del tratante (Álvarez et al., 2019: 133).

En el caso “*Lacatus c. Suiza*” que aquí se comenta, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Estado por multar a una mujer extranjera y pobre que había mendigado de forma inofensiva, y luego detenerla por no pagar la multa. Sostuvo que, al obrar de tal modo, Suiza había violado el *derecho a la vida privada* protegido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

## 2. La sentencia del TEDH

La demandante, Violeta-Sibianca Lăcătuș, de 29 años, de nacionalidad rumana, es indigente, analfabeta y pertenece a la comunidad romaní (gitana); está desempleada, no recibe asistencia social ni ayuda de terceras personas para subsistir. Fue multada en nueve oportunidades por mendigar –con una taza– en la vía pública en Ginebra, entre julio de 2011 y enero de 2013. Apeladas tales multas, en enero de 2014 un “tribunal de policía” de ese cantón la declaró culpable de mendicidad y la condenó al pago de una multa de 500 francos suizos (aproximadamente 464 euros) por infringir el artículo 11A de la Ley penal de Ginebra (LPG), según el cual “todo aquél que mendigue será castigado con una multa”. Dispuso además su privación de la libertad en caso de no pago de la multa. Luego del rechazo de los recursos ante la Cámara de Apelaciones del cantón y ante el Tribunal Federal suizo, en marzo de 2015, la demandante estuvo cinco días privada de su libertad por no abonar la multa.

Por tal motivo, acudió al TEDH invocando la violación del *derecho a la vida privada* (art. 8 CEDH), a la *libertad de expresión* (art. 10 CEDH) y la *prohibición de discriminación* (art. 14 CEDH), argumentos que habían sido rechazados por los tribunales suizos. Entre otras cosas, expresó que al reprimir la mendicidad la LPG se dirige especialmente a los pobres, con lo que contribuye a estigmatizar, sin base objetiva, a un grupo de personas especialmente vulnerable, del que ella forma parte (*Affaire Lacatus c. Suisse*, § 62). Señaló que la supuesta *protección de la clientela* de los comerciantes constituye un riesgo

de perjuicio comercial que el Estado no tiene por función proteger (Ídem, § 63); agregando que la mendicidad no es capaz, en sí misma, de alterar el orden público. Respecto de los acampes que supuestamente montan los mendigos, indicó que si las autoridades de Ginebra desean erradicar esa práctica deberían abrir albergues de protección civil durante todo el año, y no solo en invierno (Ídem, § 64).

Puesto que el Estado expresó que el fenómeno de la mendicidad puede *disminuir el atractivo de la ciudad como destino turístico*, la demandante replicó que se pierde de vista que mientras no se erradique la pobreza del mundo, siempre habrá personas que irán a las ciudades en las que la opulencia y la riqueza sean un gran atractivo (Ídem, § 65). En orden al argumento del Estado sosteniendo que los mendigos son frecuentemente explotados por redes mafiosas, señaló que ello es inexacto, y además contradictorio, puesto que –si así fuera– resulta incomprensible que las víctimas de estas redes sean castigadas penalmente, en lugar de ser protegidas (Ídem, § 65). Indicó que el Estado omitió valorar que un tribunal irlandés sostuvo que la prohibición general de la mendicidad violaba la libertad de expresión y resultaba desproporcionada (*Dillon v. Director of Public Prosecutions [2008] IIR 383*) (Ídem, § 66). Señaló que el acceso a la ayuda financiera, que el Gobierno destina a las personas indigentes en Ginebra, exigía extensas gestiones administrativas que una persona analfabeta no puede afrontar por sí sola, resultando inexplicable cómo habría de sobrevivir durante los meses que requiere el examen de la solicitud. Realizar tal trámite la expone además al riesgo de que se le prohíba la entrada en Suiza, puesto que la Ley de Extranjería exige disponer de medios económicos para su estancia en el país (Ídem, § 68). Expresó, por último, que el Gobierno no consideró su condición de analfabeta, ni que había solicitado sin éxito realizar tareas domésticas en Ginebra (Ídem, § 71), agregando que no tiene otra opción que pedir limosna, ya que para ella se trata de una cuestión de supervivencia (Ídem, § 72).

Por su parte, el Gobierno suizo sostuvo que las condenas cuestionadas se fundaron en el artículo 11A de la LPG, por lo que debían considerarse “previstas por la ley”, en los términos del artículo 8, apartado 2 del CEDH; señalando que la prohibición de la mendicidad persigue numerosos objetivos contemplados por este artículo, como la defensa del orden y la seguridad públicos, el bienestar económico del país y la protección de los derechos de terceros. Sobre la necesidad de la medida en una sociedad democrática, afirmó que los Estados regulan de diferente manera la mendicidad, a la luz de lo cual su prohibición constituye una cuestión política controvertida en los países miembros del Consejo de Europa. Por lo tanto, debe concederles un amplio margen de apreciación en esta materia (Ídem, § 80). Expresó que la prohibición de la mendicidad en Ginebra se adoptó a raíz de su notable aumento en el cantón, sobre todo porque cada vez más personas viajaban a esa ciudad, especialmente desde Rumania, para mendigar (Ídem, § 81). Consideró que el alojamiento en un centro de acogida constituye un cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 12 de la Constitución suiza –que consagra el derecho al auxilio a personas en situación de desamparo–, al igual que la ayuda financiera excepcional, que está a disposición de los extranjeros sin permiso con residencia en Suiza y de las personas de paso (Ídem, § 83). Apuntó que prohibir ciertos modos de mendicidad, como el acoso o el comportamiento insistente, parece ilusorio, ya que tal prohibición difícilmente podría aplicarse sin un control casi permanente de los mendigos, concluyendo que ninguna medida menos restrictiva que la prohibición de la mendicidad sería eficaz para alcanzar el objetivo de interés público (Ídem, § 85). Admitió que la

presencia de una joven pidiendo limosna en la calle con una taza en la mano no podía considerarse, en sí, un riesgo significativo para el orden público; aunque indicó que la prohibición cuestionada no se dirigía únicamente a ella, sino a todas las personas que piden limosna en Ginebra, que constituyen una amenaza para el orden y la seguridad públicos.

En el *examen de admisibilidad* el TEDH señaló que nunca debió decidir si una persona que es penada por mendigar puede invocar el artículo 8 de la CEDH, recordando seguidamente que –en una sentencia histórica– el Tribunal Federal suizo expresó en 2008 que la mendicidad forma parte de la libertad personal protegida por el artículo 10, apartado 2 de la Constitución suiza, que si bien no es idéntico, guarda cierta similitud con el artículo 8 CEDH (Ídem, § 53).<sup>5</sup> Con cita de sus precedentes, el TEDH recordó que la expresión “vida privada” del artículo 8 alude a un concepto amplio y “no es susceptible de una definición exhaustiva”, pudiendo a veces abarcar “aspectos de la identidad física y social de un individuo” (Ídem, § 54, traducción propia). Y agregó que la “noción de vida privada también comprende el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior”. Por lo que existe “un ámbito de interacción entre el individuo y los demás que, aún en un contexto público, puede ser considerado ‘vida privada’” (§ 55, trad. propia).

Recordó que la dignidad humana resulta subyacente al espíritu del CEDH, y que “resulta gravemente comprometida si la persona afectada no dispone de medios de subsistencia suficientes”, afirmando que “al mendigar, la demandante adoptó un modo de vida determinado para sobrevivir en una situación inhumana y precaria” (§ 56, trad., propia). También subrayó que el objetivo del CEDH no es proteger “derechos teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos”, correspondiendo tener en cuenta “especialmente las realidades económicas y sociales de la persona afectada” (§ 57, trad. propia). Sostuvo que “la mendicidad permitió a la demandante obtener ingresos y aliviar su condición de pobreza”, por lo que, con la prohibición general y la multa impuesta a aquella, seguida de una pena prisión por incumplir la condena, “las autoridades suizas le impidieron ponerse en contacto con otras personas para obtener ayuda” (§ 58, trad. propia). Compartiendo lo expresado por el Tribunal Federal suizo en 2008, expuso que “el derecho de acudir a otro para obtener ayuda resulta de la esencia misma de los derechos protegidos por el artículo 8 de la Convención” (§ 59, trad. propia).

En el *examen sobre el fondo*, el Tribunal estimó que hubo una “injerencia” en el ejercicio por la demandante de los derechos protegidos por el artículo 8 (§ 92), por lo que analizó si estaba “justificada”, lo que implica verificar si en el caso se reunían las exigencias previstas por su apartado 2º (§ 93). No se cuestionó que la injerencia reposaba en una “base legal”, el artículo 11ª de la LPG (§ 94), por lo que se detuvo en la segunda exigencia, el “objetivo legítimo”, sobre el que discreparon las partes.

A tal efecto, partió de la valoración efectuada por el Tribunal Federal en la sentencia de mayo de 2008, según la cual el objetivo de esta injerencia parece ser doble; por un lado, se trataba de proteger el orden público y garantizar la seguridad y tranquilidad públicas; y por el otro, luchar contra las redes de men-

<sup>5</sup> Cfr. Caso del Tribunal Federal del 9 de mayo de 2008 [6C\_1/2008 (ATF 134 I 214)]. El artículo 10, apartado 2 de la Constitución suiza dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad personal, especialmente a la integridad física y moral y a la libertad de movimiento”.



dicidad, que a menudo explotan a las personas, especialmente a menores (§ 96). El TEDH no excluyó que “determinadas formas de mendicidad, en particular las agresivas, pueden molestar a transeúntes, residentes y comerciantes”, y consideró igualmente válido el argumento fundado en la lucha contra la explotación de personas, en especial de los niños. Consideró entonces que la injerencia se dirigía *a priori* a objetivos legítimos, en los términos del artículo 8, apartado 2 de la CEDH (§ 97).

Desdobló el análisis sobre la “necesidad en una sociedad democrática” en tres aspectos: el poder de revisión de los tribunales nacionales, el margen de apreciación de Suiza y el balance de intereses en juego. Respecto del primer tópico, recordó que “una injerencia debe fundarse en una necesidad social imperiosa y ser proporcionada al objetivo perseguido”, y que las autoridades nacionales gozan de cierto margen de apreciación para determinar la necesidad y proporción de tal injerencia en el ejercicio de un derecho protegido por el artículo 8 (§ 99, trad. propia). Enfatizó que este margen viene acompañado de un control europeo, según el cual el Tribunal examina, desde el punto de vista del CEDH, las decisiones adoptadas en ejercicio de esta facultad. Empero, si las conclusiones de tales autoridades no resultan arbitrarias o manifiestamente irrazonables, no corresponde al TEDH sustituir la apreciación de aquellas por la suya propia, ni siquiera respecto del examen de proporcionalidad de una medida cuestionada. Esto implica que “los tribunales nacionales deben motivar sus decisiones de forma suficientemente circunstanciada”, ya que un razonamiento insuficiente resulta contrario a las exigencias del artículo 8. (§ 100, trad. propia). En referencia al artículo 11A de la LPG consideró que una prohibición general de determinada conducta, como en este caso, es una medida radical que requiere una justificación sólida y un control especialmente serio por parte de los tribunales, que están autorizados a hacer un balance de los intereses relevantes en juego (§ 101).

Señaló que la ley aplicable al caso no permite una adecuada ponderación de tales intereses al sancionar la mendicidad de manera general, con independencia de la posible vulnerabilidad del autor, de la naturaleza de la mendicidad o de su forma agresiva o inofensiva, del lugar en que se ejerce o de la pertenencia o no del acusado a una red criminal. Y afirmó que “el Estado demandado se extralimitó en el margen de apreciación de que gozaba en este caso” (§ 102, trad. propia).

En el segundo tópico, ante la invocación de Suiza de un considerable margen de apreciación porque la mendicidad está prohibida o restringida en otros países europeos, el Tribunal subrayó que este margen no es ilimitado y, sobre todo, que va a la par con un control europeo, tanto más porque en este caso se trata de una injerencia muy grave que tuvo repercusiones importantes en el ejercicio de los derechos de la demandante garantizados por la Convención (§ 103, trad. propia).

Y recordó que “cuando está en juego un aspecto especialmente importante de la existencia (o de la identidad) de un individuo, el margen dejado al Estado resulta generalmente restringido” (§ 103, trad. propia). Luego reseñó las diferentes regulaciones de la mendicidad por los Estados miembros del Consejo de Europa, destacando que nueve no la prohíben. De los dieciocho que la han regulado a nivel nacional, “seis sólo han prohibido las formas intrusivas o agresivas de mendicidad y siete han limitado o circunscripto el alcance de la prohibición”, al tiempo que los cinco Estados restantes establecen una prohibición menos cualificada (§ 104, trad. propia). Indicó, además, que varias cortes europeas consi-

deraron que una prohibición general de la mendicidad resulta desproporcionada, sobre todo respecto de la dignidad humana y la libertad de expresión, agregando que algunos expertos y organismos de la ONU o regionales criticaron las medidas contra la mendicidad, especialmente las prohibiciones generales (§ 104). Ante esta variedad de soluciones, concluyó que no hay consenso en el Consejo de Europa sobre la prohibición o restricción de la mendicidad, aunque advirtió cierta tendencia a limitar la prohibición. Por el contrario, una prohibición general mediante una disposición penal parece ser la excepción, entendiendo que “éste es un segundo indicio –además del carácter fundamental de la cuestión en juego para la supervivencia de la demandante– del limitado margen de apreciación de que goza el Estado demandado en el presente caso” (§ 105, trad. propia).

En el tercer tópico el TEDH efectuó una ponderación de los intereses en juego, señalando, en relación al interés (privado) de la demandante en mendigar, que es indiscutible que procede de una familia extremadamente pobre, es analfabeta, no tenía trabajo y no recibía ayuda social, sin que hubiese sido acogida por otra persona. Sin dudar que mendigar fuera uno de sus medios de subsistencia, consideró que “encontrándose en una situación de vulnerabilidad manifiesta, la demandante tenía el derecho, inherente a la dignidad humana, de poder expresar su angustia y de intentar remediar sus necesidades mediante la mendicidad” (§ 107, trad. propia).

En orden a la naturaleza y severidad de la sanción aplicada, condena de multa de 500 francos suizos, seguida de una privación de libertad de cinco días, que fue efectivamente purgada ante el no pago de la multa, consideró que se trata de una “sanción grave”. Agregó que ante la precaria y vulnerable situación de la demandante, la imposición de una privación de libertad –que puede aumentar aún más la angustia y vulnerabilidad de una persona– resultaba prácticamente automática e inevitable para ella (§ 109), afirmando que “una medida de tal magnitud debe estar justificada por sólidos motivos de interés público, que no estaban reunidos en el caso” (§ 110, trad. propia).

El TEDH reconoció la importancia de luchar contra la trata de personas y la obligación de los Estados de proteger a las víctimas (§ 111), pero puso en duda que “la criminalización de las víctimas de estas redes sea una medida eficaz contra este fenómeno”, recordando que en 2019 el Grupo de expertos en la materia exhortó a las autoridades suizas a no sancionar a las víctimas de trata por haber participado en actividades ilícitas a las que habían sido obligadas (§ 112, trad. propia). Además, el gobierno no alegó que la demandante perteneciera a una red delictiva o que fuera víctima de la actividad de otros.

Respecto del interés público de las autoridades en imponer la medida cuestionada para proteger los derechos de transeúntes, residentes o comerciantes, el TEDH observó que no se acusó a la demandante por mendigar de forma agresiva o intrusiva, ni se presentaron denuncias en su contra por parte de terceros. Siguiendo a la Relatora Especial de la ONU sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, sostuvo que “el objetivo de hacer menos visible la pobreza en una ciudad y atraer inversiones no es legítimo en términos de derechos humanos, contrariamente a lo que parece alegar el Gobierno” (§ 113, trad. propia).

Por último, evaluó si con medidas menos rigurosas se podría haber conseguido el mismo resultado o uno comparable, indicando que del análisis de la legislación comparada sobre mendicidad surge que

la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa establecen restricciones menos severas que la prohibición general del artículo 11A de la LPG. Y apuntó que aunque el Estado tenga cierto margen de apreciación en el asunto, la observancia del artículo 8 exigía a los tribunales nacionales un examen exhaustivo, por lo que no aceptó el argumento del Tribunal Federal que, en la sentencia de mayo de 2008, sostuvo que con medidas menos restrictivas no se habría podido alcanzar un resultado igual o comparable (§ 114). Sobre tales premisas señaló que la sanción impuesta a la demandante no constituía una medida proporcionada ni con el objetivo de luchar contra la delincuencia organizada, ni con el objetivo de proteger los derechos de los transeúntes, los residentes y los comerciantes. En el presente caso, el Tribunal considera que la medida por la que la demandante, que es una persona extremadamente vulnerable, ha sido castigada por sus acciones en una situación en la que muy probablemente ella no tenía otros medios de subsistencia y, por tanto, no tenía otra opción que mendigar para sobrevivir, ha atentado contra su dignidad humana y la esencia misma de los derechos protegidos por el artículo 8. Por lo tanto, el Estado ha sobrepasado el margen de apreciación del que gozaba en el caso (§ 115, trad. propia).

Concluyó que la injerencia en el ejercicio de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 “no era necesaria en una sociedad democrática”, en los términos del artículo 8, apartado 2 (§ 116, trad. propia).

Respecto de la violación a la libertad de expresión (art. 10 CEDH) invocada por la demandante, el Tribunal estimó que tal agravio no plantea ninguna cuestión esencial distinta, y que no es necesario pronunciarse por separado sobre aquel (§ 120). Similar temperamento sostuvo en orden a la violación del artículo 14 de la CEDH en relación con su artículo 8, invocada por la demandante, que alegó haber sido discriminada por su condición social, su riqueza, y por su origen (§ 123).

En su voto concurrente, la Jueza Keller sostuvo que al mendigar la demandante realizó una conducta protegida por el artículo 10, señalando que “el acto de extender la mano o la taza constituye un auténtico grito de angustia y un llamado a la generosidad de los demás [...] (l)a mendicidad es el medio por excelencia para comunicar la indigencia con palabras o gestos” (§ 9, trad. propia), “es un gesto universalmente conocido y entendido como un pedido de ayuda, independientemente del idioma que se hable o de la región del mundo en la que se encuentre” (§ 10, trad. propia).

Por su parte, el juez Lemmens, en su voto concurrente y parcialmente disidente, señaló que esta sentencia “envía una señal muy fuerte, que la Convención persigue proteger la dignidad humana de todas las personas, incluso la de aquellas que –a veces obligadas por las circunstancias– adoptan un modo de vida rechazado por la ‘mayoría’” (§ 1, trad. propia). Sugirió que también se hubiera podido analizar si se violó el artículo 3 de la CEDH (prohibición de tratos degradantes) (§ 1). Y señaló que las alegaciones sobre violación de los artículos 10 y 14 planteaban cuestiones serias que ameritaban un tratamiento separado.

Por último, también en un voto concurrente y parcialmente disidente, el juez Ravarani acordó con la violación del artículo 8 pero discrepó con el razonamiento de la mayoría, precisando que el relato de

los hechos presentaba zonas grises, y que dio por sentados extremos que simplemente fueron expuestos por la demandante (§ 5). Indicó que la mayoría adoptó un enfoque extremadamente simplista, que no deja claro cómo debe considerarse la mendicidad de quienes no se encuentran en la extrema pobreza, y que plantea numerosos interrogantes (§ 9). Consideró que “la decisión de mendigar forma parte del derecho a la autodeterminación y a la libertad personal”, un principio que sustenta la interpretación de las garantías del artículo 8 (§ 10, trad. propia). En el balance de intereses, entendió que era suficiente considerar la actitud pasiva de la demandante, al mendigar extendiendo una taza, para concluir que el Estado excedió su margen de apreciación, sin que resultara necesario ni decisivo, a tal efecto, considerar su extrema pobreza y vulnerabilidad (§ 14). Al igual que Lemmens, sostuvo que tanto el agravio fundado en el artículo 10 como el basado en el artículo 14 debían ser analizados por separado, por tratarse de cuestiones completamente distintas de la examinada bajo el art. 8 (§ 17). Sugirió que la omisión de abordar elementos esenciales y distintos del caso podría considerarse una “denegación de justicia” parcial (§ 16, trad. propia).

### 3. Comentarios finales

La sentencia “Lacatus c. Suiza” constituye un precedente valioso, seleccionado por el propio TEDH como un “caso clave”, que presenta como aspecto novedoso el de establecer un límite a la represión de la mendicidad –un capítulo emblemático en el elenco de leyes y prácticas que criminalizan la pobreza– a partir de la afirmación del derecho a la privacidad, protegido como “derecho a la vida privada” por el artículo 8 de la CEDH.<sup>6</sup> Este derecho, nos recuerda el Tribunal, protege “un ámbito de interacción entre el individuo y los demás que, aún en un contexto público, puede ser considerado ‘vida privada’” (§ 55, trad. propia).

De este modo, abordó la dimensión cultural presente en muchas de estas leyes y prácticas, que penalizan modos de vida rechazados por la mayoría, aspecto este subrayado por el voto concurrente del juez Lemmens (§ 1).<sup>7</sup> Si la analizamos desde el prisma de sus consecuencias, la decisión reivindica el derecho de las personas indigentes a ocupar el espacio público, y a exteriorizar su modo de vida, cuyo status de “libremente elegido” resulta discutible, como parece ser el caso de la demandante. Se trataría, en todo caso, de proteger un “modo de supervivencia”, antes que un modo de vida.

En línea con lo expresado al iniciar este comentario, los hechos del caso y las alegaciones de las partes testimonian la tensa coexistencia de disposiciones orientadas hacia asistencia y protección social de

6 El artículo 47 del –hoy derogado– Código de Faltas de la provincia de Córdoba (Argentina) reprimía la mendicidad en términos genéricos con arresto de hasta cinco días, si quienes la practicaban eran capaces de trabajar o tenían medios de subsistencia. Acertadamente, Juliano y Etchichury (2009: 170) cuestionaron la constitucionalidad de esta figura contravencional, entre otras cosas, por considerarla violatoria del principio de privacidad (art. 19, CN). También objetaban la ausencia de directivas cuando la mendicidad obedecía a “causas independientes” de la voluntad de la persona, como la falta de medios de subsistencia, ya que se trata de una violación al artículo 11 del PIDESC, que garantiza a toda persona el derecho a un “nivel de vida adecuado”, incluyendo vivienda, alimentación y vestido.

7 Hemos abordado la imposición punitiva de ciertos modos de vida mediante los códigos contravencionales de las provincias argentinas en Guiñazú (2015).

las personas que viven en la pobreza (art. 12, Constitución suiza), con otras disposiciones orientadas hacia su represión, como el artículo 11A de la LPG. También evidencian la tensión entre los intereses del mercado, como proteger la clientela de los comercios y el atractivo turístico de la ciudad; y los derechos humanos a la privacidad, a la libertad de expresión y a no ser discriminado (arts. 8, 10 y 14 CEDH).

En este marco, la sentencia desvirtuó la justificación del Estado, fundada en las molestias, el rechazo o la intolerancia que despierta la mendicidad en parte de la población (§ 78); al tiempo que puso un coto a los intereses mercantiles y lanzó un mensaje contundente afirmando que “el objetivo de hacer menos visible la pobreza en una ciudad y atraer inversiones no es legítimo en términos de derechos humanos” (§ 113, trad. propia).

Entre los derechos invocados por la demandante, el Tribunal restringió su análisis al “derecho a la vida privada”, soslayando los agravios vinculados a la “libertad de expresión” y a la “prohibición de discriminación”, por considerar que no suscitaban ninguna cuestión esencial distinta. Así, dio muestras de un “minimalismo judicial” cuya adopción en el caso resulta lamentable, ya que como expresó el propio TEDH en “Jeronovics c. Letonia” (sent. del 05/07/2016, § 109), sus sentencias “sirven no sólo para decidir los casos que se le presentan, sino que, de manera más general, sirven para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas instituidas por el Convenio”, contribuyendo de este modo a su observancia por parte de los Estados (Van Drooghenbroeck, 2021, trad. propia).

Empero, existían argumentos sólidos para abordar de modo independiente la posible transgresión de la “libertad de expresión”, tal como lo expuso con solvencia el voto concurrente de la jueza Keller, sosteniendo que “la mendicidad es el medio por excelencia para comunicar la indigencia con palabras o gestos” (§ 9, trad. propia).

Correspondía también analizar el agravio vinculado a la discriminación de la demandante, lo que destacaron los jueces Lemmens y Ravarani, sin que resulte superfluo considerar que se trata de una mujer, que es extranjera y que procede de Rumania, Estado cuya población fue aludida por el Estado suizo, asociándolo al aumento de la mendicidad en el cantón (§ 81). Ella pertenece además a una comunidad tradicionalmente discriminada, como la romaní, es analfabeta, y carecía de medios de subsistencia, encontrándose en condiciones de extrema vulnerabilidad. Resultaba relevante entonces que el Tribunal examinara “si la prohibición de la mendicidad implica, por sus efectos, una ‘discriminación indirecta’ contra los miembros de la comunidad romaní” (Van Drooghenbroeck, 2021, trad. propia). El abordaje de esta cuestión hubiera posibilitado abrir el juego para evaluar la posible violación de derechos sociales de la demandante a partir del artículo 14 de la CEDH, en virtud de su “potencial” para garantizar tales derechos (Mestre, 2016: 126).<sup>8</sup> Tal objetivo también podría haberse alcanzado a partir del análisis de oficio de una posible violación a la “prohibición de tratos degradantes” (art. 3 CEDH), tal como sugirió

<sup>8</sup> Cabe destacar que el Protocolo Adicional N° 12 (del 04/11/2000) extiende la prohibición de discriminación a todos los derechos “reconocidos por la ley”, a diferencia del artículo 14 de la CEDH que circunscribe tal protección solo a los derechos reconocidos en esa Convención. El Estado suizo no ha ratificado el protocolo citado.

el juez Lemmens. En otro precedente (“A.S. c. Suiza”, sent. del 30/06/2015, § 30) el Tribunal sostuvo, en relación a tal prohibición, que puede existir una responsabilidad estatal “en el caso de que una demandante, que dependía totalmente del apoyo del Estado, se encontrara en una situación de grave privación [...] incompatible con la dignidad humana” (Van Drooghenbroeck, 2021, trad. propia).

Si bien el TEDH reconoció que el derecho a mendigar no es absoluto, y que puede ser limitado bajo ciertas circunstancias (§ 97), acertadamente señaló que la prohibición general establecida por la ley penal ginebrina es desproporcionada por no permitir ninguna ponderación de intereses (§ 102). El Estado invocó en su favor la “falta de consenso regional” para regular la mendicidad (§ 80), puesto que en tal supuesto el Tribunal suele optar por reconocer un amplio margen de apreciación a los Estados, controlando de forma leve las razones estatales para restringir derechos (Clérico, 2020: 60). Sin apartarse del giro consensualista, el Tribunal identificó cierta tendencia a limitar la prohibición de la mendicidad, a partir de la cual infirió que el margen de apreciación estatal resulta limitado en este caso (§ 105). Tal limitación resultaba además robustecida por encontrarse en juego la supervivencia de la demandante.

Luego, aseveró que “encontrándose en una situación de vulnerabilidad manifiesta [...] [aquella] tenía el derecho, inherente a la dignidad humana [...] de intentar remediar sus necesidades mediante la mendicidad” (§ 107, trad. propia). Este pasaje refleja los alcances restringidos de la sentencia, puesto que –desde una argumentación minimalista– sus referencias a la “vulnerabilidad manifiesta” y a la remediación de las necesidades, para el ejercicio válido del derecho a mendigar, la convierten en un precedente “de excepción”, difícilmente invocable para defender a quienes practiquen la mendicidad sin encontrarse en las extremas condiciones de la demandante. La insatisfacción de las necesidades elementales para una existencia digna, no aparece aquí como la violación de un derecho, sino como una circunstancia más a ponderar para el reconocimiento del derecho a mendigar.

Ciertamente, entre las dos misiones en tensión que, según Clérico (2020: 59), desempeñan las Cortes regionales de derechos humanos, hacer justicia en un caso concreto; a la vez que producir estándares generales de derechos humanos a través de su jurisprudencia, el TEDH parece haberse inclinado por dar prevalencia a la primera en el caso. Pero los argumentos expuestos en el voto de la mayoría plantean ciertas dudas e interrogantes advertidos por el juez Ravarani. Para sortearlos este magistrado propuso –lisa y llanamente– considerar a la mendicidad como una decisión inherente al derecho a la autodeterminación y a la libertad personal, que sustenta las garantías del artículo 8 (§ 10). Esta forma de entender la mendicidad, y en menor medida la sustentada por el voto de la mayoría, resultan susceptibles de una crítica formulada hace más de 20 años, cuando se expresó que

(l)a mendicidad termina, paradójicamente, por ser considerada como una elección: ¡algunos juristas americanos, incluso, ven ahora en ella el ejercicio de un derecho del hombre! Así, en esta perspectiva los derechos del hombre pueden convertirse en el vector de la indiferencia social. Si mendigar es un derecho, eso significa que en cierta forma la inserción ya no es un deber para la sociedad. La autonomía radical se convierte en ese caso en la contrapartida de una borradura del contrato social (Rosanvallon, 2004: 180).

Con todo, desde que impuso un límite jurídico a una de las formas más inveteradas y paradigmáticas de criminalización de la pobreza, la sentencia europea representa un aporte significativo para habilitar –desde un enfoque de derechos– el examen de las leyes y prácticas destinadas a reprimir a las y los “indeseables” e “inútiles para el mundo”. Es particularmente relevante para Argentina, donde muchos códigos contravencionales y de convivencia –vigentes en el orden subnacional– operan como dispositivos de gestión de la desigualdad estructural y canalizan los prejuicios e intereses dominantes, reprimiendo no solo la mendicidad, sino otros modos de vida considerados molestos, sospechosos o inmorales, a través de figuras típicas muchas veces reñidas con la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. A pesar de su extraordinaria relevancia para configurar la vida cotidiana de millones de personas, particularmente de los sectores excluidos, o tal vez precisamente por ello, las prácticas y normas que integran el universo contravencional argentino –tradicionalmente– no han sido abordadas por los tribunales desde un enfoque de derechos meridianamente serio. La sentencia comentada del TEDH dio un paso en ese sentido.

## Referencias bibliográficas

- Álvarez, L. M.; Buitrago Calvo, L. D. y Fajardo Guevara, G. (2019). Mendicidad ajena como modalidad del delito de trata de personas. Caso embera-chamí. *VlEi*, 14(1), 129-156. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6860274.pdf>
- Castel, R. (1997). *Las metamorfosis de la cuestión social*. Buenos Aires: Paidós.
- Clérico, L. (2020). El argumento de la falta de consenso regional en derechos humanos. Divergencia entre el TEDH y la Corte IDH. *Revista Derecho del Estado*, 46, 57-83. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6500>
- Franssen, M. (2021). Interdiction de la mendicité: une atteinte au droit à la vie privée selon Strasbourg. *Justice en ligne*, 1er avril 2021. Recuperado de <https://www.justice-en-ligne.be/Interdiction-de-la-mendicite-une>
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- (2018). *Castigar y asistir*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Guñazú, C. (2015a). Abordajes jurídicos de la(s) pobreza(s). En S. Ribotta y A. Rossetti (eds.), *Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres del temor y la miseria* (pp. 173-195). Madrid: Dykinson.
- (2015b). Epílogo. La imposición punitiva del bien vivir. En M. A. Juliano y H. J. Etchichury, *Un modelo contravencional alternativo* (pp. 99-105). Córdoba: Lerner.
- Juliano, M. A. y Etchichury, H. J. (2009). *Código de faltas de la provincia de Córdoba. Comentado*. Córdoba: Lerner.
- Luque, J. A. (2016). De mendigos a criminales: ordenanzas de convivencia para el control social. *Criminología y Justicia*. Recuperado de <http://cj-worldnews.com/>
- Mestre i Mestre, R. (2016). La protección de los derechos sociales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *CEFD*, 33, 113-132.

Rosanvallon, P. (2004). *La nueva cuestión social*. Buenos Aires: Manantial.

Stern, V. (2008). Cuando las políticas sociales se convierten en política criminal: ¿una visión de nuestro futuro? *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, I(4), 3-14.

Supiot, A. (2014). La pobreza bajo el prisma del derecho. *Universitas*, 20, 78-87.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Affaire Lacatus c. Suisse*, Requete no. 14065/15, Cour (Troisieme section), 19 de enero de 2021.

Van Drooghenbroeck, S. (2021). Analysis: Lacatus v. Switzerland: a great judgment at the heart of human dignity. *EU Law Live*, 111, 1-2. Recuperado de <http://hdl.handle.net/2078.3/242471>

Wacquant, L. (2004). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires: Manantial.

----- (2006). *Los condenados de la ciudad*. Buenos Aires: Siglo XXI.

----- (2010). *Castigar a los pobres*. Barcelona: Gedisa.



# Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Discriminación laboral TEDH. *Case of Jurčić v. Croacia*, 4 de febrero de 2021

*Por Gabriela Alejandra Vázquez<sup>1</sup>*

---

## 1. Desigualdad estructural de las mujeres en el trabajo: embarazo y maternidad

La desigualdad estructural de las mujeres en el mundo del trabajo se manifiesta de diversas formas y una de ellas se vincula al embarazo actual o potencial, que constituye una de las causas que con mayor intensidad repercute negativamente sobre los derechos laborales y profesionales de las mujeres, tanto en el acceso como en la promoción y permanencia en el empleo. Basta pasar revista de las bases de jurisprudencia para captar que es un motivo significativamente frecuente de segregación del empleo. Ello va unido, por cierto, a la maternidad, porque es sabido que los estereotipos patriarcales –aún imperantes–, asidos a la división sexual trabajo,<sup>2</sup> colocan sustancialmente a cargo de las mujeres el cuidado de las/os niños/as, así como el de todas las personas de la familia que requieren ser cuidadas (adultos mayores, personas con discapacidad, etc.).

---

1 Abogada (UCA). Doctora en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora Adjunta de Derechos Reales (UBA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Fue Consejera de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo, de la Asociación Argentina de Jueces y Juezas del Trabajo y de la Asociación de Mujeres Juezas de Argentina.

2 En el orden patriarcal, el trabajo reproductivo se asigna a las mujeres que se confinan al territorio de lo hogareño –el adentro– y al cuidado de los/as hijos/as y de los miembros de la familia que precisan cuidados. Por otro lado, el trabajo productivo se asigna al varón, quien tiene el rol de proveedor y cuyo territorio es el afuera, el espacio público.

Los trabajos domésticos y de cuidados no remunerados (TDCNR) contribuyen muy significativamente en la economía mundial. En Argentina es el sector económico que más aporta al Producto Interno Bruto, según estudios recientes,<sup>3</sup> ya que las mediciones indican que alcanza al 15,9%, seguido por la industria (15,7%) y el comercio (15,5%). El problema es que la distribución de los TDCNR es estructuralmente desigual, porque 9 de cada 10 mujeres realizan estas tareas, las que significan en promedio 6.4 horas diarias, dedicando tres veces más tiempo que los varones. Y es aquí donde el sistema patriarcal sigue vivo y coleando, ya que, como se ha destacado, la distribución asimétrica de los TDCNR es la que “contribuye a explicar que su participación [la de las mujeres] en el mercado laboral sea más baja que la de los varones”; la que “incide en que tengan trabajos más precarios, que implican a su vez una mayor desprotección social”, como “por ejemplo no tener acceso a una obra social y, en un futuro, tener una mayor dificultad para acceder a una jubilación por no tener aportes” y también que las mujeres “presentan mayores niveles de desocupación, ganan menos y, por consiguiente, son más pobres”, puntualizándose que, en definitiva, “es imprescindible entender que las condiciones del trabajo remunerado están estrechamente ligadas a cómo se resuelven las tareas no remuneradas”.<sup>4</sup>

## 2. La discriminación laboral por embarazo o maternidad en los tratados internacionales

La cuestión del embarazo y la maternidad emergen como obstáculos reales en el desarrollo de la vida laboral y reciben tratamiento específico en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos. En particular, con relación a los derechos laborales de las mujeres, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>5</sup> (CEDAW), en su artículo 11, inciso 2, obliga a los Estados parte a

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

3 Ver Dirección Nacional de Economía Igualdad y Género dependiente del Ministerio de Economía de la Nación, Los cuidados, un sector económico estratégico Medición del aporte del Trabajo Doméstico y de Cuidados no Remunerado al Producto Interno Bruto, 2020. Recuperado de [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los\\_cuidados\\_-\\_un\\_sector\\_economico\\_estrategico\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf)

4 Ídem nota 3, p. 3.

5 Este tratado tiene rango constitucional en Argentina de acuerdo al artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) también se ha ocupado específicamente de la cuestión en varios Convenios: N° 3 (1919), N° 103 (1952) y N° 183 (2000). El Convenio N° 183 sobre la protección de la maternidad, que revisa al de 1952 y que Argentina no ha ratificado todavía, garantiza a la mujer: una licencia por maternidad de una duración mínima de catorce semanas (art.4°) y una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto (art.5°), además de prestaciones pecuniarias a las mujeres que se ausenten por las referidas licencias (art.6°, inciso 1°). En torno a su *quantum*, las citadas prestaciones deben garantizar “a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado” (art.6°, inc. 2°); cuando estén fijadas en la legislación interna con base en las ganancias anteriores, el monto “no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones” (art. 6°, inc.3°); si la licencia por maternidad debe fijarse por otros métodos, el monto “debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación del inciso 3° (art.6°, inc. 4°). Asimismo, se debe garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias “puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres” a las que se aplica el Convenio N° 183 (art.6°, inc. 5°). Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los Fondos de Asistencia Social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción (art.6°, inc.6°). Por último, se dispone que se “deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional”, las que “deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario” (art.6°, inc.7°).

En otro orden de cosas, y a fin de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, el Convenio N° 183 OIT dispone que las prestaciones relativas a la licencia por maternidad o por complicaciones o riesgos del embarazo “deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a Fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales” (art.6°, inc. 8°) y que

un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando: (a) esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o (b) se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores (art.8°, inc. 8°).

Otra previsión destacable del tratado es la relativa a la protección del empleo y la no discriminación, ya que dispone en el artículo 8°:

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. 2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

### 3. Embarazo y maternidad en el derecho doméstico argentino

En el derecho argentino de alcance nacional, el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo presume, salvo prueba en contrario, “que el despido de la mujer trabajadora obedece a razones de maternidad o embarazo cuando fuese dispuesto dentro del plazo de siete y medio (7 y ½) meses anteriores o posteriores a la fecha del parto”, siempre que la mujer haya notificado y acreditado en forma el hecho del embarazo y, en su caso, el del nacimiento;<sup>6</sup> y prevé una indemnización agravada, cuantificada en un año de remuneraciones, para el caso que se la despidiera por esa causa discriminatoria,<sup>7</sup> que se suma a la del despido injustificado (art. 245 LCT). Por otro lado, la Ley N° 26485 de Protección Integral de la Mujer considera violencia laboral a

aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre [...] maternidad [...] o la realización de test de embarazo (art. 6°, inciso c).

La protección normativa de la persona gestante en el ámbito laboral no hace diferencias entre el embarazo natural y el alcanzado a través de técnicas de reproducción asistida, por lo que las normas a las que se hizo referencia abarcan a cualquiera de dichas hipótesis.

### 4. La búsqueda del embarazo a través de técnicas de reproducción asistida

Una situación particular de violencia laboral se presenta cuando las mujeres son segregadas del trabajo o perjudicadas en sus condiciones laborales porque deciden acudir a tratamientos científicos de repro-

6 La jurisprudencia ha entendido que la comunicación expresa puede ser suplida por la prueba del conocimiento efectivo que tenga la patronal del estado de gravidez, p. ej., cuando el embarazo es ostensible o, aunque no lo sea, si existen pruebas que demuestran ese conocimiento.

7 Esa indemnización se acumula a la del artículo 245 LCT. Hemos dicho, en otra oportunidad, que podría reclamarse la nulidad del despido fundado en el embarazo o la maternidad, con base en la Ley N° 23592 (art. 1°) y el artículo 11 de la CEDAW. Cf. Vázquez, G. A. (marzo de 2012). El despido por causa de embarazo o maternidad: algunas reflexiones sobre la incidencia del patriarcado en las relaciones laborales, *Revista La Causa Laboral*, 50, 52.

ducción asistida para quedar embarazadas o cuando de hecho los están recibiendo y toman licencia médica para la realización de esas prácticas.

La Ley N° 26862, que es de orden público, garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas tanto las técnicas de baja como las de alta complejidad.<sup>8</sup>

Sobre esa garantía se expidió la Corte IDH en el *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. El Tribunal evaluó allí las afectaciones a los derechos humanos<sup>9</sup> que había producido a los/as demandantes la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro* desde el año 2000. Luego de recordar que “la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres”, consideró que “la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada” e incluye “la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico”.

En la jurisprudencia nacional es conocido el precedente de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el expediente “Velázquez, Gabriela María Inés c/ Grupo Concesionario del Oeste” (Sentencia del 31.05.2008). El empleador, en oportunidad de despedir a una trabajadora cuando se encontraba en uso de licencia médica para la realización de un tratamiento de fertilización asistida, no invocó ninguna causa que justificara su decisión. La Cámara consideró que el empleador tenía conocimiento de los tratamientos que estaba realizando la dependiente en búsqueda de quedar embarazada y dijo que el despido debía considerarse discriminatorio por aplicación de lo dispuesto por la Ley Antidiscriminatoria N° 23592. El juez Fernández Madrid, quien votó en primer término, también remarcó que, al contestar demanda, la empleadora había invocado que el distracto se había debido a cuestiones de reestructuración de la empresa y que, más allá de la extemporaneidad de la causal invocada,<sup>10</sup> esta no había sido ni mínimamente probada. Ese precedente abrió camino y le siguieron otros en la misma línea conceptual. En el derecho comparado una profusa jurisprudencia tiende a equiparar la protección legal acordada a la mujer durante el embarazo al período en que está realizando un tratamiento de fecundación<sup>11</sup> e incluso se ha declarado la nulidad de despidos de trabajadoras que, al tiempo de ser desvinculadas, se encontraban en tratamiento de reproducción asistida.

8 La reglamentación de la Ley N° 26862, realizada por el Decreto del PEN N° 956/2013, considera técnicas de baja complejidad “a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante” y por técnicas de alta complejidad “aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación *in vitro*; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos” (art.2°).

9 A la integridad personal, a la libertad personal, a no padecer injerencias arbitrarias en la vida privada personal y familiar, a fundar una familia, todo ello en relación con la garantía de igualdad y no discriminación. Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, párr. 317.

10 Con clara alusión a lo establecido por el artículo 243 LCT que no admite la modificación de la causal de despido consignada en la comunicación rescisoria.

11 Ver, los citados por Plaza, M. E. (2020). La búsqueda de la maternidad y el trabajo. En *Tratado de Géneros, Derechos y Justicia*, dirigido por Marisa Herrera, Silvia E. Fernández y Natalia de la Torre, tomo Derecho del Trabajo (pp. 165-183), coordinado por G. A. Vázquez y M. E. Plaza. Buenos Aires: Editores Rubinzal-Culzoni.

En el precedente *Jurčić v. Croacia* del TEDH que analizaremos a continuación se abordó justamente un supuesto de discriminación de una mujer trabajadora a quien le fueron negadas compensaciones salariales por complicaciones en el embarazo, sobre la base de considerar que el contrato de trabajo que había suscripto a pocos días de haberse sometido a una técnica de reproducción asistida (*in vitro*) había sido fraudulento y concretado al solo efecto de beneficiarse de las prestaciones del seguro de salud laboral obligatorio.

## 5. El Caso Jurčić. Los hechos y la decisión final

La señora KRISTINA JURCIC había estado empleada con breves interrupciones desde 1993 y su último empleo se había extendido desde el 19.08.2006 hasta el 31.10.2009. Desde 01.11.2009 estaba desempleada. El 17.11.2009 se sometió a una fertilización *in vitro* y el 27.11.2009 la contrató –para tareas administrativas– una empresa que estaba situada en la ciudad de Split, a 360 km de su casa. El 11.12.2009 la trabajadora presentó la solicitud para registrarse en el plan de seguro de salud del Fondo de Croacia y quedó registrada como empleada asegurada. El 14.12.2009 la trabajadora empezó a sentir náuseas y su médico determinó que la fecundación *in vitro* había sido un éxito, le dijo que necesitaba reposo debido a complicaciones relacionadas con el embarazo y le prescribió una licencia por enfermedad. El 17.12.2009 se confirmó por ecografía que estaba embarazada y el 28.12.2009 Kristina Jurčić presentó ante el Fondo una solicitud de pago de salario compensatorio durante su licencia por las complicaciones del embarazo. El 05.01.2010 la oficina del Fondo inició de oficio una revisión del estado del seguro de salud de la Sra. Jurčić y el 16.02.2010 rechazó su solicitud de registro como empleada asegurada junto con su solicitud de compensación salarial por la licencia. El Fondo argumentó que el 27.11.2009 la Sra. Jurčić no estaba en condiciones médicas para trabajar, porque se había sometido a la fertilización *in vitro* diez días antes. Por esa razón, consideró que su empleo era fraudulento o ficticio y celebrado con el único objetivo de obtener ventajas económicas relacionadas con el estado de los empleados asegurados, entre las que se incluían la compensación salarial durante la ausencia por complicaciones en el embarazo.

La Sra. Jurčić argumentó que se sentía bien luego de someterse a la fertilización *in vitro* y que no tenía manera de saber que el implante sería exitoso y que no existían motivos para que se perdiera una oportunidad de empleo el 27.11.2009. Según el informe de un médico ginecólogo del 03.03.2010, el día en que la trabajadora tomó el empleo con la compañía estaba bien de salud y esperando los resultados de la *in vitro* y remarcó que ni ella ni su ginecólogo podían saber por adelantado si la fertilización sería exitosa y cómo se desarrollaría el embarazo. La actora debía trabajar en la sede de la compañía (Split), pero parte de sus tareas podían realizarse por teletrabajo desde su hogar, aunque el trabajo requería que viajara dentro y fuera de Croacia.

Los médicos del Fondo dijeron que era usual que se ordenara reposo a quien se sometía a una *in vitro* y que entonces no habría podido tomar el trabajo el 27.11.2009, hasta que se hiciera la prueba de embarazo que estaba prevista para el 03.12.2009. Dijeron también que el reposo implicaba no solo

evitar esfuerzos físicos y psicológicos, sino en particular viajar, debido a los sacudimientos que podían perjudicar la implantación durante la fase sensible posterior a la transferencia. Además, dijeron que cada viaje implicaba una situación potencialmente estresante que podía impactar negativamente en el resultado del embarazo porque, en la experiencia ginecológica, a estabilidad psicológica mejora las posibilidades de un resultado favorable de la fertilización *in vitro*.

En definitiva, lo que resolvió el Fondo fue que, si bien el embarazo no podía ser un motivo para no tomar el trabajo, las circunstancias particulares del caso de la Sra. Jurčić indicaban que su empleo debía ser considerado ficticio y con el único objetivo de obtener la compensación salarial otorgada a las personas empleadas.

La Sra. Jurčić cuestionó la decisión del Fondo a nivel administrativo (ante la Oficina Central del Fondo de Seguro de Salud de Croacia) y también en sede jurisdiccional ante el máximo tribunal con competencia administrativa y ante la Corte Constitucional. La actora sostuvo haber sido discriminada como mujer que se somete a una fertilización asistida. Se apoyó expresamente en el CEDH y en la ley croata sobre prevención de la discriminación. También explicó que tenía planeado mudarse cerca de Split, donde su marido tenía registrado su domicilio y adujo que la mayoría de los empleados de la empresa tenían su domicilio en otros lugares, porque la naturaleza del trabajo de la compañía era compatible con el teletrabajo que ella hacía.

Paralelamente, se quejó ante la Defensoría General de Equidad de Género. El 18.12.2009 este organismo le informó que había emitido una advertencia al Fondo en cuanto a que su decisión había violado la prohibición de tratamiento menos favorable por motivos de embarazo y que esto constituía discriminación basada en el sexo. La Defensoría General enfatizó que la interpretación se había basado en definitiva en la premisa de que cada mujer que se había sometido a una fertilización *in vitro* debía ser considerada físicamente incapaz de tomar un empleo, y que una mujer que llevaba adelante una fertilización *in vitro* o embarazada no sería en realidad empleada por ningún empleador. También recomendó al Fondo que abandonara la interpretación que llevaba a cabo en casos similares, en base a la cual, podía entenderse que una mujer que llevaba adelante una fertilización *in vitro* o que pudiera tener un embarazo de alto riesgo no estaba en condiciones de realizar ningún tipo de trabajo.

Los tribunales internos de Croacia apoyaron la decisión administrativa del Fondo, o sea, entendieron que el día en el que la Sra. Jurčić había suscripto el contrato laboral no estaba en condiciones de trabajar y que, en la fase más sensible de un embarazo –de mellizos– no estaba en condiciones de cumplir con sus obligaciones laborales en el sentido dispuesto por la ley laboral, según la cual el empleado debe realizar personalmente las actividades para las que firmó el contrato laboral. Estos hechos llevaron a la conclusión de que no tomó el trabajo con el propósito de cumplir las mutuas obligaciones entre empleador y trabajador, sino que lo había hecho exclusivamente en fraude, o sea, para beneficiarse con las prestaciones del seguro social obligatorio.

El 22.04.2015 la Corte Constitucional de Croacia rechazó la queja y avaló la tesis de las instancias anteriores de que el contrato había sido firmado solamente para adquirir los derechos emergentes del plan de seguro médico obligatorio.

## 6. La fundamentación jurídica del TEDH

En la sentencia que aquí comentamos el TEDH luego de rechazar la defensa de Croacia, en cuanto a que no se habían agotado los recursos domésticos,<sup>12</sup> concluyó que Kristina Jurčić había sido discriminada en base a su sexo; declaró que el Estado había violado la garantía de igualdad y no discriminación en razón del sexo –artículo 14 del CEDH en relación al artículo 1 del Protocolo N° 1– y dispuso que se le pague a la damnificada la suma de EUR 7.500 por daños no pecuniarios con intereses y EUR 1.150 por costas y gastos causídicos.

Luego de repasar los hechos, la sentencia del TEDH realiza un profuso relevamiento de las normas jurídicas trascendentes para el caso, o sea, las atinentes a la garantía de igualdad y no discriminación y a la protección de la maternidad y de la mujer embarazada en el ámbito del empleo. También se ocupa el Tribunal de relevar la doctrina jurisprudencial.

### 6.1. El ámbito doméstico

El Tribunal comienza repasando las previsiones específicas de leyes domésticas de la República de Croacia: su Constitución (arts. 14, 62 y 64 § 3); la Ley Laboral (Secciones 3[2], 7 [1] y 64); la Ley de Seguro Obligatorio de Salud (Secciones 26, 28, 42, 43, 104 y 106), con particular referencia a la cobertura de salario compensatorio por embarazo y sus complicaciones; la Regulación sobre derechos, condiciones y forma de goce de los derechos derivados del seguro obligatorio de salud, haciendo mérito especialmente de las facultades de control del Fondo para verificar la realidad de los hechos (Sección 6); la Ley de Prevención de la Discriminación (Secciones 1, 16[1] y 17) y la Ley de Equidad de Género (Secciones 6, 9 y 13).<sup>13</sup>

A continuación, el TEDH analiza los casos juzgados por el Superior Tribunal Administrativo de Croacia en los que este consideró que mujeres embarazadas habían incurrido en contratos laborales ficticios o fraudulentos durante los embarazos y también aquellos en los que decidió que no había fraude.<sup>14</sup> Por último, en lo atinente a las prácticas internas, destacó las partes más relevantes del Informe Anual 2012 de la Defensoría General de Equidad de Género de Croacia, publicado en marzo de 2013, en el que ese organismo había advertido que, en la última década, el Fondo había incurrido en actitudes basadas en estereotipos que irrefutablemente concluían que había contratos de trabajo ficticios o abu-

<sup>12</sup> TEDH. *Case of Jurčić v. Croacia*, Application no. 54711/15, 4 de febrero de 2021, Court (First Section), párrs. 47-54.

<sup>13</sup> Ídem nota 12, párrs. 24-29.

<sup>14</sup> Ídem nota 12, párrs. 30 y 31.



so del sistema de seguro de salud en los casos de mujeres que ingresaban al empleo en estado avanzado de embarazo; atribuyéndose funciones jurisdiccionales y declarando ficticios esos contratos para negar compensaciones de salarios. La Defensoría General de Equidad de Género señaló en ese reporte que había tomado cartas en el asunto de manera proactiva y hecho una reunión con los Ministerios de Salud, de Políticas Sociales y el Fondo, en la que había sugerido que se implementaran medidas, entre ellas, que en los casos de duda de empleo legal se sometiese el caso a un procedimiento civil que definiera la controversia (Párrafo 32).<sup>15</sup>

## 6.2. Normas relevantes de derecho internacional de los DDHH

El TEDH se ocupa de consignar el material internacional relevante para la decisión del caso. De inicio, pone especial énfasis en las previsiones de los artículos 5 y 11 de la CEDAW, ratificado por Croacia. Como se señaló al inicio de este comentario, el artículo 11 de la CEDAW hace tema puntual de los derechos humanos de las mujeres en el campo del empleo y la seguridad social.

En segundo término, en la sentencia se plasma lo reglado por los artículos 6 y 8 del Convenio N° 183 de la OIT, a cuyo contenido puntual nos referimos en el apartado II de este aporte.

En el pronunciamiento también se evoca lo establecido por la Convención de Estambul sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica,<sup>16</sup> concretamente su artículo 12 § 1, en orden a que los Estados parte deben tomar

las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres.

Por último, el Tribunal no pasa por alto el Apéndice de la Recomendación del 27.03.2019 del Comité de Ministros del Consejo de Europa para prevenir y combatir el sexismo, en cuanto dispone que

se entiende por sexismo: Cualquier acto, gesto, representación visual, manifestación oral o escrita, práctica o comportamiento, basado en la idea de que una persona o grupo de personas es inferior por razón de su sexo, que tenga lugar en el ámbito público o privado, en línea o fuera de ella, cuyo propósito o efecto sea: [...] v. preservar y reforzar los estereotipos de género.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Ídem nota 12, párr. 32.

<sup>16</sup> Este tratado regional, suscripto en el ámbito del Consejo de Europa en 2011, obliga a Croacia en el orden internacional desde 21.01.10.2018, según se consigna en el fallo.

<sup>17</sup> Ídem nota 12, párrs. 42-45.

## 7. Los argumentos del TEDH

Como se adelantó, el TEDH consideró que Croacia violó la prohibición de discriminación consagrada en el artículo 14 del CEDH en conjunción con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

*a) Principios generales.* Para resolver de ese modo, el Tribunal comenzó por recordar los principios generales ya establecidos en otros pronunciamientos y que habrían de guiar la definición del caso. En ese orden, resaltó:

1) Que una diferencia de tratamiento es discriminatoria si “no tiene una justificación objetiva y razonable”, o sea, si no persigue un “propósito legítimo” o si no existe una “relación razonable de proporcionalidad” entre los medios empleados y el objetivo que se propone conseguir;

2) Que solo los diferentes tratamientos basados en una característica identificable, o “status”, pueden considerarse discriminación;

3) Que usualmente se le permite al Estado un amplio margen cuando se trata de medidas generales de estrategia económica o social, debido a su conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades porque las autoridades nacionales están, en principio, mejor posicionadas que el juez internacional para apreciar lo que es de interés público en términos económicos o sociales, y que el Tribunal generalmente respeta las elecciones de política legislativa a menos que sean “manifiestamente sin fundamento razonable”, y que todas las medidas que se tomen por esas razones deben sin embargo ser implementadas de manera no discriminatoria y cumplir con los requerimientos de proporcionalidad. Que, en cualquier caso, independientemente del alcance del margen de apreciación del Estado, la decisión final respecto a la observancia de los requerimientos del CEDH la tiene el Tribunal.

4) Que los avances en la igualdad de sexo es un objetivo primordial para los Estados miembros del Consejo de Europa. Eso significa que, fuera del contexto de las medidas transitorias diseñadas para corregir desigualdades históricas, solo razones de mucho peso habrían de invocarse para que una diferencia de tratamiento por razones de sexo pudiera ser considerada compatible con el CEDH. Consecuentemente, cuando una diferencia de tratamiento se basa en el sexo, el margen de apreciación conferido al Estado es muy estrecho, y en esas situaciones el principio de proporcionalidad no solo requiere que la medida elegida sea en general adecuada para el cumplimiento del objetivo perseguido, sino que también debe demostrarse que fue necesaria en las circunstancias.

5) Que ya ha reconocido, aunque indirectamente, que es necesaria la protección del embarazo y la maternidad; y

6) Que, en cuanto a la carga probatoria en relación con la prohibición de discriminación del artículo 14 del CEDH, una vez que un demandante ha demostrado una diferencia de tratamiento, le corresponde al Estado demostrar que fue justificada.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Ídem nota 12, párrs. 62-67.

*b) Aplicación de los principios generales al caso.*<sup>19</sup> En primer término, el TEDH consideró que Kristina Jurčić había recibido un trato diferenciado en razón de su sexo, ya que los beneficios del seguro (compensación de salario) le fueron denegados porque su contrato de trabajo había sido declarado ficticio debido a su embarazo y solo las mujeres pueden quedar embarazadas. Es decir, que el trato distinto se arraigaba en el sexo.

A continuación, pasó a evaluar si ese trato diferenciado había tenido una justificación objetiva y razonable o si, en cambio, era discriminatorio. Para ello, se adentró en el análisis del argumento del Gobierno croata, o sea, que se perseguía un objetivo legítimo, consistente en la protección de los recursos públicos, evitar un uso fraudulento y procurar la estabilidad general del sistema de salud. Sobre ese punto, dijo que, en principio, el embarazo de una mujer en sí no puede ser considerado conducta fraudulenta y que, aún más, las obligaciones financieras impuestas a un Estado durante el embarazo de una mujer por sí mismas no pueden constituir razones con peso suficiente para justificar diferencias de tratamiento por sexo.

Luego, el Tribunal afirmó que, aún en la hipótesis de considerar a la protección de los Fondos públicos como un objetivo legítimo, correspondía analizar si la medida, o sea, el trato diferenciado por sexo, era necesaria para lograr el objetivo, teniendo en cuenta el estrecho margen de apreciación otorgado a los Estados en los casos en que la diferencia de trato se basa en el sexo.

Finalmente, consideró que en el caso la negativa a reconocer un beneficio relacionado con el empleo a una mujer embarazada por causa de su embarazo constituía una discriminación directa por razones de sexo, que no se podía justificar por los intereses financieros del Estado y que el tratamiento diferente al que se sometió a aquella, como mujer que quedó embarazada por una inseminación *in vitro*, no fue justificado objetivamente ni necesario en las circunstancias.

En ese sentido, el Tribunal tuvo en cuenta que la investigación de oficio del Fondo se había iniciado bajo la sospecha de que el contrato de trabajo era ficticio porque la Sra. Jurčić había solicitado la compensación salarial por complicaciones en el embarazo poco tiempo después de tomar el empleo. Afirmó que, si bien las autoridades estaban facultadas para verificar la veracidad de los hechos legitimantes del seguro de salud, observaba que la jurisprudencia de la Corte Administrativa en la que el Gobierno croata se había basado para desestimar el pedido de la trabajadora “frecuentemente apunta a mujeres embarazadas y a las mujeres que concretan su contrato de trabajo en estados avanzados de su embarazo o con familiares cercanos”, las que “eran automáticamente puestas en la categoría de ‘empleadas sospechosas cuyas contrataciones ameritaban verificación’, a pesar de que bajo la ley croata a ningún empleador se le permite negarse a emplear a una mujer embarazada por su condición”. Desde esa perspectiva, el TEDH encuentra que “ese enfoque de las autoridades competentes croatas es generalmente problemático”, o sea, inadecuado, afirmación que realiza coincidiendo con las conclusiones de la Defensoría General de Equidad de Género de ese país, a las que aludimos en el apartado VI, a como uno de los elementos relevantes del fallo.

---

<sup>19</sup> Ídem nota 12, párrs. 68-84.

Por otra parte, el Tribunal tomó nota de la conclusión de las autoridades croatas acerca de que la demandante no había estado en condiciones de trabajar en la fecha en que firmó el contrato de trabajo (27.11.2009) porque su médico le había recomendado reposo después de la fertilización *in vitro* diez días antes. En concreto, dijo que esas autoridades se basaban en el hecho de que la Sra. Jurčić debía trabajar en la sede de los empleadores a más de 350 km. de su lugar de residencia y que viajar en su estado podría reducir sus posibilidades de que la fertilización fuera favorable. A ese respecto, el TEDH descalificó el argumento y señaló que

por principio, incluso cuando la disponibilidad de un empleado es una precondition para el desempeño apropiado de un contrato de empleo, la protección que goza una mujer durante su embarazo no puede depender de si su presencia en el trabajo durante el embarazo es esencial para el correcto funcionamiento de su empleador o por el hecho de que está temporalmente impedida de realizar el trabajo para el cual fue contratada.

Y añadió: “Más aun, la Corte opina que introducir medidas de protección de la maternidad es esencial para sostener el principio de igual tratamiento para hombres y mujeres en el trabajo”.<sup>20</sup>

En la sentencia, el Tribunal también señaló que, al decidir el caso “las autoridades domésticas se limitaron a concluir que, debido a la fertilización *in vitro*, ella estaba incapacitada para tomar el trabajo en cuestión, implicando así que ella debía abstenerse de hacerlo hasta que se confirmara su embarazo” y puntualizó que “esta conclusión estaba en directa contravención tanto de la legislación doméstica como de la internacional” y que equivalía a “desanimar a la demandante de buscar empleo debido a su perspectiva de posible embarazo”.<sup>21</sup>

El TEDH consideró que esos solos argumentos bastaban para concluir en el sentido que la Sra. Jurčić había sido discriminada en base a su sexo. No obstante, añadió otros factores adicionales según los cuales estimó que el diferente tratamiento sufrido por la trabajadora aparecía “incluso más llamativo”. A ese respecto, puso énfasis en que la Sra. Jurčić había tenido una experiencia laboral de 14 años de trabajo, durante los cuales había pagado regularmente contribuciones al plan de seguro de salud obligatorio y que, por lo tanto, no podía argumentarse que ella no había contribuido al Fondo de seguros al cual subsiguientemente le solicitó ciertos beneficios, concretamente el pago de compensación salarial durante su licencia por enfermedad debido a complicaciones relacionadas al embarazo.

En otro orden de cosas, el Tribunal indicó que la Sra. Jurčić, cuando tomó el trabajo, era consciente de que se había sometido a una fertilización *in vitro*, pero al mismo tiempo no tenía modo de saber si el procedimiento había sido exitoso o si quedaría embarazada. Y agregó que en ese momento no podía saber si su futuro embarazo, de existir, tendría complicaciones que le requirieran tomar licencia

<sup>20</sup> Ídem nota 12, párr. 76.

<sup>21</sup> Ídem nota 12, párr. 77.

por enfermedad por un período de tiempo prolongado. Desde esa mirada, aseveró que las autoridades competentes croatas, al revisar el caso, no habían brindado ninguna explicación acerca de cómo aquella habría podido firmar conscientemente un contrato fraudulento, sin siquiera saber si quedaría o no embarazada, en particular teniendo en mente que ella no se encontraba bajo ninguna obligación legal de informar el hecho de que se había sometido a una fertilización *in vitro* o de que ella pudiera estar embarazada al momento de firmar su contrato, desde que las leyes domésticas prohíben al empleador requerir información concerniente al embarazo de una mujer o indicar a otra persona que pida esa información. Así las cosas, el Tribunal afirma que “pedirle a una mujer información sobre un posible embarazo o su planificación u obligarla a dar esa información al momento de contratarla también significaría una discriminación directa basada en el sexo”.<sup>22</sup>

Asimismo, en la sentencia observó el Tribunal como otro elemento de juicio adverso a la postura del país demandado, que las autoridades croatas habían concluido en la condición fraudulenta del contrato sin siquiera evaluar si la Sra. Jurčić había asumido o no sus funciones y comenzado a realizar sus tareas laborales para el empleador.

También se puntualizó que, si las autoridades croatas hubieran tenido alguna evidencia de fraude o invalidez de la relación laboral de la demandante, nada les habría impedido instar un proceso al respecto. El Tribunal consideró reprochable que las autoridades nunca hubiesen buscado establecer si la fertilización *in vitro* que se había practicado requería de su ausencia laboral por razones de salud y advirtió con especial énfasis que “no hay nada que indique que las mujeres que se sometieron a una fertilización *in vitro* generalmente estén impedidas de trabajar durante el tratamiento de fertilidad o embarazo”.

Finalmente, y en coincidencia con las expresiones que vertiera la Defensoría General de Equidad de Género croata, el TEDH expresa su preocupación por las connotaciones o, antes bien, por la noción que subyace en la conclusión de las autoridades domésticas, ya que entiende que ella implicaría partir de la idea de que “las mujeres no deberían trabajar o buscar empleo durante el embarazo o la mera posibilidad de estar embarazadas”. En ese sentido, visualizó que esta especie de “estereotipo de género presenta un obstáculo serio para lograr una real y sustantiva igualdad de género”,<sup>23</sup> la que califica como una de las metas principales de los Estados miembros del Consejo de Europa. Por otra parte, puso de relieve que las consideraciones de las autoridades domésticas no solo habían demostrado estar en violación a la legislación croata, sino también en contradicción con los estándares de igualdad de género internacionales relevantes, tales como los de la CEDAW, de la Convención de Estambul, del Convenio 183 OIT o de la Recomendación (2019) del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En suma, el TEDH finaliza sus consideraciones reiterando que negarse a emplear o a reconocer un beneficio relacionado con el empleo a una mujer embarazada por causa de su embarazo constituye una discriminación directa por razones de sexo, la que no se puede justificar por los intereses financieros del Estado. Y en base a lo anterior, considera que el tratamiento diferente al que se sometió a

---

<sup>22</sup> Ídem nota 12, párr. 81.

<sup>23</sup> Ídem nota 12, párr. 83.

Kristina Jurčić, como mujer que quedó embarazada por una fecundación *in vitro*, no fue justificado objetivamente ni necesario en las circunstancias, implicando la trasgresión de la prohibición de discriminación fijada por el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en conjunción con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

c) *El voto concurrente del Juez Wojtyczek*. En su voto concurrente, el juez Wojtyczek exteriorizó sus reservas respecto a la forma en que el Tribunal había conceptualizado la discriminación. Señaló que las partes del razonamiento que presentan la naturaleza de la discriminación eran confusas. Enfatizó que, para establecer una discriminación, es necesario identificar la clase de personas que se encuentran en una situación similar y la clase de personas que se encuentran afectadas por la diferencia en el tratamiento y que, en este caso, ninguna de las dos clases de personas fue definida con precisión. Así, estima que, en su opinión, en el presente caso:

la clase de personas que se encuentran en una situación relevantemente similar abarca a todos los empleados. Todas estas personas reciben un ingreso relacionado con el empleo –así sea un salario o un beneficio que compensa la pérdida del salario si no pueden trabajar–. La diferencia de tratamiento no concierne a una persona aislada sino a toda una clase de personas que pueden definirse –en términos generales– como sigue: (i) mujeres que ingresan a un empleo durante el embarazo; y (ii) que no pueden trabajar durante el embarazo; y (iii) a quienes se les priva de la pensión que compensa la pérdida del salario; aunque (iv) no se ha establecido ningún tipo de fraude por parte de esa persona.

Explicó el magistrado que, desde su visión, las autoridades croatas introdujeron una diferenciación injustificada entre esa clase de personas y la clase que consiste en todos los otros empleados, al negarse a otorgar un beneficio relacionado con el trabajo. Que esa negativa no se basó en el sexo en sí ni en el embarazo en sí, sino en un presunto fraude supuesto desde el momento en que se firmó el contrato de trabajo. Y dijo más, ya que afirmó que “la clase de personas discriminadas abarca no solo a mujeres que se sometieron a una fertilización *in vitro* sino también a otras mujeres embarazadas”; que la “forma en que se embaraza una mujer es irrelevante para definir la clase de personas que son indebidamente diferenciadas por las autoridades”.

El magistrado también objeta el cuestionamiento que se realiza a las autoridades como manifestaciones estereotipadas, pues indica, en resumen, que el Tribunal no especificó cuáles expresiones de las autoridades croatas tiene en mente, así como que no hay motivos suficientes para imputar a las autoridades croatas en ese sentido.

## 8. Consideraciones finales

Creemos que la decisión del TEDH es acertada, en tanto pone claramente el foco en los estereotipos subyacentes. En concreto, es claramente violatorio de la prohibición de discriminación en razón del

sexo y revelador de una mirada distorsionada por un prejuicio patriarcal, el temperamento reiterado que realizaba el Fondo de Seguro de Salud de Croacia, de verificar y controlar las condiciones del seguro, presumiendo (sin un juicio previo) el fraude de los contratos laborales celebrados por todas aquellas mujeres que, como la Sra. Jurčić, accedían al empleo en etapas iniciales de un embarazo, fuera este natural o surgido a través de técnicas de reproducción asistida.

Colocar en una categoría sospechosa de fraude a la mujer embarazada que reclama prestaciones sustitutivas de su salario, por el solo hecho de haber pasado poco tiempo entre la fecha en que tomara el seguro obligatorio –imperativo para cualquier/a trabajador/a– y la fecha de reclamo del pago de la prestación por la contingencia (en este caso, el salario compensatorio por un embarazo con complicaciones), dando de baja el seguro y negando los beneficios, conspira contra la igualdad real de oportunidades y de trato entre varones y mujeres en el mundo del trabajo productivo.

Esta manera de operar arrasa con los derechos de las mujeres en la esfera del empleo, garantizados por la CEDAW; desconoce la importancia social de la maternidad y convierte a su capacidad natural de gestar, en una causa de discriminación y, por lo tanto, en un obstáculo para el desarrollo pleno de su empoderamiento económico y, en general, del goce completo de los derechos humanos, en igualdad de condiciones con el hombre.

En la conducta de las autoridades domésticas estaba presente el preconceito de que “las mujeres no deberían trabajar o buscar empleo durante el embarazo o la mera posibilidad de estar embarazadas”, como lo destaca el Tribunal de Estrasburgo, en un juzgamiento que, sin duda, fue efectuado con adecuada perspectiva de género. Es que para juzgar con perspectiva de género no alcanza con que un tribunal conozca el derecho, en su dimensión multinivel –de normas internacionales y domésticas–, sino que resulta imprescindible que, a ese conocimiento del derecho positivo, los jueces y las juezas sumen el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que provocan los estereotipos patriarcales, arraigados muy profundamente en todos/as quienes hemos sido socializados/as en ese orden de relaciones de poder desigual.

Son esos estereotipos, prejuicios o “preconcepciones de atributos”, para usar palabras de la Corte IDH,<sup>24</sup> infinidad de veces imperceptibles, los que afectan la objetividad, distorsionan la percepción de los hechos, dan lugar a decisiones que perpetúan las desigualdades y, de esa forma, siguen siendo causa y consecuencia de la violencia de género.

24 Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párrs.401 y 540.





# Trata de personas. Derechos de las víctimas

## TEDH. *Case of V.C.L. and A.N. v. The United Kingdom*, 16 de febrero de 2021

*Por Alejandro Sebastián Ale<sup>1</sup>*

---

### 1. Introducción

El presente comentario pretende brindar algunas reflexiones en relación con la sentencia del TEDH en el caso “V.C.L. and A.N.” y los alcances que el tribunal le dio a la libertad personal, dignidad, debido proceso, juicio justo y defensa en juicio, en dos procesos contra víctimas de trata. Al finalizar, analizaremos esas conclusiones en clave de derecho interno.

### 2. Los hechos y la respuesta jurisdiccional del Estado

Dos jóvenes vietnamitas fueron acusados en procesos diferentes y condenados por la Justicia del Reino Unido por delitos relacionados con drogas, tras ser descubiertos en granjas de cannabis cuando aún eran menores de edad.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Especialista en Administración de Justicia (UBA) y Maestrando en Derechos Humanos (UNLP). Docente de Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA). Se desempeña laboralmente en la Defensoría Pública Oficial ante los Tribunales Federales de Primera y Segunda Instancia de La Plata.

En el primer caso, durante la ejecución de una orden judicial por drogas, las autoridades policiales descubrieron a un joven (en adelante, el “primer solicitante”) en una vivienda donde había 420 plantas de cannabis. En esa oportunidad, fue encontrado solo, en posesión de un teléfono móvil con crédito y dinero en efectivo.

Durante el interrogatorio policial declaró que tenía quince años, que había entrado al país de forma ilegal y que dos personas lo habían recibido y llevado a una granja de cannabis para trabajar. Dijo que, aunque se dio cuenta de que allí se cultivaba cannabis, no sabía que era ilegal. Frente a ese panorama, fue formalmente acusado de producción de estupefacientes.

Durante el trámite del proceso una organización benéfica de asesoría y representación legal, así como también los servicios sociales de ese país, pusieron de resalto al representante del joven la preocupación que les generaba el caso frente a la posibilidad de que fuera una víctima de trata laboral. Sin embargo, en la entrevista con su abogado no se exploró esa posibilidad y, contrariamente a ello, por consejo de su letrado, se declaró culpable. Cabe remarcar que el joven había dado previamente instrucciones de “no culpabilidad” a su abogado y había indicado que estaba asustado.

Más tarde, diferentes abogados le informaron que podía anular su declaración de culpabilidad basándose en que había sido objeto de trata laboral, y a partir de allí comenzó un tortuoso camino procesal, que culminó con una condena a veinte meses de reclusión en una institución para jóvenes.

En el segundo caso, las autoridades policiales ingresaron a una residencia tras recibir información sobre la presunta comisión de un robo. Cuando llegaron allí, en cambio, descubrieron una gran plantación de cannabis y a un grupo de ciudadanos vietnamitas en su interior. Entre ellos se encontraba un joven de diecisiete años de edad (en adelante, el “segundo solicitante”), quien fue arrestado conjuntamente con el resto.

Durante el interrogatorio policial el joven declaró que, tras llegar al país, conoció a un grupo de connacionales que se ocuparon de él y lo llevaron a la granja de cannabis donde comenzó a trabajar sin remuneración alguna. Tras su arresto, se encontró dinero en su poder y como inicialmente dio su año de nacimiento en 1972 (cuando en realidad había nacido en 1992), fue tratado por las autoridades como un adulto.

En el interrogatorio policial indicó que al salir de Vietnam había viajado al Reino Unido a través de República Checa. Poco después de su llegada, conoció a algunos vietnamitas, quienes le dieron alojamiento, ropa y comida. Después de una semana lo llevaron a la fábrica donde fue encontrado, en la que se encargaba de regar las plantas y cocinar. Dormía, comía y trabajaba en la fábrica y no le pagaban por su trabajo. Además, en distintas oportunidades recibió amenazas de muerte y dijo que creía que la salida de la fábrica estaba vigilada.

Fue acusado de producción de estupefacientes y, por recomendación de su defensor, se declaró culpable. No se exploró judicialmente (ya sea por su defensa o por parte de las autoridades intervinientes)

los dichos de este joven sobre su situación de vulnerabilidad y explotación. En ese contexto, fue condenado a la pena de 18 meses de prisión.

### 3. Trámite posterior

Una ONG y otros organismos consideraron que había pruebas sólidas para sostener que los solicitantes habían sido víctimas de trata, en relación con sus trabajos forzados y sus confinamientos en las granjas de cannabis.

A ambos peticionarios se les concedió la posibilidad de recurrir fuera de plazo sus condenas. Argumentaron, entre otras cosas, que debió valorarse su condición de víctimas de trata y que debían anularse sus declaraciones de culpabilidad porque eran víctimas creíbles de trata.

El 20 de febrero de 2012, el Tribunal de Apelación consideró que las víctimas de trata de personas no adquirirían automáticamente la inmunidad judicial. Determinó que la obligación del Reino Unido, en relación con la posibilidad de no castigar a las víctimas de trata, dependía de la potestad de los fiscales para decidir en cada caso si sería inapropiado proceder o continuar con el enjuiciamiento de un acusado. A su vez, el tribunal consideró que la decisión de enjuiciarlos había estado ampliamente justificada y desestimó los recursos, modificando el plazo de las detenciones dispuestas. Más tarde, se les denegó la autorización para recurrir ante el Tribunal Supremo. Se sucedieron nuevos recursos en el orden interno que no tuvieron éxito, hasta que el caso arribó al TEDH.<sup>2</sup>

### 4. La sentencia del TEDH

El TEDH examinó los hechos de ambos casos fundamentalmente a la luz de los artículos 4 “prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado” y 6 “derecho a un proceso equitativo” del Convenio Europeo de Derechos Humanos y condicionó la existencia de una violación al segundo a la comprobación del primero; es decir, si como resultado del incumplimiento por parte del Estado de la obligación positiva que surge en virtud del artículo 4, se les negó un juicio justo o equitativo. Finalmente, rechazó la violación al artículo 14 “prohibición de discriminación” planteada por uno de los solicitantes, por defectos propios del pedido efectuado.

Así, en cuanto a la obligación del Estado de afrontar que nadie pueda ser sometido a esclavitud o servidumbre o pueda ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio, el TEDH decidió bucear en los instrumentos que robustecen la definición de trata de personas, para luego efectuar un análisis concreto sobre los alcances del artículo 4 de la Convención en relación con los hechos que tuvo por probados.

<sup>2</sup> TEDH. *Case of V.C.L. and A.N. v. The United Kingdom*, Application no. 77587/12 and 74603/12, Court (Fourth Section), 16 de febrero de 2021, párrs. 43 y 44.

En ese sentido, resulta importante destacar que el TEDH observó nuevamente<sup>3</sup> que en el caso no es determinante identificar si el trato brindado a los dos jóvenes extranjeros que trabajaban en granjas de cannabis constituyen supuestos de “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzado u obligatorio” en los términos del artículo 4 del CEDH, sino que esos supuestos fácticos deben pasar previamente por el tamiz de lo normado en el artículo 3 (a) del Protocolo de Palermo<sup>4</sup> y el artículo 4 (a) de la Convención para la Lucha contra la Trata de Personas.<sup>5</sup>

Estimo que, una vez más, el TEDH debe acudir a esta normativa para sortear los cuestionamientos que le podrían caer sobre la interpretación literal del artículo 4 del CEDH, al no encontrarse la trata de personas, en sus formas actuales, expresamente mencionada en dicha norma. Sostiene el Tribunal, entonces, que el CEDH, como instrumento vivo, debe complementarse con las definiciones sobre trata de personas que surgen de los referidos tratados.<sup>6</sup> Con esa plataforma, construye toda la estructura en que se sostiene la responsabilidad de los Estados parte en relación con el artículo 4 del CEDH; en particular, las obligaciones positivas de los Estados que requieren no solo la prevención, sino también la protección e investigación de la situación en que se encuentran las víctimas.

Sostiene entonces que el artículo 4 CEDH implica una obligación positiva específica para los Estados de sancionar y perseguir eficazmente cualquier acto destinado a mantener a una persona en una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso u obligatorio. Para cumplir con esa obligación, los Estados deben establecer un marco normativo específico para prevenir y sancionar la trata y proteger a las víctimas mediante un doble enfoque: de una cara de la moneda, la sanción a sus autores, y de la otra, el resguardo a las víctimas.<sup>7</sup>

Así, se incluye como obligación del Estado: (1) el deber de establecer un marco legislativo y administrativo para prohibir y sancionar la trata; (2) el deber, en determinadas circunstancias, de tomar medidas operativas para proteger a las víctimas, o posibles víctimas, de la trata; y (3) una obligación procesal de investigar situaciones de posible trata.

A mi juicio lo más interesante del fallo guarda relación con la obligación positiva de los Estados relativa a la situación en la que se encuentran las víctimas: los Estados no pueden mirar para otro lado.

3 Como ya lo había hecho en “Rantsev c. Chipre y Rusia”, Application no. 25965/04, 7 de enero de 2010.

4 Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

5 La expresión “trata de seres humanos” designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante amenazas de recurrir a la fuerza, recurso a la fuerza o cualquier otra forma de obligación, mediante rapto, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

6 Ídem nota 2, párr. 149.

7 Ídem nota 2, párr. 150, 151 y 152.

El artículo 4 del CEDH exige a los Estados adoptar medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de la trata y para que surja esta obligación en concreto se debe demostrar que el Estado conocía o debía tener conocimiento de circunstancias que dan lugar a una sospecha creíble de que una persona había estado o está en riesgo real e inmediato de ser objeto de trata o explotación en los términos de los artículos 3 (a) del Protocolo de Palermo y 4 (a) de la Convención para la lucha contra la Trata de Personas.<sup>8</sup>

Así, cuando las autoridades no tomen las medidas apropiadas para evitar esa situación de riesgo o explotación actual, habrá una violación concreta al artículo 4 del CEDH.

El estándar que se replica en este precedente es por demás interesante: significa ni más ni menos que los Estados deben prestar especial atención en todos los asuntos que llegan a conocimiento de las autoridades y observar detenidamente si por las características del caso se enfrentan a una situación de explotación o trata laboral. Este requisito particular de detección temprana no depende de una denuncia de la víctima o sus familiares, sino que una vez que el asunto ha llegado a conocimiento de las autoridades deben actuar de oficio y agotar los recursos disponibles para desenmascarar esa situación.

A su vez, esto genera otro escenario particular para los Estados que debe ser examinado con mayor detalle: me refiero a los casos en donde se enjuicia penalmente a una víctima de trata por la posible comisión de un delito.

El propio TEDH sostiene que hasta ese momento no se le había presentado un caso de esas características y brinda una serie de precisiones al respecto, a la luz del artículo 26 de la Convención para la Lucha contra la Trata de Personas, el artículo 8 de la Directiva contra la Trata y el artículo 4 (2) del Protocolo del Convenio sobre trabajo forzoso de la OIT. Esos instrumentos son válidos para interpretar el enjuiciamiento a víctimas y extraer conclusiones sobre el “no castigo”. En esos supuestos, las autoridades estatales de los Estados parte deberían tener derecho, pero no están obligadas a no enjuiciar.<sup>9</sup>

Esto no contradice el deber del Estado de adoptar todas las medidas operativas para proteger a las víctimas o potenciales víctimas cuando tenga conocimiento o debieran tener conocimiento de su existencia y sometimiento. Generalmente, las autoridades policiales u oficinas públicas son los primeros representantes del Estado que toman contacto con esta clase de situaciones, razón por la cual es fundamental la capacitación de todos los órganos para que puedan detectar de manera temprana a posibles víctimas de trata.

Asimismo, tan pronto como las autoridades tengan conocimiento o deban tener conocimiento de las circunstancias que dan lugar a una sospecha creíble de que una persona pudo haber cometido un delito por haber sido objeto de trata o explotación, debe ser evaluada de inmediato por personas capacitadas y calificadas para ocuparse de las víctimas de trata. En ese caso, sostuvo el TEDH que esa evaluación debe basarse en criterios identificados en el Protocolo de Palermo y la Convención para

---

<sup>8</sup> Ídem nota 2, párr. 160.

<sup>9</sup> Ídem nota 2, párr. 158.

la Lucha contra la Trata de Personas. Una vez que se ha realizado esta evaluación, cualquier decisión judicial que se adopte deberá tener en cuenta ese criterio.<sup>10</sup>

En síntesis, los Estados están obligados a detectar de manera temprana situaciones de trata o explotación laboral –las oficinas públicas y personal policial son quienes deben estar más atentos a esta cuestión– y deben intervenir personas capacitadas para ocuparse del caso y formular las evaluaciones pertinentes. Luego, en caso de que exista un delito que pudo haber sido cometido por estas víctimas de trata en razón de la explotación que padecen, el Estado a través de sus organismos de investigación y jurisdiccionales debe tener en cuenta esa información al momento de acusar y resolver, debiendo contar con una válvula de escape, que es la “no punibilidad” o “no culpabilidad”, para no llevar adelante procesos contra verdaderas víctimas de explotación y sometimiento.

En ese sentido, deben considerar durante todo este proceso de evaluación, la posibilidad de que la víctima sea vulnerable o no haya podido prestar el consentimiento libremente, principalmente en casos donde estén involucrados niños, niñas o adolescentes, o cuando el empleador abusa de su poder o se aprovecha de una relación jerárquica, y frente a ese panorama, observar si el delito que habrían cometido esas víctimas de trata se conecta con su situación de explotación o vulnerabilidad. Algo similar a lo que disponemos en nuestro derecho interno a partir de la incorporación del artículo 5 de la ley de trata de personas.<sup>11</sup>

A la luz de lo expuesto, en el caso del primer solicitante el TEDH detectó que al haber descubierto la policía a este joven extranjero en una granja de cannabis durante la ejecución de una orden judicial por drogas, las autoridades deberían haber estado especialmente alertas a la posibilidad de que pudiera ser víctima de trata –primer momento–. Para ese entonces, el colectivo de ciudadanos vietnamitas ya había sido identificado por las oficinas estatales del Reino Unido como un grupo vulnerable específico y las autoridades contaban con directrices para intentar identificar la problemática. Particularmente, contaban además con una guía donde se mencionaba que los niños víctimas de trata podrían ser reacios a revelar las circunstancias de su explotación, ya sea por temor a represalias, por lealtad a sus traficantes o porque han sido entrenados previamente. También, que podrían estar sujetos a coacción psicológica o amenazas.<sup>12</sup>

Luego, los actores que participaron en el proceso judicial que se llevó adelante en virtud de esa investigación inicial debieron estar más atentos a las pautas de alarma que la policía omitió y que más tarde fueron brindadas por los servicios sociales y otros organismos no gubernamentales. Inclusive con las manifestaciones del propio acusado (segundo momento).<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Ídem nota 2, párr. 160.

<sup>11</sup> Ley N° 26364, modificada por Ley N° 26842, art. 5: “No punibilidad. Las víctimas de la trata de personas no son punibles por la comisión de cualquier delito que sea el resultado directo de haber sido objeto de trata. Tampoco les serán aplicables las sanciones o impedimentos establecidos en la legislación migratoria cuando las infracciones sean consecuencia de la actividad desplegada durante la comisión del ilícito que las damnificara”.

<sup>12</sup> Ídem nota 2, párr. 163, 164 y 171.

<sup>13</sup> Ídem nota 2, párr. 168 y 170.

En ambos momentos no se tuvieron en cuenta estas pautas de alarma. Ello impidió confrontar lo argumentado por las autoridades judiciales contra el primer joven para juzgarlo y condenarlo (me refiero a lo alegado en cuanto a que contaba con dinero en efectivo, un teléfono móvil, que tenía alimentos, que en la fábrica no estaba encerrado y que su relato era, en partes o por momentos, inconsistente); con las declaraciones del propio joven y la posibilidad de pensar que se encontraba sujeto a coacción psicológica o amenazas, o si temía a represalias, era leal a sus traficantes o había sido entrenado. Si se hubiera aceptado desde un primer momento que el primer solicitante era un adolescente víctima de trata también se podría haber tenido la posibilidad de no enjuiciarlo o enjuiciarlo si se consideraba que el delito por el que fue juzgado (tráfico de estupefacientes) no estaba conectado con el delito de trata de persona del que era víctima.

A la luz de esa omisión, el TEDH consideró que el Estado no cumplió con el deber que le impone el artículo 4 del CEDH de tomar medidas operativas para proteger al primer demandante, ya sea inicialmente, como potencial víctima de trata de personas, o bien posteriormente, como víctima de trata reconocido por las autoridades.

Lo propio sucedió en el segundo caso, porque las autoridades policiales desestimaron las manifestaciones iniciales del joven sobre los temores que lo aquejaban (primer momento), pero tampoco la tuvieron en cuenta los abogados y autoridades judiciales que intervinieron en el proceso, cuando ya conocían que el joven era menor de edad (segundo momento).<sup>14</sup> Mucho menos consideraron las propias directrices que fueron elaboradas como pautas de alerta para este tipo de casos, que ya fueron señaladas anteriormente, lo cual atenta contra la obligación positiva que tienen los Estados de tomar medidas operativas para proteger a las víctimas de trata (art. 4 del CEDH).

Consecuentemente, el TEDH consideró que Reino Unido era responsable por la violación del artículo 4.

En segundo lugar, y como mencioné más arriba, el TEDH se ocupó de realizar una evaluación de la presunta violación del artículo 6.1 del CEDH, en relación con la violación del artículo 4 del mismo instrumento.

El TEDH apuntó en primer término contra los abogados que intervinieron en el caso. Sostuvo que, aunque las víctimas de trata no son inmunes al enjuiciamiento, la condición de una persona como víctima debe ser tomada en cuenta al momento de elaborar la estrategia de defensa. Por lo tanto, las pruebas relativas a la condición de víctima de trata de un acusado son un aspecto fundamental de la defensa que debe poder obtener una persona sin ningún tipo de restricción.<sup>15</sup>

En ambos casos los abogados de los solicitantes parecen haber descartado de plano la posibilidad de que fueran víctimas de trata: en el primer solicitante, la posibilidad de que fuera víctima de trata fue planteada por diversos actores, pero su abogado consideró que la sugerencia de cambiar su estrategia

<sup>14</sup> Ídem nota 2, párr. 176, 177, 180 y 181.

<sup>15</sup> Ídem nota 2, párr. 195 y 196.

de defensa era “escandalosa”; en el segundo, al parecer el abogado también fue alertado, pero eso no provocó ninguna modificación en la estrategia de defensa.

De seguido, el señalado por el TEDH fue el Estado parte, sobre quien recae una obligación aún más fuerte que sobre los abogados. Consideró que, si bien los abogados defensores deben indudablemente estar atentos a los indicadores de trata, el hecho de que no reconozcan o no actúen sobre dichos indicadores no pueden por sí mismo aliviar al Estado y sus agentes de la responsabilidad de hacerlo. Las autoridades están obligadas a intervenir en caso de un manifiesto incumplimiento por parte del abogado de proporcionar una representación efectiva.<sup>16</sup>

El TEDH concluyó que el Estado no puede esconderse detrás de las deficiencias de la asistencia letrada, cuando esas carencias equivalen a una falta manifiesta de una efectiva representación. Consecuentemente, no puede esperar exclusivamente que los abogados le digan cuándo alguien es víctima de trata. Tampoco debe esperar exclusivamente esa actitud por parte de las víctimas y mucho menos cuando se trata de niños víctimas, porque los niños víctimas de trata son un grupo particularmente vulnerable que puede no ser consciente de que han sido víctimas de trata o que pueden tener demasiado miedo de revelar esa información a las autoridades. No se les puede exigir que se identifiquen a sí mismo ni ser sancionados por no hacerlo.<sup>17</sup>

Por el contrario, es el Estado quien debe asumir un rol preponderante (obligación positiva) tanto para proteger a las víctimas de trata, como para investigar las situaciones de trata potencial. Asimismo, en determinados contextos donde se investiguen delitos penales, debe verificar si la persona que se encuentra acusada no es o ha sido víctima de trata; y en ese caso, si el delito que se investiga se conecta o guarda relación con esa posición de víctima.<sup>18</sup>

Ello significa que el hecho de que las autoridades (policiales, judiciales o de cualquier rama del Estado) no llevaran a cabo una evaluación oportuna para conocer si los solicitantes fueron víctimas de trata equivale a un incumplimiento de sus obligaciones positivas en virtud del artículo 4 del CEDH, situación que les impidió obtener pruebas que pudieron haber constituido un aspecto fundamental en su defensa en ese especial contexto, en los términos del artículo 6.1 del CEDH.

Resta analizar para el TEDH qué sucede con esas declaraciones de culpabilidad que fueron pronunciadas por ambos jóvenes en cada uno de sus procesos e interpretar si ese acto procesal de reconocimiento expreso constituye una verdadera renuncia a sus derechos y garantías.

En este caso, sostuvo el Tribunal que no se opone a declaraciones o acuerdos de culpabilidad, siempre y cuando esa decisión sea producto de un proceso donde el declarante reciba el asesoramiento adecuado, que debe ser sustentado en información de calidad.<sup>19</sup> Reitera que la decisión de aceptar un acuerdo de culpabilidad debe ir acompañada de las siguientes condiciones: a) el acuerdo debe aceptarse con

---

16 Ídem nota 2, párr. 198.

17 Ídem nota 2, párr. 199.

18 Ídem nota 2, párr. 202.

19 Ídem nota 2, párr. 201.



pleno conocimiento de los hechos del caso y las consecuencias legales y de una manera genuinamente voluntaria; y b) el contenido del trato y la equidad de la manera en que se haya alcanzado entre las partes deben estar sujetos a una revisión judicial suficientes.<sup>20</sup>

Esto quiere decir que ante la ausencia de una evaluación cierta y concreta sobre la posibilidad de que ambos solicitantes fueran víctimas de trata de personas y si ese hecho pudo haber tenido algún impacto en la responsabilidad penal por los hechos por los que fueron juzgados, esos reconocimientos de culpabilidad no fueron logrados con pleno conocimiento de los hechos. Es decir, los solicitantes no recibieron previamente información de calidad que les permitiera arribar, de manera consciente y plena, a una decisión de declararse culpables. Tampoco fueron asesorados ni pudieron contar con otras estrategias de defensa distintas a las adoptadas. La ausencia de esa evaluación hace que cualquier renuncia a los derechos por parte de los solicitantes sea contraria al interés público de combatir la trata y proteger a sus víctimas.

Por ello, el TEDH consideró que no puede considerarse justo el proceso en su conjunto y, en tal sentido, hubo una violación también del artículo 6.1 del CEDH.

## **5. A modo de conclusión: enseñanzas que pueden ser valiosas para nuestro derecho interno**

Más allá del laberíntico proceso que debieron transitar ambos jóvenes para encontrar reconocimiento de sus situaciones como víctimas de explotación o trata laboral, lo cierto es que el fallo del TEDH nos deja algunas saludables enseñanzas que deberíamos tener en cuenta también en nuestro derecho interno.

En primer lugar, la obligación por parte de los Estados de adoptar medidas operativas para proteger a las víctimas o posibles víctimas de trata.

En segundo lugar, la obligación positiva de investigar las situaciones de trata. Para ello se necesita visibilizarlas, lo cual se adquiere, primordialmente, mediante un proceso sostenido de capacitación que debe estar a la vanguardia. Paralelamente, es necesaria la elaboración de protocolos o directrices que sirvan como guía para el descubrimiento temprano de este tipo de casos. Esta capacitación debe estar direccionada, inicialmente, hacia aquellos organismos del Estado que tienen una presencia fuerte en el territorio o que tienen la obligación de investigar (por ejemplo, el personal policial o de prevención y demás organismos gubernamentales u oficinas públicas con capacidad para realizar una detección prematura de los casos). En relación con los protocolos o directrices, deben ser útiles como puntos de partida genéricos para anticipar una actuación y evaluar, desde el comienzo, posibles hipótesis de trabajo.

Luego, frente a la judicialización del caso, esa misma capacitación debe replicarse en los operadores del servicio de administración de justicia (jueces, fiscales, abogados defensores, auxiliares de la justi-

<sup>20</sup> Criterio mencionado previamente en *Case of Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia*, Application no. 9043/05, Court (Third Section), 29 de abril de 2014.

cia, etc.) para que en un segundo momento –cuando falló ese primer proceso de detección temprana o cuando existen dudas razonables sobre su existencia– puedan evaluar de manera consistente cada situación. En el caso de fiscales y defensores, para que puedan aplicar ese conocimiento en los propios litigios que enarbolan, y en el caso de los jueces, para que también puedan fallar de acuerdo a ese criterio.

No nos debemos olvidar de los actores principales: las víctimas de esta clase de explotación, quienes también deben recibir información de calidad sobre su situación y posibles estrategias de defensa o entender la acusación que se les cursa, para poder incorporar su voz a los procesos con un panorama acabado que contemple sus situaciones concretas.

Asimismo, debe reconocerse el rol de las organizaciones no gubernamentales que juegan un papel preponderante en este tipo de procedimientos. Sus opiniones, análisis e investigaciones deben ser considerados durante toda la investigación.

Pero también debemos mirar hacia adelante y saber qué paso con estas víctimas luego de finalizados estos procesos, porque la tendencia a su revictimización es altamente factible. El seguimiento de estos casos aparece como una pieza clave en todo este entramado.

En síntesis, los Estados no pueden mirar más para otro lado, ni seguir escondiendo estas situaciones. El fallo del TEDH nos compele a despabilarnos.

# Derecho a la seguridad social. Derecho a la igualdad y no discriminación

TEDH. *Case of Yocheva and Ganeva v. Bulgaria*, 11 de mayo de 2021

Por *Damián Quevedo*<sup>1</sup>

---

## 1. Antecedentes

El fallo trata sobre las solicitudes presentadas por Katerina Borislavova Yocheva (primera solicitante) y Katerina Nicolova Ganeva (segunda solicitante), quienes tienen en común que son madres de niños cuyos padres son desconocidos y el Estado de la República de Bulgaria les negó un subsidio al cual ellas creían que podían ser beneficiarias y eran destinados a las familias que tenían un solo padre vivo.

El beneficio al cual ambas querían acceder estaba determinado por el artículo 7 (9) de la Family Allowances for Children Act 2002 (FACA) para padres cuyos niños tienen solo un progenitor vivo.

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Especialista en Derecho Constitucional (UBA). Relator en la Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Ayudante *ad honorem* en Derechos Políticos y Sistemas Electorales (UBA, 2016-2019).

## 2. Los casos

### 2.1. El caso de la segunda solicitante

Razones metodológicas me llevan a analizar el segundo caso en primer término, pues fue rechazado por el TEDH.

El caso fue llevado ante la Commission of the Protection against Discrimination (en adelante, la Comisión) por la denegatoria de las autoridades administrativas para acceder al subsidio dispuesto en el artículo 7(9) de la FACA. Esta falló a su favor, estableciendo que era un acto discriminatorio basado en el “estatus personal”, “origen” y “estado de familia”.

El Consejo de Ministros luego inició un procedimiento de revisión judicial ante el Tribunal Administrativo de la ciudad de Sofía y anuló la decisión de la Comisión, pues indicó que la sentencia podía ser apelada solo dentro de los catorce días a partir de la notificación. Esta decisión no fue apelada por la parte ni por la Comisión. Frente a ello, el TEDH consideró no agotadas las vías internas y desestimó la demanda.<sup>2</sup>

### 2.2. El caso de la primera solicitante

La Sra. Yocheva solicitó un subsidio familiar en septiembre de 2013 en virtud del art. 7 (9) de la FACA.<sup>3</sup> La Dirección de Asignaciones Sociales Familiares de Krasno Selo se negó a pagar la asignación a la solicitante por no cumplir los requisitos legales establecidos, ya que no había presentado los documentos requeridos en el reglamento para la implementación de la FACA, que disponía que las asignaciones mensuales para las familias con hijos en la escuela secundaria que no tuvieran más de 20 años y que tuvieran un solo progenitor vivo eran pagaderos previa presentación de una solicitud a tal efecto, a la que debía adjuntarse un certificado de heredero y un certificado de estado familiar.

Ante esta negativa, la solicitante impugnó la orden ante el órgano administrativo superior, la Agencia Regional de Asistencia Social, que confirmó la decisión con una conclusión similar. La solicitante inició un procedimiento de revisión judicial, señalando que el padre de los niños era desconocido y que la definición “niños con un solo padre vivo” de las Disposiciones Adicionales de la FACA no debía excluir a niños no reconocidos por su padre, pues era contraria al artículo 6.2 de la Constitución de la república búlgara que prohibía la discriminación por motivos de origen, entre otros.<sup>4</sup> Asimismo

2 TEDH. *Case of Yocheva and Ganeva v. Bulgaria*, Applications Nos. 18.592/15 and 43.863/15, Court (Fourth Section), 11 de mayo de 2021, párrs. 67-70.

3 Ídem, párr. 6 y 37. El subsidio era previsto para familias formadas por hijos con un solo progenitor vivo, y no se tenían en cuenta los ingresos de la familia como condición para recibirlo.

4 El mismo dispone: “Todos los ciudadanos son iguales ante la ley. No existirán privilegios o limitaciones a los derechos por raza, nacionalidad, identidad étnica, sexo, origen, religión, educación, opinión, afiliación política, estatus personal o social, o propiedades”.

invocó los artículos 16 de la Carta Social Europea, 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Tribunal Administrativo de la ciudad de Sofía anuló el pronunciamiento y remitió el caso a la Dirección para que emitiera uno nuevo conforme a las pautas establecidas por aquel. Las razones de este fallo radicaban en que el estado familiar de la solicitante era el de “persona soltera” y los certificados de nacimiento de los niños indicaban que el padre era “desconocido”.

Estableció que la ley no diferenciaba entre los niños que vivían en familias con un progenitor fallecido y niños que vivían en las familias donde los padres no estaban casados. Por ende, una madre y sus dos hijos, cuyo padre era desconocido, representaba una familia en el sentido de la disposición mencionada anteriormente. Asimismo, la denegatoria al subsidio era contraria al artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a que no protegía el interés superior de los hijos de la solicitante. Además, sin importar la forma en la que estaba redactada la norma de la FACA, era razonable pensar que se podía asimilar “un solo progenitor vivo” con niños con un solo progenitor, como era el caso de marras.

Consideró también que privar a ese progenitor del subsidio en pos de los derechos de los niños era discriminatorio en cuanto a la condición social con respecto al progenitor que estaba presente. Lo cierto es que el padre estaba ausente y que correspondía, a entender del Tribunal, que esos niños se encontraran en una situación idéntica a la de los niños cuyo padre (uno ellos) hubiere fallecido, máxime si se tiene en cuenta que el padre no está obligado a reconocer, bajo las leyes búlgaras, a los niños o casarse con su madre.<sup>5</sup>

La Dirección apeló esta decisión y el caso fue remitido al Tribunal Administrativo Supremo que anuló el fallo emitido por el tribunal inferior y rechazó la impugnación de la demandante. Hizo hincapié en los requisitos establecidos en la FACA –el certificado de herederos y de estado familiar; indispensable según este cuerpo legal–. Señaló que el *quid* de la cuestión era no la célula familiar como había establecido el tribunal inferior, sino que el progenitor no se hubiera vuelto a casar, pues el subsidio era otorgable a niños semihuérfanos a diferencia de los niños cuyo padre no los había reconocido y que para interpretar la normativa en cuestión habría que hacerlo de modo originalista –teniendo en cuenta la intención del legislador–.

A la misma solución arribó la Corte Constitucional de Bulgaria en su decisión del 27 de junio de 2013, en la que estableció que otorgar en esta situación el subsidio –haciendo una interpretación amplia de la Disposición N° 7(9) de la FACA– era contraria al artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ídem, nota 2, párrs. 12-16.

<sup>6</sup> La decisión N° 3 del 27/06/2013 se refería a un planteo efectuado por la Defensoría del Pueblo para declarar inconstitucional al art. 7 (9) de la FACA, en la medida en la que utilizaba la palabra “vivo”. La Corte se pronunció al respecto de la siguiente manera: la pérdida de uno de los padres era el factor más importante que afectaba a cualquier entorno familiar. En primer lugar, niños cuyos padres (ambos) habían fallecido y, en segundo lugar, niños cuyo padre (uno de los dos) hubiere fallecido y que había una diferencia significativa con el caso de uno de los progenitores que no habría reconocido al niño o niños. En este caso el niño

### 2.2.1. Admisibilidad

La cuestión a debatir era si la decisión última de los tribunales búlgaros estaba en violación de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

El TEDH establece la admisibilidad de estos artículos en razón de la materia en el caso del artículo 14, pues este no puede existir independientemente al ser sus efectos relativos al goce de los derechos y libertades.

El gobierno de Bulgaria adujo que la solicitud debía ser desestimada en virtud de que la demandante no había sufrido una desventaja significativa (el subsidio era considerado insignificante por su valor, 43,5 euros al mes). El TEDH, tomando de referencia el principio *minimis non curat praetor* (los jueces no se encargan de cuestiones insignificantes), establece que la valoración de este mínimo de severidad para judicializar es naturalmente relativa y la gravedad de una infracción debe evaluarse teniendo en cuenta tanto las prescripciones subjetivas del solicitante como lo que está objetivamente en juego. Por lo que la percepción subjetiva debe estar justificada por motivos objetivos.<sup>7</sup>

El TEDH observa que el núcleo de la denuncia de la primera demandante se refiere a la exclusión de los hijos de padre desconocido de la asignación prevista por el artículo 7 (9) de la FACA y la consiguiente discriminación que supuestamente sufrirían a raíz de otorgársele el subsidio a los hijos de padres cuyo progenitor estuviere efectivamente fallecido. Es por ello que la cuestión no puede reducirse a una mera compensación económica. Añade también que la exigencia del establecimiento de identidad del padre para recibir la asignación tiene repercusiones más amplias para el derecho a no ser discriminado y el derecho a la vida privada de las personas que tienen la carga del cuidado de su familia en virtud de que el padre es desconocido.

Por ello, considera que la cuestión planteada es de carácter general y afecta la observancia del Convenio, por lo que puede ser necesario aclarar las obligaciones del Estado en virtud de los artículos 14 y 8 de aquel. Añade, por último, que el ordenamiento interno en dos niveles –judiciales– examinó la cuestión, el objeto de la denuncia que llegó al TEDH.<sup>8</sup>

### 2.3. El fondo del asunto

El TEDH establece que, según su jurisprudencia,<sup>9</sup> para que surja una cuestión relativa al artículo 14 del Convenio debe existir una diferencia en el trato de personas en las mismas o análogas circunstancias. El solicitante debe demostrar que en su caso se ha encontrado en situación similar a la de

---

tiene una acción para entablar la paternidad y su resultado tendría consecuencias personales a su favor, redundando el interés superior del niño ya que reviste una importancia crucial para el establecimiento de su condición jurídica.

7 Ídem, nota 2, párrs. 74-77.

8 Ídem, nota 2, párrs. 78-86.

9 TEDH. *Case of Fábán v. Hungary*, Application No. 78.117/13, Court (Grand Chamber), 5 de septiembre de 2017, párr. 113.

otros tratados de otra manera. El trato es discriminatorio si la justificación no es objetiva y razonable. También señala que los Estados contratantes disfrutaban de un margen de apreciación al evaluar si, y en qué medida, las situaciones de trato diferente son justificadas. Este alcance del margen de apreciación varía según las circunstancias, el tema y sus antecedentes, pero la decisión final sobre si se subsume en el articulado del Convenio es del TEDH.

Este margen es amplio, especialmente tratándose de derechos económicos, sociales y culturales,<sup>10</sup> pues son las autoridades locales las que están en mejores condiciones de decidir sobre el interés público por su conocimiento sobre motivos económicos y sociales siempre que no haya “falta manifiesta de fundamento razonable”.<sup>11</sup> El juego del artículo 14 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo N° 14 permite establecer un contexto en el que este margen de apreciación es amplio, pero las medidas implementadas por los Estados deben hacerse sin violación a la prohibición de discriminación y cumpliendo con el principio de proporcionalidad. En este contexto, el legislador ha sido limitado por el TEDH al establecer la “falta manifiesta de fundamento razonable”, si la normativa transitoria en cuestión fue llevada a cabo *ab initio* para corregir una desigualdad.<sup>12</sup>

El tribunal también considera que con el avance de la igualdad de género como objetivo en los Estados miembros del Consejo de Europa se deben aducir razones pesadas antes de que tal diferencia de trato pueda ser considerada compatible con el Convenio;<sup>13</sup> en especial referencias a tradiciones, supuestos generales o actitudes predominantes siendo justificaciones deficientes para basar la diferencia de trato. También ha señalado la importancia del trato igualitario a los niños nacidos dentro y fuera del matrimonio.<sup>14</sup>

En consecuencia, deben aducirse razones muy importantes antes de que una distinción basada en el nacimiento fuera del matrimonio pueda considerarse compatible con el CEDH.<sup>15</sup> La noción de discriminación en el sentido del artículo 14 también incluye los casos en los que una persona o grupo es tratado de manera menos favorable que otro sin la debida justificación, aunque el Convenio no exija un trato más favorable.<sup>16</sup> Este artículo no prohíbe todas las diferencias de trato sino las basadas en alguna característica específica, como un “estado”.

Establecidos estos principios, señala el Tribunal que corresponde al Estado, una vez que se demuestra el trato desigual, establecer la necesaria justificación.<sup>17</sup> Para aplicarlos al caso en cuestión, realiza un

10 TEDH. *Case of Carson and Others v. The United Kingdom*, Application No. 42.184/05, Court (Grand Chamber), 16 de marzo de 2010, párr. 61.

11 TEDH. *Case of Fabris v. France*, Application No. 16.574/08, 7 de febrero de 2013, Court (Grand Chamber), párr. 52.

12 Ídem, nota 2, párrs. 100 y 101.

13 TEDH. *Case of Konstantin Markin v. Russia*, Application No. 30.078/06, 22 de marzo de 2012, Court (Grand Chamber), párr. 130.

14 En este sentido, ver nota 9, párr. 58, y el Convenio Europeo sobre el Estatuto Jurídico de 1975 de niños nacidos fuera del matrimonio.

15 TEDH. *Case of Genovese v. Malta*, Application no. 53.124/09, 11 de octubre 2011, Court (Fourth Section), párr. 44.

16 TEDH. *Case of Biao v. Denmark*, Application No. 38.590/10, 24 de mayo de 2016, Court (Grand Chamber), párr. 90, y *Case of Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, Application Nos. 9.214/80, 9.473/81 y 9.474/81, 28 de mayo de 1985, Court (Plenary), punto II A.

17 Ídem, nota 2, párrs. 102-105.

test que comprende varios elementos: si la solicitante se encontraba en una situación similar o análoga a la de los padres sobrevivientes cuyos hijos habían sido reconocidos legalmente por el padre fallecido; si hubo diferencia de trato; si la diferencia de trato se basó en un “estado” previsto en el artículo 14 y si la diferencia estaba objetivamente justificada.

En referencia al primer punto, en el considerando 108 el Tribunal entiende que la situación de la solicitante es similar o análoga a la de los progenitores de niños cuyo padre o madre ha fallecido y se encuentra demostrado que son herederos. Señaló que el gobierno marcó que el objetivo principal e introducción del beneficio en cuestión fue la implementación de la política de protección a la familia y la infancia consagrada en la Constitución y que también estaba destinado a compensar el sufrimiento resultante de la muerte de uno de sus padres; pero que esta no parecía ser la razón principal del plan legislativo. Remarca que, al parecer, el plan legislativo, en particular la sección 7 de la FACA, está orientado a brindar apoyo continuo a los niños que crecen en situación desfavorable de manera más general, y la prestación mensual continua a las familias con niños que por diversas razones se encuentran en situaciones desfavorables, ya que poseen un solo progenitor en cargo suyo.

Para establecer si hubo diferencia de trato solo hace falta citar la denegatoria del subsidio por parte del último tribunal local al exigir los certificados mencionados anteriormente. El TEDH concluye de esta manera que hubo una situación diferente entre un grupo y el otro.

De los considerandos 110 a 113 del fallo se extrae que hubo discriminación por sexo, ya que un padre estaba en mucho mejor condición que una madre para proporcionar los documentos, a raíz de que un padre podría demostrar mucho más fácilmente que la madre de sus hijos había fallecido, mientras que, en el primer caso, dadas las circunstancias señaladas anteriormente (ver punto 1.2.2.), es mucho más complejo hacerlo.

Agrega con respecto a esta cuestión que la segunda razón por la cual se discriminó fue por su estado de madre soltera, pues la Corte había interpretado anteriormente que el lenguaje utilizado en la redacción de la FACA al establecer “un solo padre vivo” debía hacerse de la siguiente manera: “un padre sobreviviente”. Por lo que el TEDH considera que la familia de la primera solicitante fue excluida del beneficio por no poder cumplir con los requisitos exigidos, ya que sus hijos no tenían vínculos establecidos con su padre.

Por último, la cuestión que considero más importante es la falta de justificación por parte de la República de Bulgaria para establecer esta discriminación.<sup>18</sup> El Tribunal debió determinar si esta situación de discriminación perseguía un fin legítimo y razonablemente justificado en los términos del artículo 14 del Convenio. En este sentido, señala que es la propia normativa la que realiza la discriminación en su forma de redacción, separando (de la misma forma que lo interpreta la Corte búlgara) las familias con hijos de padre desconocido de las que tienen hijos cuyo progenitor/a esté fallecido.

---

18 Ídem, nota 2, párrs. 114-125.



El TEDH opina que esa distinción está basada en un modelo de familia obsoleto y muy tradicional, en particular, la expectativa de que debe haber dos padres con los que los niños hayan establecido previamente vínculos legales. Se ha sostenido con anterioridad que deberían aducirse razones de gran peso antes de que una diferencia de trato basada en el nacimiento fuera del matrimonio pueda considerarse compatible con el Convenio.<sup>19</sup>

En este sentido, las alegaciones del gobierno de que hubiera sido suficiente para la primera demandante demostrar que sus hijos habían tenido dos padres y que uno de ellos había muerto para que ella recibiera la asignación solo confirman esta comprensión estereotipada de familias como necesariamente tener dos padres legales. El TEDH reitera que estereotipos de esta naturaleza no pueden considerarse como justificación suficiente para una diferencia de trato, como tampoco estereotipos similares basados en raza, sexo, color u orientación sexual.

También, contrariamente a lo que el gobierno puso a disposición de la demandante y, exigió como documentación para ser elegible para el subsidio, el TEDH no considera que se deba exigir a la solicitante medidas como exigir al padre que reconozca a los hijos si el padre era conocido de ella, como condición previa para que su familia reciba el mismo trato que el de las familias con hijos que han establecido sus vínculos legales con ambos padres y uno de sus padres ha fallecido.

Aceptar esto equivaldría a una injerencia previa en su vida privada y familiar para que su familia reciba un trato igualitario. En consecuencia, condicionando la recepción del beneficio social a la divulgación de información íntima por parte del solicitante, y/o realizar gestiones judiciales a través de los tribunales para establecer la paternidad de los menores –todo lo cual cae de lleno en el ámbito de su vida privada y que ella no desea hacer–, equivale a hacer pleno ejercicio de su derecho al respeto a su familia; vida condicionada a que renunciara al ejercicio de su derecho al respeto de su identidad social y personal y de su integridad psicológica, todos ellos protegidos por el artículo 8 del CEDH. Por tanto, la existencia de tal requisito difícilmente puede considerarse objetivamente justificada.

Tampoco el Tribunal considera que los niños cuyo padre es desconocido se encuentren en mejores condiciones que los que hayan tenido un padre fallecido, pues estos además se encuentran en condición de ser herederos legales de su padre. En términos objetivos, se les priva a los primeros del cuidado y la protección de uno de sus padres al igual que a aquellos cuyo padre falleció. En el mismo sentido, la compensación a los niños de padres fallecidos a que hace referencia el gobierno, como sustituto (en parte) del trauma y el dolor generados por la pérdida del progenitor, no puede diferenciarse por la falta del progenitor en caso de estar ausente, por lo que el Tribunal no encuentra este argumento como razonable u objetivo.

Luego el TEDH se refiere a la carga que caería sobre el Estado de concederse a la demandante el beneficio. Bulgaria alega que resultaría en un costo excesivo, ya que se beneficiaría a ciertos grupos étnicos y sociales que tienen por costumbre no establecer la paternidad para poder cobrar beneficios sociales,

---

<sup>19</sup> Ídem, nota 15, párr. 44.

pero falla en la prueba de ello, pues no especifica cuáles serían estos grupos ni el alcance en caso de considerarlos *in totum*. De hecho, el TEDH, en su jurisprudencia, suele conceder un amplio margen de apreciación cuando se trata de medidas de seguridad social,<sup>20</sup> y los recursos que pueden dedicar los Estados a las prestaciones de esta índole son inevitablemente limitados. Más allá de eso, estas prestaciones de seguridad social deben ser otorgadas sin discriminación.

Por lo que concluye que el argumento vertido por el gobierno no es suficiente para justificar la desigualdad de trato. Es por ello que para justificar la diferencia de trato no existen, en el caso, razones de gran peso en términos de discriminación de sexo o estado. De esta manera, la República de Bulgaria ha violado los artículos 8 y 14 del CEDH.

### 3. Conclusiones y estado de la jurisprudencia local

Los temas relevantes a mi modo de ver orbitan en varios principios de derechos humanos: la prohibición de discriminación como aspecto parte del derecho de igualdad; el derecho a la intimidad y el derecho a la seguridad social sumados a la protección de la familia y el interés superior del niño.

En nuestro ordenamiento legal, el artículo 16 de la Constitución Nacional –correlacionado con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– prevé la igualdad de trato ante la ley, en especial, “igualdad ante la ley”. Este aspecto de la igualdad no solo implica el rol abstensivo del Estado, sino la migración a un rol más activo. En una obra de Nino<sup>21</sup> se resalta la diferencia entre “discriminación legítima e ilegítima”, provenientes de la normativa.

También se encuentra dentro de la protección al trato desigual la “diferencia entre racionalidad y razonabilidad”,<sup>22</sup> es decir, racionalidad como principio amplio y genérico referido a proporcionalidad de medios a fines y la segunda como la necesidad de no establecer clasificaciones arbitrarias.

En lo que respecta a los temas tocados por el TEDH en este caso, en nuestra jurisprudencia se pone en cabeza del Estado la carga de la prueba en normativa que se clasifica como de “categorías sospechosas”, que son las que rompen la presunción de constitucionalidad de las leyes por afectar, muy posiblemente, el desenvolvimiento democrático de la sociedad, o cuando se discriminan minorías “discretas o insulares”.

Aquellas se originan en la jurisprudencia norteamericana, en los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos –el célebre “United States v. Carolene Products”–, principalmente cuando muestra

20 TEDH. *Case of Ponomaryovi v. Bulgaria*, Application No. 5.335/05, 21 de junio de 2011, Court (Fourth Section), párr. 52.

21 Nino, C. S. (1992). Cap. II. E) Igualdad y Discriminación. *Fundamentos de Derecho Constitucional* (p. 411 y ss.). Buenos Aires: Astrea.

22 Saba lo define muy claramente en “El principio de igualdad en la Constitución Nacional” (Saba. R. [2009]. *Constitución de la Nación Argentina y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1. Buenos Aires: Hammurabi, p. 599 y ss.).

un alto grado de deferencia al legislador en sus puntos primero y segundo, y en su punto tercero hace referencia al principio de razonabilidad.<sup>23</sup>

También existe, íntimamente relacionada a estas categorías sospechosas, una interpretación de igualdad como concepto mixto de igualdad, la estructural. Con respecto a esta noción, el TEDH menciona las desigualdades estructurales en el fallo en su considerando 83 y la necesidad de actuación del Estado al respecto, en caso de existir alguna.

Nótese también que el Estado argentino es miembro del PIDESC y del PIDCyP, por lo que las consideraciones del Tribunal sobre ambos son relevantes, así como la interpretación análoga sobre derechos fundamentales entre la CADH y el CEDH, aunque el TEDH haga, fundamentalmente, una interpretación constitucional.<sup>24</sup> En el fallo, son realmente relevantes estas consideraciones, especialmente al tener en cuenta los temas sobre margen de apreciación en materia de seguridad social y derecho a la intimidad como esfera propia inviolable (conf. arts. 14, 14 bis y 19 de nuestra CN).

Cabe destacar al respecto que, como dice Diego García-Sayán,

si bien algunos instrumentos internacionales como la CADH o el PIDCyP contienen una disposición expresa de armonización del derecho interno con las normas internacionales, en el sistema europeo de derechos humanos, a falta de norma expresa, ese desarrollo ha quedado al impulso de las interpretaciones de los órganos de protección establecidos [...] Así, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Marckx vs. Bélgica* (1979), concluyó que la distinción legal entre hijos “legítimos” e “ilegítimos” prevaliente en los países europeos en la década del 50, era incompatible con la protección de la vida familiar de acuerdo a lo estipulado en el art. 8 de la CEDH.<sup>25</sup>

Es decir, la tendencia a la nacionalización de los instrumentos internacionales se puede ver en ambos tribunales: en nuestra Corte IDH –mencionando que normativamente existe de forma expresa– y en el TEDH, de forma pretoriana, con sus fallos.

Con respecto al interés superior del niño, nótese que el TEDH deja de lado los argumentos esgrimidos por el Estado de Bulgaria haciendo hincapié en que es una de las cuestiones de suma impor-

23 Ver CSJN 8/11/88 “Repetto, Inés c/ Provincia de Buenos Aires”, *Fallos* 311:2272, voto de los jueces Enrique Petracchi y Jorge Bacque (se consideró que establecer la nacionalidad como criterio para limitar el ejercicio del derecho a enseñar era inconstitucional por violar el derecho de igualdad ante la ley); CSJN 16/11/04 “Hooft Pedor Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa de Inconstitucionalidad”, *Fallos* 327: 5118 (en este caso la Corte entendió que la nacionalidad no era un criterio constitucionalmente válido para ejercer la judicatura). Ambos en *El principio de igualdad en la Constitución Nacional*, op. cit., nota 32.

24 Véase García Roca, J. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *El diálogo entre los Convenios Americano y Europeo de Derechos Humanos, período 2008-2011* (referencia: DER2008-06390-C04- 01/JURI).

25 Diego García-Sayán “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos” consultado en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/garcia.pdf> en octubre de 2021.

tancia al establecer las diferencias entre un grupo de niños y el otro (hijos de un padre desconocido e hijos de padre fallecido).

Como conclusión final, la decisión del TEDH es encontrada atinada por el suscripto y entiendo que localmente podría aplicarse como guía sobre la interpretación de diversos pactos que son parte de nuestro ordenamiento interno.

# Gestación por sustitución transnacional. Turismo reproductivo. Vida privada y familiar TEDH. *Case of Valdís Fjölnisdóttir and others v. Iceland*, 18 de mayo de 2021

*Por Natalia Hernández<sup>1</sup>*

## 1. Breves palabras introductorias

En el presente aporte analizaremos la sentencia emitida por el TEDH en materia de gestación por sustitución transfronteriza, realizada por una pareja femenina sin aporte de material genético propio, centrándonos en los obstáculos derivados de la solicitud de reconocimiento local del vínculo parental establecido en el extranjero.

### 1.1. Consideraciones generales sobre el fenómeno jurídico y social de la gestación por sustitución

A grandes rasgos, la gestación por sustitución (en adelante, GpS) puede ser definida como una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad por medio de la cual una persona, denominada

<sup>1</sup> Abogada (UNR). Profesora universitaria en Derecho (UNR). Adscripta de Derecho Civil V “Derecho de las Familias” y “Práctica Profesional II: Derechos Humanos de Niñez y Adolescencia” (Plan 2016) (FDER - UNR). Miembro integrante del Centro de Investigación de Derecho de la Salud (FDER - UNR) y del Centro de Estudios en Derechos Humanos y Derecho Natural (PUCA). Diplomada en Derechos Humanos desde la Perspectiva de Género, Autonomía y Derechos Humanos de las Mujeres, y Cultura de Derechos Humanos y Protección de la Salud (Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México). Diplomada en Derechos Humanos, Género y Víctimas (OEI). Asociada a la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPYONAF).

“gestante”, acuerda con otra o con una pareja, llamada “comitente/s”, gestar un embrión con el objetivo de que la/s persona/s nacida/s tenga/n vínculos jurídicos filiales con este/os último/s, en razón de su voluntad procreacional.

Partiendo de la premisa de que el lenguaje no es neutro, sino que tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, debemos evitar referirnos a este tipo de prácticas bajo expresiones peyorativas –aunque con fuerte arraigo popular– tales como “madres subrogantes”, “madres portadoras”, “madres sustitutas”, “gestación por cuenta de otro”, “madres de alquiler”, “madres arrendadas”, “madres suplentes”, “madres gestantes”, “alquiler de vientres”, “alquiler de úteros”, “maternidad subrogada”, “maternidad de encargo”, “subrogación de útero”, “gestación por encargo” y “gestación subrogada”, entre otras (Chiapero, 2012; Lamm, 2012), puesto que no hacen más que desdibujar su verdadera naturaleza, generando confusiones y rechazos. En su lugar, tal como lo han destacado voces autorizadas en la materia, debemos emplear la locución “gestación por sustitución” por ser la que mejor se adecua a la realidad, a las implicancias y a las complejidades que encierra esta institución (Notrica y Curti, 2018).

Excede por mucho el espíritu y la extensión de este comentario detenernos en el análisis exegético y pormenorizado de las múltiples variables que cada caso de GpS pudiere presentar. Sin embargo, y a modo de ejemplo, debe tenerse en cuenta que ello estará supeditado a la concurrencia de múltiples factores, tales como: ¿es lucrativa o altruista?, ¿requiere o no autorización judicial previa?, ¿a favor de parejas heterosexuales y/o parejas igualitarias y/o personas solas?, ¿puede o no la gestante aportar su material genético?, ¿quién puede ser gestante?, ¿cuáles son los derechos y deberes de la gestante?, ¿cuáles son los derechos de el/los comitente/s?, ¿qué sucede con el niño/a si la gestante cambia de opinión y se niega a entregarlo? y ¿qué sucede con el niño/a si con motivo de una enfermedad grave o discapacidad no es aceptado por el/los comitentes?

Sin duda alguna puede afirmarse que nos encontramos ante uno de los fenómenos más debatidos en el derecho de las familias y en el ámbito de la bioética, la medicina y la religión, que en su haber cuenta tanto con incondicionales aliados como con acérrimos detractores.

Estas divergencias se han ido plasmando, paulatinamente, en los diversos sistemas jurídicos a lo largo y a lo ancho del mundo, dando origen a diferentes posturas frente a la GpS (Herrera y Lamm, 2015; Famá, 2017 y Scotti, 2021) que pueden enumerarse del siguiente modo:

1. Prohibición: todo contrato que se celebre en contravención a las normas prohibitivas deviene inexistente y nulo; además, suelen prever sanciones para quienes hayan participado o intermediado en el acuerdo. Por ejemplo, Alemania, Arabia Saudita, Austria, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Marruecos, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suecia, Suiza, Túnez y Turquía. También algunos Estados de Estados Unidos como Washington y Nebraska y los Estados mexicanos de Querétaro y Coahuila, así como el Estado canadiense de Quebec.
2. Admisión: entre los países que regulan esta práctica se vislumbran criterios dispares en cuanto a los requisitos exigidos para su procedencia. Una posible subclasificación sería entre aquellos Estados que permiten la GpS con fines altruistas y/o con fines onerosos:

3. GpS onerosa: Armenia, Georgia, Rusia y Ucrania; los Estados mexicanos de Sinaloa y Tabasco y algunos Estados de Estados Unidos, como Texas, Florida y California.

4. GpS altruista (aunque incluyendo la posibilidad de compensar los gastos derivados del embarazo): Australia, Albania, Brasil, Canadá, Georgia, Grecia, Holanda, Hong Kong, Israel, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y Uruguay.

5. Abstención: la situación argentina actual. Con excelente criterio –y valentía– la Comisión Reformadora del Código Civil y Comercial de la Nación tuvo en miras la incorporación de la figura en examen (art. 562 del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com.) con el firme propósito de garantizar la protección de los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes, principalmente de la gestante y del nacido/a. Sin embargo, tal como es sabido, la fuerte presión ejercida por los sectores más conservadores de la Iglesia Católica y de ciertas organizaciones feministas lograron su supresión del texto finalmente sancionado.

Posteriormente, se han ido presentando en el Congreso de la Nación numerosos proyectos legislativos que se esfuerzan por cubrir el vacío normativo vigente en la materia, pretendiendo dotar de seguridad jurídica a un fenómeno que no para de avanzar a pasos agigantados. Prueba de ello son las más de cincuenta sentencias favorables que se han dictado en nuestro país en los últimos años. Resta agregar que, al día de hoy, una familia integrada por dos varones que llevó adelante tres GpS y de las cuales nacieron un total de cuatro niños, se encuentra a la espera de dos resoluciones por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Herrera et al., 2018).

## 2. La antesala del caso “Valdís Fjölnisdóttir and others”

Tras nuestro lacónico recorrido por las experiencias del derecho comparado se extrae que frente a los obstáculos que imponen los ordenamientos jurídicos que regulan la práctica o ante la incertidumbre derivada del silencio del legislador, quienes cuentan con los recursos económicos viajan al exterior<sup>2</sup> para su realización en aquellos países donde sí está permitida o es técnicamente posible, fomentando el llamado “turismo reproductivo” (Lamm y Rubaja, 2016).

En este orden de ideas, si bien muy pocos Estados<sup>3</sup> prevén sanciones penales para los comitentes que participaron en acuerdos comerciales de gestación por sustitución transnacional, lo que podría ser tomado como un aliciente, a ello deben sumarse las significativas dificultades que el/los comitente/s deben afrontar en relación con los derechos de las personas nacidas cuando deciden retornar a su lugar de residencia: principalmente, su nacionalidad y la filiación establecida conforme a las leyes extranjeras.

2 Las prohibiciones legales podrían llegar a configurar un modo de discriminación para quienes no pueden afrontar las erogaciones que insume una práctica compleja como la GpS, al vedarse la regla de acceso integral.

3 Por ejemplo, la ley de subrogación de Nueva Gales del Sur de 2010, la legislación de Turquía, de la capital australiana y de Queensland.

Ahora bien, las autoridades del Estado de origen de el/los comitente/s se enfrentan a un hecho consumado; es decir, conocerán la situación una vez que el nacimiento se ha producido y el/los comitente/s requieran formalmente el reconocimiento legal o la determinación de la m/paternidad, ya sea por la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil, por la transcripción directa de la sentencia extranjera o incluso a través de la figura de la adopción.

Adentrándonos en el análisis del caso planteado advertimos que los tribunales nacionales deben resolver la siguiente disyuntiva: ¿debe primar la prevención/prohibición de la GpS transnacional –“turismo reproductivo”– o el interés superior de los/as niños/as nacidos/as mediante dichas prácticas? En otros términos, la tensión dilemática oscila, por un lado, en el hecho de que el reconocimiento legal de la m/paternidad resulta indispensable para evitar un “estado de falta de progenitores” y, por el otro, este reconocimiento conllevaría el riesgo de constituir un precedente jurisprudencial favorable para otros potenciales comitentes, alentando de este modo la realización de acuerdos comerciales de GpS transnacional.

Por último, dada su relevancia y sin pretender abordar exhaustivamente la evolución jurisprudencial del TEDH en la temática, corresponde describir sucintamente el contexto en el que se emite la sentencia del caso “Valdís Fjölnisdóttir and others”.

La GpS transfronteriza comercial, lejos de ser una cuestión reciente, viene turbando incesantemente la labor del TEDH desde hace una década; muestra de ello son las nueve decisiones dictadas por las diferentes Salas.<sup>4</sup> Por su parte, la Gran Sala también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en el *leading case* “Paradiso y Campanelli”.<sup>5</sup> Actualmente, se han comunicado tres nuevos casos que aún se encuentran pendientes de resolución.<sup>6</sup>

En este sentido, otro aporte relevante ha sido la primera Opinión Consultiva dictada por este Tribunal, relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación subrogada a petición de la Corte de Casación francesa.<sup>7</sup>

4 TEDH. *Affaire Mennesson c. France*, Requête no. 65192/11, Cour (Cinquième Section), 26 de junio de 2014; *Affaire Labasse c. France*, Requête no. 65941/11, Cour (Cinquième Section), 26 de junio de 2014; *Affaire D. et autres c. Belgique*, Requête no. 29176/13, Cour (Deuxième Section), 8 de julio de 2014; *Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie*, Requête no. 25358/12, Cour (Deuxième Section), 27 de enero de 2015; *Affaire Foulon et Bouvet c. France*, Requêtes no. 9063/14 et 10410/14, Cour (Cinquième Section), 21 de julio de 2016; *Affaire Laborie c. France*, Requête no. 39725/04, Cour (Troisième Section), 19 de enero de 2017; *Affaires C. et E. c. France*, Requêtes no. 1462/18 et 17348/18, Cour (Cinquième Section), 12 de diciembre de 2019 y *Affaire D. c. France*, Requête no. 11288/18, Cour (Cinquième Section), 16 de julio de 2020.

5 TEDH. *Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie*, Requête no. 25358/12, Cour (Grand Chambre), 24 de enero de 2017.

6 TEDH. *Affaires Schlittner-Hay et al. c. Pologne*, Requêtes no. 56846/15 y no. 56849/15, comunicado el 26 de febrero de 2019; *Affaire SC. et. col. c. Suisse*, Requête no. 26848/18, comunicado el 15 de junio de 2020 y *Affaires DB. et. col. c. Suisse*, Requêtes no. 58817/15 y 58252/15, comunicado el 15 de junio de 2020.

7 Explicita el TEDH que la solicitud de esta opinión consultiva se desarrolló en el marco de un procedimiento interno para el re-examen del recurso de casación de los accionantes en el caso “Mennesson c. France”. Se recomienda especialmente la lectura de: Kemelmajer de Carlucci, A., “La gestación por sustitución y la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019”, Publicado en: SJA 04/09/2019, 04/09/2019, 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2419/2019.



### 3. Presentación de los hechos del caso

La Sra. Valdís Glodís Fjölnisdóttir y la Sra. Eydís Rós Glódís Agnarsdóttir, ciudadanas islandesas, por aquel entonces unidas en matrimonio, a los fines de concretar su proyecto familiar decidieron contratar los servicios remunerados de una agencia de “subrogación gestacional” con sede en California, Estados Unidos.

A tal efecto, convinieron que una “gestante” asuma el embarazo y parto, que la concepción se realice mediante una técnica de procreación humana asistida de alta complejidad denominada fecundación *in vitro* (FIV), empleándose gametos de donantes anónimos, razón por la cual, la persona nacida no compartiría carga genética ni con las comitentes ni con la gestante.

En febrero de 2013 se produjo el nacimiento de “X”. Inmediatamente, las comitentes lograron quedar registradas como sus progenitoras (sin mencionar a la gestante, quien contractualmente había renunciado a iniciar acción de reclamación de la maternidad) de conformidad con la legislación californiana, expidiéndose el certificado de nacimiento respaldatorio. Simultáneamente, en virtud del principio *ius soli*, el niño adquirió la ciudadanía estadounidense y su correspondiente pasaporte.

Semanas más tarde regresaron a Kópavogur y solicitaron ante el Registro Civil de Islandia (en adelante, el Registro) que el niño fuera reconocido como hijo de ambas –mediante la transcripción del certificado de nacimiento emitido en California– y se le otorgase la ciudadanía islandesa. En ocasión de este requerimiento, las denunciantes revelaron a las autoridades registrales que el niño había sido fruto de un contrato de GpS.

El 18 de junio de 2013, el Registro rechazó la inscripción y la ciudadanía reclamada, basándose en que como el niño había nacido en los Estados Unidos, a raíz de una GpS, no resultaban aplicables las disposiciones legales islandesas sobre paternidad. Disconformes con la respuesta obtenida, las comitentes apelaron la decisión ante el Ministerio del Interior.

Mientras tanto, el niño fue considerado “ciudadano extranjero” y “menor no acompañado en Islandia”. A los fines de salvaguardar sus derechos tomó intervención el Comité de Protección de Menores (organismo municipal) asumiendo su custodia legal (26 de septiembre de 2013), nombrando una tutora legal (Sra. M) y arribando a un acuerdo de crianza temporal con las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir.

El 27 de marzo de 2014, el Ministerio del Interior confirmó la denegatoria del Registro Nacional, argumentando que según la legislación islandesa –cimentada en el principio romano *mater semper certa est*– la maternidad se determina por el hecho del parto (siendo intrascendente, a estos fines, si aportó o no su material genético), por lo que la verdadera progenitora de “X” es la mujer que lo gestó. Al mismo tiempo, indicó que el niño no tenía automáticamente derecho a la ciudadanía islandesa, dado que había nacido en los Estados Unidos, su madre era ciudadana estadounidense y no se había acreditado que su padre biológico fuera ciudadano islandés.

Frente a la negativa de las autoridades islandesas, las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir recurrieron a la vía judicial para demandar la anulación de la decisión ministerial y que se dictase una sentencia declaratoria por medio de la cual se obligue al Registro Nacional a inscribir a “X” como hijo de las accionantes conforme surge de su certificado de nacimiento.

Durante la tramitación de este proceso ante el Tribunal de Distrito de Reikjavik, acontecieron una serie de sucesos determinantes.

A consecuencia de la sanción de la Ley N° 128/2015 sobre concesión de la ciudadanía, “X” pudo ser inscripto en el Registro Nacional como ciudadano islandés, por lo que restaba solucionar la cuestión filial.

En mayo de 2015, las actoras se divorciaron. Esta nueva realidad familiar generó drásticas repercusiones, pues el acuerdo de crianza temporal dejó de ser válido y se debió firmar un nuevo arreglo (diciembre de 2015) en virtud del cual el niño quedaba bajo el cuidado de la Sra. Fjölnisdóttir y su cónyuge durante un año, reconociéndose igualdad de acceso a la Sra. Agnarsdóttir. Posteriormente, se alternaría en favor de esta y su pareja en los mismos términos.

En cuanto a la solicitud de adopción de “X” presentada durante la vigencia del matrimonio, el Comisionado de Distrito de Reikjavik les informó a las comitentes, el 7 de octubre de 2013, que suspendería la tramitación por encontrarse pendiente ante el Ministerio del Interior el pedido de registro de filiación. Tras la decisión ministerial, el Comisionado envió una segunda carta con fecha 28 de mayo de 2014, informando que, de conformidad con la regla general de paternidad, consideraban madre del niño a la gestante y como surgía del expediente que ella estaba casada, su esposo fue considerado padre del niño. Por tanto, en su carácter de “tutores” resultaba indispensable el consentimiento de ambos a los fines de la adopción. Además, no se podía otorgar el permiso de adopción si cualquiera de las partes que otorgaba su conformidad recibía “una tarifa o beneficios en relación con el consentimiento”. Las comitentes, respondieron el 23 de julio de 2014, protestando contra la postura del Comisionado, afirmando que era el consentimiento de la Sra. M, tutora legal del solicitante, el que debía requerirse; que la gestante era una mujer soltera y no había recibido pago alguno para consentir con fines adoptivos. No habían obtenido respuesta cuando debieron retirar la solicitud de adopción –10 de enero de 2015– puesto que tras el dictado de la sentencia de divorcio carecían de legitimación para la adopción conjunta de “X”.

El 2 de marzo de 2016, el Tribunal de Distrito de Reikjavik dio a conocer su decisión contraria a las pretensiones de las demandantes. De sus fundamentos se extrae:

De conformidad con los principios fundamentales del derecho de familia islandés, ninguna de las comitentes puede ser considerada madre de “X”, puesto que no lo han parido. Por los principios del Derecho Internacional Privado, generalmente no requieren que un Estado reconozca una decisión dictada por las autoridades de otro Estado si es manifestamente incompatible con los principios legales del primer Estado.

El Tribunal entendió que existía una legítima razón para negarse a reconocer la filiación establecida en el extranjero; afirmó que reconocer como progenitores a quienes residían en Islandia pero viajaban a otros países a los fines de “subrogar vientres” contribuiría a crear un vacío legal en torno a la prohibición vigente.

En cuanto a los derechos del niño, el órgano decisor reconoció que se había consolidado “vida familiar” entre “X” y las actoras y que la negativa a registrarlas como sus madres había interferido en su “vida privada y familiar”. Sin embargo, dicha injerencia estaba justificada para la protección de la moralidad, los intereses y derechos de terceros; en otras palabras, “evitar que se presione a las mujeres para que tengan hijos de otras personas y garantizar que los niños puedan buscar información sobre su herencia”. Asimismo, el tribunal afirmó que se habían tomado “suficientes esfuerzos de contrapeso para paliar los efectos negativos de la negativa” (los acuerdos de crianza provisorios firmados a favor de las comitentes), mientras que si las solicitantes no se hubiesen divorciado su solicitud de adopción probablemente habría sido aprobada.

El interés superior del niño, aunque de suma importancia, “no puede invalidar los principios legales fundamentales de paternidad”.

Las demandantes apelaron la sentencia ante el Tribunal Supremo de Islandia, que el 30 de marzo de 2017 rechazó las reclamaciones, argumentando que:

- Las autoridades tenían derecho a negarse a reconocer los lazos familiares establecidos en contravención a los principios fundamentales del derecho de familia islandés.
- A diferencia del Tribunal de Distrito, determinó que no existía “vida familiar” en el momento en que el Registro Civil dictó su decisión; por tanto, la negativa no había constituido una vulneración al derecho al respeto a la vida privada y familiar. Según el Tribunal Supremo, la “vida familiar” comienza a partir de la intervención del Comité de Protección de Menores, desde que se arriba lícitamente a un acuerdo de cuidado de crianza temporal con las comitentes y no antes.
- Por último, y dado que los acuerdos de crianza provisorios tienen una duración máxima de dos años, el Comité de Protección de Menores, el 18 de diciembre de 2019, resolvió que “X” sea acogido permanentemente por la Sra. Fjölnisdóttir y su cónyuge, reconociendo igualdad de acceso a favor de la Sra. Agnarsdóttir y su pareja, continuando a cargo de su tutela legal la Sra. M.

## 4. El litigio ante el TEDH

### 4.1. Planteo de las litigantes. Fundamentación

Tras haber agotado los recursos internos sin una respuesta favorable, las Sras. Fjölnisdóttir y Agnar-sdóttir, junto al niño (bajo la autoridad de su tutora legal, Sra. M), presentaron ante el TEDH una denuncia alegando la violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y haber sido discriminados en el goce de mencionado derecho por razón de su condición (violación del art. 14 en relación con el art. 8 de la CEDH), explicando que:

- La negativa de registrarlas como progenitoras del niño les había privado el disfrute de un vínculo materno-filial legal y estable (vivían en un completo estado de incertidumbre que les ocasionaba angustia permanente).
- El desconocimiento del certificado de nacimiento de “X” resultaba violatorio del artículo 8 del CEDH; si bien la GpS es considerada ilegal en el territorio islandés, su prohibición no rige fuera del país y dicha práctica había sido realizada en California de acuerdo a sus leyes.
- Afirmaron que existían otros casos de GpS transfronteriza que se habían resuelto favorablemente, reconociendo el vínculo filial con las comitentes, incluso un antecedente local del Tribunal Supremo de Islandia de 2015, alegando que se sentían discriminadas.
- Las autoridades no habían tenido suficientemente en cuenta el interés superior del niño.

### 4.2. La postura del Estado demandado

Frente a la presentación de las accionantes, el Gobierno islandés reconoció que la negativa de registrar la filiación constituyó una injerencia en la vida privada del niño, mas no vulneró el derecho a la vida privada de las comitentes, ni el derecho al respeto de la vida familiar de ninguno de los solicitantes.

Sostuvo que la adopción era el único mecanismo disponible para que las comitentes pudieran lograr el reconocimiento del vínculo filial con el niño nacido mediante una GpS transfronteriza. Alegó que el artículo 8 del CEDH no garantizaba el derecho a fundar una familia, ni a adoptar.

El Estado sostuvo que debe gozar de un amplio margen de apreciación a la hora de decidir sobre cuestiones relativas a técnicas de reproducción humana asistida, puntualmente a la GpS, máxime en aquellos supuestos donde el/los comitentes no han aportado su material genético.

Finalmente, aseveró que la legislación nacional prohíbe la gestación subrogada a los fines de prevenir la explotación de las mujeres (presionadas para permitir que sus cuerpos sean usados para tener hijos con los que luego deben cortar todo lazo) y de niños impedidos de conocer sus orígenes. En síntesis,

no se debe premiar con el reconocimiento filial a quienes con recursos económicos pueden eludir el peso de la ley realizando la GpS en países donde la práctica es admitida.

### 4.3. La sentencia del TEDH. Los ejes de análisis

#### 4.3.1. Primer eje. ¿Existe efectivamente “vida familiar” entre los solicitantes?

El TEDH, en sus precedentes, ha establecido que las disposiciones del artículo 8 del CEDH no garantizan el derecho a fundar una familia, ni el derecho a adoptar; es decir, el derecho al respeto a la “vida familiar” no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de una o al menos de una relación potencial. La existencia –o no– de la “vida familiar” es una cuestión de hecho que depende de la existencia de estrechos vínculos personales.

Por otra parte, uno de los elementos centrales del caso en estudio es la ausencia de vínculos biológicos entre los demandantes, situación fáctica equiparable –de algún modo– a la de “Paradiso y Campanelli”, razón por la cual el TEDH estima que debe aplicarse el criterio de interpretación de “vida familiar” allí empleado.

En este sentido, teniendo en cuenta la larga duración de la relación ininterrumpida de las comitentes y el niño (desde su nacimiento, en febrero de 2013 e incluso mediando el divorcio de las Sras. Fjöl-nisdóttir y Agnarsdóttir), la calidad de los lazos ya formados y los estrechos vínculos afectivos que se forjaron con “X” durante las primeras etapas de su vida (las mujeres alegaron que habían asumido el rol de madres y el pequeño las consideraba como tales), reforzada por el régimen de acogimiento familiar adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal, concluyó que se han cumplimentado acabadamente los requisitos exigidos para la configuración de “vida familiar”.<sup>8</sup>

#### 4.3.2. Segundo eje. ¿Hubo una violación del derecho de los demandantes al respeto de su “vida familiar”?

El TEDH admitió que la denegación del reconocimiento del vínculo materno filial por las autoridades islandesas equivalía a una interferencia en el ejercicio del derecho al respeto de la “vida familiar” de los reclamantes.

No obstante, aun restaba dilucidar si dicha injerencia se encontraba o no justificada en los términos exigidos por el artículo 8, inciso 2 del CEDH, cuyos condicionantes operan como una suerte de tamiz a la hora de verificar el proceder estatal.

<sup>8</sup> TEDH. *Case of Valdís Fjöl-nisdóttir and others v. Iceland*, Application no. 71552/17, Court (Third Section), 18 de mayo de 2021, párrs. 60-62.

Primer condicionante, “si la injerencia fue conforme a la ley”: el TEDH consideró que la interpretación del derecho interno formulada por la Suprema Corte de Justicia de Islandia no era arbitraria ni manifiestamente irrazonable. La negativa a reconocer a las comitentes como progenitoras del niño tenía suficiente base jurídica.<sup>9</sup>

Segundo condicionante: “si la interferencia persiguió uno o más objetivo/s legítimo/s”: el Tribunal sostuvo que la negativa a reconocer a las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir como madres de “X” perseguía el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás, principalmente de las mujeres que podrían verse presionadas por este tipo de prácticas, así como el derecho de los nacidos a conocer sus orígenes.<sup>10</sup>

Tercer condicionante: “si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática”: considerando la ausencia de indicios de impedimentos reales y prácticos en el disfrute de la vida familiar y las gestiones realizadas por el Estado demandado para regularizar y afianzar el vínculo entre los demandantes, el TEDH resuelve que el no reconocimiento del vínculo parental formal –confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo– logró un “justo equilibrio” entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger con la prohibición de la gestación por sustitución. Así, el Estado actuó dentro del margen de apreciación que le es otorgado en tales medidas. En consecuencia, no ha habido violación del artículo 8 del CEDH con respecto al derecho de los accionantes al respeto de su “vida familiar”.<sup>11</sup>

#### 4.3.3. Tercer eje. ¿Hubo violación del derecho de los solicitantes al respeto de la vida privada?

Habiendo los litigantes argumentado la violación al derecho al respeto de la “vida privada” en el mismo sentido que en su denuncia sobre el respeto a su “vida familiar”, el TEDH no ve razón para arribar a un resultado diferente. Por tanto, resuelve que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH con respecto al derecho de los actores al respeto de su “vida privada”.<sup>12</sup>

---

9 Ídem nota 8, párr. 64.

10 Ídem nota 8, párr. 65.

11 Ídem nota 8, párr. 75.

12 Ídem nota 8, párr. 76.

#### 4.3.4. Cuarto eje. ¿Fueron los reclamantes discriminados en el goce de su derecho al respeto a la vida privada y familiar por razón de su condición, en violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH?

En relación con este tópico, tras evaluar el material probatorio sometido a su consideración, el Tribunal estimó que no hubo violación en el sentido alegado por las aspirantes, entendiendo que esta parte de la demanda era manifestamente infundada y debía ser rechazada.<sup>13</sup>

### 4.4. Los silencios del TEDH. ¿Las fallas del fallo?

Culminado el recorrido propuesto, ha llegado el turno de compartir algunas reflexiones personales. Se advierte que, por una cuestión de tiempo y espacio, daremos tratamiento a las dos facetas que nos han parecido más trascendentes, empero existen múltiples aspectos sujetos a debate.

#### 4.4.1. El TEDH no abordó las consecuencias derivadas del no reconocimiento del vínculo parental para el niño nacido por GpS transfronteriza

Si bien el TEDH resolvió por unanimidad que no hubo violación del artículo 8 del CEDH, lo cierto es que, como bien considera el juez Lemmens en su voto concurrente, “vida familiar” y “vida privada” son conceptualmente diferentes. Por tanto, las quejas relativas a estas dos dimensiones del artículo 8 del CEDH deberían, en principio, analizarse de manera independiente.

En la medida que los solicitantes invocan una violación de su derecho al respeto de la “vida familiar” se quejan de la negativa a registrar a las mujeres como madres del niño nacido mediante GpS transfronteriza.

Numerosos interrogantes se nos presentan, cuyas respuestas –desconocidas por nosotros– tienen la capacidad de imprimir diversos matices al caso. A diferencia de lo que sucede en el sistema europeo, en el interamericano la protección de la familia incluye el derecho a “fundar una familiar” y a valerse de los medios científicos y tecnológicos para intentar traer un hijo/a al mundo.<sup>14</sup>

Estas mujeres, por razones indeterminadas y ante la prohibición expresa prevista en su país, recurren a la GpS en otro Estado donde la regulación resulta más benigna. ¿Cuál fue el motivo por el que realizan esta práctica si en principio ambas tienen capacidad gestacional? ¿Por qué no se someten a una técnica de reproducción humana asistida en Islandia con el consentimiento informado de la otra mujer? De este modo, ambas quedarían emplazadas como comadres del nacido. ¿Por qué ninguna aporta sus gametos? ¿Cometieron fraude a la ley?

<sup>13</sup> Ídem nota 8, párr. 79.

<sup>14</sup> Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

Podríamos esforzarnos por comprender al TEDH en el sentido que las comitentes no han sido prolijas en su accionar para traer un hijo al mundo, arriesgándose a este tipo de técnicas a sabiendas de lo dispuesto por la ley local, pero jamás podríamos ignorar al tercer demandante como lo ha hecho el Tribunal. Recordemos que la denuncia también fue presentada por el niño (representado legalmente por su tutora), quien en su calidad de sujeto de derecho se acerca a los estrados judiciales a reclamar el reconocimiento de su calidad de hijo de las comitentes.

Del voto concurrente del juez Lemmens se extrae:

El derecho al respeto de la “vida privada” suele estar relacionado con otro aspecto derivado de un acuerdo de GpS, a saber, el derecho del niño al reconocimiento de la relación legal entre progenitores e hijo. Este derecho se considera parte del derecho del niño a establecer detalles de su identidad como ser humano individual [...] la falta de reconocimiento de una relación entre el niño y los futuros padres tiene impactos negativos en varios aspectos del derecho del niño al respeto de su derecho a la vida privada. De hecho el impacto es el mismo, sin importar que uno o ambos padres previstos tengan o no un vínculo biológico con ellos. En ambas situaciones, me pregunto si el limbo en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus futuros padres o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad.<sup>15</sup>

Por lo expuesto, consideramos que, si el Tribunal hubiese abandonado su anteojera adultocéntrica, siguiendo los consejos del Centro AIRE (Tercer Interviniente), a la luz del artículo 53 del CEDH,<sup>16</sup> garantizando la supremacía del Interés Superior del Niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) en esta decisión sobre paternidad legal, distinto hubiese sido el resultado.

El TEDH con total apatía, se jacta de haber logrado establecer “un equilibrio justo entre la vida familiar y los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación subrogada”. No ignoramos que la anomía o que una insuficiente técnica legislativa constituyen terreno fértil para la explotación de la mujer y de nacidos, pero entendemos que una decisión que prive a un niño de sus derechos humanos y fundamentales no es el camino para resolver estos problemas estructurales, sino que deben abordarse a través de la adopción de políticas públicas concretas. Debe desterrarse el posible fantasma del precedente, porque tal como lo afirmara el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, el Interés Superior del Niño debe ser evaluado en cada caso concreto, analizando sus particularidades propias.<sup>17</sup>

15 Ídem nota 8, voto del juez Lemmens, párrs. 2-4. Traducción propia.

16 Art. 53 del CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

17 Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 48 y ss.



Las autoridades nacionales afirman que se han tomado todas las medidas necesarias para que los tres demandantes pudieran seguir llevando una vida familiar pese al no reconocimiento del vínculo parental, v. gr. el Estado otorgó la ciudadanía al niño, mas ello fue posible gracias a la aprobación de una ley del parlamento de alcance general y no para beneficiar exclusivamente a “X”. Por otra parte, destacan que se ha firmado un acuerdo de acogida provisorio a favor de ambas comitentes, alternándose por períodos de un año tras el divorcio y finalmente el cuidado definitivo es otorgado a la Sra. Fjölnisdóttir. Inevitablemente nos preguntamos: si los informes revelaron que ambas mujeres –e incluso sus nuevas cónyuges– eran aptas para llevar adelante la crianza y cuidado de “X”, ¿cuál fue el criterio de atribución utilizado para beneficiar a una comitente y no a la otra? ¿Era absolutamente inviable pretender continuar con la modalidad adoptada en el acuerdo de crianza provisorio tras la separación, donde ambas mujeres se veían beneficiadas en pie de igualdad?

El camino de la adopción también fue intentado por las comitentes, aunque finalmente fue desistido porque el divorcio implicaba la pérdida de la legitimación activa para ejercer la adopción conjunta, quedando únicamente abierta esta opción para hacerlo de manera unipersonal o cualquiera de ellas con su nueva pareja. Compartimos con el juez Lemmens que la adopción es un instituto jurídico con una finalidad diferente, que no parece útil para estos supuestos. Al atacar la admisibilidad de la denuncia, el Gobierno islandés cuestiona que no se han agotado los recursos internos porque no han intentado adoptar al niño tras el divorcio. Imaginamos que estratégicamente “la mejor solución” hubiese sido continuar casadas, mantener la legitimación activa, lograr la adopción del niño, luego divorciarse y llegar a un acuerdo de parentalidad beneficioso para la dinámica familiar.

El punto crucial en este entuerto es que nunca se tuvo en miras el paso del tiempo en la vida del niño, otro importante factor que debe considerarse a la hora de evaluar su superior interés y el impacto de estos ocho años de vida en la generación de genuinos lazos socioafectivos, como elemento determinante de la identidad, en su faz dinámica. Desde el primer momento de su vida a la actualidad, estas tres personas tienen trato de comadres e hijo. Puede que las personas adultas hayan optado por un camino equivocado y –quizás– merezcan las consecuencias establecidas, pero el niño no debe cargar con esa responsabilidad. Merece ser emplazado en su carácter de hijo de las comitentes porque el acuerdo de acogida permanente no le confiere ni por aproximación derechos y deberes semejantes a los de su calidad de descendiente (v. gr. vinculados a la seguridad social, la escolaridad, las ayudas financieras, a desplazarse intracomunitariamente, derechos hereditarios, etc.).

#### 4.4.2. El TEDH no contempló la posible discriminación sufrida por las comitentes

Como indicamos previamente, las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir alegaron que hubo casos en los que otros comitentes islandeses habían sido registrados como progenitores de niños nacidos mediante GpS realizadas en otros países. Concretamente exponen un caso donde la práctica se llevó a cabo en Idaho, Estados Unidos.

Si bien no surge del texto de la sentencia, dejamos la pregunta abierta para seguir reflexionando: ¿puede surgir discriminación entre aquellos que pueden aportar su material genético y aquellos que no pueden hacerlo? El TEDH podría haber brindado explicaciones y, simplemente, se limitó a decir que la demanda era manifiestamente infundada y debía ser rechazada en este sentido.

Concluye el juez Lemmens que “el alcance del derecho del niño al establecimiento de una relación legal entre padres e hijos, un elemento de su derecho al respeto de la vida privada, debe dejarse para un examen más detenido en otro caso”.<sup>18</sup> Esperaremos con ansias el pronunciamiento de la Gran Sala al respecto. Los casos distan de ser plataformas fácticas extraídas de bibliografías. Son historias vitales, verídicas, que claman respuestas justas capaces de garantizar los derechos humanos y fundamentales de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

## Bibliografía

- Chiapero, S. (2012). *Maternidad subrogada*. Buenos Aires: Astrea.
- Famá, M. V. (2017). *Derecho de familia: filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, t. I. Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, M. y Lamm, E. (2015). Técnicas de reproducción humana asistida. En S. Bergel, R. L. Flah, M. Herrera y E. Lamm, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 411-412). Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Herrera, M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2018). *Derecho filial, perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (4-9-2019). La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019. SJA, 39. TR LALEY AR/DOC/2419/2019.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 3. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/260860/348063>
- Lamm, E. y Rubaja N. (2016). Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global, *Revista de Bioética y Derecho*, 37. 149-170. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16156/19163>
- Notrica, F. y Curti P. (2018). Gestación por sustitución. En M. Herrera, *Técnicas de reproducción humana asistida*, t. II (pp. 16-18). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Scotti, L. (2021). Gestación por sustitución y turismo reproductivo: perspectivas generales y en el derecho argentino. (Inédito, en prensa).

---

<sup>18</sup> Ídem nota 15, párr. 6.

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

---

# Reseña del libro *Manual de Derechos Humanos. Tomo I* Rey, S. A. (2021). *Manual de Derechos Humanos. Tomo I*. José C. Paz: EDUNPAZ

*Por María Alicia Noli<sup>1</sup>*

---

Sebastián Rey presenta esta obra sobre cuestiones relativas a la protección internacional de derechos humanos, destinada a estudiantes universitarios de las carreras de Derecho, en el marco de una labor fecunda que viene realizando desde hace unos cuantos años y desde distintos ámbitos.

Para quienes trabajamos estos temas en la docencia –cuanto más si lo hicimos desde el estreno de la transición democrática–, escribir un Manual de Derechos Humanos era el objetivo, el sueño, lo que habríamos querido y a veces intentado hacer, para superar la dispersión de abundantes artículos, textos, *papers*, libros y comentarios, a los que se sumaron las infatigables webs aportando información, ya sea desde Naciones Unidas o desde una pequeña organización de un pueblo al que no habíamos oído nombrar antes.

Por eso recibir una obra de las características del presente libro, escrito por alguien de la generación siguiente, nos lleva, honestamente y con sincera alegría, a abrirlo de inmediato y revisar sus contenidos con entusiasmo atento y escrutador.

---

<sup>1</sup> Profesora de Grado y Posgrado en Derechos Humanos (UNT). Máster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario (WCL-American University). Especialista en Derecho Penal (UL y UNT). Ex jueza del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán.

La lectura del índice advierte y nos hace pensar de entrada que cumple con el propósito de brindar las nociones generales, los temas comunes que deberán conocer los juristas, con independencia de la rama o el ejercicio profesional por el que opten, en razón de la indiscutible transversalidad que su constitución ha traído para el derecho argentino. De allí, pensé cuando apenas comenzaba a leerlo, que con justicia lo había denominado *Manual*, en tanto se trata de un texto que compendia y pone a nuestra disposición lo que debemos conocer sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto avancé en su lectura pude notar que el autor, de forma ordenada y clara, didáctica y al mismo tiempo rigurosa y crítica, nos introduce en las nociones fundamentales, camino que transitó amablemente gracias a la cuidadosa selección de contenidos e información significativos, para adentrarnos en el amplio campo de los derechos humanos.

Si escribir no es una tarea fácil, menos aún será cuando no es posible contener al día de hoy las diversas formas de protección a la dignidad humana. Si los tratados de derechos humanos como han dicho los tribunales internacionales son “instrumentos vivos”, esta condición alentada por el *principio de progresividad* da una potencia renovadora tanto al ámbito normativo como a la actividad de los órganos encargados de su aplicación internacional, lo que a su vez impacta en los sistemas domésticos.

Ese crecimiento continúa en la expansión de derechos y el acceso a la justicia como herramienta y en la reparación, cobrando una dimensión tan importante que ninguna rama jurídica podrá desentenderse. Solo a modo de ejemplo diremos que hoy el derecho fiscal se asienta sobre principios de derechos humanos, para la guía de directrices y buenas prácticas, vinculadas al cumplimiento de las responsabilidades estatales, ámbitos hasta no hace mucho tiempo no integrados a este sistema.

En otras palabras y como decíamos arriba, Rey respondió al desafío de escribir, y lo hizo con una mirada generosa, sin omitir una amplia revisión bibliográfica de colegas nacionales y extranjeros, tanto del ámbito del derecho internacional como constitucional y los que específicamente se han bañado en el mismo río de los derechos humanos.

Sin embargo, a poco de andar, comprendo que es mucho más; advierto que la inmersión que nos propone en el derecho internacional y específicamente en el de los derechos humanos es muy profunda y completa.

Así, el libro reúne algunas cuestiones liminares y otras más sofisticadas, presentando la riqueza de los debates entre distintas ideas y autores, lo que se aprecia desde el capítulo 1, cuando enseña *El concepto* de la manera que un estudiante necesita, al abordar la *fundamentación*, mostrando las distintas vertientes de donde provienen, ya sea de las escuelas de derecho como las que prefieren focalizar en las marcas históricas y políticas.

Pero ahí no concluye este primer tema. El *Manual* muestra la tensión entre los postulados anteriores en torno a la efectividad de la vigencia de los derechos humanos, exponiendo los aciertos y defectos de estas doctrinas, para arribar en definitiva a una explicación que vincula la vigencia con la responsabilidad de los Estados ante la comunidad internacional, proponiéndonos que esa función de garantía

es en definitiva la que puede otorgar la eficacia buscada. En el medio, el profesor Rey había dejado sentado que los derechos humanos conseguidos son resultado de trágicas luchas, entre quienes los reclaman y el poder que se resiste.

Al escribir sobre *los orígenes* del derecho internacional, transita desde Sófocles, hasta las primeras décadas del siglo XX. Postula que en el ámbito del derecho internacional público, los Estados son *sujetos únicos* de imputación *de normas*, a los que diferenciará de otros *actores* de las relaciones internacionales, que no tienen ese carácter.

La evolución histórica hacia la protección internacional, a partir de un contexto en el que los Estados se interesaban solamente en el beneficio propio, nos mostrará los primeros signos de un derecho diferente, remarcando tres hitos constituidos por la institución de la *protección diplomática*, la *protección de las minorías* y las reglas sentadas por los Convenios de Ginebra, que pusieron un límite al *ius bellis*.

El *Manual* se inscribe en el consenso establecido respecto de que el derecho internacional público toma otra dimensión como resultado de la tragedia que significó la Segunda Guerra Mundial. En esa línea se lee la creación de la Organización de las Naciones Unidas y el surgimiento del *derecho internacional de los derechos humanos*. Sin renunciar a la verdad histórica, y más bien en su homenaje, nos recuerda que las intervenciones tanto de las fuerzas aliadas como del Eje constituyeron ataques a la humanidad, y en esa misma dirección ubica las tragedias de los millones de judíos sacrificados en la Shoá y de las víctimas de Hiroshima y Nagasaki.

La dolorosa historia no se agota con las descripciones más evidentes, el autor reflexiona ante sus discípulos lectores, afirmando que la violencia nazi llevó a los alemanes a aplicar en Polonia, Ucrania y Rusia los mismos principios y métodos que Francia y el Reino Unido habían utilizado en África y Asia en pleno colonialismo.

El libro ilustra la búsqueda de soluciones superadoras en la posguerra y nos ayuda a concluir en relación con la ONU, que cuando debió actuar para mantener la paz y la seguridad internacionales, terminar con el colonialismo y promover el desarrollo humano y social, descubrió que los Estados no estaban dispuestos a resignar su condición de soberanos en una suerte de confederación mundial y que los objetivos no serían tan fáciles de plasmar.

El texto a continuación explica la conformación de normas imperativas del derecho internacional, jerárquicamente superiores a cualquier otra del mismo sistema y que no pueden ser dejadas de lado por los Estados en sus relaciones mutuas, en razón de que protegen valores esenciales para la subsistencia de un cierto orden de derecho.

Nos parece interesante concluir el comentario a este capítulo con el concepto de derecho internacional de los derechos humanos que nos otorga, definiéndolo como “una rama del derecho internacional clásico cuyo objeto es la protección y promoción de las libertades fundamentales de los seres humanos y cuya violación genera responsabilidad internacional estatal”.

El capítulo 2 se llama “Fuentes” y en él nos sumergimos en el derecho internacional, sus doctrinas, teorías, instituciones, debates y desarrollos, transmitidos en explicaciones breves y rigurosas. Incluye también jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y otros tribunales internacionales, como del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY), y dictámenes de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Luego de revisar las clasificaciones, nos anticipa que serán tres las fuentes a estudiar: tratados, costumbre y principios generales de derecho.

El texto que comentamos, en esta parte enuncia solo lo fundamental en torno a los tratados para pasar, de inmediato y en mayor extensión, a destacar a la costumbre (sin dejar de mencionar la denominada “regla de la objeción persistente”). Lo que este *Manual* nos enseña respecto a la “norma consuetudinaria” con su definición de “prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”, nos permitirá abordar sus alcances, interpretar como juegan las condiciones subjetiva y objetiva y darnos cuenta de su trascendencia en el ámbito de los derechos humanos, y nos desafía a pensar en las cuestiones actuales y las nuevas respuestas.

Con verdadera razón, el autor jerarquiza el origen jurídico consuetudinario en el derecho internacional, permitiéndonos avizorar sus enormes posibilidades. Proyectamos entonces el diálogo entre los órganos internacionales y los Estados, intercambiando leyes y otros desarrollos con alcance jurídico de carácter local, con indudable actualización y ajuste a los tiempos presentes, y cómo estos avances, en cuanto sean generalmente aceptados por la comunidad internacional y contengan la *opinio iuris* requerida, darán valor de fuente internacional. Abundantes y señeros fallos de la Corte Internacional de Justicia consolidan una base insoslayable para el manejo del tema.

Otro punto en el que hace foco es el relativo a la jerarquía de las fuentes, respecto de la cual comparte la extendida afirmación de la superioridad de normas del *ius cogens* en lo concerniente a su carácter imperativo, de las que infiere su *incondicionalidad*. Los debates en torno a cómo opera están desarrollados con solvencia; como así también los asuntos de los que se ocupó la jurisprudencia y la doctrina internacional. En sus explicaciones se reconoce el paso del escritor por el derecho internacional público y por la jurisprudencia relativa al tema, dictada bajo la competencia de la Corte Interamericana.

El capítulo 3 es de la mayor importancia práctica para quienes pretenden aplicar los derechos humanos, tanto a nivel decisional –jurisdiccional– como en cada actividad del Estado, o en su contracara, o sea, en los distintos niveles de exigibilidad. Bajo el título “Integración y jerarquía entre el derecho interno y el derecho internacional” distinguimos el coloquio entre los marcos normativo y jurisprudencial. Recordando que derecho es más que ley y que la nota que el principio de *progresividad* imprime se proyecta en todas las dimensiones.

La enseñanza arranca con una introducción previa sobre *monismo/dualismo*, que organiza la recepción de las normas internacionales desde el Estado y las consecuencias que acarrearán para determinar la jerarquía del derecho internacional. Al explicar su supremacía en párrafos y citas robustas de jurisprudencia, otra vez el *Manual* nos permite ampliar, indagar y comprender el tema con precisión y claridad.

Luego de ese primer recorrido, nos encontraremos con una contribución tajante de la Corte Internacional de Justicia, cuando sostiene que, para el derecho internacional, el derecho interno es un *mero hecho*, al igual que las sentencias y decisiones administrativas. Para cerrar el tema convocante, se recuerda la consagración en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que en su célebre artículo 27 dispone “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En el mismo tópico, ingresaremos luego a la recepción del derecho internacional en el derecho argentino, y después de leer consideraciones sobre las normas constitucionales del texto originario de 1853, nos adentraremos en un recorrido jurisprudencial de la Corte nacional que el autor ha preferido dividir entre ante y post Reforma de 1994, para demostrar que el punto de inflexión –para comprender la cuestión– estará dado por ese fallo señero y magistral que es “Ekmekdjian c. Sofovich”.

Por otro carril se presenta la doctrina judicial, brindada en las situaciones concretas que involucraron los juicios por medio de los cuales se fue conformando una nítida jurisprudencia argentina. Así el libro trae a nuestra disposición no solo el fallo, sino también los debates, las cuestiones jurídicas abordadas en cada caso, las dificultades para lograr en algunas de esas sentencias mayor número de argumentos comunes y menor de votos aislados. En esa línea aparecen desde el breve e impecable pronunciamiento en “Giroldi”, y los que correspondieron a “Chocobar”, “Monges”, “Priebke”, “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”. Los fallos se presentan haciendo saber a los estudiantes o lectores que, en cada caso, además de estar en juego la interpretación de una ley en la forma que aludíamos arriba, se suma un conjunto de planos presentes en la deliberación y cuya existencia por lo general no se enseña. Los juicios que involucraron las gravísimas violaciones de derechos humanos, conocidos como *juicios de lesa humanidad*, demandaron arribos al derecho internacional y a las zonas rígidas del derecho penal, marcando la supremacía del derecho de gentes. Eslabones de una jurisprudencia que lideró en el mundo el reconocimiento del acceso a la justicia para los crímenes contra la humanidad, examinada por el *Manual* con detenida profundidad en las cuestiones de derecho internacional.

Ese tiempo de la Corte, en el que resultaba nítida la jerarquía del derecho internacional, el tribunal mayor parecía desenvolverse en una sola dirección, con coherencia profundizaba y acentuaba la aplicación de sus normas, y esto se reflejaba no solo en la comprensión de los principios del DIDH sino también en el reconocimiento a la obligatoriedad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y cuasi.

Pero esta temporada sufriría un quiebre a comienzos del año 2017, anunciado en el *Manual* con estas palabras: “la Corte Suprema de la Nación *modifica sustancialmente* lo afirmado”, en referencia puntual al fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores”, en tanto el tribunal debía/podía retacear la sentencia dictada contra la Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelta en el caso “Fontevicchia y D’Amico”. La nueva composición del tribunal, con dos miembros nuevos que reemplazarían a los jueces Argibay y Zaffaroni y una interpretación del diálogo entre derecho nacional e internacional que ignoró el estado actual de ese campo jurídico, colocó a la Argentina en un estadio previo al del cumplimiento de sus obligaciones. El yerro fue señalado por la propia Corte Interamericana, que expresó que la decisión del tribunal local “que se atribuye competencias que no le corres-

ponden implica una clara contravención de los principios de Derecho Internacional y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por ese Estado”. Los comentarios que el autor escribe sobre los temas omitidos o erróneamente considerados por la corte nacional en este fallo están explicados de manera completa.

En el capítulo 4 se estudia un tema central y de interés para asegurar el funcionamiento y la eficacia del sistema de protección internacional de derechos humanos, tal es el referido al *Control de Convencionalidad*. Allí el texto nos introduce al concepto, refiriendo a una función de garantía, que se va a cumplir por los órganos estatales, quienes deben controlar la compatibilidad entre normas y prácticas que aplican y la Convención Americana, tal *como es interpretada por la Corte Interamericana*. El tema de la soberanía está presente, como cada vez que se observa la relación de los Estados por un lado y los órganos del sistema por el otro. Y el libro, como ya lo hizo antes, presenta las distintas posiciones –incluso esta vez siguiendo a Ramella–, y nos dirá que la mayoría de quienes ponen reparos a aceptar al derecho internacional son los constitucionalistas, conclusión que comparto aunque, por supuesto, también habrá que decir, por una lado, que son los que más estudian y se involucran en estos temas, por el otro, que esa posición al menos está dividida y puede observarse que algunos autores de ese espacio han suavizado sus reparos, frente al afianzamiento de doctrinas y jurisprudencia favorables al derecho internacional.

El *Manual* otra vez presenta y discute las distintas posiciones, pero a las y los lectores les resultará fácil refrendar la primacía del derecho internacional, en tanto advertirán los vínculos indiscutidos de la cuestión con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

La tarea de convergencia interpretativa que asigna a los jueces la teoría del control de convencionalidad aparece propuesta, formulada y desarrollada en la labor pretoriana del tribunal americano. El recorrido es interesante y el texto nos conduce desde su origen con el voto del juez García Ramírez en “Las Palmeras”, para luego ser tomado por todo el tribunal en “Almonacid Arellano” y mejor expuesto en “Trabajadores Cesanteados del Congreso”. Aquí llevados por el *Manual*, nos volvemos a sumergir en abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana, y al traducir los significados como lo hace el autor, andamos sus caminos y reconocemos sus avances. En definitiva, ya fuimos advertidos al comienzo que el derecho de los derechos humanos se ciñe a que los Estados cumplan sus compromisos internacionales, satisfaciendo los deberes que emergen de estos en relación con las personas sometidas a su jurisdicción, y el control de convencionalidad es una de las construcciones de la Corte IDH más importantes a los fines de garantizar esa protección. En esa labor en los últimos años se señala que su expansión no solo abarcó constituciones y otras leyes o prácticas, sino que además puso el mecanismo no solo en manos de los magistrados sino también abarcando a legisladores y administrativos, o sea, ha incluido a los agentes que dependen de los poderes políticos. En esa dirección se especifican los casos “Masacres de El Mozote vs. El Salvador” y “Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia”.

Al enunciar el tema como una *teoría*, lo desarrolla en profundidad, explica no solo el alcance sino también la técnica, se expone en las interpretaciones posibles y realza la importancia del principio de “in-



interpretación conforme”, del que dice, lo vuelve en una práctica constitucional sumamente relevante, en tanto permite compatibilizar en la gran mayoría de los casos las normas internas con las del tratado.

Bajo el título “El valor jurídico de las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, el libro se va a ocupar de marcar que si bien la Corte Internacional de Justicia ha sentado el principio de que las decisiones internacionales tienen valor vinculante solo para las partes del juicio, los órganos de aplicación de tratados de derechos humanos se han pronunciado de manera variada en la cuestión. Al referirse a las Opiniones Consultivas, la Corte IDH en un derrotero iniciado con las OC 1/82 y 5/85, que habían expresado que “no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”, pasó a adjudicar a sus consultas “efectos jurídicos innegables”, en la Opinión 15/97. En el mismo camino se ubicó la doctrina al reconocer en ellas “una interpretación autorizada de las normas de la Convención”. De manera más sencilla aun, se expone la obligatoriedad de previsión normativa respecto de las decisiones jurisdiccionales del tribunal, enmarcado esto en el principio de responsabilidad internacional *pacta sunt servanda*. Profundizando esa línea, el juez Ferrer Mac-Gregor entiende que las interpretaciones de la Corte IDH adquieren el “mismo grado de eficacia del texto convencional”, conforme explica en su voto en “Cabrera García y Montiel Flores”. Doctrina y citas de jurisprudencia refuerzan este *dictum*, compartido por el autor. En cuanto a los informes de la Comisión, ingresan a su consideración con doctrina del mismo órgano. Otra vez, el profesor Rey coloca a disposición del lector las opiniones más destacadas sobre el tema. Cierra el título con la conclusión de que todos los Estados tienen el deber de cumplir el informe definitivo de la CIDH y presentar información sobre el cumplimiento de las recomendaciones formuladas.

Al abordar la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia, los precedentes van ordenados en una línea continua desde “Ekmekdjian c. Sofovich” en adelante. “Ministerio de Relaciones Exteriores” significará –como ya se ha señalado–, un incomprensible retroceso en la materia, ya que acotará el reconocimiento al poder de las sentencias de la Corte a “la medida en que hayan sido dictadas dentro de su competencia”. En un nuevo caso, el autor va a señalar que el tribunal, al recibir de la Corte IDH una actuación que el órgano había llevado a cabo, en el marco de un requerimiento de medidas de protección para Milagro Sala, responderá nuevamente con una lógica diferente a la que había seguido en tiempos de su mejor jurisprudencia.

En el capítulo 5, el libro se ocupa de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a los derechos humanos. Sobre el tópico de responsabilidad por hechos ilícitos se presenta a estos enseñando que, toda violación del derecho internacional por un Estado entraña la responsabilidad de este. En cuanto a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos pasará revista a la jurisprudencia y doctrina internacionales. El caso bisagra será “Barcelona Traction”, en el que la CIJ resolvió que cuando se trata de obligaciones que importan a la comunidad internacional en su conjunto cabe considerar que todos los Estados tienen un interés jurídico en su protección, por lo que generan obligaciones *erga omnes*.

En cuanto a los criterios de atribución de la responsabilidad internacional a los Estados, incluirá los que emergen por incumplir los deberes de prevención con relación a actos de particulares. Sobre el punto, en primer lugar, examina la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para luego pasar a las decisiones de la Corte Interamericana, sin dejar de mencionar la labor cumplida en esa dirección por la Comisión Interamericana.

El capítulo 6 arriba al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, mostrando sus orígenes históricos en línea con los sistemas de protección universal y europeo. Los órganos y las funciones que les competen se presentan para conocerlos, comprenderlos y para saber utilizar las múltiples posibilidades que brindan. La Comisión recibe un párrafo especial cuando se presenta el sistema de denuncias, los requisitos, trámites y la admisibilidad. El autor no evade realizar mención respecto a la demora temporal en esa instancia y el desafío de solucionar el atraso procesal. El procedimiento de solución amistosa y los informes en caso en que no hubiera prosperado esa suerte de negociación. Aquí otra vez el texto va coronado de citas de asuntos tratados por la Comisión.

La Corte IDH, su composición, las tareas, integraciones, sesiones y deliberaciones. Su competencia y el ejercicio de esta. Finalmente, el procedimiento contencioso. La reforma de 1997, que reconoció *locus standi* a las víctimas. Ya concluyendo, llegaremos al producto jurídico pleno conformado por las sentencias en sentido propio como resolución de casos y a las también llamadas *sentencias*, que son actuaciones para el seguimiento de las anteriores.

*Conclusión:* la obra es vasta, profunda y completa en relación con los temas que comprende. Un excelente libro de derecho internacional de los derechos humanos. Nos quedamos con ansiedad aguardando la segunda parte de este *Manual* imprescindible.

# Reseña del libro *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*

Salvioli, F. O. (2020). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

*Por Andrés Rousset Siri<sup>1</sup>*

---

“Había una vez y colorín colorado”. Así empieza esta magnífica obra sobre el SIDH, la más reciente y también una de las más completas que se ha publicado. La razón de ser de ese título particular es la necesidad del autor de transmitirnos cómo se gestó esta obra. Allí explica cómo unos apuntes que elaboró para dictar un prestigioso curso de derecho internacional de los derechos humanos en Estrasburgo (Francia) se transformaría en este libro actualizado a noviembre de 2020.

En esas primeras páginas, Salvioli nos hace viajar por los escenarios más prestigiosos en la materia y nos presenta a quienes contribuyeron con su formación profesional. Este primer capítulo nos explica por qué cada palabra que se ha escrito en este libro es una verdadera bitácora de viaje, pulcramente redactado por quien ha transitado –como protagonista– los órganos internacionales de protección en general, y el interamericano en particular.

Previo a la descripción de su contenido, cabe señalar que esta obra es de acceso libre. En tiempos de pandemia, fronteras cerradas y urgencia en el estudio de los sistemas de protección de derechos humanos, poder acceder al mismo con tan solo un “click” y llenar un breve formulario es algo que merece ser especialmente destacado.

---

<sup>1</sup> Profesor Titular de Derechos Humanos (Universidad de Congreso) y docente de esa materia (UNCuyo). Máster en Protección Internacional de los Derechos Humanos (Universidad de Alcalá). Doctor en Derecho con mención de honor (UNCuyo).

El libro está dividido en cuatro secciones: a) los derechos humanos en la Organización de los Estados Americanos, b) los instrumentos interamericanos de protección, c) los órganos de protección y los procedimientos, y d) actualidad y consideraciones finales. A esto cabe agregar un apartado de bibliografía que ha sido minuciosamente relevada por el autor.

En el primer capítulo, el autor hace un abordaje metodológico del SIDH describiéndolo desde tres planos: el instrumental (marco normativo regional), el orgánico (principalmente –aunque no exclusivamente– la CIDH y la Corte IDH) y el procedimental (conformado con los reglamentos de ambos órganos, como normas de procedimiento).

Salvioli explica detalladamente tres temas que a su entender caracterizan al SIDH: su coexistencia junto a otros regímenes de protección del ámbito universal y regional y las ventajas de la fertilización cruzada entre sus órganos; la unidad de órganos y procedimientos, esto es, el respeto a la CIDH como “puerta de entrada” al sistema de peticiones individuales y la posterior intervención de la Corte IDH cuando corresponda; y finalmente, la estrecha relación de la democracia sustancial con la protección regional de derechos humanos.

El segundo capítulo está reservado al marco regional normativo. Aquí cabe señalar que la gran mayoría de los libros que describen el plano instrumental se suelen centrar en la Carta de la OEA (como instrumento fundacional de la organización), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (y de la mujer, agrega el autor) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Sin embargo, esta obra va más allá y presenta –además de los instrumentos ya mencionados– un análisis pormenorizado de los dos protocolos adicionales a la CADH (en materia de derechos económicos, sociales y culturales y el relativo a la abolición de la pena de muerte); de los tratados que surgieron luego de la CADH y que abordan situaciones más específicas, como son la desaparición forzada de personas, la tortura, la violencia contra la mujer, los derechos de las personas con discapacidad, el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y los derechos de las personas mayores; como así también de otros instrumentos de *soft law* como la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, los Principios sobre Políticas Públicas de Memoria en las Américas y los Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.

El análisis de cada uno de estos instrumentos incluye –con el rigor metodológico que caracteriza a su autor– su descripción general, las obligaciones asumidas por los Estados, los diferentes derechos protegidos y los mecanismos de protección y seguimiento que se incluyen en estos. Un elemento de especial relevancia en el análisis del marco normativo es la selección de decisiones de la CIDH y fallos de la Corte IDH que resuelven la aplicación específica de esos instrumentos legales en casos particulares.

El tercer capítulo describe el funcionamiento de los órganos de supervisión y seguimiento del SIDH. En el caso de la CIDH, se describen sus funciones de promoción (o políticas): sus relatorías, comu-

nicados de prensa, visitas *in loco* a países de la región, informes por país o por temas, y se explica un recurso poco explorado por la doctrina como son las audiencias temáticas que, en palabras de Salvioli, constituyen “una vía valiosa para lograr la atención pública y de la propia Comisión sobre algún aspecto concreto de derechos humanos en uno o más Estados”.<sup>2</sup>

También se analizan las diversas etapas que atraviesa el sistema de comunicaciones individuales (admisibilidad, fondo, medidas cautelares y solución amistosa –como posibilidad incidental–), incluyendo los casos interestatales (Nicaragua vs. Costa Rica y Ecuador vs. Colombia) y los mecanismos especiales –campo de nula recepción en los manuales sobre SIDH– denominados GIEI (Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes), que se han conformado para la investigación de graves violaciones a los derechos humanos en México (Caso Ayotzinapa), en Nicaragua y Bolivia. En los dos primeros casos, la labor de estos mecanismos se plasmó en informes de alto impacto.

El análisis de la Corte IDH inicia con una descripción general de esta institución judicial autónoma. Profundiza en su competencia consultiva, donde prolijamente se organiza toda su producción en siete rubros: el marco y requisitos de aplicación de la CADH; el análisis de los alcances de la función consultiva; las restricciones a los derechos humanos en el Pacto de San José; las facultades de la CIDH; la integración del tribunal para procedimientos contenciosos que llegan a su conocimiento; las obligaciones de los Estados que han denunciado la CADH y/o la Carta de la OEA; y finalmente el desarrollo interpretativo de algunos derechos de la Convención Americana.

Luego de un breve repaso de la competencia cautelar de la Corte IDH (medidas provisionales), el autor ingresa en una didáctica explicación de la competencia contenciosa del Tribunal y sus fases, incluyendo un tópico poco explorado como es el de los acuerdos de solución amistosa en sede jurisdiccional.

Las expectativas que uno deposita en el acápite sobre reparaciones ordenadas por la Corte IDH, por estar redactado por un referente en la materia como es Salvioli (máxime en su calidad de Relator Especial de Naciones Unidas para la promoción de la verdad, la justicia, las reparaciones y las garantías de no repetición), son ampliamente satisfechas.

El autor explica con detenimiento por qué el SIDH en general y los fallos de la Corte IDH en particular representan el mecanismo internacional que ofrece las posibilidades más amplias de reparación para las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Así, en primer lugar, se aboca al impacto individual y colectivo del daño y su proyección al campo del deber de reparar, para luego describir –apoyado en la casuística– los diferentes rubros que componen la “reparación integral”: reparaciones pecuniarias (indemnización por daño material e inmaterial) y medidas no pecuniarias (restitución, rehabilitación, satisfacción, investigación de los hechos, juzgamiento y sanción de las personas responsables de las violaciones y garantías de no repetición). Salvioli hace un llamado a que se adopte un

<sup>2</sup> Salvioli, F. O. (2020). *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Instrumentos, órganos, procedimientos y jurisprudencia*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, pág. 202.

enfoque género sensitivo para el análisis y resolución de los expedientes que llegan a conocimiento del Tribunal, aplicable al campo de las reparaciones.<sup>3</sup>

A modo de cierre, el cuarto capítulo le permite al autor efectuar consideraciones finales. Allí reflexiona sobre el avance normativo que implicó la aprobación de diversos tratados regionales sobre derechos humanos a lo largo de estas décadas y el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH (cuyo impacto no solo se verifica al interior de los Estados, sino también en la labor de otras entidades de protección internacional), las nuevas herramientas procesales –como el Defensor Interamericano– y los mecanismos de seguimiento de tratados de la región.

En síntesis, esta obra nos brinda todo aquello que se necesita para el estudio y enseñanza del SIDH: normas, estructuras, órganos y jurisprudencia, desde la óptica de la empatía, el compromiso y la profunda experiencia de su autor.

---

<sup>3</sup> Ídem nota 2, pág. 159.

# Reseña del libro *Vulneraciones a los derechos humanos*

Bazán, V. (dir.) (2020). *Vulneraciones a los derechos humanos. Reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados*. Buenos Aires: Astrea.

*Por Marikena del Fátima Suárez<sup>1</sup> y Micaela Marano Mónaco<sup>2</sup>*

---

## 1. Introducción

La violación de los derechos humanos se presenta, lamentablemente, como una práctica histórica, sistemática y recurrente en todas las regiones del mundo. En ese sentido, el desconocimiento de los derechos y libertades fundamentales ha sido, hasta la fecha, una problemática común a los Estados.

La conmoción internacional —quizás más bien en el mundo occidental— se correspondió con el momento histórico en que se afectaron las bases europeas. Tras la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional toma conciencia de la necesidad de adoptar mecanismos de promoción y protección de los derechos humanos para hacer frente a las graves violaciones que sucedieron particularmente durante ese último tiempo. Se evidenció un contexto social, histórico y político que ya no podía ignorarse: existía una coyuntura transversal de violación sistemática de los derechos fundamentales de las personas, y eran los Estados quienes, a través de su accionar, desprotegían y avasallaban su dignidad y libertades.

---

1 Abogada (UNLP). Diplomada en Salud Mental y DDHH (UNPAZ). Diplomatura en Derecho Procesal Penal (UNPAZ-APP). Docente de Derecho Procesal (UNLP). Actualmente desempeñando funciones en el Comité contra la Tortura de la Comisión Provincial por la Memoria.

2 Abogada (UNLP). Maestranda en Derechos Humanos (UNLP). Docente de Derecho Procesal y de Adaptación Profesional de Prácticas Penales (UNLP). Actualmente desempeñando funciones en la Unidad Funcional de Defensa Penal N° 1 de La Plata. Las autoras agradecen la revisión de la reseña realizada por Analía Verónica Reyes.

Con motivo de ese escenario mundial se diseñaron y comenzaron a implementar los sistemas de protección de los derechos humanos, tanto a nivel universal –Naciones Unidas– como también regional –sistema europeo y sistema interamericano–. Estos no solo promovieron la asunción de obligaciones positivas y de abstención por parte de los Estados para asegurar el efectivo reconocimiento y goce de todos los derechos –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, ambientales; individuales y colectivos– sino además, determinaron lo que debería suceder cuando aquellos deberes impuestos no fueran cumplidos.

En efecto, se resignifica la idea de que frente a un acto ilícito, violatorio del derecho internacional de los derechos humanos, se producen consecuencias concretas, entre estas, la obligación del Estado de reparar los resultados de aquel acto y, como la otra cara de la misma moneda, el derecho de las víctimas a obtener una reparación.

La obra que tenemos el placer de comentar aborda con exhaustividad, completitud y claridad la previsión, el diseño, desarrollo, evolución y funcionamiento en la práctica de las reparaciones de las violaciones de los derechos humanos, a la vez que efectúa un análisis crítico sobre su evolución histórica y efectividad en su implementación actual en los Estados que forman parte de los distintos sistemas de protección.

Las reparaciones tienen en común el hecho de ser ordenadas por tribunales internacionales u órganos especializados creados en el marco de aquellos sistemas u originalmente concebidos para cumplir otras funciones, pero cualquiera de ellos aplica siempre una perspectiva de derechos humanos en línea con el proceso de emancipación jurídica de la persona humana.

Al inicio de sus funciones, solo los Estados y algunas organizaciones internacionales tenían el monopolio de la personalidad jurídica internacional. Posteriormente, a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, los individuos también se constituyeron en sujetos del derecho internacional, y como tales, se encuentran legitimados para intervenir, hacerse oír y formular pretensiones. Esta evolución conceptual con sustento en la normativa internacional permitió repensar y resignificar el alcance, las bases y fundamentos de lo que hoy entendemos por “acceso a la justicia internacional” en su faz activa, es decir, como legitimación para efectuar un reclamo con motivo de las vulneraciones a los derechos fundamentales y en su faz pasiva, o sea, la legitimación de las personas para ser juzgadas por la comisión de ilícitos internacionales.

A propósito de ello, en el cuerpo de esta valiosa obra podrán acceder al desarrollo y comentario del caso “Diallo” del año 2012, en el cual la Corte Internacional de Justicia (CIJ) establece, por primera vez, que la violación de los derechos se presenta hacia una persona concreta y ya no respecto de un Estado o Nación. De esta manera, la CIJ, creada para resolver contiendas estatales, reconoce a la persona individual como víctima directa de la violación de los derechos humanos, más allá de ser habitante de un Estado o su nacionalidad, y ordena reparaciones en su favor. En ese caso se advierte claramente que el reconocimiento de Diallo como sujeto vulnerado en sus libertades y derechos, lo convierte al mismo tiempo, en forma lógica e indiscutible, en titular del derecho a la reparación, que no solo im-



plica el cese de la violación del o de los derechos y la indemnización de tipo económica por los daños causados, sino además, con igual grado de importancia, la realización de otras medidas que tienen por objeto responder a las distintas necesidades que surgen como consecuencia de la insatisfacción en el goce y/o ejercicio de los derechos como así, la evitación de cualquier tipo de vulneración futura.

En suma, esta obra, producto del trabajo y aporte colectivo de prestigiosos y reconocidos profesionales del derecho y especializados en el derecho internacional de los derechos humanos, nos permitirá advertir y comprender el valioso alcance que tienen las reparaciones en los distintos sistemas de protección para el mejoramiento generalizado de las condiciones de vida de todas las personas.

## 2. Estructura del libro

La obra inicia con un desarrollo conceptual acerca del control de convencionalidad y sus implicancias. Se hace referencia a los destinatarios de aquel –todas las autoridades del Estado deben ejercerlo aún de oficio, dentro de sus competencias y en virtud de las normas procesales–, como a las normas sobre las que recae –inclusive, las constituciones nacionales o normas supremas de los ordenamientos jurídicos internos–.

Este mecanismo subsidiario y complementario de protección, adoptado por el sistema interamericano y consolidado a lo largo de su jurisprudencia, ha servido de fuente para su implementación en el resto de los sistemas regionales.

Destacamos el abordaje inicial que se expone en esta obra acerca del análisis del control de convencionalidad y el deber de los tribunales internos de fortalecer sus intervenciones en la prevención y sanción de las vulneraciones de derechos humanos, puesto que así se destaca el rol de los Estados como principales garantes de aquellos.

El segundo capítulo dedicado a los “Principios y Directrices Básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normativas internacionales de derechos humanos” permitirá fijar y determinar los alcances que deben tener las reparaciones. Tal cual se destaca en el libro, en el preámbulo de los principios se reconoce que estos “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario”. Según estos, para que una reparación sea integral, debe contener restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Es necesario detenernos sobre estos conceptos, tal como lo hicimos inicialmente pues, la lógica que sigue el libro nos indica que han sido la base del posterior desarrollo al interior de cada sistema de protección.

De tal manera, se avanza sobre el tratamiento de la jurisprudencia de diferentes organismos en la temática explicitando cómo se han ido interpretando y aplicando a los casos concretos.

Entre aquellos conceptos centrales en materia de reparaciones que este segundo capítulo desarrolla está el de integralidad. Inicialmente deja en claro que, debido a la complejidad que acarrea el fenómeno de las violaciones de derechos humanos, en las que se afectan distintas esferas de lo individual y social, resulta trascendental diversificar las formas de la reparación para que efectivamente respondan a las consecuencias traumáticas de esa vulneración, evitando que el paso por el sistema judicial o administrativo genere un nuevo trauma y, a su vez, restableciendo la dignidad de la persona o personas afectadas, en la mayor medida posible.

De esta manera se explica que como la restitución intenta devolver a la víctima a la situación anterior a la vulneración –aunque luego veremos en el avance del estudio que esto no siempre es posible o adecuado–, la indemnización pretende abordar todas las consecuencias económicamente evaluables –ya sean materiales y/o inmateriales–.

Por su parte, se determina que la rehabilitación refiere a la atención de salud en sentido amplio y servicios jurídicos y sociales; y la satisfacción busca otorgar medidas que apuntan más a toda la sociedad, pues se trata de evitar que continúen las violaciones, que se verifique y divulgue públicamente la verdad, entre otras.

Finalmente, se alude a la garantía de no repetición que, tal como lo indica su nombre, implica una obligación estatal de prevención y protección, para que en el futuro no se vuelva a repetir con relación a la víctima en particular y a la sociedad en su conjunto.

Es de destacar que en este segundo capítulo el autor no solo desarrolla el contenido de la reparación sino que nos posiciona siempre en favor de los deseos, reclamos, necesidades y aspiraciones de las víctimas: el centro de este derecho debe responder a ello, para que, de esta manera, además de ser integral, la reparación sea oportuna, efectiva, proporcional, justa, adecuada.

Estas características de la reparación son retomadas y profundizadas en el capítulo séptimo por Sergio García Ramírez.

Por último, el autor explica el alcance de los términos “violaciones manifiestas de las normas del derecho internacional de los DDHH y violaciones graves de las normas del derecho internacional humanitario”, superando las discusiones que traen las interpretaciones literales consolidadas a raíz de la teoría de las generaciones de derechos. Más allá de que el texto hable de graves o manifiestas, lo cierto es que todas las vulneraciones a derechos que impliquen una ruptura del orden jurídico internacional en las diversas materias, traen consigo el derecho a obtener una reparación, en la medida de la violación.

A partir del capítulo cuarto se aborda este derecho en concreto, sus alcances y diferentes modalidades, haciendo hincapié en las decisiones tomadas por diversos organismos internacionales. Se hace un recorrido histórico de los comités de Naciones Unidas –capítulo cuarto–, sistema interamericano –capítulos octavo a décimo primero–, sistema europeo –capítulos quinto y sexto–, sistema africano –capítulos décimo segundo a décimo cuarto– y, finalmente, modelo árabe –capítulo décimo quinto–.

De todo ello entendemos que la interpretación sobre este derecho ha ido mutando de forma dinámica y progresiva, adaptándose a las diversidades de cada cultura en particular.

En este análisis no solo se profundiza sobre las sentencias de organismos jurisdiccionales, cuya obligatoriedad y ejecutoriedad no se encuentran debatidas, sino que además se estudian las decisiones de organismos no jurisdiccionales y sus alcances, superando así las concepciones sobre su carácter no vinculante y reforzando la idea de que no quedan supeditadas a la voluntad de los Estados, sino que se impone su cumplimiento.

Sin embargo, la efectividad de las decisiones tomadas por los diferentes organismos tiene una vinculación directa con las medidas que el Estado se encuentre dispuesto a adoptar a esos fines, más allá de las obligaciones a su cargo, en respeto a lo estipulado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El ejemplo que consideramos más notorio es el Comité Europeo de Derechos Sociales, desarrollado en el capítulo sexto. Allí, Luis Jimena Quesada hace un paralelismo entre la eficacia de las decisiones de este Comité y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para demostrar que si nos obsesionamos con la estricta justiciabilidad o judicialización de la protección internacional, es decir, centrando la atención en lo que tenga la denominación de “tribunal” o “sentencia”, corremos el riesgo de perder mucho de esa potencial protección (259). Esto no solo se lo atribuye a la judicatura, sino también a la academia. Entendemos entonces que más allá del nombre que le demos a la decisión y al organismo del que se trate –jurisdiccional o no–, el foco ha de estar en la voluntad estatal para dar cumplimiento a estas.

El abordaje de la temática continúa en mayor profundidad en el curso del octavo capítulo, donde se detallan los criterios de ejecución de las reparaciones ordenadas en el marco del sistema interamericano al interior de cada país, circunstancia no menor para comprender la doctrina de las reparaciones en su integralidad, pues una y otra vez durante el libro vemos que las dificultades suelen predominar precisamente en el cumplimiento de lo ordenado.

Otro de los puntos centrales y de mayor peso refiere a la temática de género, tratada en el capítulo noveno. Aquí los autores realizan un análisis del efecto práctico que tienen las medidas de reparación ordenadas y la progresiva incorporación de la perspectiva de género en las resoluciones de la Corte IDH. La conjunción de estos criterios trae un aporte trascendental puesto que, en determinados casos, el restablecimiento a la situación anterior implica volver a un escenario discriminatorio para las mujeres, como bien se ejemplifica con el reconocido caso “Campo Algodonero” de 2009. Ha de considerarse así que la aplicación de parámetros tradicionales, sin perspectiva de género, podría significar una legitimación de las vulneraciones a los derechos de este colectivo.

Las cuestiones abordadas traen al debate el concepto de “reparaciones transformadoras”, que podrían pensarse *a priori* como origen de significativos cambios en los Estados a los que se dirigen, pero que en la práctica encuentran serias dificultades para su implementación y arrojan resultados imprevistos al momento de ordenarlas. Si bien buscan modificar patrones colectivos y estructurales de violencia o discriminación, pueden alejar las consideraciones de justicia restaurativa asociadas a consecuencias

específicas para las mujeres que las enfrentan, derivadas de violaciones a sus derechos, y las cuales resultan indispensables para garantizar un acceso material a la justicia (459).

Consideramos que esta crítica se traslada a toda la noción de reparaciones y no únicamente para los casos en que las involucradas y/o afectadas sean mujeres. Se trata de una visión innovadora o más bien una revelación de lo obvio que nos trae la perspectiva de género y que se extiende a todo grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad, pues hablamos siempre en clave de derechos humanos. Ello contribuiría a evitar la repetición de vulneraciones en temáticas sobre las que ya se han expedido los organismos internacionales de protección de derechos humanos, sobre las que se han ordenado garantías de no repetición que evidentemente han sido insuficientes. En relación con este tema, resulta de singular interés el concepto de “sentencias piloto” desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, abordado en el capítulo quinto.

En el tercer y décimo sexto capítulo, se explica cómo determinados organismos ajenos a estos sistemas internacionales de protección de derechos humanos –CIJ y Corte Penal Internacional (CPI)–, también utilizan parámetros traídos por esta disciplina en sus resoluciones, ordenando reparaciones a favor de personas físicas cuyos derechos han sido vulnerados.

De esta manera, el libro busca interpelar al lector a los fines de posicionar a los derechos humanos como axiomas fundamentales, ideales y directrices transversales a todas las disciplinas sociales más allá de la función específica del organismo en cuestión. La protección de los derechos humanos en el ámbito internacional no corresponde solo a los organismos especializados, sino a todos.

En el caso de la CPI, en que la persona individual es juzgada en sede internacional en función de su subjetividad internacional pasiva, también se tiene en consideración el derecho de las víctimas de los crímenes a obtener una reparación. Así, el autor de dichos ilícitos debe satisfacer la restitución, indemnización y rehabilitación, y cuando no se encuentre en condiciones de hacerlo el Fondo Fiduciario se ocupa de ello. Por su parte, y a través de cooperación vertical, el Estado tiene a su cargo las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, que buscan reparar a toda la sociedad y no solo a la víctima en particular. En suma, este último capítulo del libro muestra cómo convergen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional Penal.

Mención aparte merece el décimo primer capítulo que, al tomar el ejemplo de Argentina, nos ilustra sobre las diversas falencias al interior de los Estados que van dando lugar a la intervención de los organismos internacionales –en este caso, del sistema interamericano–, por situaciones similares entre sí, aun cuando la Corte IDH ya se ha expedido sobre la temática.

En conjunto con el décimo capítulo, evidencia las problemáticas en general que tiene Argentina y el estado de situación, que permite vislumbrar cómo mayormente la falla suele estar en el Poder Judicial. En efecto, se han ordenado pocas reparaciones en cuestiones legislativas.

El universo de casos analizados permite afirmar la reiteración de la denegación de justicia, marcando falencias en el deber de investigar y sancionar a los responsables de violaciones de derechos humanos o a claras violaciones de las garantías judiciales y la protección judicial.

Ahora bien, para comprender el avance que ha tenido el sistema interamericano en su conjunto, y a su vez, en comparación con otros, debemos remitirnos al capítulo séptimo. Ello en tanto nos explica cómo ha sido su origen, realizando un paralelismo con lo sucedido en Europa.

En suma, tanto en este capítulo como en el resto del libro, podemos distinguir la importancia que ha tenido la regulación positiva contenida en el artículo 63 de la CADH, que le ha permitido a la Corte IDH desarrollar la más rica jurisprudencia en materia de reparaciones, teniendo el aval expreso de la Convención. Así, García Ramírez comienza por renombrar el “régimen de reparaciones” como las “consecuencias jurídicas de la violación de derechos humanos”, destacando que no afectan únicamente a la/s víctima/s en concreto, sino también al resto de la sociedad, al comprometer la paz, seguridad y justicia del conjunto.

A continuación, elabora un profundo análisis del artículo mencionado, el debate para su adopción como lo conocemos en la actualidad y la interpretación judicial que se ha hecho sobre este desde entonces. Esto no quiere decir que la ausencia de regulación positiva necesariamente deja desprotegidas a las víctimas, pero sin dudas el artículo 63 de la CADH se ha convertido en un hito en materia de reparaciones, permitiéndoles a los organismos del sistema realizar el más creativo avance en la materia. En contraposición a ello, el desarrollo de los capítulos décimo segundo a décimo quinto –sistema africano y modelo árabe– revela las consecuencias de la falta de regulación específica de la potestad de ordenar reparaciones, que ha obstaculizado de alguna manera el trabajo de los organismos en cuestión.

### 3. Consideraciones finales

Como corolario de lo expresado, podemos afirmar que este libro aporta un amplio conocimiento del sistema de reparaciones, que se puede analizar y profundizar en cada ámbito en que se desarrolla. Propone continuar reflexionando sobre cómo lograr que las reparaciones sean cada vez más efectivas, teniendo en consideración la individualidad de las víctimas y la cultura de cada pueblo. Por su parte, enseña que en materia de derechos humanos nada es estático, sino que el paradigma se encuentra en constante evolución, de acuerdo a los cambios que van surgiendo a lo largo del mundo. Las concepciones que consideramos actuales siempre serán un punto de partida.

Finalmente, el recorrido que realiza el libro recuerda algo que a veces no está tan presente: a pesar de las falencias y los desafíos pendientes ha habido un desarrollo sumamente rico en la materia gracias a las luchas que se han dado. Ello nos impulsa a seguir construyendo y afianzando mecanismos de mayor protección de los derechos de las personas en todo el mundo.



# Reseña del libro *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Rey, S. A. (dir.) (2021). *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Análisis de los informes y sentencias de la Comisión y Corte Interamericana. Testimonio de sus protagonistas*. Buenos Aires: Astrea.

Por Federico Robledo (h)<sup>1</sup>

---

Decía Borges que “el futuro no es lo que va a pasar sino lo que vamos a hacer”. En los umbrales del siglo XXI, el derecho y la abogacía se enfrentan a un nuevo desafío: hacer más y hacer mejor, en pos de la tutela efectiva de los derechos y garantías fundamentales. Los autores de la obra han interpretado este desafío mediante la producción de una obra de factura doctrinaria que coloca a la persona humana como principio, centro y fin de todas las instituciones.

El ex miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Juan E. Méndez, refiere que

[e]sta compilación de decisiones sobre la Argentina emitidas por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es de una importancia sin precedentes. No se tiene conocimiento de un esfuerzo similar en otros países del hemisferio, pero este libro refleja una investigación profunda digna de ser imitada en los países vecinos.

---

<sup>1</sup> Abogado (UNC). Magíster en Bioética (UNC). Profesor de Derecho Constitucional (UNC y Universidad Católica de Salta).

*Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* es una obra tan necesaria como importante para el horizonte jurídico argentino e internacional.

Se encuentra dirigida por Sebastián A. Rey, un jurista de extensa trayectoria en el ámbito de los derechos humanos desde los planos del ejercicio profesional, investigación y docencia. Es magíster en Derechos Humanos (UNLP), profesor titular de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UNPAZ y profesor adjunto de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UBA. Asimismo, es investigador del Instituto Gioja, con numerosas publicaciones en la materia. Integran también el cuerpo de autores, Julia Ben Ishai, Marina Chertcoff, Rosario Muñoz y Juan Pablo Vismara, quienes acreditan profunda experiencia y formación específica en el campo de los derechos fundamentales.

Podríamos afirmar que se trata de una obra para nuestros tiempos, para esta “nueva era histórica”, caracterizada por un proceso de profundos cambios en el ejercicio de la abogacía y la magistratura con nuevas preguntas, nuevos dilemas, nuevos desafíos.

La gran expansión de los derechos fundamentales y el tránsito de una Constitución a un bloque de constitucionalidad, a tenor de haberse investido de jerarquía constitucional un grupo de tratados de derechos humanos, decantan un proceso de transformación cualitativa por el cual se ensancha el catálogo de derechos fundamentales, un proceso de “iusfundamentalización” con carácter “irradiante” o “invasivo” (Guastini) de la Constitución y tratados sobre todos los rincones del derecho.

Los derechos y garantías, cual ríos subterráneos, fluyen por debajo de todo el ordenamiento jurídico, iluminando al operador jurídico en la elaboración, interpretación y aplicación del derecho –como *pauta de establecimiento y funcionamiento de las normas*–. El derecho de nuestros días –vasto, dinámico, de fronteras dinámicas y en permanente expansión– se encuentra atravesado en todas sus formas de ejercicio profesional por los derechos fundamentales.

En este contexto, *Decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* emerge como una obra de acuciante actualidad que se propone –y logra acabadamente– una tarea desafiante: sistematizar y analizar todas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y todos los informes y peticiones resueltas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativas a la Argentina.

Se ha dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación opera como “Convención Constituyente en permanente sesión”. Sobre la importancia de los fallos de la Corte IDH, podría hacerse extensiva aquella premisa afirmándose que, en su tarea de control de convencionalidad, la Corte IDH actualiza por vía pretoriana en forma permanente el contenido de los tratados en la región.

No es ocioso recordar que cuando la Constitución Nacional inviste de rango constitucional al Pacto de San José de Costa Rica, junto a otros tratados de derechos humanos, lo hace “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22 CN). Ello significa que deberá tenerse en cuenta tanto la letra de la Convención como así también las sentencias y opiniones consultivas del sistema interamericano de derechos humanos, a cuya jurisdicción se encuentra adscripto nuestro país.



En este orden de ideas, es claro que el ejercicio de la abogacía de nuestros tiempos requiere, no solo formación y entrenamiento en los tratados de derechos humanos, sino también de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, lo que pone de relieve el trabajo trascendental de los autores en esta obra.

En dos tomos se analizan todos los casos que versan sobre la responsabilidad internacional del Estado argentino vinculadas con el incumplimiento o vulneración de los tratados de derechos humanos, por ante el sistema interamericano.

La revista de temas es sumamente amplia y variada, comprendiendo el abordaje de la garantía medular de defensa en juicio, garantía del debido proceso, tutela judicial efectiva, garantía del doble conforme o derecho al recurso, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de los pueblos originarios, derechos vinculados con el medio ambiente y desarrollo sustentable, derechos individuales y de incidencia colectiva, entre otros.

El primer capítulo, aborda “el trámite de una denuncia ante el sistema interamericano de derechos humanos”, tanto en la Comisión como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Allí se explica brevemente el origen y cómo funciona el SIDH, lo que permite que cualquier persona, independientemente de si ha estudiado abogacía o no, pueda comprender el derrotero de los casos y la forma en que se tomaron las decisiones.

Los capítulos subsiguientes se sistematizan en la recopilación y análisis de las 324 peticiones contra el Estado argentino por violaciones de derechos humanos en el sistema concebido bajo la OEA que han sido publicadas; es decir, solo aquellas en las cuales se adoptó una “decisión”. Ello comprende las que fueron declaradas admisibles e inadmisibles, aquellas que contaron con informes de fondo y de soluciones amistosas y las que tuvieron una resolución declarando su archivo por parte de la CIDH. Además, se analizan todas las sentencias de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y supervisión de cumplimiento dictadas por la Corte IDH.

El libro comienza con las denuncias recibidas durante las dictaduras militares (1971-1973 y 1976-1983) y, continúa con las presidencias de Raúl Alfonsín (1983-1989), Carlos Menem (1989-1999), Fernando de la Rúa (1999-2001), Eduardo Duhalde (2002-2003), Néstor Kirchner (2003-2007), Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015 y 2007-2015), Mauricio Macri (2015-2019) y Alberto Fernández (2019-2020).

Esto permite ver la evolución de los diferentes gobiernos en la Argentina, los cambios de funcionarios y de postura en cuanto a las políticas en materia de derechos humanos a nivel nacional y provincial y en la relación del Estado con la OEA y sus órganos. Cada caso que se presenta no se limita a transcribir párrafos aislados de las decisiones, sino que incluye un análisis jurídico, político y social. Allí aparecen las decisiones que se adoptaron tanto a nivel nacional como internacional, el contexto en el que fueron dictadas y los cambios normativos y de prácticas que generaron.

Un valor agregado en la obra lo constituyen las más de 350 entrevistas a actores e instituciones vinculados con los casos analizados. Se aportan en “primera persona” datos y opiniones de funcionarios nacionales e internacionales, peticionarios, organismos no gubernamentales de derechos humanos, relativos al contexto histórico y fáctico que permiten comprender de manera profunda las causas, las estrategias de defensa y tramitación del proceso judicial. Sin duda, la monumental tarea de entrevistas impregna las páginas de un cariz especial, que enhebra el análisis de cada decisorio con el testimonio y experiencia de los y las protagonistas.

Cabe destacar, solo como ejemplos, los casos de Víctor Saldaño y de Carlos Andrés Fraticelli. Los pongo de resalto porque en ambos la declaración de los abogados protagonistas me aclaró situaciones que al no conocer el expediente uno no tiene manera de conocer. Los relatos de los doctores Vega y Edwards no solo nos ilustran acerca de las circunstancias fácticas que se presentaban, sino que nos permiten saber la estrategia empleada por los colegas.

El estudio pormenorizado que los autores hacen de los casos originados en las dictaduras militares de 1971 a 1973 y de 1976 a 1983 es formidable y muy detallado. Aun pecando de incompletitud, y seguramente de injusticia, recomiendo la lectura de los casos Ongaro, Solari Yrigoyen - Amaya, (Dagmar) Hagelin, Firmenich, Carranza Latrubesse, Bulacio, Correa Belisle, Mendoza, entre muchos otros.

Se incluye en el segundo volumen un Índice de artículos de los instrumentos de derechos humanos analizados (vgr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Protocolo de San Salvador) relacionados con los parágrafos de la obra. Esta herramienta permite vincular el estudio de los institutos alojados en cada artículo de los tratados con los precedentes de la CIDH y Corte IDH de una forma sencilla. Asimismo, se incluye un índice de casos por orden alfabético, relacionados con los parágrafos de la obra. Se trata de una guía de gran utilidad para ingresar al estudio de un fallo.

Como señala Méndez,

este libro se constituye en una referencia obligada para académicos y también para abogados en ejercicio, tanto para dilucidar las tendencias jurisprudenciales de la CIDH y de la Corte IDH, y sus requisitos procesales y de competencia, como para planear el mejor uso del sistema de protección en relación con el futuro democrático y de estado de derecho que queremos construir.

Celebramos la aparición de esta auspiciosa obra que constituirá el “hilo de Ariadna” en el mundo jurídico, para transitar por el estudio de los derechos humanos y el ejercicio de la abogacía en los tiempos actuales.

## Reseña del libro *Manual de Derechos Humanos*

Salinas, P. G. (2021). *Manual de Derechos Humanos*. Mendoza: Editorial ASC Libros Jurídicos y Universidad Champagnat.

Por Ornella Johanna Bergés<sup>1</sup>

---

Para comenzar la reseña de esta obra enriquecedora para los lectores que se interesan en la evolución, el estudio integral, las reivindicaciones y el impacto real de los derechos humanos, quisiera destacar su lenguaje claro, que permite alcanzar la comprensión no solo a quienes tienen trayectoria en el estudio de esta temática, sino también a los estudiantes universitarios.

Este *Manual* consta de un prólogo y seis capítulos, cada uno de ellos con sus respectivos apartados para tratar distintos temas a los fines pedagógicos –y cronológicos– pero que se encuentran sumamente interrelacionados. Es por ello que remarco la sencillez y claridad que se refleja en la estructura de esta obra.

Es muy interesante el prólogo realizado por el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, ya que, no solo recuerda las distintas masacres que sufrió el mundo por quienes se consideraban “una raza superior perfecta” o proponían “crear al hombre nuevo” a costa de aquellos a quienes se los tildaba de “contaminadores y contaminados”, sino también porque evidencia el actual retroceso, que no se condiciona a lo biológico o al ambientalismo, sino más bien al sistema autodenominado “neoliberalismo”, que pone su acento en el mercado, conforme la oferta y demanda. Así, remarca que “todo se justifica para dejar libertad absoluta al capital que se concentra, porque el 1% de la humanidad dejará derramar su riqueza hacia

---

<sup>1</sup> Procuradora y estudiante de Abogacía (UNPAZ). Estudiante de Escribanía (Universidad Siglo 21). Integrante en distintos proyectos de investigación (UNPAZ).

abajo y habrá un mundo feliz”. Además, enfatiza sobre las nuevas tecnologías y la “ideología totalitaria” que tienen como fines crear un ser “transhumano superior” y en el proceso de recombinar nuestros genes o injertarnos máquinas que nos hagan más inteligentes, etc., poco importa que mueran miles de millones de personas en un planeta superpoblado. Toda su explicación se sintetiza en la siguiente frase, que refleja aquellos pensamientos reduccionistas y aberrantes: “nadie tiene derechos por el mero hecho de haber nacido”.

Esta obra es el ejemplo pertinente para aprehender (y no solo aprender) lo que, con acierto, afirma el Dr. Zaffaroni: “la revolución jurídica [...] es un instrumento para la lucha por el derecho, es decir, para lograr que lo que *debe ser* pase a *ser*”.

En el primer capítulo, el autor pone al alcance de todas, todos y todes los distintos aportes de las corrientes filosóficas, jurídicas y políticas, como así también permite entender qué significa el término derechos humanos y sus diferentes características, que son conexas y hacen al sistema todo. Por un lado, hace un *racconto* de los diferentes instrumentos –con y sin fuerza vinculante– que en la época antigua empezaron a regir la vida de la sociedad, desde el ámbito universal hasta el ámbito interno, con la Constitución Nacional de 1853/60 y sus consecutivas reformas. Por el otro, recuerda los principios generales y de interpretación, que son aquellas ideas fuerza que sirven para interpretar el alcance y exigibilidad de los derechos humanos.

Ya en las primeras hojas se desprende la importancia que tienen los derechos humanos como límites al poder del Estado. Salinas explica que aquellos son independientes de toda circunstancia social que diferencia a los individuos, todos gozan de derechos y libertades por la sola condición de seres humanos, y su efectiva garantía deriva de diferentes procesos de supervisión y juzgamiento por presuntas violaciones a cualquiera de ellos.

Asimismo, se estudian las distintas generaciones de derechos: la primera referida a los derechos civiles y políticos, juntamente con la interpretación de estos a través de diferentes opiniones consultivas de la Corte IDH y de jurisprudencia relevante, como lo son “Velázquez Rodríguez” y “Bulacio”, entre otros; la segunda referida a los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera generación referida a la solidaridad, ambiente sano, derechos colectivos. Además, se menciona la distinción entre derechos operativos y programáticos.

Por último, y no menos importante, el autor trata los antecedentes históricos en el derecho medieval hispano e indiano (este último, como un gran aporte a nuestro modelo actual de defensa de los derechos humanos) y las influencias de las ideas iluministas en el derecho argentino.

En el segundo capítulo, Salinas se aboca al estudio de la internacionalización de la protección de los derechos humanos, comenzando por recordar aquella imperiosa necesidad que existía luego de la Segunda Guerra Mundial de proteger los derechos humanos en todo el mundo. También menciona el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas, que reemplazó la Sociedad de las Naciones luego de su fracaso en mantener la paz, y de las organizaciones regionales –europea, africana, americana–, haciendo énfasis particularmente en el surgimiento de la Organización de los Estados Americanos.

El trazado que hace de los distintos modelos que alcanzaron a Argentina resulta interesante, porque permite diferenciar el monismo jurídico, que rige desde la reforma constitucional del año 1994 con la incorporación del artículo 75, inciso 22, del dualismo, que se refleja en países como Estados Unidos.

Lo mismo ocurre con la explicación profunda, clara y ejemplificada a través de jurisprudencia de la Corte IDH, que el autor realiza de lo que conlleva el control de convencionalidad y constitucionalidad, que ejercen los jueces y las distintas esferas del poder público al momento de ejercer sus competencias, que deben ajustarse conforme a los instrumentos con jerarquía constitucional, que como Estados soberanos y de forma voluntaria ratificaron, adhirieron, firmaron, etc.

Por último, se evidencia la importancia de conocer la jurisprudencia de la Corte IDH, que interpreta el alcance de los derechos consagrados en la CADH y resuelve casos que lleguen a su conocimiento por la presunta vulneración de derechos, pero cuyas resoluciones no se agotan en el caso concreto, sino que también sirvieron –y sirven– de precedentes judiciales.

En el tercer capítulo se estudian distintos instrumentos internacionales y leyes internas: desde la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Lemkin para la prevención y sanción del delito de genocidio, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Protocolo de San Salvador, la Constitución Nacional (CN), leyes penales internas sobre aborto, muerte digna (eutanasia), no discriminación en cualquier ámbito de la vida, ambiente sano, autodeterminación e identidad cultural de los pueblos originarios.

En este apartado es de suma importancia lo que recuerda el autor relativo a la dictadura militar en Argentina durante el período 1976-1983. Cada uno de sus argumentos se ilustra con distintos casos judiciales, que fueron llevados por la Corte IDH, marcando precedentes jurisprudenciales que en nuestros días siguen siendo reproducidos en otras causas de cualquier fuero (civil, laboral, administrativo, familia, etc.), pero que se relacionan con la vulneración de los derechos humanos conexos.

En el cuarto capítulo se abordan los mecanismos internos que se encuentran consagrados en la CN y que permiten exigir el cumplimiento de las obligaciones internacionales de respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos. Por un lado, se desarrollan el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data*, como así también la intervención federal a las provincias, destacando que la misma es de carácter excepcional. Por otro lado, Salinas profundiza el alcance del artículo 2 de la CADH a través de la jurisprudencia aplicable con el fin de que se entienda el deber que le cabe a los Estados parte de adecuar todo el sistema interno de conformidad a los principios y disposiciones de dicha Convención, logrando la efectividad de los derechos humanos. Es destacable en este apartado las menciones que realiza el autor sobre los estados de excepción, estado de sitio y las disposiciones que los regulan a nivel interno. A su vez, el desarrollo respecto de las instituciones defensoras de los derechos humanos que actúan dentro de las esferas de poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), así como fuera (organizaciones no gubernamentales, la comunidad).

En el quinto capítulo el autor retoma la mención del PIDCP y el PIDESC. Agrega el Protocolo Facultativo del PIDCP (1976), con el cual se creó el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Uni-

das, y el mecanismo de exigibilidad de las presuntas violaciones, teniendo competencia para recibir y considerar las comunicaciones de los individuos bajo la jurisdicción del Estado en cuestión. Asimismo, en el ámbito regional americano estudia los organismos encargados de interpretar, recomendar y resolver –según el órgano interviniente– las denuncias en las que se alegue la existencia de presuntas violaciones a los derechos humanos.

Remarca la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus orígenes –“Caso Velázquez Rodríguez”– y la importancia que significó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que desde “Ekmekdjian c/ Sofovich” reconoció la superioridad de los fallos de la Corte IDH y mantuvo tal interpretación en “Simón” siguiendo los criterios de la Corte IDH en el “Caso Barrios Altos” en 2001.

En el sexto capítulo, el autor se dedica al estudio de la protección diferencial que recae sobre sectores específicos: las mujeres; los niños, niñas y adolescentes; las personas adultas mayores y las personas con discapacidad, entre otros, y los distintos tratados internacionales que los regulan. Este capítulo desarrolla los antecedentes y la evolución en la necesidad de prevenir y reprimir violaciones específicas, como los delitos de lesa humanidad, contra la paz, crímenes de guerra, genocidio, desaparición forzada, tortura. Además, analiza la violencia de género, el femicidio y su incorporación en el Código Penal Argentino, la Ley N° 26485 y la Convención Belém do Pará, remarcando la existencia de una “violencia epistémica” que genera discriminaciones y que un sujeto por tener aceptación social hegemónica es más creíble que otro u otra que por su estatus no es una fuente confiable del conocimiento (la injusticia testimonial). Sostiene el autor que la capacitación obligatoria sobre violencia de género y contra las mujeres permite llevar al plano real las problemáticas invisibilizadas en la sociedad con el fin de mitigar y erradicar esas situaciones que nos atraviesan como sociedad.

En conclusión, esta obra evidencia un estudio profundo sobre los antecedentes fácticos y jurídicos –con avances y retrocesos– que sirvieron de puntapié para la creación y ratificación de numerosos instrumentos internacionales por parte de los Estados, específicamente de nuestra República Argentina, con el objetivo no solo de reconocer los derechos humanos sino de garantizar efectivamente el pleno goce y ejercicio a todas las personas que se encuentre bajo su jurisdicción.

El autor no solo conceptualiza el término “derechos humanos”, sus características, los distintos medios para exigir su cumplimiento y los organismos encargados de garantizarlos o hacerlos efectivos, sino que permite a los receptores de este *Manual* que perciban con cada obligación en cabeza de los Estados –y su incumplimiento– una gama valiosa de jurisprudencia internacional. En este sentido, el Poder Judicial, como último intérprete del bloque constitucional y a quien le corresponde realizar el control de convencionalidad, juega un papel importante para lograr que se garanticen efectivamente los derechos consagrados.

Por todo ello, el estudio epistemológico y profundo que hace el autor en el ámbito jurídico, doctrinario y jurisprudencial sobre la temática se encuentra plasmado con claridad en esta obra, siendo sumamente destacable y esencial para sus lectores, ya que permite una lectura fluida y, más aún, una comprensión íntegra y valiosa.

# Reseña del libro *Negacionismo y Derecho Penal. El rol del Derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*

Thus, V. (2020). *Negacionismo y Derecho Penal. El rol del Derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*. Buenos Aires: Ediciones Didot.

*Por Daniel González Stier<sup>1</sup>*

---

Valeria Thus se destaca por su historia profesional, por su labor docente y, sobre todo, por su generosidad y calidad humana. El libro suma otro motivo de halago: la invitación a pensar (y a repensar) los fundamentos y los objetivos del modelo liberal del derecho penal.

No hay mejor forma de presentar esta reseña que reproducir las preguntas que surgen de la introducción del libro:

¿debe haber castigo para los genocidas, sus cómplices, los funcionarios civiles y también para quienes justifican, niegan o minimizan el genocidio? ¿Es lo mismo cometer el crimen que defenderlo o silenciarlo? ¿Es el derecho penal el instrumento idóneo para prevenir las prácticas sociales genocidas? Se trata, en todo caso, de reflexionar si todos estos problemas son merecedores, de manera indiferenciada, de reproche penal (Thus, 2020: 21).

---

<sup>1</sup> Abogado (UBA). Profesor adjunto (i) de Derechos Humanos y Garantías (UBA) y de Destrezas de Litigación Oral en la Práctica Profesional II (UNLZ). Defensor general adjunto del Departamento Judicial de Quilmes (provincia de Buenos Aires). Podcaster en Dosis de Derecho.

El libro parte de la propuesta de reconocer que las expresiones negacionistas atentan contra la dignidad de las víctimas, la de sus familiares y el derecho a la memoria. Desde ese punto de partida, el Derecho puede usarse como una estrategia posible en términos de validez (legitimación interna) y justificación (legitimación externa) para prevenir estas prácticas, incluso bajo el modelo liberal.

También “apuesta a complejizar algunas de las afirmaciones que los juristas tomamos por válidas; intentar deconstruirlas (profundizar en lo que dice, o mejor dicho lo que esconde, el andamiaje liberal) y resignificar los valores liberales en la etapa de mundialización de los derechos humanos” (Thus, 2020: 24).

Para justificar esa propuesta, dividió su obra en tres ejes que nos interpelan como individuos y como sociedad, pero que también interpelan a los poderes del Estado.

Primero nos ubica en tiempo y espacio para entender qué es el negacionismo desde lo conceptual y desde lo normativo. Describe y analiza su tratamiento en Europa, las diferencias que plantea la visión de los Estados Unidos de América y el análisis de las cuestiones constitucionales y convencionales en juego.

Luego nos invita a analizar las reacciones estatales frente al negacionismo con una perspectiva de derechos humanos y lo hace desde el “corazón del liberalismo ilustrado”, “el núcleo del Estado de derecho”: la libertad (incluyendo la libertad de expresión), la igualdad (como no sometimiento) y la solidaridad. Aquí, además, asume el debate sobre el lenguaje y sus usos y sobre la función social de la libertad de expresión.

El último eje se mete en la esencia misma del derecho penal: la cuestión de la lesividad abordada desde la criminología, desde la política criminal y desde el garantismo penal.

Sin dudas cada uno de los ejes merece su lectura y análisis para comprender la propuesta global de la obra. En esta reseña intentaré destacar algunos aspectos relevantes que reclaman una atención específica.

## 1. Primer eje: el negacionismo

Para comprender la vinculación íntima entre los genocidios y el negacionismo, la autora parte de la génesis de la definición de Raphaël Lemkin, en tanto el genocidio tiene dos etapas: la primera incluye la destrucción de la identidad nacional del grupo oprimido, y la segunda, la imposición de la identidad nacional del opresor.<sup>2</sup> Así, concluye que el objetivo del genocidio no son los muertos sino los vivos, “no es algo que les sucedió a *otros* en un pasado (que se pretenda clausurar y avanzar hacia un futuro en el que no haya rastro del arrasamiento), sino que *nos sigue sucediendo...*” (Thus, 2020: 50).

Esa perspectiva no solo responde a un análisis sociológico de la cuestión, sino que, además, se refleja en distintas normas que analiza y desmenuza y que rigen en el ámbito internacional, regional europeo, regional interamericano y al interior de varios países de Europa. La obra repasa esas normas

---

<sup>2</sup> Lemkin, R. (2008). *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires: Prometeo y UNTREF.



y la jurisprudencia que las interpreta para poner al genocidio en el contexto de la realidad jurídica en distintos lugares del planeta.

El libro también exhibe un análisis de la realidad de los Estados Unidos de América, donde impera la noción del “mercado de ideas” que desalienta la intervención estatal para que las diferentes opiniones en una sociedad compitan entre sí en un debate abierto y plural, en las que unas tienen más éxito que otras según la cantidad de seguidores y la claridad de los argumentos.<sup>3</sup> Además, contrapone esa visión al modelo europeo, en el que “la neutralidad del Estado es el suicidio de la democracia” y, por ende, la democracia se construye en combate contra los enemigos de la democracia.

Esa colisión de modelos sirve de presentación para el debate doctrinario que cierra el primer eje: si el negacionismo es una forma de ejercer un derecho (la libertad de expresión) o constituye la violación de un deber. La sociedad democrática se enfrenta a la paradoja de la tolerancia: ¿debe permitirse la propagación de ideas opuestas a la tolerancia y a la propia democracia o debe defenderse la democracia siendo intolerante con el intolerante?

## **2. Segundo eje: los derechos humanos**

En la segunda parte del libro la autora asume la tensión entre la criminalización del negacionismo y el garantismo penal y la analiza en el contexto del desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos.

La pregunta que introduce el análisis es “¿cómo lograr proteger la dignidad de las víctimas sin recurrir a métodos autoritarios para luchar contra ideas peligrosas?” (Thus, 2020: 119).

La discusión se aborda desde la reconfiguración del rol de la víctima en el derecho penal. El derecho penal clásico excluyó a las víctimas del conflicto para asegurar el monopolio de la violencia estatal, pero el derecho internacional de los derechos humanos les devolvió a las víctimas el rol que les fue arrebatado. En definitiva “sin el reconocimiento y la garantía de los derechos de las víctimas no hay democracia que legítimamente se precie de ser democrática” (Thus, 2020: 131).

La influencia de los derechos humanos marca un cambio de época en el desarrollo de los distintos modelos del Estado de derecho. A partir del contexto en el que surgieron los valores liberales del Estado de derecho (primero para permitir el ascenso al poder de la burguesía y luego para garantizar su hegemonía), Thus concluye que los esquemas clásicos del liberalismo pueden repensarse y ser dotados de un sentido epocal que tenga en cuenta las sociedades comunicacionales actuales y el rol de la víctima en el escenario político mundial.

La esencia de la propuesta del texto es la de analizar la criminalización del negacionismo desde la noción de “razón compasiva” (que incluye a las víctimas de los crímenes de Estado) en lugar de hacerlo

<sup>3</sup> Pérez de la Fuente, O. (2010). La libertad de expresión y el caso del lenguaje de odio. Una aproximación desde la perspectiva norteamericana y alemana. *CEFD. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (21), 90-127.

desde su relación con la libertad de expresión (que es el camino habitualmente escogido por los autores). La razón compasiva contempla una dimensión temporal que incorpora el pasado en el “universal presente” y prioriza la solidaridad a través de la categoría de la “compasión” en la que la justicia no puede alcanzarse a costa del sufrimiento o la opresión de las víctimas.

Pese a ese posicionamiento, la autora no le escapa a los debates en torno a la libertad de expresión. Comienza por un análisis del lenguaje como dominación comunicacional, ya que “en él y a través de él se perfila el mundo que deseamos habitar” (Thus, 2020: 182) y se presenta como un escenario donde los grupos pugnan por expresar sus experiencias y aspiraciones. Por eso insiste en que los principios liberales del Estado de derecho deben actualizarse de acuerdo con las necesidades de la época y, en consecuencia, no se puede eludir una reflexión sobre los alcances y límites que debe tener la libertad de expresión en el mundo actual.

Ello implica abandonar la idea clásica del “mercado de ideas” que permanece ajeno a la intervención del Estado y reemplazarla por un modelo de libertad positiva en el que el Estado asuma un rol activo para silenciar determinadas formas de discurso que acallan la defensa de las minorías. En definitiva, “a veces debemos aminorar las voces de algunos para poder oír las voces de los demás”.

En este recorrido Thus se escabulle en las tensiones históricas entre el derecho, la moral y la política. Además, resalta la necesidad de que el Estado (históricamente observado como un obstáculo contra la libertad) se convierta en una fuerza que sirva para contrarrestar el impacto de las concentraciones privadas de poder sobre nuestra libertad.

### **3. Tercer eje: el derecho penal**

Una de las principales críticas a la sanción penal del negacionismo radica en la determinación de la lesividad. Thus identifica el problema y propone observarlo desde una perspectiva actualizada. Los déficits de lesividad se vinculan a una mirada del derecho penal desde una perspectiva clásica y anacrónica que pasa por alto la catástrofe civilizatoria de Auschwitz y los restantes genocidios del siglo XX. Por eso la lesividad se analiza en el texto en las tres dimensiones ya mencionadas: criminología, política criminal y derecho penal en forma articulada.

En esa articulación cobra relevancia la nueva criminología del siglo XXI que

deposita su atención en las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en el último siglo y que cuestiona el rol que juegan los discursos negacionistas [...] en los modos de representación simbólica de los procesos genocidas, pero sin descuidar las exigencias o condiciones desde donde el derecho penal debe actuar en un estado liberal y democrático, al resaltar la necesidad de construir fuertemente la noción del daño social que legitime la intervención punitiva (Thus, 2020: 324).

## **4. Opinión**

El libro es el resultado de la investigación doctoral de Thus y, como tal, es una constante interpelación a cuestionarnos las bases de nuestra formación jurídica, a partir de una mirada política del problema del negacionismo. Nos invita a discutir con el texto y nos propone debates, antagonismos, posibilidades y conclusiones.

Profundiza en categorías que van más allá de la simple y burda negación de los hechos históricos, propone una tipología de la problemática negacionista que permite entenderla en el contexto de su propósito político, su estructura cognitiva y fundamentalmente su estrategia narrativa. Aborda al negacionismo como un elemento realizador de las prácticas genocidas y entiende que la criminalización es una forma de ingresar a lo que está en verdadera disputa: la apropiación política del pasado.

En su libro, la autora juega con los elementos más controvertidos del liberalismo clásico, expone al sistema contra sus propias paradojas, se mete en el barro del Estado de derecho y lo moldea para mostrar una salida posible que, por un lado, demuestra la necesidad de actualización de los principios que rigen a la sociedad, al derecho, a la política y al Estado y, por otro, que esa actualización es perfectamente posible en el horizonte del respeto a los derechos humanos.

En definitiva, presenta a la criminalización del negacionismo como una posibilidad compatible con el Estado de derecho y comprometida con su protección en tanto forma de impedir la invisibilización de los oprimidos, resguardar la memoria de las víctimas, respetar el dolor de los sobrevivientes y disputar el presente. Para Thus, la criminalización del negacionismo aparece como un camino para impedir la realización simbólica de los genocidios que todavía nos duelen.



# Reseña del libro *Categorías sospechosas* Sánchez Caparrós, M. (2020). *Categorías sospechosas*. Buenos Aires: Astrea.

*Por Aníbal Gerardo Acosta<sup>1</sup>*

---

Mariana Sánchez Caparrós irrumpe en la literatura jurídica con la energía propia de su juventud, afrontando un tema magnífico de la doctrina constitucional como lo es el de las “categorías sospechosas”, evidenciando desde sus líneas un gran bagaje formativo e informativo que ofrece con especial compromiso ético a la comunidad, como producto de una exhaustiva investigación.

El libro trasciende la base establecida por su sobresaliente tesis de maestría, al asumir la apertura del enfoque al ámbito del derecho comparado, particularmente latinoamericano, al que precede un profuso sondeo de las fuentes jurisprudenciales del ámbito regional europeo e interamericano.

Por ello, acierta y le hace justicia Estela Sacristán en su prólogo, cuando pone en valor el trabajo intelectual de la autora, destacando su lucidez y rigor en el esfuerzo por escudriñar, examinar y sistematizar todas las aristas del tema, asumido como de elevado interés académico y con importante sentido práctico para el operador jurídico.

---

<sup>1</sup> Juez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo del Distrito Judicial Sur de la Provincia de Tierra del Fuego. Magíster en Derecho, Empresa y Justicia (Universidad Nacional de Valencia). Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

El sistema que propone la autora en su libro, según lo anuncia desde el momento inicial del desarrollo de la obra y lo valida al término en sus conclusiones, parte de la hipótesis de que la identificación de toda clasificación con fuente normativa requiere de herramientas metodológicas que permitan diferenciar la categoría sospechosa de otras distinciones, en orden a las relevantes consecuencias jurídicas de las primeras, particularmente desde lo procesal y desde la axiología de la decisión judicial.

El lector encontrará, a partir de una definición conceptual, el abordaje de la jurisprudencia matriz de la teoría de las denominadas “clasificaciones sospechosas”, cuya fuente radica en la nota 4 del emblemático caso “United Status v. Carolene Products Co.” de la Corte Suprema de los Estados Unidos, derivando de ella la modificación del estándar que presupone el control de razonabilidad, hacia un control más severo a partir de los “indicios” que ese precedente reconoce respecto de sujetos que requieren de una tutela especial.

Se insinúa así la complejidad y significación del tema en el marco del sistema democrático y republicano, que Sánchez Caparrós desbroza al hilo de la evolución jurisprudencial que tuvo lugar por la recepción en los sistemas regionales, a la luz de los criterios adoptados por el TEDH y la Corte IDH.

El estudio de casos, mediante un pulido esfuerzo de derecho comparado, acerca al operador jurídico a las diferencias elementales de cada doctrina jurisprudencial, identificando las particularidades de uno u otro sistema. Para el sistema regional europeo, a través del acople de una norma de base (art. 14 del CEDH) que contiene los motivos de discriminación prohibidos, con algún indicio que permita catalogar la clasificación normativa como categoría en desventaja que demanda protección judicial especial. En cambio, para el ámbito de la CADH, los casos analizados llevan a la conclusión de que la Corte IDH hasta el momento ha actuado exclusivamente con apego al artículo 1, inciso 1 del Pacto de San José de Costa Rica, como norma de carácter general que se proyecta a todos los derechos y libertades contenidos en el tratado, vedando cualquier tratamiento discriminatorio.

Con ello se significa, salvo la excepción que colecta el libro respecto del caso “González Lluy y otros vs. Ecuador”, que la Corte IDH se aparta de los dictados del TEDH, pues no acude a la presencia de indicios o criterios, bastando la identificación de motivos de discriminación vedados.

La casuística que puntualmente releva la obra sobre la jurisprudencia de los países latinoamericanos hispanoparlantes (Colombia, México y Puerto Rico) proporciona un marco referencial, pues la autora identifica la raíz constitucional de la prohibición de discriminación y logra aportar un panorama de los criterios o factores de distinción que se siguen en determinados países, a tono con el enfoque del TEDH.

A esta altura del recorrido de la obra conviene señalar que la implicancia que justifica profundizar sobre el anclaje normativo y los criterios o “indicios de sospecha” para la identificación de la presencia de una clase afectada por la distinción normativa es precisamente la necesidad de propender a una protección judicial especial.

A tal fin, el instrumento apto para ello dentro de la razonabilidad de la decisión judicial es someter a la norma que contiene una clasificación sospechosa de discriminación a un escrutinio estricto sobre

su validez en contraste con el plexo constitucional, invirtiendo la carga probatoria y obligando a la demostración de que la distinción o diferencia de trato contenido en la norma responde a un interés estatal urgente o se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir ese fin sustancial, quebrando de ese modo el marco presuntivo sobre su legitimidad.

Sin duda, el respaldo del conocimiento jurisprudencial del derecho comparado le permite afrontar el estudio del caso argentino con toda nitidez, avanzando la autora en el desgane de la jurisprudencia vernácula con epicentro en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las Cortes Provinciales (Suprema Corte de las Provincias de Buenos Aires, Santa Cruz, Salta y Neuquén y Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires como casos paradigmáticos).

La presentación minuciosa de la doctrina de la CSJN, su evolución y su correlato con la de las Cortes Provinciales le permite a la autora sistematizar el estudio de las fuentes en que se sustentan y desentrañar los casos conforme los motivos de distinción vedados, relativos, v. gr., a la condición de extranjero, origen nacional, el sexo, la religión, la edad, el género, etc.

Todo a fin de asumir un sentido crítico que con particular énfasis la lleva a reconocer en la jurisprudencia argentina que, nutrida del modelo del TEDH en cuanto a la utilización de un anclaje normativo, ostenta un sentido peculiar en las decisiones, dado que adopta –según los casos resueltos hasta el momento– un test diferente que parte de la presunción de inconstitucionalidad de toda norma que contiene la categoría vedada con pie en el artículo 1, inciso 1 de la CADH y artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Explicado al detalle el tránsito de la doctrina del caso “Repetto”<sup>2</sup> a las definiciones ulteriores a partir de “Hoof”<sup>3</sup>, apunta la autora a la insuficiencia del elemento normativo para la precisa identificación de las *categorías sospechosas*, y avanza el trabajo de concepción de una metodología valorada como más adecuada y consistente en partir de una premisa inicial de considerar la existencia de un criterio de distinción prohibido como *potencialmente sospechoso*, y munirse luego del relevamiento de condiciones necesarias para dar lugar al escrutinio judicial más severo o estricto que se sigue de la aplicación de la teoría.

La justificación de la hipótesis de partida la explica por entender que son muchos los casos en que el juez podrá encontrarse con normas que emplean distinciones en base a motivos de discriminación *a priori* vedados, pero que no afecta a una clase respecto de la que se justifica la protección judicial especial.

Con gran capacidad didáctica el libro propone el *iter* lógico a seguir para la identificación de una clasificación sospechosa de discriminación lesiva del principio de igualdad ante la ley y con ello habilitar un test judicial más estricto que el clásico test de razonabilidad.

Subyace en la tesis un equilibrio necesario, buscado para respetar los límites del principio republicano de división de poderes, conformando la medida que la función jurisdiccional requiere en orden a la relación con los otros poderes del Estado, denotando la excepcionalidad de la aplicación de la teoría de

2 CSJN, *Fallos* 311:2272.

3 CSJN, *Fallos* 327:5118.

las *categorías sospechosas* frente a la necesidad de brindar tutela diferenciada a los grupos que no pueden participar efectivamente del proceso político mayoritario, ni protegerse de sus decisiones.

Con mayor claridad conceptual, la obra analizada satisface en toda su dimensión la visión de un campo teórico explorado con plena conciencia académica por su autora y ofrece una sólida recopilación jurisprudencial de la que solo se extraña un indexado que complemente el desarrollo ordenado de su estudio expuesto a lo largo del libro, que a fuerza de afirmaciones, repeticiones, recapitulaciones, notable sintaxis y apropiadas síntesis consolida una investigación seria más que satisfactoria y práctica sobre la porción del universo jurídico que abarca.

De lectura ágil, el libro se completa con una *addenda* en su capítulo final referida al análisis del rol de la Administración frente a casos en que en la esfera del procedimiento administrativo o en el proceso contencioso deba actuarse ante la presencia de normas o reglamentos portadores de una categoría sospechosa aportando una guía de actuación que se vislumbra de utilidad práctica.

El enfoque muestra el fruto de la investigación en la factura del libro y se erige como bibliografía de base y de apertura sobre un tema de suma actualidad y relevancia para la teoría constitucional, que a futuro podrá complementarse con el estudio de las derivaciones procesales o profundizar sobre sus justificaciones desde la filosofía jurídica.